



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

**Projet de loi C-69 –
*Loi sur l'évaluation d'impact***

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
SECTION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DES RESSOURCES
ET LA SECTION DU DROIT DES AUTOCHTONES**

Avril 2018

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe 36 000 juristes, dont des avocats et avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit, dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et la Section du droit des autochtones, avec l'aide de la Direction de la législation et la réforme du droit du bureau de l'ABC. Le mémoire a été examiné par le Comité de la réforme du droit et a été approuvé à titre de déclaration publique de la Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et de la Section du droit des autochtones.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi C-69 – *Loi sur l'évaluation d'impact*

SOMMAIRE	1
I. INTRODUCTION	5
A. Contexte.....	5
B. Loi sur l'évaluation d'impact	6
II. PASSAGE DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE À L'ÉVALUATION D'IMPACT	6
A. Les questions d'évaluation d'impact à l'étape préparatoire.....	7
B. Facteurs obligatoires à examiner.....	8
C. Liens entre les articles 22 et 63, et nouvelles conditions en vertu de l'article 64.....	10
III. CONCEPT D'UNE SEULE AGENCE	12
IV. ÉTAPE PRÉPARATOIRE ET DE MOBILISATION PRÉCOCE.....	13
A. Le principe directeur « une évaluation par projet »	13
B. Achèvement de l'évaluation de projet en temps opportun.....	15
V. COMPÉTENCE FÉDÉRALE	15
VI. PASSAGE DES EFFETS ENVIRONNEMENTAUX NÉGATIFS ET IMPORTANTS À L'INTÉRÊT PUBLIC	17
VII. PEUPLES AUTOCHTONES ET ÉVALUATION D'IMPACT	19
A. Évaluation d'impact, consultation Couronne-peuples autochtones et accommodements.....	19
B. Consultation sur la désignation d'un projet.....	21
C. Financement	21

D.	Principes de la DNUDPA et prise de décisions.....	22
E.	Lois autochtones	22
F.	Étape préparatoire.....	23
G.	Étape de l'évaluation	24
H.	Connaissances traditionnelles des peuples autochtones.....	25
I.	Instances autochtones pour l'évaluation d'impact.....	26

VIII. CONCLUSION 28

IX. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS 28

Projet de loi C-69 – *Loi sur l'évaluation d'impact*

SOMMAIRE

La Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et la Section du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien (les sections de l'ABC) commentent la *Loi sur l'évaluation d'impact*¹ (la *Loi*). Dans l'ensemble, les sections de l'ABC réitèrent qu'elles préconisent vivement un processus d'évaluation d'impact fédéral solide qui soit prévisible, transparent et mené en temps utile, qui favorise la réconciliation et qui respecte les droits des peuples autochtones.

1. Passage de l'évaluation environnementale à l'évaluation d'impact

Les sections de l'ABC sont favorables au passage d'un processus d'évaluation *environnementale* à un processus d'évaluation *d'impact*, lequel comporte des éléments à considérer autres que le seul milieu naturel (eau, sol, air, poissons, faune). Elles souscrivent aussi à l'obligation de reconnaître aussi bien les effets négatifs que les effets bénéfiques d'un projet désigné. Ces mesures, qui concordent avec l'approche déjà généralement adoptée par le gouverneur en conseil pour déterminer si certains effets sont justifiés dans des circonstances particulières, aideront à rétablir la confiance du public dans le processus.

Problèmes à l'étape préparatoire : Les sections de l'ABC recommandent que soit envisagée la possibilité de donner à l'Agence et au ministre d'autres conseils et précisions, notamment une liste d'éléments précis (favorables et défavorables) à considérer conformément aux articles 16 et 17, au moment de décider s'il y a lieu d'exempter un projet désigné de l'évaluation d'impact.

Éléments obligatoires : Si les sections de l'ABC conviennent que les éléments à considérer obligatoirement selon l'article 22 reflètent la solidité et l'ampleur voulues des évaluations d'impact, elles émettent des opinions divergentes sur la pertinence d'y ajouter des *répercussions économiques*.

Les sections de l'ABC se réjouissent des allusions aux meilleures technologies disponibles qui soient économiquement applicables (BATEA) dans l'analyse d'éléments tels que les mesures d'atténuation et les solutions de rechange à la réalisation d'un projet.

Elles recommandent par ailleurs que soit clarifié l'élément concernant la mesure dans laquelle les effets d'un projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques. Il convient ici de parler de la place des exigences réglementaires provinciales et territoriales et du Cadre pancanadien. En outre, il y a lieu d'aborder la mesure dans laquelle l'évaluation d'un projet désigné doit tenir compte des émissions de gaz à effet de serre en amont et en aval, y compris pour les projets de pipeline d'hydrocarbures.

¹

La *Loi sur l'évaluation d'impact* fait partie du projet de loi C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*.

Paragraphe 22(2), lien entre les articles 22 et 63, et nouvelles conditions à l'article 64 : Nous recommandons l'ajout d'indications et de lignes directrices au paragraphe 22(2) pour garantir que l'établissement de la portée des facteurs suit un processus défendable et prévisible.

Les sections de l'ABC recommandent que soit clarifié le lien entre les éléments figurant aux articles 22 et 63, pour préciser en quoi les autres éléments énumérés à l'article 22 (et absents de l'article 63) permettront de déterminer si le projet sert l'intérêt public, le cas échéant.

Nous recommandons que soit assorti de restrictions le pouvoir du ministre ou du gouverneur en conseil d'ajouter des conditions autrement absentes d'une évaluation d'impact ou, si elles sont présentes, qui n'ont pas été recommandées par l'Agence ou le ministre. Feraient exception les conditions s'inscrivant dans l'obligation qu'a la Couronne de consulter les peuples autochtones, en application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les sections de l'ABC recommandent que le Canada étudie comment faciliter la réalisation d'évaluations des effets cumulatifs régionaux là où ce genre d'évaluation n'est pas encore pratiqué.

2. Concept d'agence unique

Les sections de l'ABC plaident pour une meilleure uniformisation des évaluations d'impact et pour la création d'une seule agence chargée de réaliser ces évaluations, comme gage de certitude et de transparence sur le plan réglementaire.

Par ailleurs, les sections de l'ABC se réjouissent de l'inclusion obligatoire de membres d'autres organismes de réglementation spécialisés au sein des commissions. Elles recommandent cependant que ces commissions soient majoritairement composées de membres de l'Agence pour assurer un juste équilibre entre l'apport constant des organismes spécialisés et la garantie de certitude et d'uniformité sur le plan réglementaire.

3. Étape obligatoire de préparation et de mobilisation précoce

Les sections de l'ABC voient d'un bon œil l'étape obligatoire de préparation et de mobilisation en amont du processus d'évaluation d'impact. Néanmoins, elles recommandent certaines mesures à prendre pour éviter que cette étape n'entraîne des retards et n'empêche le Canada de respecter comme promis le principe directeur « un projet, une évaluation ».

4. Compétence fédérale

Les sections de l'ABC adhèrent à l'adoption, dans la *Loi*, d'une approche fondée sur une *liste de projets*, qui permet de savoir avec certitude dans quelles circonstances s'applique le nouveau processus d'évaluation d'impact. Cela dit, nous jugeons nécessaire de définir des critères clairs et d'établir une procédure transparente pour réviser périodiquement la liste de projets, et assurer ainsi une évaluation adéquate des projets visiblement liés à des questions d'intérêt fédéral.

Sans surprise, compte tenu du cadre constitutionnel complexe du Canada, on observe au sein des sections de l'ABC une pluralité d'opinions sur le rôle des évaluations d'impact fédérales au Canada. Quoi qu'il en soit, nous croyons que la *Loi* se doit de préciser exactement dans

quelles circonstances il y a lieu de réaliser ce genre d'évaluation, et nous serons heureux de participer aux consultations sur la création de la liste de projets.

5. Passage des effets environnementaux négatifs importants à l'intérêt public

Dans l'ensemble, les sections de l'ABC souscrivent aux grands principes de durabilité et de précaution et à la mise en relief des effets sanitaires, sociaux, économiques, sexospécifiques et à long terme sur les peuples autochtones. Cependant, si l'on élargit la portée de l'évaluation des projets désignés, on doit aussi élargir les critères décisionnels. La *Loi* établit un critère d'*intérêt public* très général, tout en insistant sur l'acceptabilité des *effets négatifs*.

Certains membres des sections de l'ABC craignent qu'il faille donc réfuter une allégation négative – un critère plus difficile à satisfaire – et que le ministre ou le gouverneur en conseil ne puisse tenir compte des effets tant bénéfiques que négatifs d'un projet, comme le veut la *Loi*. Qui plus est, les définitions des termes « effets » et « effets directs ou accessoires » seraient trop larges et risqueraient d'englober tous les problèmes possibles d'un projet désigné.

