

RÉCAPITULATION ET AUTRES ORIENTATIONS – LEÇONS TIRÉES D'UNE ÉTUDE DE CAS HYPOTHÉTIQUE

Jennifer Fairfax*

Symposium sur l'environnement au tribunal :
Les inspections environnementales et les mesures d'application, sur place et au tribunal
Les 26 et 27 février 2016
Université d'Ottawa

This project was undertaken with the financial support of:
Environment and Climate Change Canada

Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :
Environnement et Changement climatique Canada



ONTARIO
BAR ASSOCIATION
A Branch of the
Canadian Bar Association



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW



uOttawa

*Jennifer Fairfax est associée du groupe de litige et du groupe du droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire (REAL) du cabinet Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l. (Osler). Jennifer remercie son collègue Patrick Welsh, un sociétaire du groupe de litige et du groupe REAL d'Osler, de son aide dans la révision et la correction du présent travail, ainsi que de ses conseils précieux.

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

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

Tous droits réservés © 2016

APERÇU

Les leçons apprises d'affaires passées en droit de l'environnement dans le contexte d'inspections, d'enquêtes et de poursuites sont probablement illimitées. Le présent article utilise l'angle d'une étude de cas hypothétique¹ pour illustrer quelques-unes des principales leçons apprises ou « pratiques exemplaires » lorsqu'il s'agit de travailler avec les organismes de réglementation pour rendre un site conforme à la réglementation environnementale dans des circonstances difficiles.

SCÉNARIO HYPOTHÉTIQUE

Une société qui exerce des activités dans le secteur de l'exploitation de l'or possède une mine située à Villéloignée au Canada. La société connaît des difficultés financières et la mine, qui n'est pas exploitée, est en phase de soin et d'entretien. Durant cette phase, le personnel de la mine est grandement réduit et seules quelques personnes s'occupent de la gestion quotidienne. Même si la mine n'est pas en activité, l'eau ne cesse de s'accumuler dans les bassins de résidus en raison notamment des précipitations qui se mélangent aux résidus. Les limites légales posées à la hauteur des eaux des bassins de résidus sont presque excédées et, avec le dégel du printemps qui approche, les bassins risquent éventuellement de déborder et de déverser leur contenu dans la nature.

Les inspecteurs provinciaux et fédéraux font des inspections et demandent des mises à jour sur l'état des bassins, mais en raison des difficultés financières de la société, les communications avec les organismes de réglementation sont au point mort. Des ordonnances sont émises pour ramener les eaux des bassins de résidus à un niveau sécuritaire. Pour respecter les ordonnances et afin de faire baisser le niveau des eaux, la société tente de les traiter avant de les rejeter dans l'environnement, mais elle découvre après coup que les eaux rejetées n'ont pas passé les essais de toxicité requis en vertu du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (REMM).² En dépit de l'échec répété des essais de toxicité réalisés sur les eaux, la société continue de les rejeter dans l'environnement afin d'abaisser davantage leur niveau.

Lors d'un accès soudain de mauvais temps, 100 000 mètres cubes des eaux des bassins de résidus sont déversés par inadvertance et le personnel de la mine met plusieurs heures à s'en rendre compte. Il est possible qu'une crique poissonneuse située à proximité ait été touchée par le déversement. Une fois constaté, l'incident est signalé aux autorités

¹ Cette étude de cas est hypothétique, elle combine certains des faits de véritables affaires environnementales, qui soit se sont conclues par un procès, soit font présentement l'objet d'une enquête, à savoir le procès *Synchrude* ou l'affaire des canards « huileux » (*oily ducks*), les enquêtes réglementaires du Mount Polley, *R v Bloom Lake General Partner Ltd*, 2014 CarswellQue 14668 et *R v Stratabound Minerals Corp*, [2015] NBJ N° 282 (CPNB) [*Stratabound Minerals*], entre autres.

² Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222 [REMM] pris en application de la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14 (la « *Loi sur les pêches* »).

compétentes. La société met du temps à tenter de réparer le bassin de résidus et de remettre en état le milieu naturel, et ne suit pas les protocoles de son système de gestion de l'environnement (SGE) et de son plan d'intervention d'urgence relatif aux déversements. Un inspecteur visite les lieux et des documents sont volontairement fournis.

À un moment donné, l'inspection se transforme en enquête. L'inspecteur, portant le chapeau d'un enquêteur, demande à interroger les employés, fait des enregistrements audio des interrogatoires et demande que lui soient remis d'autres documents, lesquels sont volontairement communiqués par la société dans un effort de collaborer à l'enquête. Les interrogatoires des employés sont organisés par le représentant et le conseiller juridique de la société, pendant les heures de travail et dans les locaux de la société. Le conseiller juridique de la société est présent tout au long des interrogatoires.

Estimant insuffisante l'information fournie par la société, l'enquêteur se présente au site de la mine sans avoir été annoncé et sans avertissement, accompagné de policiers et muni d'un mandat de perquisition, et ceux-ci saisissent des documents précis ainsi que tous les documents bien en vue, y compris des documents possiblement couverts par le secret professionnel de l'avocat. L'enquêteur insiste pour que la fouille continue aussi longtemps que nécessaire, soit jusqu'à minuit et au-delà. Des poursuites sont par la suite intentées à l'égard de la société qui est accusée d'avoir rejeté des eaux n'ayant pas passé les essais de toxicité requis et d'avoir déversé dans l'environnement 100 000 mètres cubes d'eaux issues des bassins de résidus. Les interrogatoires des employés sont utilisés comme des aveux pour valoir à l'encontre de la société. Au cours de l'enquête et de la poursuite, l'inspecteur local continue de rendre visite à la société et de lui demander des mises à jour afin de vérifier la conformité du site de la mine pendant la phase de soin et d'entretien.

LEÇONS APPRISES ET PRATIQUES EXEMPLAIRES

1. Ne pas laisser se détériorer les relations avec les organismes de réglementation

La détérioration des communications avec les organismes de réglementation – c'est-à-dire lorsque la société est perçue comme manquant de transparence pour ce qui est de la communication de renseignements, de mises à jour et de réponses aux questions posées – est souvent un signe avant-coureur de problèmes à venir. Si un inspecteur n'est pas convaincu qu'une société est proactive et réactive, il en conclura qu'il est nécessaire de passer de la conformité volontaire à la conformité forcée.

Tous les territoires suivent une approche par palier pour imposer la conformité, le premier échelon étant la phase de conformité volontaire pendant laquelle les organismes de réglementation s'emploient à persuader les sociétés de respecter volontairement les interdictions prévues par la loi, les limites prévues dans la réglementation et les exigences

d'approbation. Si les organismes de réglementation ont l'impression que la conformité volontaire ne fonctionne pas, ils commenceront à utiliser les mécanismes d'exécution forcée à leur disposition, y compris le vaste pouvoir qui leur est conféré par la loi d'émettre des ordonnances ou des directives, afin d'obliger les sociétés à se conformer à la loi.³ Lorsqu'un organisme de réglementation en est à l'étape de l'émission d'ordonnances, il est difficile (mais pas impossible) de le convaincre de revenir à une conformité volontaire.

S'il est possible de maintenir de bonnes relations efficaces avec l'organisme de réglementation, notamment en nommant un point de contact direct au sein de la société chargée de collaborer avec l'agent responsable ou l'inspecteur de façon à trouver des solutions propres à assurer la conformité de la société, celui-ci voudra continuer de travailler avec celle-ci.

Voici quelques exemples de pratiques exemplaires :

- nommer un point de contact direct et fiable au sein de la société qui est chargée de répondre en temps utile aux questions et demandes de mises à jour de l'inspecteur ou de l'agent responsable et qui est en mesure de nouer une relation de confiance avec l'organisme de réglementation. Une société serait bien avisée de chercher de manière proactive à nouer une relation ouverte avec l'inspecteur ou l'agent responsable;
- répondre aux enquêtes et aux suggestions de manière prompte et exhaustive;
- tenir au courant de manière proactive l'inspecteur ou l'agent responsable au sujet de l'état des installations et de son SGE sans attendre les questions à ce sujet;
- établir des voies de communication ouverte avec l'agent responsable. Se doter d'un protocole de communication écrit qui prévoit des contacts hebdomadaires ou mensuels, selon les besoins. Si la personne qui est chargée de communiquer régulièrement avec l'inspecteur ou l'agent responsable ne réussit pas à gagner la confiance de l'inspecteur, nommer un autre gestionnaire pour exercer ce rôle;
- être proactif et faire en sorte que cela se remarque – prendre des mesures de conformité volontaire et d'amélioration de manière régulière, au besoin. Si la société prend une mesure positive et volontaire de conformité, informer l'organisme de réglementation de la mesure prise;

³ Voir par exemple, ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario, *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation*, mai 2007, accessible en ligne : <https://dr6j45jk9xcmk.cloudfront.net/documents/1098/60-applying-abatement-and-enforcement-tools-en.pdf> (en anglais seulement). Voir aussi Environnement et Changement climatique Canada, *Politique de conformité et d'application des dispositions de la Loi sur les Pêches pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution*, 2002, accessible en ligne : <https://www.ec.gc.ca/Publications/default.asp?lang=Fr&xml=66448750-D3A2-4B5D-8278-543776ED7548>.