Certes, les éléments relatifs à l'intérêt public énoncés à l'article 63 sont importants, mais leur application en contexte ne paraît pas évidente à ce stade-ci. Il n'y a aucun seuil qui puisse guider leur application, ni aucune directive objective permettant de mesurer et de pondérer chaque élément pour déterminer si le projet sert l'intérêt public. L'application de ces éléments semble donc laissée à la discrétion du ministre ou du gouverneur en conseil, dans un esprit de subjectivité. Il est donc probable que les décisions résultantes comportent une part d'incertitude et d'incohérence.

6. Enjeux autochtones

Consultation, adaptation et participation : Bien que la *Loi* rende explicite une approche que suit déjà la Couronne en vertu de la législation actuelle, soit utiliser les évaluations environnementales comme point de contact pour la consultation des peuples autochtones touchés et les mesures d'adaptation connexes, nous recommandons que soit clarifié le rapport entre l'obligation de consultation et d'adaptation et les évaluations d'impact fédérales.

Le processus de consultation devrait également compter comme objectif la participation en amont de toutes les parties à toutes les étapes, une visée de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et du gouvernement fédéral. De même, il faudrait que la gestion des évaluations d'impact inclue d'emblée la reconnaissance et la promotion des lois autochtones et de la compétence inhérente.

Plus précisément, durant l'étape préparatoire, l'Agence devrait être tenue de communiquer les résultats de son analyse des effets potentiellement inacceptables et d'entreprendre des consultations avec les peuples autochtones. Nous jugeons aussi problématique le peu de directives sur le processus de consultation et d'évaluation, et recommandons des moyens d'améliorer et de clarifier l'obligation de consultation et d'adaptation dans le présent contexte.

Financement : Nous recommandons que le programme d'aide financière établi à l'article 75 comporte des mesures particulières pour favoriser la participation concrète des groupes autochtones à toutes les étapes du processus d'évaluation.

Connaissances traditionnelles : Nous sommes favorables à l'idée d'accorder une plus grande place aux connaissances traditionnelles autochtones dans le processus d'évaluation d'impact fédéral, mais suggérons de les retirer de la liste d'éléments dont peut tenir compte l'Agence ou le ministre dans l'évaluation en vertu du paragraphe 22(2). De surcroît, nous déconseillons le jumelage de l'information scientifique et des connaissances traditionnelles : il conviendrait plutôt de leur donner le même poids.

Les sections de l'ABC recommandent que l'exception à la non-communication des connaissances traditionnelles prévue au paragraphe 119(2) s'applique uniquement au promoteur, et non à tous les participants à l'évaluation, et que toutes les conditions proposées en vertu du paragraphe 119(3) soient soumises à l'avis de la communauté autochtone concernée, laquelle pourrait retirer ses éléments de preuve – à savoir ses connaissances traditionnelles – si elle est insatisfaite des modalités de communication.

Compétence autochtone en matière d'évaluations d'impact : Nous constatons qu'il serait possible d'habiliter les corps dirigeants autochtones à entreprendre des évaluations d'impact conjointes dans la définition d'« instance » à l'article 2 de la *Loi*, et entendons surveiller l'élaboration de règlements sur la reconnaissance de la compétence autochtone en la matière.

Les sections de l'ABC sont heureuses de pouvoir recommander des moyens de renforcer et d'améliorer le projet de loi C-69 et la future *Loi sur l'évaluation d'impact*. Elles espèrent que leurs commentaires seront utiles au gouvernement fédéral, et sont tout à fait disposées à expliciter leurs positions au besoin.

I. INTRODUCTION

A. Contexte

La Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et la Section du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien (les Sections de l'ABC) sont heureuses de pouvoir présenter leurs commentaires sur le projet de loi C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*. Nos commentaires sont axés sur la *Loi sur l'évaluation d'impact* (la Loi).

Les membres des Sections de l'ABC sont des avocats et des avocates qui ont de l'expertise à l'égard des questions liées à l'environnement, l'énergie et les ressources naturelles, ainsi que sur les arrêts de principe, lois et règlements qui touchent les peuples autochtones, les droits issus de traités et droits autochtones, les revendications territoriales et le droit autochtone traditionnel.

En décembre 2016, nous avons formulé des recommandations en vue de renforcer et d'améliorer le processus fédéral d'évaluation environnementale. Dans notre mémoire au Comité d'experts sur l'évaluation environnementale (Comité d'experts), nous avons souligné l'importance d'un processus fédéral d'évaluation adéquatement financé qui respecte les droits des peuples autochtones et soutient la croissance socioéconomique².

En août 2017, nous avons répondu au rapport et au document de travail du Comité d'experts³. Nous avons réitéré l'importance d'un régime fédéral d'évaluation d'impact suffisamment financé et doté des ressources nécessaires. À la lumière de notre vaste expérience du travail relatif à de grands projets de ressources au Canada, nous avons déclaré qu'il serait nécessaire d'accroître la capacité de fournir les avis scientifiques et techniques crédibles nécessaires pour appuyer un processus rapide et abordable. La capacité accrue du processus d'octroi de permis et les améliorations du processus d'évaluation d'impact sont essentiels pour répondre aux craintes de délais et d'incertitudes réglementaires exprimées par les parties prenantes.

² Voir Association du Barreau canadien, Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et Section du droit des autochtones, *Environmental Assessment Process Review* (décembre 2016), disponible [en ligne](http://ow.ly/dVON30bgNlk) au (<http://ow.ly/dVON30bgNlk>).

³ Voir Association du Barreau canadien, Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources et Section du droit des autochtones, *Federal Impact Assessment Process Review: Response to the Expert Panel Report and Discussion Paper* (août 2017), disponible [en ligne](https://bit.ly/2HdxSHe) (<https://bit.ly/2HdxSHe>).

B. Loi sur l'évaluation d'impact

De façon générale, nous réitérons notre appui ferme à l'égard d'un processus fédéral d'évaluation d'impact rigoureux, prévisible, rapide et transparent qui favorise la réconciliation et respecte les droits des peuples autochtones reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (droits de l'article 35). Tout processus d'évaluation d'impact doit être suffisamment financé et disposer des ressources nécessaires pour rétablir la confiance du public.

Nous avons organisé nos commentaires sous six sujets :

- passage de l'évaluation environnementale à l'évaluation d'impact;
- concept d'une seule agence;
- étape préparatoire et de mobilisation précoce;
- compétence fédérale;
- passage des effets environnementaux négatifs et importants à l'intérêt public;
- peuples Autochtones et évaluation d'impact.

II. PASSAGE DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE À L'ÉVALUATION D'IMPACT

Les Sections de l'ABC appuient la transition proposée d'un processus d'évaluation environnementale à un processus d'évaluation d'impact, qui augmente le nombre de facteurs à prendre en considération en sus de l'environnement biophysique, à savoir l'eau, la terre, l'air, le poisson et la faune. Ce changement reflète une recommandation importante du Comité d'experts et a été appuyé par un large éventail de parties prenantes pour garantir que les questions sociales, les possibilités économiques, les répercussions sur la santé et les préoccupations culturelles soient prises en considération par tout nouveau processus fédéral d'évaluation. Nous appuyons également l'exigence de reconnaître les effets négatifs et bénéfiques d'un projet désigné.

L'élargissement des facteurs et l'inclusion des effets négatifs et bénéfiques d'un projet désigné sont compatibles avec les principes décisionnels sains et avec la façon dont le gouverneur en conseil a auparavant déterminé si certains effets étaient justifiés dans des cas particuliers. Ces mesures favoriseront le rétablissement de la confiance du public à l'égard du processus.

Cela dit, nous avons plusieurs commentaires sur la façon dont le processus proposé d'évaluation d'impact sera mis en œuvre et sur la façon dont les facteurs obligatoires seront pris en considération.

A. Les questions d'évaluation d'impact à l'étape préparatoire

Le processus d'évaluation d'impact comporte une étape préparatoire et une étape d'évaluation. En vertu des articles 16 et 17 de la Loi, pendant l'étape préparatoire, l'Agence et le ministre ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer si une évaluation d'impact est nécessaire.

En vertu de l'article 17, le ministre peut ordonner à l'Agence de ne pas effectuer d'évaluation d'impact pour un projet désigné, mettant concrètement fin au processus d'approbation réglementaire requis. Étant donné que ce mécanisme empêche que le projet désigné passe par le processus d'approbation réglementaire requis, l'usage répété de ce mécanisme pourrait ternir considérablement les opinions des promoteurs sur le caractère favorable du climat entourant les investissements au Canada. Par opposition, en vertu de l'article 16, l'Agence peut concrètement déterminer (sous réserve de la décision du ministre) qu'un projet désigné ne sera pas évalué en vertu de la Loi, de sorte que ce projet peut aller de l'avant, contournant en réalité le processus d'évaluation d'impact. Si l'article 16 est utilisé à répétition pour faire avancer des projets désignés contestés, ce mécanisme pourrait miner la confiance du public à l'égard de la Loi.