- établir un rapport sur tous les rejets ou déversements, et dans le doute, signaler tout incident du genre;
- demeurer d'une façon générale une bonne entreprise citoyenne;
- si la société envisage de cesser ses activités, même de manière temporaire, comme lorsqu'une mine entre en phase de soin et d'entretien, prendre l'initiative de communiquer avec l'organisme de réglementation et demander une réunion en personne pour expliquer la situation, rassurer l'organisme que la société s'acquittera de ses obligations environnementales pendant la cessation des activités et lui demander s'il a des questions à poser ou des préoccupations particulières à communiquer. La communication ouverte permet d'éviter une éventuelle réaction intempestive de l'organisme de réglementation, comme la prise d'une ordonnance, lorsque celui-ci doute que la société s'emploie à régler des problèmes environnementaux ou qu'il a peur qu'elle abandonne la mine. Selon notre expérience, ce genre de transparence dans la communication a permis de nouer une relation de collaboration telle qu'un organisme de réglementation en est arrivé à suggérer d'apporter des modifications pratiques aux permis miniers de la société afin de réduire l'ampleur de la surveillance et de l'échantillonnage pendant la durée de la phase de soin et d'entretien, et de poser des exigences particulières à la reprise de l'exploitation de la mine et au moment de cette reprise.

En bref, l'organisme de réglementation n'a pas besoin d'être traité comme un « ennemi » de la société pour que des solutions qui fonctionnent puissent être trouvées.

2. Faire preuve de diligence raisonnable et être vu en le faisant – le mot d'ordre, documenter le plus possible

Les praticiens du droit de l'environnement insistent tous sur l'importance de la diligence raisonnable. Il ne s'agit pas tant de faire preuve de la diligence raisonnable voulue, que d'être vu en le faisant. Nous les avocats conseillons en permanence les sociétés de « consigner sur papier » tout ce qu'elles font – c'est-à-dire de créer une trace écrite claire montrant que la société a fait preuve en tout temps de la diligence raisonnable voulue, tant avant, durant et après l'incident, afin de montrer à l'organisme de réglementation que la société a fait tout ce qu'il était raisonnable de faire non seulement pour éviter l'incident, mais aussi pour minimiser les effets néfastes éventuels de l'incident et en prévenir la récurrence.

Comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans *R c Sault Ste Marie*,⁴ un accusé peut se prévaloir d'une défense de diligence raisonnable s'il peut prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il (i) croyait, de bonne foi, pour des motifs raisonnables, à l'existence de faits qui, s'ils avaient existé, auraient rendu innocent l'acte ou l'omission qui lui est reproché ou (ii) qu'il « a fait preuve de diligence raisonnable,

⁴ *R c Sault Ste Marie*, [1978] 2 RCS 1299 (CSC) [*Sault Ste Marie*].

savoir s'il a pris toutes les précautions pour prévenir l'infraction et fait tout le nécessaire pour le bon fonctionnement des mesures préventives. Une compagnie pourra invoquer ce moyen en défense si cette diligence raisonnable a été exercée par ceux qui en sont l'âme dirigeante et dont les actes sont en droit les actes de la compagnie elle-même ».⁵ Cependant, comme un tribunal l'a rappelé dans la décision *Bata Industries* « [traduction] [l]es décisions qui interprètent la phrase 'tout le soin raisonnable' soulignent que le libellé n'exige pas de prendre toutes les mesures, mais seulement celles qui, selon toute attente raisonnable, devraient être prises dans les circonstances. La jurisprudence ne fait pas la différence entre 'tout le soin raisonnable' et le 'soin raisonnable'. Le degré de soin raisonnable à exercer dépend des circonstances de l'espèce ».⁶

Un élément clé d'une défense de diligence raisonnable est de savoir si la société en cause disposait d'un SGE approprié, et si ce SGE a été mis en œuvre et a été respecté, à savoir si des mesures raisonnables ont été prises pour assurer le fonctionnement effectif du système mis en place par l'entreprise.⁷ En l'absence d'un tel SGE, ou si celui-ci a été mis en place, mais n'a pas été respecté, une entreprise pourrait avoir de la difficulté à prouver qu'elle a fait preuve de la diligence raisonnable requise.

Dans l'étude de cas hypothétique susmentionnée, un organisme de réglementation ou les tribunaux seraient-ils d'avis que l'entreprise a fait preuve de la diligence requise? L'entreprise a certes continué d'essayer de s'acquitter de ses obligations environnementales et travaillait à atténuer les risques environnementaux. Cependant, même s'il était prévisible qu'en phase de non-exploitation des incidents environnementaux pouvaient quand même survenir, l'entreprise avait réduit son personnel à un point tel qu'il ne lui était pas possible, selon toute vraisemblance, d'exécuter la charge de travail nécessaire pour assurer la sécurité de la mine pendant la phase de soin et d'entretien. De plus, lorsque l'incident est arrivé, et même si la société avait mis en place un SGE et un plan d'intervention d'urgence, elle n'a pas respecté son SGE et n'a pas agi assez rapidement pour corriger la situation.

Comme le montre cette étude de cas hypothétique, le fait de se doter d'un SGE ne garantit pas qu'en cas d'incident, la société sera vue comme ayant fait preuve de la diligence raisonnable requise. De plus, le SGE et le plan d'intervention d'urgence doivent être complets et en mesure de couvrir les activités potentiellement dangereuses se situant raisonnablement dans le cadre des activités de l'entreprise. Par exemple, dans la décision

⁵ *Ibid* à la p 1331, passage repris maintes fois dans diverses affaires, dont *R v Bata Industries Ltd*, 1992 CanLII 7721 [*Bata Industries*].

⁶ *Bata Industries, ibid.*

⁷ *Ibid.* Dans la décision *Bata*, la Cour a conclu à un manque de diligence raisonnable, car « [traduction] Bata n'avait pas établi un système propre à empêcher la perpétration de l'infraction, et elle n'a pas non plus pris les mesures raisonnables pour que le système qu'elle avait mis en œuvre, quel qu'il soit, fonctionne avec efficacité. Elle a tout simplement laissé les barils se rouiller et éventuellement se désintégrer. »

R v Canadian Tire Corp,⁸ la société a été reconnue coupable d'importation de CFC interdits qui se trouvaient dans des réfrigérateurs pour bar, dans le but de les revendre. Même si la société disposait d'un SGE, ce système n'a pas permis de faire en sorte qu'elle importe uniquement des réfrigérateurs sans CFC. Par conséquent, le SGE n'était pas exhaustif et n'a pas permis de couvrir tous les domaines de non-conformité éventuels. Il s'ensuit que le SGE d'une société doit être révisé et mis à jour en permanence, que les employés doivent être régulièrement formés aux procédures exposées dans le SGE et que la société devrait, notamment, réaliser des contrôles ponctuels pour vérifier que le SGE est respecté.

Soin raisonnable et diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains ou de perfection

Il est important de se rappeler, comme l'a déclaré un tribunal dans la décision *R v Courtaulds Fibres*,⁹ que « [traduction] soin raisonnable et diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains. Ils signifient un degré élevé de conscience et la prise de mesures déterminantes, promptes et soutenues. Exiger davantage reviendrait, à mon avis, à rapprocher dangereusement une infraction de responsabilité stricte d'une infraction de responsabilité absolue ». ¹⁰ La Cour dans la décision *R v Syncrude*¹¹ a adopté ces principes de base de la diligence raisonnable et a souligné que Syncrude « [traduction] n'était pas tenue de montrer qu'elle avait pris toutes les mesures *possibles ou imaginables* pour éviter toute responsabilité, et elle n'était pas non plus tenue à une norme de perfection », plutôt, « [traduction] la conduite de l'accusé est évaluée par rapport à celle d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues ». ¹²

Ce qui constitue « [traduction] tout le soin raisonnable dans les circonstances » requiert l'examen de plusieurs facteurs et il n'existe pas de liste exhaustive des facteurs dont il convient de tenir compte dans tous les cas. Chaque affaire doit être décidée à la lumière

⁸ *R v Canadian Tire Corp Ltd*, 2004 CanLII 4462 (CSON).

⁹ *R v Courtaulds Fibres* (1992), 76 CCC (3d) 68; [1992] OJ n° 1972 (CPON) (QL).

¹⁰ *Ibid* aux para 7-8 (QL). La cour a conclu que Courtaulds Fibres avait fait preuve de la diligence voulue : « [traduction] Il est vrai que l'usine était vieillissante et nécessitait une attention immédiate. Personne ne pouvait sérieusement suggérer que tous les problèmes environnementaux auxquels cette société était exposée pourraient se régler en 11 mois. Cependant, durant cette période, les efforts soutenus, sincères et importants déployés par la société pour régler ses problèmes en matière d'environnement montrent bien que la société a employé tout le soin et a exercé toute la diligence raisonnable à l'égard des déversements dont nous sommes saisis. Soins raisonnable et diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains. Ils signifient un degré élevé de conscience et la prise de mesures déterminantes, promptes et soutenues. Exiger davantage reviendrait, à mon avis, à rapprocher dangereusement une infraction de responsabilité stricte d'une infraction de responsabilité absolue. »

¹¹ *R v Syncrude*, 2010 ABCP 229 [décision de première instance].

¹² *Ibid* au para 99.

de ses propres faits. Dans la décision *R v Commander Business Furniture Inc*,¹³ le tribunal a dressé une longue liste de facteurs pouvant être pris en compte pour évaluer une défense de diligence raisonnable :

- 1) la nature et la gravité des effets néfastes;
- 2) la prévisibilité des incidences, y compris les sensibilités anormales;¹⁴
- 3) les solutions de rechange disponibles;¹⁵
- 4) la conformité aux lois et à la réglementation;
- 5) les normes du secteur;
- 6) le caractère du quartier;
- 7) les efforts déployés pour résoudre le problème;
- 8) le temps qu'il a fallu pour prendre des mesures et la rapidité de l'intervention;
- 9) les questions indépendantes de la volonté de l'accusé, y compris les limites technologiques;
- 10) le niveau de compétence attendu de l'accusé;
- 11) les complexités en cause;
- 12) les systèmes de prévention;
- 13) les considérations économiques;
- 14) les actes des fonctionnaires.¹⁶

Étant donné la difficulté financière dans laquelle se trouvait la société de notre étude de cas hypothétique, il est important d'évaluer la mesure dans laquelle les tribunaux tiennent compte de la situation financière d'une société pour décider du bien-fondé d'une défense de diligence raisonnable. Le tribunal dans la décision *Commander Furniture* a examiné

¹³ *R v Commander Business Furniture Inc* (1992), 9 CELR (NS) 185 (DPON) à la p 212; [1992] OJ N° 2904 au para 19 (QL) [*Commander Business Furniture*].

¹⁴ Comme l'a déclaré la Cour dans la *décision de première instance*, une personne « [traduction] est uniquement tenue de prendre des mesures pour éviter ce qu'elle pouvait raisonnablement prévoir » (au para 120).

¹⁵ Comme l'a expliqué la Cour dans la *décision de première instance*, « [traduction] la meilleure façon d'évaluer le caractère raisonnable du soin consiste souvent à comparer ce qui a été fait par rapport à ce qui aurait pu être fait. Le caractère raisonnable des solutions de rechange dont l'accusé connaissait ou aurait dû connaître l'existence est une mesure essentielle de la diligence raisonnable. Pour plaider avec succès la défense de soin raisonnable, l'accusé doit établir, selon la prépondérance des probabilités qu'aucune solution de rechange faisable n'existait qui aurait pu éviter ou atténuer un préjudice à autrui » (para 116, citant *R v Gonder* (1981), 62 CCC (2d) 326, 1981 CarswellYukon 8 (YT Terr Ct) au para 25).

¹⁶ *Commander Business Furniture*, *supra* note 13 au para 19 (QL). Voir aussi la *décision de première instance*, *supra* note 11 au para 100. En ce qui concerne le dernier facteur (les « actes des fonctionnaires »), la Cour dans la décision *Commander Business Furniture* a expliqué ce qui suit au para 23 (QL) : « [traduction] Selon moi, les conseils, les actes ou l'omission d'agir et les avis des représentants du gouvernement sont des facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation de la connaissance qu'avait l'accusé du problème et des solutions à y apporter. Toutefois, il incombe toujours à l'accusé de connaître le problème et de prendre des mesures raisonnables en temps opportun. Dans le même ordre d'idées, à mon avis, lorsque l'on a obtenu de consultants ou d'experts les conseils, la prise de mesures et les avis, il faut en tenir compte dans l'examen de la connaissance de l'accusé. Cependant, c'est à l'accusé seul qu'il revient toujours d'acquiescer un niveau d'expertise approprié dans les circonstances et d'agir avec diligence raisonnable. Un accusé ne peut pas se cacher derrière un avis en particulier alors que des éléments de preuve fiable mènent raisonnablement à une conclusion contraire. »

les considérations économiques pertinentes (facteur n° 13 ci-dessus) et a conclu qu'alors que les coûts seuls ne suffisaient pas à établir la diligence raisonnable, « [traduction] l'économie de plusieurs solutions de rechange est un élément qui doit être évalué avec les autres facteurs d'examen d'une défense de diligence raisonnable ». ¹⁷ Cependant, comme l'a indiqué avec éloquence la Cour dans la décision sur la détermination de la peine dans l'affaire *Bata Industries*, l'objectif prépondérant de la protection de l'environnement ne saurait être ignoré : « [traduction] le message [que doit transmettre] la peine imposée doit être que peu importe la gravité d'une situation financière, l'environnement ne saurait être l'agneau que l'on sacrifie sur l'autel de la survie de l'entreprise ». ¹⁸

En règle générale, les tribunaux suivront une démarche pragmatique lorsqu'ils appliquent le facteur des considérations économiques pour décider si la norme de diligence raisonnable a été respectée dans les circonstances – et ils reconnaîtront que les facteurs économiques ne peuvent pas être ignorés ou l'examen de la défense de diligence raisonnable manquera de vraisemblance. Ceci dit, les tribunaux s'efforceront d'établir un équilibre entre la nécessité de protéger l'environnement et les coûts de ces mesures de protection. La première l'emportera en général sur les seconds lorsque le dommage potentiel pour l'environnement est sérieux. Le tribunal, dans la décision *Commander Furniture*, a procédé à l'analyse suivante :

[Traduction] À mon avis, le degré de maîtrise qu'un accusé a d'un problème particulier doit être vraisemblable, ce qui suppose de tenir compte des considérations de coûts. La jurisprudence accepte en général que les normes industrielles soient utilement prises en compte pour recenser les mesures raisonnables. Selon moi, les facteurs économiques sont essentiels à la définition par une industrie en particulier des normes qu'elle entend adopter. Si les normes industrielles sont pertinentes, les considérations d'ordre économique sont également importantes.

Cela étant dit, les préoccupations d'ordre économique doivent être correctement jaugées par rapport à d'autres facteurs. Par exemple, la mise en œuvre graduelle d'un changement sur le plan de l'exploitation qui protégerait à la fois l'environnement et la viabilité économique d'une entreprise peut être une mesure de diligence raisonnable dans tous les cas. Il est difficile d'imaginer qu'une mise en œuvre autre que graduelle qui détruirait une entreprise pourrait trouver un fondement dans des normes industrielles ou être acceptée par une personne raisonnable alors qu'une procédure graduelle mise en œuvre en temps opportun aurait des chances raisonnables d'être couronnée de succès dans un délai raisonnable et par conséquent, servirait ces deux intérêts. En revanche, lorsqu'une approche graduelle conforme à la norme d'une industrie détruirait l'environnement ou présenterait un grave risque de préjudice, aucun coût ne serait trop grand. Le degré de préjudice ou son ampleur doit par conséquent être évalué de manière raisonnable par rapport aux considérations économiques et aux autres facteurs susmentionnés dans le cadre d'une défense de diligence raisonnable. ¹⁹

¹⁷ *Ibid* au para 21 (QL).

¹⁸ *Ibid*, citant *Bata Industries*, *supra* note 5 au para 21 (QL).

¹⁹ *Ibid* au para 22 (QL) (notre mise en relief). À la p 20 (QL), la Cour a cité l'auteur John Swaigen, dans son ouvrage *Regulatory Offences in Canada, Liability and Defences* à la p 119, pour démontrer la pertinence des facteurs économiques : « [traduction] Il est évident qu'une société ne peut pas choisir de

Dans notre étude de cas hypothétique, la société s'efforce de s'acquitter de ses obligations environnementales dans des circonstances très difficiles, alors qu'elle n'a tout simplement pas les ressources financières ou autres pour mettre en œuvre toutes les mesures correctrices ou autres mesures, et que le temps presse en raison du dégel printanier imminent. Par conséquent, la société choisit ce qu'elle considère être, dans les circonstances, la solution susceptible de ramener le site à un état de conformité : traiter et rejeter les eaux dans l'environnement. Cependant, le système de traitement ne fonctionne pas comme prévu et en fin de compte ne suffit pas à prévenir un déversement par inadvertance en raison du mauvais temps. La question de savoir si cela suffit à constituer une diligence raisonnable dans les circonstances mériterait un examen très attentif.