Malheureusement, la liste des facteurs que l'Agence doit prendre en considération est limitée et fait référence explicitement seulement aux effets négatifs plutôt qu'aux effets bénéfiques ou positifs, avec tout autre facteur que l'Agence estime pertinent. Les indications pour le ministre sont encore plus rares et se limitent à l'opinion du ministre selon laquelle il est *évident* que le projet désigné causerait des effets inacceptables.

Certains membres des Sections de l'ABC craignent que le manque d'indications et de clarté sur la façon dont, et les cas dans lesquels, l'Agence ou le ministre peut déterminer qu'une évaluation d'impact n'est pas nécessaire s'écarte des objectifs déclarés voulant que le nouveau processus d'évaluation d'impact augmente la transparence et la certitude.

RECOMMANDATION

- 1. Les Sections de l'ABC recommandent que l'on envisage de déterminer si des indications et de la clarté supplémentaires, y compris une liste de facteurs particuliers (négatif et positif), peuvent être procurées à l'Agence et au ministre en vertu des articles 16 et 17 lorsqu'ils déterminent si un projet désigné ne devrait pas être assujéti à une évaluation d'impact.**

B. Facteurs obligatoires à examiner

Les facteurs obligatoires à examiner dans le cadre d'évaluations d'impact selon l'article 22 reflètent la portée rigoureuse et non limitative d'une évaluation d'impact. Nous appuyons l'énumération explicite des facteurs examinés, mais faisons remarquer ce qui suit :

Impacts économiques

La liste des facteurs obligatoires ne comprend pas explicitement les impacts économiques. Les Sections de l'ABC ne s'entendent pas sur la question de savoir si les impacts économiques devraient être ajoutés à l'article 22 de la Loi.

La Section du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources (SNDEER) reconnaît que la durabilité est mentionnée comme facteur et que la définition de *durabilité* comprend la capacité de contribuer au bien-être économique des Canadiens et des Canadiennes. La SNDEER reconnaît également que la définition d'*effets* comprend les changements aux conditions sociales ou économiques. Toutefois, puisqu'il s'agit d'un facteur dans le processus d'évaluation et de développement de projet, la SNDEER recommande que *l'impact économique* d'un projet désigné soit explicitement mentionné à l'article 22.

À la lumière de l'expérience des membres de la SNDEER, les impacts économiques constituent un facteur important dans les décisions prises par le gouverneur en conseil concernant les projets désignés en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (LCEE 2012) et continuera d'être un facteur important en vertu de la Loi. La Loi doit refléter les facteurs courants importants et correspondre à ce dont le gouverneur en conseil tient compte pour que la confiance du public à l'égard du processus d'évaluation soit rétablie. De plus, et particulièrement en ce qui concerne les nouveaux projets pipeliniers, la question économique relative aux redevances et droits ne constitue pas un facteur mentionné. Les questions de droits font souvent partie des facteurs servant à déterminer si un promoteur ira de l'avant avec un projet pipelinier. Pour ces raisons, la SNDEER appuie la modification de la liste des facteurs obligatoires pour y inclure explicitement les *impacts économiques*.

La Section du droit des autochtones (SNDA) appuie la formulation actuelle de l'article 22, puisque la définition d'*effets* comprend les effets économiques. La SNDA n'appuie pas la modification de l'article 22 car elle estime que cela mettrait davantage l'accent sur la composante économique de la durabilité que sur les autres composantes de la durabilité, ce avec quoi la SNDA n'est pas d'accord.

Les meilleures technologies disponibles ou réalisables sur le plan économique (meilleures technologies)

Les Sections de l'ABC sont heureuses de voir les références aux meilleures technologies lors de la mention de facteurs comme les mesures d'atténuation et les solutions de rechange dans l'exécution d'un projet et recommandent que la description de ces facteurs demeure la même.

La mesure dans laquelle les effets du projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du Canada de respecter ses obligations environnementales et ses engagements à l'égard des changements climatiques

Nous sommes préoccupés par le manque de clarté de ce facteur et nous nous demandons si les effets seront évalués après la prise en considération de l'emplacement d'un projet désigné et des impacts des exigences réglementaires provinciales et territoriales et du Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques sur les émissions de gaz à effet de serre. En outre, le facteur ne répond pas aux problèmes d'émissions de gaz à effet de serre en amont et en aval.

Avec un projet de nouvel oléoduc, par exemple, les émissions de gaz à effet de serre de la construction et de l'exploitation de l'oléoduc ne sont pas nécessairement très importantes. Toutefois, les émissions de gaz à effet de serre en amont de l'extraction de pétrole et les émissions d'échappement de tubes de queue peuvent être fort importantes. Ce facteur ne tient pas compte de cette question épineuse. Les promoteurs de projet et le public ont besoin de clarté quant à la question de savoir si les émissions de gaz à effet de serre en amont et en aval font partie des facteurs à prendre en considération lors de l'évaluation d'impact d'un projet désigné.

Même si le gouvernement élabore une évaluation stratégique sur cette question à l'avenir, il faudrait procurer de la clarté sur les éléments de ce facteur dès maintenant, dans le cadre réglementaire.

RECOMMANDATIONS

- 2. Les Sections de l'ABC recommandent le maintien de la notion des meilleures technologies et de la formulation actuelle sur les mesures d'atténuation et les solutions de rechange dans la réalisation d'un projet.**

- 3. Les Sections de l'ABC recommandent que le facteur portant sur la mesure dans laquelle les effets du projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du Canada de respecter ses obligations environnementales et ses engagements à l'égard des changements climatiques soit clarifié. Il faut traiter du rôle des exigences réglementaires provinciales et territoriales et du Cadre pancanadien. En outre, il faut aussi régler la mesure dans laquelle il faut tenir compte des émissions de gaz à effet de serre en amont et en aval pendant l'évaluation d'un projet désigné, notamment à l'égard des projets d'oléoduc et de gazoduc.**

Portée des facteurs à prendre en considération

En vertu du paragraphe 22(2), la portée de la majeure partie d'une évaluation d'impact est déterminée par l'Agence ou, dans le cas de l'examen par une commission, par le ministre. Il n'existe cependant aucune indication sur l'ampleur de cette portée. Par exemple, il est possible pour l'Agence ou le ministre de déterminer que la portée d'un facteur est si minime que cela écarte concrètement l'examen de ce facteur. Subsidiairement, l'Agence ou le ministre pourrait déterminer que la portée d'un facteur est si grande qu'elle l'emporte de loin sur les autres facteurs et transforme ainsi l'évaluation d'impact en processus d'examen à considération unique. Pour garantir le maintien de la transparence et de la prévisibilité, il faut donner des indications supplémentaires sur le processus d'établissement de la portée.

RECOMMANDATION

- 4. Les Sections de l'ABC recommandent l'ajout d'indications et de lignes directrices au paragraphe 22(2) pour garantir que l'établissement de la portée des facteurs suit un processus défendable et prévisible.**

C. Liens entre les articles 22 et 63, et nouvelles conditions en vertu de l'article 64

Articles 22 et 63

Après une décision par l'Agence ou par la commission, le ministre ou le gouverneur en conseil détermine si un projet désigné est dans l'intérêt public. La relation entre les facteurs de l'article 22 d'une évaluation d'impact et les cinq facteurs de la détermination de l'intérêt public prévus à l'article 63 (dont la majorité font partie des facteurs d'évaluation de l'article 22) n'est pas claire. Par

exemple, dans quels cas le ministre ou le gouverneur en conseil peut-il minimiser ou omettre de prendre en considération les facteurs déjà évalués en vertu de l'article 22, mais non par ailleurs mentionnés à l'article 63 sous le couvert de l'intérêt public? En outre, si la détermination de l'intérêt public peut concrètement court-circuiter le processus d'évaluation environnementale de manière à ce que certains des facteurs d'évaluation visés à l'article 22 puissent être omis dans la détermination de l'intérêt public en vertu de l'article 63, pourquoi se donner la peine d'évaluer ces facteurs? Si les facteurs méritent une évaluation selon l'article 22, ne devraient-ils pas également être pris en considération à l'article 63?