Les leçons à tirer de la décision Syncrude

Le fait pour une entreprise de ne pas respecter les procédures établies et de réduire le personnel et les ressources peut être vu comme un manque de diligence raisonnable

La décision *R v Syncrude Canada Ltd*²⁰ est un bon exemple du genre de conduite qu'un tribunal pourrait assimiler à un manque de diligence raisonnable s'il jugeait l'accusée « [traduction] sur le fondement des renseignements qu'elle avait à sa disposition au moment de l'infraction ». ²¹ Dans *Syncrude*, l'entreprise a été trouvée coupable de ne pas avoir entreposé les substances dangereuses dans un endroit à l'abri des animaux et des oiseaux migratoires et d'avoir omis de prendre les mesures raisonnables pour empêcher

délibérément violer une loi, sans égard aux graves incidences économiques qui pourraient découler de la conformité à la loi. Cependant, le coût des mesures prises pour éviter des violations peut être pris en compte pour définir la norme de soin requise pour établir la diligence raisonnable. Il est possible de faire la distinction entre le fait d'amorcer une activité tout en sachant qu'on risque ainsi de ne pas se conformer à la loi et le fait de poursuivre une activité entreprise sans avoir connaissance de ce risque une fois que le risque d'une non-conformité devient manifeste. Dans le dernier cas, il est sous-entendu que l'évaluation du caractère raisonnable de la cessation de l'activité peut supposer d'évaluer le préjudice éventuel au public ou à l'environnement découlant de la poursuite de l'activité par rapport au préjudice que subirait l'entreprise si elle cessait l'activité en question. Certains processus industriels ne peuvent pas être interrompus soudainement sans risque de préjudice aux employés, de destruction de grandes quantités de produits ou de matières premières, de dommage à l'équipement ou de retard important dans la reprise de l'exploitation. Une fois qu'une personne sait que ses activités violent la loi ou qu'elle est avertie de la possibilité que ces activités donneront lieu à des contraventions à la loi, cette personne a le lourd fardeau d'engager toutes les dépenses nécessaires pour mettre un terme ou empêcher les contraventions à la loi. Mais les sommes d'argent qui doivent être dépensées dépendent de la prévisibilité et de la gravité du préjudice. Les coûts engagés pour anticiper ou éviter les violations sont proportionnels au risque. Plus le risque est élevé et prévisible, plus les dépenses auxquelles le public s'attend raisonnablement à ce qu'une entreprise engage pour réduire voire éliminer ce risque est important, et vice versa. » (notre mise en relief).

²⁰ *Syncrude, décision de première instance, supra* note 10.

²¹ *Ibid* au para 96, citant *R v MacMillan Bloedel Ltd*, 2002 BCCA 510 (CACB).

les oiseaux de se poser dans ses bassins de résidus, causant ainsi la mort de 1 600 canards.

La question essentielle pour Syncrude était de savoir si elle avait pris toutes les mesures raisonnables pour que la sauvagine ne soit pas contaminée dans ses bassins de résidus.²² Et la réponse à cette question résidait dans le fait que Syncrude n'avait pas mis en place un système de prévention convenable. Les documents existants qui établissaient les procédures relatives aux mesures préventives n'étaient pas complets et Syncrude avait réduit de manière importante, au cours des années précédentes, le nombre de dispositifs d'effarouchement des oiseaux. En particulier, Syncrude avait mis en place un plan de protection de la sauvagine et des employés avaient été affectés à l'équipe chargée des oiseaux et de l'environnement (EOE), mais ils n'avaient pas reçu de formation formelle en matière de traitement des animaux sauvages et aucun échancier formel n'avait été établi pour le déploiement de dispositifs d'effarouchement des oiseaux qui se posent dans les bassins de résidus. En fait, les ressources et dispositifs d'effarouchement dont disposait l'équipe EOE n'étaient pas aussi efficaces que par le passé, et le personnel avait été réduit de manière substantielle.²³

En conséquence, Syncrude a été condamnée à payer un total de trois millions de dollars en amendes et paiements à des organismes voués à la conservation.²⁴ Ainsi, pour revenir à notre étude de cas hypothétique, un tribunal examinerait soigneusement si les réductions de personnel effectuées par l'entreprise, pendant la phase de soin et d'entretien du site, sont un facteur qui démontre un manque de diligence raisonnable.

Une leçon récente en matière de diligence raisonnable appliquée aux bassins de résidus

Une société « dépassée par les événements »

Une décision récente du mois d'octobre 2015 d'un tribunal du Nouveau-Brunswick, *R v Stratabound Minerals Corp.*,²⁵ est un bon exemple de l'application des principes de diligence raisonnable à une espèce similaire à notre étude de cas hypothétique. Stratabound était en difficulté financière et en passe d'être dissoute. De plus son système de traitement des effluents miniers ne fonctionnait pas, les essais de toxicité avaient échoué et le niveau des eaux dans les bassins augmentait dangereusement. Pour empêcher un débordement, Stratabound a délibérément déversé environ 2 millions de litres d'eau traitée dont les essais de toxicité avaient échoué à plusieurs reprises sans qu'aucune

²² *Ibid* au para 101. Dans le cas de Syncrude, aucun élément de preuve n'avait été rapporté d'une erreur de fait; la Cour a conclu que Syncrude aurait dû savoir que la conduite interdite s'avérerait, car il était raisonnablement prévisible que les oiseaux se poseraient sur le bassin de résidus (au para 97).

²³ *Ibid* aux para 23 à 28.

²⁴ *R v Syncrude Ltd* (22 octobre 2010), St Albert n° 09015792226P1 (CPAB, division criminelle).

²⁵ *Stratabound Minerals*, *supra* note 1.

mesure de correction n'eût été prise. Le déversement a causé la mort de poissons. La Cour a expliqué la situation de la manière suivante :

[Traduction] Le 16 mai, Stratabound a avisé Environnement Canada que ses bassins de résidus, sa lagune tertiaire et la fosse à ciel ouvert atteignaient une étape critique, qu'ils étaient presque pleins d'eau de pluie. À cette audience de détermination de la peine, le représentant de Stratabound a déclaré à la Cour que le problème était dû à l'importance des précipitations pendant trois jours en mai 2013. Le 24 mai, en raison des fortes précipitations qui étaient prévues pour la fin de semaine, Stratabound s'est vue contrainte de rejeter les effluents miniers afin d'accroître sa capacité de stockage sur place. Si elle ne le faisait pas, elle courait le risque d'un débordement incontrôlé de la fosse à ciel ouvert. Environnement Canada, comme nous l'avons mentionné, avait été avisé de la situation. Stratabound lui a dit qu'elle s'apprêtait à déverser des effluents le 24 mai. Ce jour-là, la mine a été inspectée afin de vérifier sa conformité au REMM. Un déversement d'effluents miniers avait été observé en provenance de la propriété, dans la zone est du site, par un fossé de drainage adjacent à l'ancien emplacement de la fosse dans la zone inférieure du puisard. Ces effluents avaient été déversés dans un marais menant ultimement à la rivière du Portage. Des échantillons ont été prélevés sur les effluents miniers par les inspecteurs d'Environnement Canada présents à cet endroit. Le volume d'effluents délétères déversés du site minier le 24 mai n'a pas été quantifié, mais des essais ont été réalisés sur les échantillons prélevés. Non dilués, les effluents étaient hautement toxiques pour les poissons. Même dilués à 6,25 pour cent, ils étaient considérés comme une substance délétère, car 60 pour cent du poisson exposé était mort dans une telle concentration diluée ...²⁶

La Cour a reconnu la culpabilité de Stratabound Minerals et l'a condamnée à payer une amende de 75 000 \$ pour avoir contrevenu au REMM et à la *Loi sur les pêches*, y compris d'avoir déversé illégalement des effluents miniers à trois reprises. L'amende imposée pourrait avoir été beaucoup plus élevée si la structure de l'amende minimale et maximale modifiée de la *Loi sur les pêches* actuelle avait été appliquée (les événements en cause étant survenus avant les modifications).²⁷ Bien qu'aucune preuve réelle de dommage à l'environnement n'avait été établie, la possibilité d'un dommage était importante et a suffi à fonder la condamnation.

La décision *Stratabound Minerals* éclaire l'étude de la manière dont les poursuivants et les tribunaux abordent en général ce genre d'affaires, et les facteurs dont ils tiennent compte pour déterminer la peine. La Cour a conclu que la société avait été négligente, mais pas insouciant. La société n'avait pas délibérément conçu de nuire à l'environnement; elle a plutôt « [traduction] agi dans le contexte de son peu d'expérience de la réalité des activités d'exploitation minière, déployant beaucoup d'efforts pour obtenir les fonds nécessaires pour poursuivre ses activités d'exploration minière en cours

²⁶ *Ibid* au para 17.

²⁷ En conséquence de la modification de la *Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales du Canada*, la *Loi sur les pêches* et d'autres lois fédérales ont été modifiées pour y inclure des amendes minimales et maximales plus sévères. Par exemple, pour avoir violé la Loi, une société pourrait devoir payer une amende minimale de 500 000 \$ et une amende maximale de 6 millions de dollars pour une infraction punissable par mise en accusation, ou une amende minimale de 100 000 \$ et une amende maximale de 4 millions de dollars sur déclaration sommaire de culpabilité (art 40(2)).

et prise avec un problème qu'elle n'était pas en mesure de régler ». ²⁸ En bref, selon la Cour, la société a simplement été débordée par les événements. ²⁹ Il ressort de cette décision que le manque d'expérience, le manque de préparation, le manque de clairvoyance et le manque de ressources financières peuvent créer une tempête parfaite lorsqu'il s'agit de s'acquitter de la « [traduction] tâche considérable » de protéger l'environnement.

Voici ce qu'il faut notamment retenir de la décision *Stratabound Minerals* :

- *Des conditions météorologiques imprévues ou extrêmes ne constituent pas une excuse à un manque de diligence raisonnable* : comme l'a déclaré la Cour : « [traduction] peu importe que l'eau était polluée avant le début des activités de l'entreprise. Peu importe qu'il ait plu davantage que ce qui avait été prévu durant les activités minières. Les aléas de la nature ne sauraient constituer une excuse au non-respect des directives strictes d'un organisme de réglementation visant à protéger notre environnement. ³⁰
- Le manque de préparation et d'expérience n'est pas nécessairement une excuse – on s'attend en général à ce qu'une société possède l'expertise nécessaire pour exercer ses activités, et que si elle ne possède pas cette expertise, à ce qu'elle retienne les services d'experts pour l'aider. Une société doit être en mesure de s'apercevoir qu'elle « [traduction] est dépassée par les événements » et qu'elle doit obtenir de l'aide : « il ne fait aucun doute que Stratabound était consciente de ses responsabilités en matière de traitement de l'eau. Elle a essayé de s'en acquitter. Elle a communiqué avec l'agent de la conformité et de la surveillance de l'environnement qui était présent sur le site de la mine. Elle a essayé de corriger le problème. Elle a employé les produits chimiques propres à gérer le processus de décantation et à modifier le pH des eaux se trouvant sur le site avant le déversement, mais ces produits chimiques n'ont pas corrigé le problème de la teneur en métaux toxiques des effluents. Pour utiliser un langage familier, je dirais qu'elle a été tout simplement *dépassée par les événements* et qu'elle n'a pas pu relever le défi. Je qualifierais cette infraction de négligence et d'indifférence dues à un manque d'expérience et de prudence... ». ³¹
- *Aucune preuve de dommage réel à l'environnement n'est nécessaire pour être reconnu coupable* : « [traduction] pour résumer, Stratabound, une société ayant de l'expérience dans l'industrie minière, mais ayant relativement peu d'expérience dans l'exploitation minière proprement dite, a commis une infraction grave en déversant des effluents miniers qui avaient le potentiel d'être très dommageables

²⁸ *Ibid* au para 23.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ *Ibid*.

³¹ *Ibid* aux para 25 et 26.

pour l'environnement. Aucune preuve d'un préjudice n'a été établie ni alléguée ». ³²

Comme indiqué ci-dessus dans l'analyse du facteur des considérations économiques abordées dans la décision *Commander Furniture*, les tribunaux tiendront compte de la situation financière ou des difficultés financières d'une société dans l'examen de la défense de diligence raisonnable, mais un manque de liquidités n'excuse pas nécessairement un manquement aux obligations environnementales. Les difficultés financières peuvent, cependant, aussi être un facteur à retenir dans la détermination de la peine. La Cour dans la décision *Stratabound Minerals* a confirmé que « [traduction] la situation financière de la société est un facteur dont la Cour tient toujours compte dans la détermination de la peine, car il fait partie de l'ensemble des facteurs examinés ». ³³

Reconnaissant que Stratabound était en difficulté financière, la Cour a tout de même conclu que le principe de dissuasion générale – à savoir envoyer un message aux autres sociétés minières dans des situations analogues – justifiait l'imposition d'une amende dans les circonstances. Bien que la société fût au bord de la faillite et qu'une amende imposée à la société ne pouvait avoir beaucoup d'incidence pour la société à ce stade, le principe du pollueur payeur a prévalu. « [Traduction] Le message doit être clair : un abus flagrant de l'environnement causant ou susceptible de causer un dommage ne saurait être toléré parce que la protection de l'environnement est essentielle à la santé et au bien-être de toutes les créatures et plantes qui vivent sur cette planète. Les pollueurs doivent payer pour le coût de leurs actes illicites ». ³⁴

Il est possible qu'un tribunal puisse considérer que la société de notre scénario hypothétique a été « dépassée par les événements », à l'instar de Stratabound Minerals, puisque la société ne pouvait pas réparer le système de traitement de l'eau ou concevoir une solution de rechange, et a continué à déverser les eaux tout en sachant que les eaux étaient vraisemblablement toxiques.

Leçons à tirer de l'affaire du Mount Polley

De nouvelles recommandations pourraient avoir une incidence sur les normes futures de soin dans le cadre de la défense de diligence raisonnable

Tout récemment, le 17 décembre 2015, l'inspecteur en chef des mines pour le ministère de l'Énergie et des Mines (« MEM ») de la Colombie-Britannique a clos une enquête de 16 mois sur la brèche du bassin de résidus du 4 août 2014 à la mine du Mount Polley en

³² *Ibid* aux para 47 et 48.

³³ *Ibid* au para 41.

³⁴ *Ibid* aux para 41 et 42.

Colombie-Britannique, et a publié ses conclusions d'enquête.³⁵ La brèche du Mount Polley a conduit au déversement de 10 millions de mètres cubes d'eau et de 4,5 millions de mètres cubes de sédiments dans le lac Polley, donnant ainsi lieu à une situation d'urgence environnementale.

L'inspecteur en chef a conclu que le MEM n'intenterait pas de poursuites à l'égard de la société Mount Polley Mining Corporation (MPMC) pour les contraventions à la législation environnementale.³⁶ L'équipe d'enquête du MEM a réalisé environ 100 entrevues et a examiné plus de 100 000 pages de documents datant d'aussi loin que 1989; il s'agissait là de l'enquête la plus importante et la plus complexe jamais menée en Colombie-Britannique.³⁷

Bien que le MEM ait conclu que MPMC avait effectué une mauvaise gestion de l'eau en ce qui concerne ses bassins de résidus, n'avait pas réalisé des études et des inspections appropriées des fondations de la digue de périmètre pour les bassins de résidus, et n'avait pas exploité la mine en appliquant les pratiques exemplaires alors connues, les activités de la mine n'étaient pas, à l'époque, exercées en contravention à un règlement, en partie, parce qu'aucunes lignes directrices particulières ou exigences d'organismes de réglementation n'étaient en place concernant la gestion de l'eau dans les sites miniers. L'inspecteur en chef des mines a conclu que « [traduction] de piètres pratiques... ne constituent pas une contravention à la législation actuelle en matière d'exploitation minière ».³⁸

³⁵ *Decision and Reasons for Decision of the Chief Inspector of Mines on whether to submit a Report to Crown Counsel to assess if charges should be laid and a prosecution commenced for contravention of the Mines Act*, inspecteur en chef des mines, rapport signé le 8 décembre 2015, accessible en ligne : <http://mssi.nrs.gov.bc.ca/1_CIMMountPolley/T0229_TAR431_ANALYSIS_Decision%20DocumentCIM_20151208.pdf> (en anglais seulement).

³⁶ *Ibid* à la p 1 de 4. Le service des agents de conservation (*Conservation Officer Service (COS)*) de la Colombie-Britannique est encore en train de mener son enquête sur l'accident du Mount Polley pour savoir si la législation du ministère de l'Environnement a été respectée, et il est possible que l'enquête du COS peut conclure à l'existence d'une non-conformité qui donnera lieu à des poursuites. Environnement Canada a aussi ouvert une enquête le 4 août 2014, laquelle est menée conjointement avec le ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique, le COS et l'unité des enquêtes majeures (Major Investigations Unit). L'enquête d'Environnement Canada est centrée sur les violations alléguées du *REMM* et de la *Loi sur les pêches*.

³⁷ Communiqué de presse du ministère de l'Énergie et des Mines (C-B). « *Government takes action on Chief Inspector of Mines' Recommendations* » (17 décembre 2015) à la p 1 [*Communiqué de presse*], accessible en ligne : <<https://news.gov.bc.ca/releases/2015MEM0030-002119>> (en anglais seulement).