Article 64

L'article 64 permet au ministre ou au gouverneur en conseil d'imposer à un projet désigné les conditions supplémentaires qu'il estime indiquées. Le problème de cet article réside dans le fait qu'il permet l'imposition d'une multitude de conditions, dont l'examen n'a peut-être pas été effectué pendant l'évaluation d'impact. Subsidiairement, les conditions ne relèvent pas nécessairement de la portée des facteurs visés au paragraphe 22(2). L'octroi de ce pouvoir discrétionnaire au ministre ou au gouverneur en conseil, après qu'un projet désigné ait subi une évaluation d'impact, s'écarte considérablement des objectifs énoncés du nouveau processus d'évaluation, à savoir augmenter la transparence et donner davantage de certitude aux promoteurs.

Cette préoccupation ne s'applique pas à un cas où une condition doit être imposée après l'évaluation d'impact pour respecter l'obligation par la Couronne de consulter les peuples autochtones, étant donné que la portée de l'obligation de consultation peut être plus large que la portée d'une évaluation d'impact donnée.

Évaluation des effets cumulatifs à l'échelle régionale

De nombreuses régions du Canada n'ont pas d'évaluation des effets cumulatifs à l'échelle régionale (EECR) et la Loi ne prévoit aucun mécanisme pour le déclenchement d'une EECR. Les EECR peuvent faciliter l'examen des événements futurs en fonction de la preuve (la preuve scientifique et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones), permettant un examen plus complet de l'intérêt public.

RECOMMANDATIONS

5. **Les Sections de l'ABC recommandent que la relation entre les facteurs visés aux articles 22 et 63 soit clarifiée pour indiquer le rôle, s'il y a lieu, des autres facteurs visés par l'article 22 (et non mentionnés dans l'article 63) dans la détermination de l'intérêt public.**
6. **Les Sections de l'ABC recommandent l'imposition de limites à la capacité par le ministre ou le gouverneur en conseil d'imposer des conditions supplémentaires non visées par une évaluation d'impact ou, si elles sont visées, non recommandées par l'Agence ou le ministre, à l'exception d'une condition nécessaire pour remplir l'obligation par la Couronne de consulter les peuples autochtones en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.**
7. **Les Sections de l'ABC recommandent que le Canada détermine la façon de faciliter l'élaboration d'EECR dans les régions qui n'en ont actuellement pas, en vue d'appuyer la prise de décisions en vertu de l'article 63, et que cette question soit visée par la Loi ou par ses règlements d'application.**

III. CONCEPT D'UNE SEULE AGENCE

Les Sections de l'ABC appuient l'uniformité accrue des évaluations d'impact ainsi que la certitude et la transparence réglementaires que permet l'établissement d'une seule agence chargée d'effectuer les évaluations d'impact pour tous les projets désignés par le gouvernement fédéral. Nous sommes heureux de l'inclusion obligatoire de membres de la commission provenant d'autres organismes de réglementation spécialisés (comme la Commission canadienne de sûreté nucléaire et la Régie canadienne de l'énergie), lorsque le projet désigné relève du mandat réglementaire de ces organismes de réglementation spécialisés.

Toutefois, même si elle exige que les membres des organismes de réglementation respectifs fassent partie des commissions d'évaluation d'impact, la Loi n'indique pas explicitement que la majorité des membres d'une commission doivent provenir de l'Agence. Pour garantir la continuité du processus d'évaluation d'impact, nous recommandons l'exigence que les membres de l'Agence représentent la majorité de toutes les commissions constituées avec des membres d'organismes de réglementation spécialisés. Cette exigence législative atteindrait un équilibre entre la garantie de

participation continue de l'organisme de réglementation au sein de la commission et le maintien de la certitude et de l'uniformité réglementaires.

RECOMMANDATION

- 8. Les Sections de l'ABC recommandent l'ajout de l'exigence voulant que les membres de l'Agence représentent la majorité d'une commission qui est aussi composée de membres provenant d'organismes de réglementation spécialisés.**

IV. ÉTAPE PRÉPARATOIRE ET DE MOBILISATION PRÉCOCE

Les Sections de l'ABC appuient le projet d'étape obligatoire de préparation et de mobilisation de ce processus d'évaluation d'impact, qui offre des occasions véritables de réaliser bon nombre des objectifs de la Loi. Toutefois, l'étape préparatoire pourrait miner l'objectif énoncé du législateur « de veiller à ce que les évaluations d'impact soient menées à terme en temps opportun »⁴ et pourrait miner l'engagement du Canada à l'égard du principe directeur « une évaluation par projet »⁵.

A. Le principe directeur « une évaluation par projet »

La Régie canadienne de l'énergie, l'Agence ou la commission n'évalueraient pas le même projet, mais c'est essentiellement là où prend fin le principe directeur. D'autres autorités fédérales (p. ex., Pêches et Océans Canada) pourraient mener leurs propres enquêtes avant de délivrer toute autorisation (p. ex., le renouvellement de l'autorisation DDP).

La Loi interdit aux autorités fédérales d'exercer un pouvoir ou une fonction que lui confère une loi fédérale (autre que la Loi) et qui est de nature à permettre qu'un projet désigné soit mené à terme en tout ou en partie sauf si le projet est assujéti au processus d'évaluation d'impact ou est réputé ne pas nécessiter d'évaluation d'impact⁶. Même lorsqu'un projet est autorisé en vertu de la Loi et que les autorités fédérales peuvent exercer un pouvoir ou des fonctions en vertu d'autres lois, l'article 8 ne semble pas permettre de dispense de l'exercice de tout processus d'examen ou d'évaluation découlant d'autres lois. Bon nombre de projets auxquels la Loi s'applique, comme les

⁴ Loi, alinéa 6(1)(i).

⁵ Gouvernement du Canada, « Examen des processus d'évaluation environnementale et réglementaire : Document de travail » (juin 2017).

⁶ Loi, article 8.

pipelines, nécessiteraient une évaluation en vertu d'autres lois, comme la *Loi sur les pêches*. Dans ces cas, le principe d'une évaluation par projet ne serait pas respecté.

L'assujettissement des projets à plusieurs évaluations soulève la possibilité de nombreuses contestations réglementaires et judiciaires de l'approbation ou de l'autorisation d'un seul projet. Par exemple, il semble que les pipelines nécessitant une évaluation d'impact en vertu de la Loi seraient assujettis à des mesures à la fois en vertu de la Loi et en vertu de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* parce que la première semble n'accorder aucune compétence pour entendre ou trancher les questions de droits ou de tarif.

En particulier, les pipelines devant subir une évaluation d'impact seraient automatiquement renvoyés à une commission. La commission serait composée entre autres d'un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*⁷. La commission aurait les pouvoirs des commissaires de la Régie « pour procéder à l'évaluation d'impact [...] notamment pour établir le rapport d'évaluation d'impact »⁸. Le rapport de la commission comprendrait les conclusions et les recommandations nécessaires à la délivrance de certificats, permis, licences, ordonnances ou autorisations sous le régime de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*⁹, mais la commission n'aurait pas le pouvoir d'enquêter sur les questions de droits ou de tarif.

RECOMMANDATION

9. Les Sections de l'ABC recommandent que les examens et les évaluations par les autorités fédérales en vertu d'autres lois soient effectués de façon concurrente, sur demande du promoteur, aux évaluations d'impact prévues par la Loi. Par exemple, le mandat d'une commission en vertu de la Loi pourrait être élargi de manière à englober, sur demande d'un promoteur, le mandat de la Régie canadienne de l'énergie de décider des questions de droits et tarifs en vertu de la partie IV de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*.

⁷ Loi, paragraphe 47(3).

⁸ Loi, article 48.

⁹ Loi, paragraphe 51(3).

B. Achèvement de l'évaluation de projet en temps opportun

La Loi et la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* prescrivent des échéanciers, mais en font peu pour obliger à ce que l'évaluation de projet ait lieu en temps opportun. Une certaine souplesse relative aux échéanciers peut être nécessaire pour garantir que l'Agence, la Régie canadienne de l'énergie, la commission, le ministre ou le Cabinet aient l'information dont ils ont besoin pour prendre leur décision. Toutefois, l'étape préparatoire élargie comportant des échéanciers plus longs et des pouvoirs discrétionnaires nouveaux et potentiellement absolus de prolonger les délais pourrait se révéler problématique. L'ajout d'une étape préparatoire de 180 jours (ou plus) pour qu'il soit déterminé si une évaluation d'impact est nécessaire pour un projet désigné, tout en exigeant de vastes consultations publiques et de vastes consultations avec les Autochtones ainsi que la participation des instances, risque d'ajouter des délais et des coûts considérables au processus. Les Sections de l'ABC ont hâte de s'attaquer à la question de la pondération appropriée de la souplesse et des échéanciers - tout en garantissant un processus de participation adéquat du public et des Autochtones – lors des consultations sur l'élaboration des règlements d'application de la Loi.

V. COMPÉTENCE FÉDÉRALE

L'évaluation d'impact fédérale doit respecter la Constitution du Canada, en vertu de laquelle le gouvernement fédéral n'a pas compétence exclusive sur l'environnement. À notre avis, cela signifie que l'évaluation d'impact fédérale doit être liée aux pouvoirs constitutionnels fédéraux.

Les régimes d'évaluation environnementale fédéraux antérieurs à la LCEE 2012 utilisaient une approche de type *déclencheur*, qui nécessitait un motif de compétence fédérale pour déclencher le processus fédéral d'évaluation environnementale (p. ex., promoteur fédéral, territoire domaniaux, financement fédéral ou permis fédéral). D'un point de vue pratique, cela signifiait généralement que la plupart des projets privés sur des territoires domaniaux privés ou provinciaux n'étaient pas assujettis au régime fédéral d'évaluation environnementale sauf s'ils nécessitaient un permis fédéral. Par conséquent, de 1973 à 2012, les projets qui furent évalués étaient généralement ceux qui relevaient carrément de la compétence fédérale.

La LCEE 2012 a remplacé l'approche de type *déclencheur* par une approche de type *liste de projets*¹⁰. La LCEE 2012 a créé un processus d'examen préalable permettant à l'Agence de déterminer si le projet désigné comporte une prise de décision fédérale, bien que le libellé de la LCEE 2012 puisse permettre l'évaluation environnementale d'un « projet désigné » même si aucune prise de décision réglementaire fédérale n'est en cause¹¹. La Loi prévoit le maintien de l'approche de type *liste de projets*¹².

Les Sections de l'ABC appuient le recours par la Loi à une approche de type *liste de projets*, car cette approche procure davantage de certitude sur les cas d'application du nouveau processus d'évaluation d'impact. Les Sections de l'ABC ont aussi recommandé lors des consultations publiques que toutes les parties prenantes aient des indications supplémentaires sur les types de projets auxquels la Loi s'applique, car cela serait utile puisque des projets non énumérés pourraient être ajoutés au cas par cas et les projets énumérés pourraient être écartés si cela est approprié. Par conséquent, nous appuyons la proposition d'établir des critères clairs et un processus transparent pour réviser et mettre à jour périodiquement la liste de projets de la Loi pour garantir que les projets qui sont clairement liés aux questions d'intérêt fédéral soient évalués de façon appropriée.

Cela dit, étant donné le cadre constitutionnel complexe du Canada, il n'est pas étonnant qu'au sein des Sections de l'ABC, il y ait un vaste éventail d'opinions sur le rôle approprié de l'évaluation d'impact fédérale au Canada. Quoi qu'il en soit, nous estimons que la Loi doit indiquer clairement les cas où l'évaluation d'impact fédérale est requise, et nous avons hâte de participer aux consultations sur la création de la liste de projets. Nous prévoyons que les peuples autochtones disposeront également du temps et des ressources nécessaires pour formuler des commentaires sur une liste de projets proposés dans la mesure où la liste influe sur le mode de développement des terres et des ressources sur lesquels ils revendiquent ou exercent des droits ancestraux. Par

¹⁰ La liste de projets actuels de la LCEE 2012 est fondée sur la « liste d'étude approfondie » établie en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (1992) (*LCEE 1992*). La LCEE 1992 s'appliquait seulement aux projets figurant sur la liste d'étude approfondie si le projet nécessitait une décision fédérale (p. ex., un permis fédéral). Toutefois, en vertu de la LCEE 2012, un projet désigné est directement assujéti à cette loi (mais limité à une définition plus restrictive des effets sur l'environnement comme sur le poisson et son habitat, les espèces aquatiques en péril, les oiseaux migrateurs, un territoire domanial et certains effets sur les peuples autochtones qui découlent d'un changement à l'environnement).

¹¹ L'expression « projet désigné » est définie par la LCEE 2012 comme signifiant une ou plusieurs activités concrètes : a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial; b) désignées soit par règlement (c.-à-d., la « liste de projets »), soit par arrêté pris par le ministre; c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté. Dans la Loi, l'alinéa c) a été supprimé de la définition de projet désigné.

¹² Loi, article 7 (similaire au paragraphe 5(1) de la LCEE 2012).

conséquent, l'approche axée sur des critères pour la révision de la liste de projets constitue un exercice important pour garantir que les projets désignés soient raisonnablement liés aux questions d'intérêt fédéral. C'est particulièrement important, d'autant plus que l'approche de type *liste de projets* de la Loi n'a pas nécessairement besoin d'une décision fédérale ou d'un autre acte fédéral.

De même, un deuxième changement important apporté en vertu de la LCEE 2012 est une liste des effets environnementaux à prendre en considération relativement à l'évaluation fédérale d'un projet désigné¹³. En général, nous convenons que les effets environnementaux visés aux alinéas 5(1)*a*) et *b*) (p. ex., les poissons et leur habitat, les espèces aquatiques en péril, les oiseaux migrateurs) relèvent du pouvoir législatif du législateur fédéral. En vertu de la Loi, les sous-alinéas 7(1)*a*)*i*) à *iii*) et l'alinéa 7(1)*b*) prescrivent la même liste d'effets environnementaux, qui, nous en convenons, sont clairement liés à des questions d'intérêt fédéral.

Nous proposons que lorsqu'un projet désigné n'est pas fédéral par nature, le législateur fédéral confirme le fondement constitutionnel de l'inclusion de tous les effets énumérés aux alinéas 7(1)*c*) et *d*) à l'égard des peuples autochtones (p. ex., rejets locaux dans l'air, forêts, espèces terrestres en péril), car on pourrait soutenir que cette réglementation a une portée excessive (en ce qu'elle n'est pas nécessairement liée à un pouvoir fédéral et aurait un effet déraisonnable sur les pouvoirs provinciaux et territoriaux sur le développement des ressources). Encore une fois, puisque l'approche de type *liste de projets* de la Loi n'a pas nécessairement besoin d'une décision fédérale, il est important de veiller à ce que les effets environnementaux prévus par la Loi sur les peuples autochtones soient en réalité fédéraux par nature (faut-il présumer en vertu du pouvoir constitutionnel fédéral sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »).

VI. PASSAGE DES EFFETS ENVIRONNEMENTAUX NÉGATIFS ET IMPORTANTS À L'INTÉRÊT PUBLIC

Constitue un changement important apporté par la Loi à l'évaluation réglementaire des grands projets le critère (appliqué par le gouverneur en conseil ou par le ministre) permettant de décider des projets désignés qui peuvent aller de l'avant.

Une évaluation d'impact élargie et exhaustive des projets désignés constitue l'un des principaux objectifs de la Loi. Il s'agit d'un changement important, de l'évaluation environnementale à l'évaluation d'impact. La nouvelle évaluation d'impact est plus large, englobant les impacts sur la

¹³ LCEE 2012, article 5.

santé, les impacts sociaux et économiques, les impacts fondés sur le sexe ou le genre ainsi que les impacts à long terme sur les peuples autochtones. Les principes directeurs soulignés dans la Loi sont la durabilité et la prudence. La durabilité est définie dans la Loi comme la capacité à protéger l'environnement, à contribuer au bien-être social et économique de la population du Canada et à maintenir sa santé, dans l'intérêt des générations actuelles et futures¹⁴. Les Sections de l'ABC sont généralement d'accord avec ces principes.

Toutefois, la nature élargie de l'évaluation des projets désignés nécessite également l'élargissement des facteurs décisionnels. La Loi s'écarte considérablement de l'article 52 de la LCEE 2012, qui a divisé le processus décisionnel en deux étapes assorties de facteurs spécifiques : i) si la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et, si tel est le cas, ii) si les effets environnementaux négatifs et importants sont justifiés dans les circonstances.

La Loi introduit un critère d'*intérêt public* beaucoup plus grand. Le ministre ou le gouverneur en conseil, après avoir examiné le rapport d'évaluation d'impact sur un projet désigné, doit déterminer si les effets négatifs relevant de la compétence fédérale et les effets négatifs directs ou accessoires sont dans l'intérêt public, à la lumière des facteurs visés à l'article 63. La LCEE 2012 mettait l'accent sur l'acceptabilité du *projet*, alors que la Loi met l'accent sur l'acceptabilité des *effets négatifs*.

Certains membres des Sections de l'ABC craignent que cela nécessite que l'on réfute le négatif – critère plus difficile à respecter - et que cela ne permette pas au ministre ou au gouverneur en conseil de tenir compte à la fois des effets positifs et des effets négatifs d'un projet, conformément à l'esprit de la Loi.