³⁸ *Ibid*, *Backgrounder 1, Findings of the Chief Inspector*, aux p 1 et 2. En bref, l'inspecteur en chef des mines a conclu que MPMC « [traduction] n'avait pas géré de façon efficace l'eau au site de la mine et dans les installations de stockage des résidus. Aucun plan de gestion de l'eau approprié n'existait, aucune personne qualifiée n'était responsable de l'équilibre hydrique dans les installations de stockage des résidus et MPMC n'avait pas défini de manière appropriée le risque que présentait l'eau surnageante excédentaire qui s'accumulait depuis la réouverture de la mine en 2005. »

Même si la brèche du bassin de résidus du Mount Polley n'a pas donné lieu à des poursuites par le MEM, l'inspecteur en chef des mines a fait 19 recommandations à l'intention des exploitants de mines, du secteur minier, des organisations professionnelles et des organismes de réglementation gouvernementaux pour empêcher que de tels incidents ne se reproduisent dans le futur ainsi que pour « [traduction] édifier une industrie plus sécuritaire et plus durable ». ³⁹ Ces recommandations peuvent avoir une incidence sur la norme de diligence raisonnable qui s'applique aux sociétés minières dans le futur, pas seulement en Colombie-Britannique, mais aussi dans d'autres provinces ou à l'échelle fédérale. Le gouvernement de la Colombie-Britannique envisage de travailler avec le secteur et les organisations professionnelles pour mettre en œuvre les recommandations et prévoit que le travail de mise en œuvre sera achevé d'ici au printemps 2017. La question de savoir dans quelle mesure les recommandations seront mises en pratique par les sociétés et les organismes de réglementation demeure ouverte, mais les sociétés minières seraient bien avisées de tenir compte de certaines de ces recommandations.

Voici quelques-unes des principales recommandations :

- en ce qui concerne les mines dotées d'installations de stockage des résidus (ISR), un responsable de la sécurité des digues des bassins à résidus ainsi qu'une personne chargée de superviser l'équilibre hydrique et le plan de gestion de l'eau devront être désignés. « [Traduction] Toute mine dotée d'installations de stockage des résidus (ISR) devrait disposer d'une personne qualifiée, nommée responsable de la sécurité de la mine, qui est chargée de superviser la planification, la conception, l'exploitation, la construction, l'entretien et la surveillance des ISR, ainsi que la gestion de l'eau y afférente pour l'ensemble du site »; ⁴⁰
- les mines dotées d'ISR devront posséder des plans de gestion de l'eau conçus par des professionnels qualifiés;
- le directeur de la mine devrait veiller à ce que le manuel relatif à l'exploitation, à l'entretien et à la surveillance des ISR, exigé par le code intitulé *Health, Safety and Reclamation Code* de Colombie-Britannique pour tous les bassins de retenue, respecte les lignes directrices édictées par l'Association canadienne des barrages et l'Association minière du Canada;
- le directeur de la mine devrait veiller à ce que le plan d'intervention d'urgence de la mine respecte la réglementation applicable, soit mise à jour de façon périodique afin qu'il demeure d'actualité, intègre les mesures d'intervention appropriées aux situations d'urgence, y compris celles applicables aux ISR, et soit rédigé et distribué dans un format tel qu'il pourra servir de guide des procédures à suivre pendant une situation d'urgence ou un autre événement où une intervention est requise;

³⁹ *Communiqué de presse, supra* note 37 à la p 1.

⁴⁰ *Ibid, Backgrounder 2, recommandations de l'inspecteur en chef des mines*, à la p 1 [*Backgrounder 2*].

- le personnel de la mine devrait être formé à reconnaître les conditions et événements qui pourraient avoir une incidence sur la sécurité des ISR ou donner lieu à une contravention des conditions de permis et de la réglementation applicables;
- des conseils d'examen techniques indépendants devront être exigés pour toutes les mines dotées d'ISR;
- l'Association of Professional Engineers and Geoscientists of BC, l'Association minière du Canada et l'Association canadienne des barrages devraient mettre à jour et resserrer leurs lignes directrices et normes de pratique, notamment celles qui s'appliquent à la conception et à la gestion des ISR, à la sécurité et à la construction des digues et des bassins de retenue;
- l'organisme de réglementation devrait tenir compte comme il convient des lignes directrices de ces associations externes, selon le cas, et les intégrer à sa réglementation;
- l'organisme de réglementation devrait créer une équipe dédiée aux enquêtes, à la conformité et à l'application de la réglementation au sein même du MEM, et cette équipe serait dirigée par un nouvel inspecteur en chef des mines adjoint;
- pour resserrer la gestion des documents et améliorer la transparence et la communication ouverte au sujet de la conception, de la construction et de l'exploitation, le gouvernement mettra en place un système formel de gestion de la documentation pour toutes les ISR qui s'appliquera de la phase du développement ou de la mise en valeur à celle qui suit la fermeture de la mine;
- les parties prenantes devraient susciter l'innovation dans le secteur minier visant l'amélioration des technologies actuelles dans le traitement des résidus, du dénoyage et du traitement des eaux usées.⁴¹

La diligence raisonnable – la voie de l'avenir

Des sociétés, à l'instar de la société minière de notre étude de cas, seront jugées en fonction de leurs connaissances et des normes de l'industrie appliquées au moment de l'incident en cause. Cependant, l'affaire du Mount Polley peut avoir une incidence sur l'évaluation de la norme de soin qu'une personne raisonnable devra respecter à l'avenir dans les circonstances. Les recommandations découlant de l'affaire Mount Polley peuvent être vues comme de nouvelles normes que les sociétés minières devront respecter pour fonder leur défense de diligence raisonnable, tant en Colombie-Britannique qu'ailleurs. La question de la mesure dans laquelle les recommandations seront adoptées demeure ouverte. Les sociétés minières cependant devraient tenir compte de certaines des recommandations et évaluer la mesure dans laquelle les meilleures pratiques ou les principes que les recommandations embrassent peuvent être adoptés.

⁴¹ *Communiqué de presse, supra* note 37 aux pp 1 et 2. Toutes les recommandations figurent au *Backgrounder 2, ibid* aux pp 1 à 3.

Peu importe l'industrie concernée, la première ligne d'attaque demeure une bonne défense – si vous vous demandez comment faire preuve de la diligence raisonnable voulue et ce qui constitue des mesures raisonnables dans les circonstances, souvenez-vous que vous devez pouvoir communiquer lorsque c'est nécessaire à l'organisme de réglementation la preuve documentaire appropriée de la diligence raisonnable que vous avez exercée.

3. Connaître la différence entre une inspection et une enquête et leur incidence sur les droits

La société de l'étude de cas susmentionnée est tombée dans les eaux troubles d'une inspection qui s'est transformée en enquête. Il est important de saisir la différence entre une enquête et une inspection et d'être conscient de leur incidence éventuelle sur les droits d'une société. D'une part, une inspection suppose une collaboration – une société ne peut pas faire obstacle à l'exercice par un inspecteur ou un agent responsable de ses pouvoirs d'inspection. En Ontario, faire obstacle à l'exercice par un fonctionnaire provincial des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi constitue une infraction.⁴²

D'autre part, pendant une enquête, une société a des droits qu'elle n'aurait pas autrement pendant une inspection, y compris le droit, si elle voulait s'en prévaloir, de ne pas collaborer. La clé d'une enquête est son but : une enquête est entreprise lorsque l'enquêteur a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et qu'il cherche à réunir les éléments de preuve de cette infraction.⁴³

Pour ajouter à la confusion, les inspections peuvent se transformer en enquêtes et mener à des poursuites lorsque, durant une inspection, un fonctionnaire provincial acquiert la preuve qui lui donne des « motifs raisonnables et probables de croire » qu'une infraction a été commise. Une autre difficulté tient au fait qu'un enquêteur peut accéder à des renseignements compromettants obtenus avant le début de l'enquête par un inspecteur et en faire usage. Cependant, dès qu'une enquête est en cours, l'inspection peut continuer en parallèle, mais l'inspecteur ne peut plus partager les fruits de l'inspection avec la « [traduction] partie qui mène l'enquête ».⁴⁴

Contrairement aux inspecteurs, les enquêteurs ne peuvent pas utiliser les pouvoirs d'« inspection » conférés par la loi (soit entrer dans des édifices, examiner des documents ou des dossiers, prélever des échantillons) sans le consentement de l'entité ou la personne

⁴² Par exemple, voir l'art 184 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, LRO 1990, c E.19. « Obstruction » signifie le fait de rendre plus difficile l'exercice des fonctions qu'attribue la loi à l'agent provincial; il peut aussi s'agir d'une omission, comme le fait de ne pas faire ce que l'agent provincial demande.

⁴³ Stanley D Berger, *The Prosecution and Defence of Environmental Offences* (Toronto, Canada Law Book, 2015) de 3-56 à 3-58 et à 3-62.

⁴⁴ Berger, *ibid* à 3-58.

visée ou sans mandat de perquisition. Une fois muni d'un mandat de perquisition, l'enquêteur peut en règle générale saisir non seulement tout ce qui est autorisé par le mandat, mais aussi tout ce qui est « bien en vue » s'il a des motifs raisonnables de croire que ce sont des éléments de preuve d'une infraction.⁴⁵ Par conséquent, les sociétés devraient faire attention de ne pas laisser des documents sensibles ou potentiellement compromettants ou autrement confidentiels bien en vue.

Un moyen simple de régler cette confusion, lorsqu'un fonctionnaire environnemental demande l'autorisation de visiter l'installation ou de planifier une visite de celle-ci, est de lui demander si la visite doit être réalisée à des fins d'inspection ou d'enquête. En d'autres termes, il faut demander au fonctionnaire s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, s'il mène une enquête ou une inspection, et si vous êtes tenu de répondre à ses questions. Il est aussi recommandé de communiquer avec votre avocat, qu'il soit un conseiller externe ou externe, pour obtenir des conseils sur la manière de répondre au fonctionnaire.

D'autres articles proposés dans le cadre du présent symposium analyseront sans aucun doute en profondeur les différences entre les inspections et les enquêtes, et les pouvoirs dont disposent les fonctionnaires environnementaux à leur occasion. Voici un bref tableau qui explique, à un niveau élevé, les différences entre les inspections et les enquêtes.

INSPECTIONS	ENQUÊTES
MENÉES PAR UN INSPECTEUR OU UN AP (L'AGENT RESPONSABLE)	AUSSI MENÉES PAR UN INSPECTEUR OU UN AP (MAIS AVEC LE MECC, IL S'AGIT HABITUELLEMENT D'UN ANCIEN POLICIER OU D'UN ENQUÊTEUR FORMÉ DE L'UNITÉ D'ENQUÊTE ET D'APPLICATION)
AXÉES SUR LA CONFORMITÉ ET L'OBTENTION DE RENSEIGNEMENTS – SERVENT À RÉALISER DES CONTRÔLES SUR PLACE, À OBTENIR DES ÉLÉMENTS DE PREUVE SUR LES LIEUX DE L'INCIDENT, À OBTENIR IMMÉDIATEMENT UNE « CONFORMITÉ VOLONTAIRE », À ÉMETTRE DES ORDONNANCES, À IMPOSER DES PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES, À ÉMETTRE DES « CONTRAVENTIONS » EN VERTU DE LA LIP	VISENT À ENQUÊTER SUR LES VIOLATIONS DE LA LÉGISLATION ET À INTENTER DES POURSUITES QUASI CRIMINELLES
AUCUN MANDAT N'EST NÉCESSAIRE LORSQUE LE PRINCIPAL OBJECTIF DE LA VISITE EST UNE « INSPECTION ».	EN RÈGLE GÉNÉRALE, UN MANDAT EST REQUIS SI LE PRINCIPAL OBJECTIF DE LA VISITE EST UNE « ENQUÊTE ».
L'AP SE PRÉVAUT DES POUVOIRS D'INSPECTION QUI LUI SONT CONFÉRÉS PAR LA LOI POUR FAIRE LE TOUR DES LOCAUX, DEMANDER DES DOCUMENTS ET INTERROGER DES TÉMOINS	L'AP DOIT AVERTIR UN TÉMOIN QU'IL PEUT FAIRE L'OBJET DE POURSUITES; UNE FOIS AVERTI, LE TÉMOIN N'EST PAS OBLIGÉ DE FAIRE UNE DÉCLARATION OU DE REMETTRE DES DOCUMENTS – AUCUNS POUVOIRS D'ENQUÊTE DÉVOLUS PAR LA LOI.

⁴⁵ Voir par exemple l'art 160 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, *supra* note 42.

Dans notre étude de cas hypothétique, il semble que la société minière n'a pas traité les inspections différemment d'une enquête, ce qui ne l'a probablement pas beaucoup aidée à éviter que l'enquête ne soit poussée plus loin.

4. Connaître les conséquences des interrogatoires des employés afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée

Si un inspecteur ou un enquêteur demande à interroger un employé, il est important de saisir les conséquences éventuelles d'un tel interrogatoire afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée sur la manière de réaliser cet interrogatoire et, dans le contexte d'une enquête, si cet interrogatoire devrait être mené du tout. Les interrogatoires des employés peuvent engager de manière considérable la responsabilité d'une société et de ses administrateurs et dirigeants. En outre, l'employé pourrait être soupçonné d'avoir commis une infraction ou devenir un suspect à un moment donné par la suite, et pourrait être poursuivi personnellement, c'est pourquoi il a besoin de comprendre ces conséquences éventuelles. L'enquêteur devrait avertir l'employé en conséquence dans une telle situation.

Étant donné les possibles conflits d'intérêts entre les employés et la société, la plus grande erreur que peuvent commettre les sociétés est d'essayer de « s'en tirer seules » sans obtenir les conseils d'un avocat qui possède une expertise particulière en droit de l'environnement. Dès qu'un accident survient ou qu'une infraction éventuelle est commise, ou que l'enquêteur se présente à sa porte, la société doit obtenir des conseils juridiques sur la meilleure façon de réagir. Chaque espèce est différente, mais votre avocat peut faire en sorte de vous faire bénéficier des leçons tirées d'autres affaires.

Votre avocat peut vous aider à traiter avec l'enquêteur de la manière suivante :

- communiquer directement avec l'enquêteur, ce qui permet à la société d'éviter les aveux et les erreurs stratégiques comme le fait de consentir à des interrogatoires « volontaires » à moins d'y être obligée ou d'y être bien préparée;
- souligner à l'enquêteur que la société prend très au sérieux l'incident qui fait l'objet de l'enquête;
- rassembler les moyens de défense de la société et défendre la position de la société auprès de l'enquêteur dès le début;
- convaincre l'enquêteur que la société a fait preuve de toute la diligence raisonnable voulue;
- convaincre l'enquêteur que même si la société n'a pas fait preuve de toute la diligence raisonnable possible, elle n'a plus besoin d'être dissuadée au moyen d'une amende, car le problème a été corrigé;
- organiser et contrôler la communication de l'information de la société à l'enquêteur;

- organiser et contrôler les interrogatoires des employés de la société donnés à l'enquêteur;
- prendre les dispositions nécessaires pour que les employés soient représentés par des conseillers juridiques indépendants et veiller à ce que ces derniers aient été breffés comme il se doit;
- si des accusations sont portées, obtenir un règlement raisonnable avec l'avocat de la couronne, lorsqu'un tel règlement est dans l'intérêt véritable de la société.

Une autre leçon peut être tirée de la décision *R v Syncrude Canada Ltd*⁴⁶ en ce qui concerne le territoire incertain des interrogatoires d'employés. Les enquêteurs avaient obtenu plusieurs déclarations de personnes recensées comme étant des employés de Syncrude. Des accusations ont été portées à l'endroit de la société seule, et une preuve par *voir dire* a été tenue pour déterminer du caractère admissible d'une déclaration faite par les employés comme constituant des éléments de preuve pouvant valoir contre la société. La Cour a décidé que pour que cette déclaration puisse valoir comme déclaration de la société, elle doit avoir été faite par une personne qui était un représentant ou un employé de la société au moment où elle a été faite et la déclaration doit avoir été faite dans le cadre des pouvoirs de ce représentant ou de cet employé.⁴⁷ La défense avait soutenu que puisque l'employé n'avait jamais été averti que sa déclaration pourrait être utilisée comme une déclaration de la société, la déclaration ne pouvait pas être utilisée comme preuve de l'âme dirigeante de la société.

La Cour a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, la personne interrogée était bien un employé de Syncrude au moment où elle a fait la déclaration et que la déclaration était raisonnablement liée à l'exercice de ses fonctions pour Syncrude. La Cour a également conclu que les déclarations étaient fiables, adoptant le principe qu'il est improbable qu'un représentant, alors qu'il était encore employé par le commettant, fasse des déclarations qui iraient à l'encontre des intérêts du commettant à moins que celles-ci ne soient vraies.⁴⁸ En tant que telle, la déclaration était admissible en preuve contre la société sans que la Couronne n'ait à appeler l'employé à témoigner.

Comprendre ce que la Cour a autorisé dans la décision *Syncrude* peut aider à transmettre les leçons apprises. La Cour en est arrivée à sa conclusion d'admettre en preuve la déclaration de l'employé comme s'il s'agissait d'une déclaration de la société en partie en raison des facteurs suivants :

- l'interrogatoire de l'employé avait été organisé par des représentants de Syncrude, dont le conseiller juridique de Syncrude;

⁴⁶ *R v Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 123, Cour provinciale de l'Alberta [*Syncrude – décision sur l'admissibilité*].

⁴⁷ *Ibid* au para 20.

⁴⁸ *Ibid* au para 39.