En outre, la Loi définit les *effets* comme les changements causés à l'environnement ou aux conditions sanitaires, sociales ou économiques et les répercussions de tels changements, et les *effets directs ou accessoires* comme les effets qui sont directement liés ou nécessairement accessoires soit aux attributions que l'autorité fédérale doit exercer pour permettre l'exercice en tout ou en partie d'une activité concrète ou la réalisation en tout ou en partie d'un projet désigné, soit à l'aide financière accordée par elle à quiconque en vue de permettre l'exercice en tout ou en partie de l'activité ou la réalisation en tout ou en partie du projet désigné. Contrairement aux définitions qu'on retrouve dans la LCEE 2012, ces définitions manquent de précision. Elles sont

¹⁴ Loi, article 2.

larges et pourraient reconnaître toute préoccupation possible susceptible d'être soulevée au sujet d'un projet désigné.

Les facteurs d'intérêt public figurant à l'article 63 pour guider la décision sur l'acceptabilité de l'ensemble des effets (directs et accessoires) sont les suivants :

- la mesure dans laquelle le projet désigné contribue à la durabilité;
- la mesure dans laquelle les effets relevant d'un domaine de compétence fédérale qui sont négatifs – ainsi que les effets directs ou accessoires négatifs – identifiés dans le rapport d'évaluation d'impact du projet le sont;
- la mise en œuvre des mesures d'atténuation que le ministre ou le gouverneur en conseil estime indiquées;
- les répercussions que le projet désigné peut avoir sur tout groupe autochtone et les répercussions préjudiciables qu'il peut avoir sur les droits prévus à l'article 35;
- la mesure dans laquelle les effets du projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques.

Nous convenons qu'il s'agit là d'importants facteurs à prendre en considération, mais leur application contextuelle semble difficile à saisir à ce stade. Il n'existe pas de seuil pour guider l'application de la *mesure* dans ces facteurs, et il n'y a pas non plus de lignes directrices objectives pour contribuer à l'évaluation et à la pondération de chaque facteur dans la détermination de l'intérêt public. L'application de ces facteurs semble être subjective et relever du pouvoir discrétionnaire du ministre ou du gouverneur en conseil. Cela entraînera vraisemblablement un manque de certitude et d'uniformité dans les décisions qui en découleront.

VII. PEUPLES AUTOCHTONES ET ÉVALUATION D'IMPACT

A. Évaluation d'impact, consultation Couronne-peuples autochtones et accommodements

La Loi indique explicitement ce que la Couronne fédérale fait déjà en vertu de la loi actuelle, c'est-à-dire utiliser l'évaluation environnementale comme point de contact pour la consultation et l'accommodement des peuples autochtones touchés. À cette fin, l'alinéa 22(1)c) fait des répercussions sur tout groupe autochtone et des répercussions préjudiciables que le projet peut avoir sur les droits prévus à l'article 35 des facteurs obligatoires à prendre en considération dans

une évaluation. Il semble cependant fort inapproprié de permettre que les répercussions soient écartées de la portée d'une évaluation, comme le paragraphe 22(2) permet à l'Agence ou au ministre de le faire sans préciser les conditions sous lesquelles cela pourrait se produire (c.-à-d. processus de consultation subsidiaire).

La relation entre l'obligation de consultation et d'accommodement et l'évaluation d'impact fédérale n'a pas été précisée par la Loi et, en fait, le processus semble être en grande partie le même qu'auparavant.

Par exemple, le paragraphe 7(1) de la Loi n'énumère pas de répercussions préjudiciables sur les droits prévus à l'article 35 parmi les impacts interdits que la Loi vise à évaluer. Au contraire, la même formulation de l'impact sur « l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles » demeure, ce qui englobe seulement en partie le type d'impact potentiel qui déclenche l'application de l'obligation de consultation et d'accommodement. Cela fait en sorte que, même si on peut tenir compte de certaines répercussions sur les droits prévus à l'article 35 dans le cadre de l'évaluation d'impact, il s'agit là d'un moyen inadéquat de consultation complète et d'accommodement.

En outre, tant que le ministre ou le gouverneur en conseil prend la décision finale sur l'acceptabilité de l'impact, l'obligation de consultation et d'accommodement ne peut pas être entièrement remplie par l'évaluation d'impact. Une consultation sera nécessairement requise après l'évaluation d'impact et avant que la Couronne prenne sa décision finale. Comme à l'heure actuelle, la Loi ne précise pas la façon de procéder.

Dans la mesure où la Loi n'oblige pas la Couronne à présenter aux groupes autochtones susceptibles d'être touchés par un projet désigné un plan de consultation indiquant où s'agence le processus d'évaluation dans le processus de consultation, elle n'atteint pas son objectif de coordonner les processus de consultation et d'évaluation et de garantir le respect de l'obligation de consultation. La Loi devrait obliger la Couronne à proposer un plan de consultation dans le cadre de l'étape préparatoire. De plus, les groupes autochtones potentiellement touchés devraient avoir l'occasion de faire des commentaires sur le projet de plan de consultation à cette étape. La Loi devrait également obliger la couronne à mettre à jour le plan de consultation, si nécessaire, au cours du processus d'évaluation d'impact.

RECOMMANDATION

10. Les Sections de l'ABC recommandent que le processus d'évaluation d'impact comprenne un plan de consultation qui indique notamment où s'agence le processus d'évaluation dans le processus visant le respect par la Couronne fédérale de son obligation de consultation et d'accommodement.

B. Consultation sur la désignation d'un projet

Le paragraphe 9(2) de la Loi introduit un facteur important dans les considérations obligatoires dont doit tenir compte le ministre lorsqu'il détermine s'il y a lieu de désigner une activité concrète qui n'est pas par ailleurs assujettie à une évaluation d'impact : toute répercussion préjudiciable que l'activité concrète peut avoir sur les droits prévus à l'article 35. On doit présumer que le ministre prendra sa décision en consultant les peuples autochtones potentiellement touchés. Cette décision déclenche manifestement l'application de l'obligation de consultation. La Loi n'explique toutefois pas la façon dont la consultation se produit dans ce cas, particulièrement si la demande de désignation ne provient pas de la collectivité autochtone touchée.

C. Financement

Constitue une autre source de préoccupations le financement permettant une véritable consultation à toutes les étapes du processus d'évaluation, dont l'étape préparatoire, et, dans la mesure où il s'applique, en vertu de l'article 21. La Loi n'oblige pas l'Agence à faire en sorte qu'un groupe autochtone ait le financement nécessaire pour participer au processus d'évaluation, notamment aux étapes préliminaires lorsque l'Agence doit déterminer si une évaluation aura lieu. L'Agence est tenue d'offrir de consulter les groupes autochtones touchés en vertu de l'article 12 à l'étape préalable à l'évaluation, mais elle n'a pas l'obligation ou l'autorisation de financer un groupe autochtone afin d'en permettre la participation à la consultation.

L'article 75 oblige l'Agence à créer un programme d'aide financière pour faciliter *la participation du public* aux étapes préliminaires (et ultérieures) du processus d'évaluation. La nécessité de financement habilitant même avant que l'on envisage ou que l'on entame un processus d'évaluation ne reçoit aucune considération dans la Loi. Par exemple, les peuples autochtones ont besoin de ressources pour recueillir des données sur l'utilisation historique et actuelle, sur l'occupation et les secteurs de vulnérabilité environnementale ainsi que sur l'impact cumulatif avant l'évaluation propre à un projet. Cette collecte de données peut permettre le règlement plus

facile des questions de préparation et d'évaluation propres à un projet. En tant qu'engagement par le gouvernement fédéral d'utiliser les évaluations d'impact pour faciliter la consultation et l'accommodement des droits de l'article 35, l'article 75 nécessite un libellé plus clair quant au financement des groupes autochtones.

RECOMMANDATION

11. Les Sections de l'ABC recommandent l'ajout du paragraphe suivant à l'article 75 :

« Ce programme d'aide financière comportera des mesures particulières pour faciliter la véritable participation des groupes autochtones visée par la présente loi, notamment la participation à tout processus de consultation offert par l'Agence ou par la commission. »

D. Principes de la DNUDPA et prise de décisions

En ce qui concerne la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), les Sections de l'ABC ont appuyé une approche de consentement libre, préalable et éclairé en tant qu'objectif des processus de consultation de bonne foi dans la nature de négociations en vue d'ententes mutuellement acceptables avant les décisions sur les mesures proposées. Le gouvernement fédéral a déclaré que la Loi vise à établir une participation rapide et inclusive à toutes les étapes, en vue d'obtenir le consentement par l'intermédiaire de processus fondés sur la reconnaissance des droits prévus à l'article 35, mais la Loi ne renferme aucune mention de la DNUDPA ou de cet objectif.

RECOMMANDATION

12. Les Sections de l'ABC recommandent que la DNUDPA, ou l'objectif du gouvernement fédéral de participation rapide et inclusive et de participation à toutes les étapes, devrait être mentionné comme objectif du processus de consultation en vertu de la Loi.

E. Lois autochtones

La Loi n'appelle pas au respect des lois autochtones. Le processus réglementaire doit respecter la participation des peuples autochtones en fonction de leurs propres lois, pratiques et régimes de gouvernance. La Loi ne mentionne aucunement les lois autochtones.

RECOMMANDATION

13. Les Sections de l'ABC conviennent avec le Comité d'experts que « reconnaître et appuyer les lois autochtones et les compétences inhérentes devraient faire partie intégrante de la gouvernance et des processus d'évaluation d'impact ».

F. Étape préparatoire

En vertu de l'article 16 de la Loi, l'Agence a le pouvoir discrétionnaire de déterminer si une évaluation d'impact est requise. Avant de prendre cette décision, l'Agence doit passer par l'étape préparatoire. À cette étape, elle revoit le projet du promoteur pour en cerner les effets négatifs potentiels sur des secteurs relevant de la protection législative fédérale (comme l'environnement, le poisson et les cours d'eau), sur l'intérêt public, ainsi que sur les droits et intérêts des autres instances et des peuples autochtones.

La Loi reconnaît qu'elle ne peut pas déroger aux « droits des peuples autochtones du Canada » et impose à l'Agence l'obligation « d'offrir de consulter » les groupes autochtones, mais c'est le ministre qui décide si le projet va de l'avant en prenant en considération les « effets préjudiciables » sur les droits des peuples autochtones. Toutefois, on ignore la façon dont les répercussions sur les droits des peuples autochtones seront examinées ou soupesées par le ministre. Par exemple, si l'Agence détermine à l'étape préparatoire que le projet proposé causera aux droits des peuples autochtones des effets préjudiciables qui ne peuvent pas être atténués, le ministre mettra-t-il un frein à l'évaluation à l'étape préparatoire et entamera-t-il un processus de consultation distinct pour envisager des solutions de rechange?

L'Agence peut déterminer les effets préjudiciables, mais elle ne peut indiquer quelque niveau d'importance que ce soit. Par conséquent, l'Agence ne peut pas faire de recommandations au ministre sur des questions ou des préoccupations au sujet des effets inacceptables susceptibles de mener à la décision de ne pas donner suite à un projet proposé. Cette exclusion est potentiellement troublante parce que l'Agence bénéficie directement du processus préparatoire et comprend davantage la portée des renseignements et des points de vue des participants, dont les peuples autochtones et le public. L'Agence est la mieux informée et en meilleure position pour apprécier la nature, l'ampleur et la gravité des effets. Sans l'avantage du point de vue ou des recommandations de l'Agence sur les effets inacceptables, le pouvoir discrétionnaire du ministre de rejeter un projet se prête à des contestations.

RECOMMANDATION

- 14. Les Sections de l'ABC recommandent que pendant l'étape préparatoire, l'Agence soit tenue de communiquer l'analyse des effets potentiellement inacceptables et d'entamer des consultations avec les peuples autochtones.**

G. Étape de l'évaluation

L'article 12 exige explicitement une offre de consulter les groupes autochtones touchés à l'étape préparatoire. L'offre de consulter doit aussi être faite aux « instances » définies dans la Loi. Les instances comprennent certains corps dirigeants autochtones, et nous considérons que la reconnaissance des instances autochtones constitue une bonne nouvelle. Toutefois, pendant l'évaluation d'impact elle-même, l'article 21 semble limiter la consultation aux « instances ». Cet article ne renferme pas d'obligation d'offrir de consulter les groupes autochtones touchés, contrairement à l'article 12. L'article 12 vise à bon droit les groupes autochtones qui ne sont pas des « instances », qui peuvent être touchés par un projet et que la Couronne a l'obligation de consulter. Cela ajoute de l'incertitude et de la confusion au rôle de l'Agence ou de la commission lorsqu'elle effectue des consultations pendant l'étape de l'évaluation.

Dans l'ensemble, la Loi fournit peu d'indications sur la consultation et le processus d'évaluation. Ceux et celles qui croient que la Loi établit un processus de consultation et d'accommodement dans le contexte des évaluations d'impact se trompent. Nous estimons également que la Loi ne répond pas à son objectif de préciser l'obligation de consultation et d'accommodement dans le processus d'évaluation.

RECOMMANDATIONS :

- 15. Les Sections de l'ABC recommandent que la Loi oblige expressément l'Agence ou la commission à offrir de consulter les groupes autochtones touchés de même que les « instances » à l'étape préparatoire.**
- 16. Les Sections de l'ABC recommandent que la Loi énonce clairement (peut-être à l'article 3) qu'elle ne vise pas à atténuer, définir ou codifier l'obligation par la Couronne de consulter et d'accommoder.**
- 17. Les Sections de l'ABC recommandent que la Loi énonce explicitement que lorsqu'une partie du processus d'évaluation se veut partie intégrante de la**

**consultation de la Couronne avec les groupes autochtones, l'Agence a
l'obligation d'informer les groupes autochtones dès le départ.**

H. Connaissances traditionnelles des peuples autochtones

La LCEE 2012 prévoyait que l'examen des connaissances traditionnelles des peuples autochtones (CTA) était facultatif et conférait certaines protections, mais la Loi renforce le rôle des CTA dans le processus fédéral d'évaluation d'impact. Les Sections de l'ABC ont milité en faveur de l'inclusion des CTA dans les facteurs obligatoires à prendre en considération dans les évaluations d'impact et dans les évaluations des effets environnementaux (alinéas 22(1)g) et 84b)).

Nous suggérons cependant le retrait des CTA de la liste des facteurs que l'Agence ou le ministre peut écarter d'une évaluation en vertu du paragraphe 22(2). Un engagement à l'égard des CTA dans le processus d'évaluation fédéral doit se trouver au moins sur un pied d'égalité avec « les connaissances des collectivités », qui ne peuvent pas être écartées du processus d'évaluation. Ce changement favoriserait davantage l'objet de l'alinéa 6(1)j), qui vise à garantir l'inclusion des connaissances scientifiques, des CTA et des connaissances des collectivités dans les évaluations d'impact.

Nous proposons également une modification mineure à l'alinéa 6(1)j), qui fait référence à la prise en compte des connaissances scientifiques et traditionnelles. Au lieu que les évaluations d'impact « prennent en compte » les connaissances scientifiques et les CTA, elles devraient être « fondées sur » ces connaissances scientifiques et ces CTA.

Nous faisons une mise en garde contre l'utilisation de l'expression « intégrer l'information scientifique et les connaissances traditionnelles » qu'énonce le préambule de la Loi. Il faudrait accorder une importance égale aux deux systèmes de connaissances. Étant donné le déséquilibre historique et actuel des pouvoirs entre les systèmes de connaissances occidentaux et autochtones dans les évaluations d'impact, « intégrer » pourrait être problématique si cela fait en sorte que les connaissances scientifiques l'emportent sur les CTA en cas de conflit. Nous suggérons l'expression « examiner sur un pied d'égalité » plutôt qu'« intégrer ».

Nous appuyons l'inclusion de dispositions sur la confidentialité pour protéger les CTA contre la communication publique lorsqu'elles sont communiquées à un organe d'évaluation dans le processus d'évaluation d'impact (article 119). Les exceptions à la non-communication prévues au paragraphe 119(2) font référence de façon approximative à la communication « à des fins d'équité

procédurale et de justice naturelle ou pour usage dans des poursuites judiciaires ». On ignore cependant si cela signifie la communication à un promoteur de projet ou à toutes les parties qui participent au processus. Cette communication devrait se limiter au promoteur du projet puisque la communication à tous les participants pourrait vider de son sens la disposition relative à la confidentialité.

Nous recommandons également que toute condition imposée à la communication en vertu du paragraphe 119(3) soit assujettie aux commentaires de la collectivité autochtone qui communique ses connaissances traditionnelles à l'organe d'évaluation. Un avis de communication potentielle – notamment conditionnelle - devrait également être donné à la collectivité autochtone, de sorte que la collectivité puisse décider de retirer sa preuve de CTA si elle n'est pas satisfaite des modalités de la communication.

RECOMMANDATIONS

18. Les Sections de l'ABC recommandent que les CTA soient retirées de la liste des facteurs qui peuvent être écartés de l'évaluation en vertu du paragraphe 22(2).

19. Les Sections de l'ABC recommandent que l'alinéa 6(1)f) soit modifié de manière à ce que l'évaluation d'impact soit « fondée sur » les CTA et les connaissances scientifiques, et non pas qu'elle « prenne en compte » ces systèmes de connaissances.

20. Les Sections de l'ABC recommandent que les exceptions à la non-communication des CTA prévues au paragraphe 119(2) soient limitées au promoteur plutôt qu'à tous les participants à l'évaluation et que toute condition proposée en vertu du paragraphe 119(3) soit assujettie aux commentaires de la collectivité autochtone qui détient des connaissances, laquelle peut retirer sa preuve de CTA si elle n'est pas satisfaite des modalités de la communication.

I. Instances autochtones pour l'évaluation d'impact

Nous constatons un bon potentiel d'édification de la capacité des corps dirigeants autochtones d'entreprendre des évaluations d'impact conjointes dans la définition du mot « instance » à l'article 2 de la Loi. En plus de la reconnaissance des organismes d'évaluation environnementale

constitués en vertu des traités modernes et des accords d'autonomie gouvernementale - qui existent déjà en vertu de la LCEE 2012 – l'alinéa G) de la définition d'*instance* fait référence aux pouvoirs du ministre, en vertu de la réglementation, de conclure des ententes avec d'autres corps dirigeants autochtones pour reconnaître leur pouvoir d'exercer des fonctions relatives à l'évaluation d'impact sur un territoire donné (al. 114(1)e)). On retrouve une disposition similaire au paragraphe 77(1) de la nouvelle *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*.

Nous avons hâte de suivre l'élaboration des règlements sur la reconnaissance de l'instance autochtone en matière d'évaluation d'impact, ce qui exigerait nécessairement des dispositions relatives à la capacité et au financement des activités de l'instance autochtone. Nous prévoyons que l'application de ces règlements confèrerait aux collectivités autochtones un contrôle supérieur sur l'évaluation des répercussions des projets de développement dans leurs territoires respectifs, principe qui est conforme aux articles 18, 20 et 26 de la DNUDPA.

Il ne semble pas qu'un pouvoir similaire de conclure des ententes avec des corps dirigeants autochtones ait été conféré à la Commission canadienne de sûreté nucléaire, mais nous recommandons que tel soit le cas. La DNUDPA demande instamment aux États de prendre « des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » (paragraphe 29(2)). Cela favorise la participation accrue des peuples autochtones dans l'évaluation des projets de stockage et de déchargement relativement au contrôle et à la sécurité en matière nucléaire.

RECOMMANDATION

21. Les Sections de l'ABC recommandent que le ministre responsable de l'application de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires* ait le pouvoir d'adopter des règlements (comme le ministre responsable de l'application de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*) permettant la conclusion d'ententes avec les corps dirigeants autochtones pour l'application de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires* et autorisant tout corps dirigeant autochtone avec lequel une entente est conclue à exercer les pouvoirs et les fonctions prévus par la Loi qui sont précisés dans l'entente.

VIII. CONCLUSION

Les Sections de l'ABC apprécient l'occasion de recommander des façons de renforcer et d'améliorer le projet de loi C-69 et le projet de *Loi sur l'évaluation d'impact*. Nous estimons que nos commentaires aideront le gouvernement fédéral et nous serions heureux d'en discuter de façon plus approfondie.

IX. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

Les Sections de l'ABC recommandent :

1. **que l'on envisage de déterminer si des indications et de la clarté supplémentaires, y compris une liste de facteurs particuliers (négatif et positif), peuvent être procurées à l'Agence et au ministre en vertu des articles 16 et 17 lorsqu'ils déterminent si un projet désigné ne devrait pas être assujéti à une évaluation d'impact;**
2. **le maintien de la notion des meilleures technologies et de la formulation actuelle sur les mesures d'atténuation et les solutions de rechange dans la réalisation d'un projet;**
3. **que le facteur portant sur la mesure dans laquelle les effets du projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du Canada de respecter ses obligations environnementales et ses engagements à l'égard des changements climatiques soit clarifié. Il faut traiter du rôle des exigences réglementaires provinciales et territoriales et du Cadre pancanadien. En outre, il faut aussi régler la mesure dans laquelle il faut tenir compte des émissions de gaz à effet de serre en amont et en aval pendant l'évaluation d'un projet désigné, notamment à l'égard des projets d'oléoduc et de gazoduc;**
4. **l'ajout d'indications et de lignes directrices au paragraphe 22(2) pour garantir que l'établissement de la portée des facteurs suit un processus défendable et prévisible;**
5. **que la relation entre les facteurs visés aux articles 22 et 63 soit clarifiée pour indiquer le rôle, s'il y a lieu, des autres facteurs visés par l'article 22 (et non mentionnés dans l'article 63) dans la détermination de l'intérêt public;**

6. **l'imposition de limites à la capacité par le ministre ou le gouverneur en conseil d'imposer des conditions supplémentaires non visées par une évaluation d'impact ou, si elles sont visées, non recommandées par l'Agence ou le ministre, à l'exception d'une condition nécessaire pour remplir l'obligation par la Couronne de consulter les peuples autochtones en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;**
7. **que le Canada détermine la façon de faciliter l'élaboration d'EECR dans les régions qui n'en ont actuellement pas, en vue d'appuyer la prise de décisions en vertu de l'article 63, et que cette question soit visée par la Loi ou par ses règlements d'application;**
8. **l'ajout de l'exigence voulant que les membres de l'Agence représentent la majorité d'une commission qui est aussi composée de membres provenant d'organismes de réglementation spécialisés;**
9. **que les examens et les évaluations par les autorités fédérales en vertu d'autres lois soient effectués de façon concurrente, sur demande du promoteur, aux évaluations d'impact prévues par la Loi. Par exemple, le mandat d'une commission en vertu de la Loi pourrait être élargi de manière à englober, sur demande d'un promoteur, le mandat de la Régie canadienne de l'énergie de décider des questions de droits et tarifs en vertu de la partie IV de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*.**
10. **que le processus d'évaluation d'impact comprenne un plan de consultation qui indique notamment où s'agence le processus d'évaluation dans le processus visant le respect par la Couronne fédérale de son obligation de consultation et d'accommodement;**
11. **l'ajout du paragraphe suivant à l'article 75 :**

« Ce programme d'aide financière comportera des mesures particulières pour faciliter la véritable participation des groupes autochtones visée par la présente loi, notamment la participation à tout processus de consultation offert par l'Agence ou par la commission. »;
12. **que la DNUDPA, ou l'objectif du gouvernement fédéral de participation rapide et inclusive et de participation à toutes les étapes, devrait être mentionné comme objectif du processus de consultation en vertu de la Loi;**

- 13. de reconnaître et d'appuyer les lois autochtones et les compétences inhérentes comme faisant partie intégrante de la gouvernance et des processus d'évaluation d'impact;**
- 14. que pendant l'étape préparatoire, l'Agence soit tenue de communiquer l'analyse des effets potentiellement inacceptables et d'entamer des consultations avec les peuples autochtones;**
- 15. que la Loi oblige expressément l'Agence ou la commission à offrir de consulter les groupes autochtones touchés de même que les « instances » à l'étape préparatoire;**
- 16. que la Loi énonce clairement (peut-être à l'article 3) qu'elle ne vise pas à atténuer, définir ou codifier l'obligation par la Couronne de consulter et d'accommoder;**
- 17. que la Loi énonce explicitement que lorsqu'une partie du processus d'évaluation se veut partie intégrante de la consultation de la Couronne avec les groupes autochtones, l'Agence a l'obligation d'informer les groupes autochtones dès le départ;**
- 18. que les CTA soient retirées de la liste des facteurs qui peuvent être écartés de l'évaluation en vertu du paragraphe 22(2);**
- 19. que l'alinéa 6(1)j) soit modifié de manière à ce que l'évaluation d'impact soit « fondée sur » les CTA et les connaissances scientifiques, et non pas qu'elle « prenne en compte » ces systèmes de connaissances;**
- 20. que les exceptions à la non-communication des CTA prévues au paragraphe 119(2) soient limitées au promoteur plutôt qu'à tous les participants à l'évaluation et que toute condition proposée en vertu du paragraphe 119(3) soit assujettie aux commentaires de la collectivité autochtone qui détient des connaissances, laquelle peut retirer sa preuve de CTA si elle n'est pas satisfaite des modalités de la communication;**
- 21. que le ministre responsable de l'application de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires* ait le pouvoir d'adopter des règlements (comme le ministre responsable de l'application de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*) permettant la conclusion d'ententes avec les corps dirigeants autochtones pour l'application de la *Loi sur la sûreté et la réglementation***

***nucléaires* et autorisant tout corps dirigeant autochtone avec lequel une entente est conclue à exercer les pouvoirs et les fonctions prévus par la Loi qui sont précisés dans l'entente.**