- le conseiller juridique de Syncrude était présent pendant l'interrogatoire (lequel était formel et a été enregistré) et a signé un document reconnaissant qu'une enquête était en cours et qu'il agissait à la fois comme conseiller juridique de Syncrude et des employés;
- Syncrude avait été formellement avisée par lettre que le ministère de l'Environnement de l'Alberta menait une enquête, et elle connaissait le but des réunions et des demandes d'interrogatoire. L'employé, la direction et le conseiller juridique de la société savaient que l'interrogatoire faisait partie de l'enquête et qu'il pouvait avoir de graves conséquences pour Syncrude.⁴⁹

Il est important de noter que la Cour a rejeté la plainte de la défense selon laquelle les enquêteurs n'avaient jamais averti ou avisé l'employé que ses déclarations pourraient être utilisées comme des éléments de preuve contre la société ou pourraient être assimilées à des déclarations de la société.⁵⁰ La Cour s'est plutôt fondée sur le fait qu'il n'y avait aucun élément de preuve tendant à montrer que l'employé ou le conseiller juridique de la société avaient été avertis que la déclaration *ne serait pas* utilisée comme une déclaration de la société.

En rejetant cette plainte, la Cour a conclu que les règles sur la confession dans les affaires criminelles (soit la règle selon laquelle les déclarations doivent être librement et volontairement faites, en l'absence d'incitations, de feintes, de menaces ou de promesses de la police) ne s'appliquent pas directement ou par analogie pour établir le caractère admissible des aveux d'une société. Selon la décision *Syncrude*, il n'existe aucun fondement permettant de suggérer que la règle s'applique à un aveu attribué à une société. À la différence d'une personne physique, une société n'a pas le bénéfice du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en vertu de l'article 7 (et une garantie au droit au silence) ou le droit à la protection contre l'auto-incrimination sous l'alinéa 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁵¹

Le fait de traiter des déclarations d'employés comme des déclarations attribuables à la société accusée fait partie du régime législatif des infractions environnementales. Dans la plupart des législations environnementales, comme la *Loi sur les pêches*, les infractions commises par un employé ou un représentant de la société sont une preuve suffisante de

⁴⁹ *Ibid* au para 10.

⁵⁰ Les enquêteurs ont reconnu qu'ils n'avaient pas averti l'employé durant l'entrevue que ses déclarations seraient considérées comme des déclarations de Syncrude.

⁵¹ *Ibid* aux para 28-33, citant la décision *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 (CSC) au para 96; *British Columbia Securities Commission c Branch*, [1995] 2 RCS 3 (CSC) aux para 39 et 40. Un tribunal de la Colombie-Britannique a récemment reconnu que la règle sur les confessions ne s'applique pas aux aveux d'une société (*R v Gwaii Wood Products Ltd*, 2015 BCPC 248, au para 9).

l'infraction commise par l'employeur, le commettant et le propriétaire. Les déclarations faites par un employé ou un commettant sont attribuables à la société accusée.⁵²

Dans notre scénario hypothétique, la société minière a autorisé l'enquêteur à interroger ses employés et à faire un enregistrement audio de ces interrogatoires, en présence du conseiller juridique de la société, pendant les heures de travail de la société et dans ses locaux, à l'instar de ce qui s'est passé dans l'affaire *Synchrude*. Si un tribunal conclut que les employés sont des mandataires de la société et agissent dans le cadre de leur emploi ou de leurs pouvoirs, alors il pourra probablement autoriser la production des interrogatoires de ces employés comme s'il s'agissait de déclarations de la société dans le cadre d'une poursuite. Il est essentiel de connaître les conséquences éventuelles des interrogatoires d'employés avant d'autoriser leur tenue pour faire un choix éclairé sur les mesures à prendre.

5. Si un enquêteur arrive avec un mandat de perquisition – il faut être prêt

Dans l'étude de cas susmentionnée, l'exécution du mandat de perquisition n'était pas prévue, et ce d'autant plus que la société avait collaboré avec l'enquêteur avant la perquisition. Cependant, dès qu'une perquisition est en cours, la société ne peut y faire obstacle ni ne l'empêcher et elle doit la laisser suivre son cours. Pour atténuer les inconvénients d'un tel mandat de perquisition et pour protéger leurs droits juridiques, les sociétés doivent se préparer à la possibilité d'un mandat de perquisition en travaillant avec son personnel et ses conseillers juridiques pour faire en sorte que chacun sache ce qui peut arriver et ce qui ne devrait pas arriver pendant une perquisition et connaisse les limites des pouvoirs conférés à l'enquêteur dans le mandat de perquisition. Dans son article, mon collègue, M. Coop, explique en détail le protocole et la liste de contrôle qu'une société peut établir pour se préparer à l'éventualité d'un mandat de perquisition.

En Ontario, par exemple, il est important de comprendre qu'un mandat visant une perquisition en matière environnementale doit être obtenu d'un juge de paix en vertu de l'article 158 de la *Loi sur les infractions provinciales*, et que la loi, comme le *Code criminel*, renferme certaines limites inhérentes aux pouvoirs conférés dans le mandat. Par exemple, le mandat doit être exécuté entre six heures du matin et neuf heures du soir.⁵³ Si

⁵² Par exemple, voir l'art 78.3 de la *Loi sur les pêches*; *R v Gwaii Wood Products Ltd*, 2015 BCPC 292, au para 61.

⁵³ *Loi sur les infractions provinciales*, LRO 1990, c P.33, au para 158(3). *Code criminel du Canada*, LRC 1985, c C-46, art 488 : l'article énonce qu'« [u]n mandat décerné en vertu des articles 487 ou 487.1 est exécuté de jour, ... », et le jour est défini comme « La période comprise entre six heures et vingt et une heures le même jour ». Cependant, un mandat de perquisition « autorisant [la police] à entrer dans lesdits lieux entre les heures de 17 h 15 le 10 août 2002 et de 20 heures le 10 août 2002 », ne signifie pas nécessairement que la police doit évacuer les lieux avant 20 heures si sa perquisition n'est pas terminée. Elle doit entrer dans les lieux à l'heure indiquée et elle peut y demeurer un temps raisonnable pour effectuer la perquisition (*R v Cardinal*, [2003] BCJ n° 2598, 2003 BCSC 158 (CSCB)).

un fonctionnaire ignore ces règles, il est important d'obtenir l'aide d'un avocat pour parler au fonctionnaire et veiller à ce que ce dernier respecte la loi lorsqu'il réalise la perquisition et consigner par écrit les objections à la conduite de la perquisition. Il faut être au courant des limites posées aux pouvoirs des fonctionnaires qui exécutent ces mandats de perquisition et parler à votre avocat.

De plus, il faut vérifier que le mandat n'est pas expiré. Un mandat expiré doit être traité comme nul et sans effet, et il faut alors obtenir un nouveau mandat de perquisition.⁵⁴

Si les fonctionnaires ont l'intention de contourner les règles applicables aux mandats de perquisition, il faut que vous consigniez par écrit vos objections relatives à la manière dont le mandat a été exécuté, de sorte que vous pouvez soulever les objections qui conviennent devant les tribunaux en cas de poursuites judiciaires.

Il est aussi utile de demander aux fonctionnaires de remettre à la société une copie des renseignements communiqués sous serment ou de l'affidavit qui ont été remis lorsque le mandat a été délivré. Il arrive que cette demande soit refusée. Si les renseignements ne sont pas remis au moment où le mandat de perquisition est signifié et que le fonctionnaire refuse de vous les communiquer, vous devez effectuer une fouille du dossier de la cour. Si le dossier est scellé, vous devez envisager de déposer une requête pour obtenir une ordonnance du tribunal ordonnant qu'une copie des renseignements ou de l'affidavit soit extraite du dossier et vous soit remise.⁵⁵

La saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret professionnel de l'avocat présente des difficultés. En règle générale, il est de bon conseil d'informer les fonctionnaires, dès qu'ils arrivent munis de leur mandat, des noms des cabinets d'avocats et des avocats, ainsi que du conseiller juridique interne, qui travaillent avec la société, de sorte que les documents liés à ces cabinets ou avocats ne puissent pas être communiqués. Il faut faire suivre cette information d'une lettre écrite énonçant les déclarations de privilège, demandant à ce que ces documents ne soient pas saisis et, s'ils sont saisis, demandant à ce qu'ils soient mis sous scellés et ne soient ni ouverts ni lus par quiconque au sein de l'organisme de réglementation ni par un tiers. Si les fonctionnaires saisissent des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, il faut encore une fois consigner sur papier les objections à la saisie, recenser les éléments privilégiés saisis lorsque cela est possible, et demander à ce qu'ils demeurent sous scellés et ne soient pas ouverts ou lus. De plus, il faut demander que les éléments privilégiés soient rendus à la

⁵⁴ Un mandat de perquisition dont la date a expiré ne peut pas être rétabli par le policier qui le demande et le juge ne peut pas changer la date du mandat. Le seul recours donc dispose le policier est de demander un nouveau mandat (*R v Jamieson*, [1989] NSJ n° 158, 48 CCC (3d) 287 (CANE)).

⁵⁵ En *common law*, l'accès aux renseignements du mandat de perquisition, comme il s'agit d'un acte judiciaire, est un droit présumé dès que le mandat de perquisition a été exécuté et qu'une saisie a été faite (*Nova Scotia (Attorney General) c MacIntyre*, [1982] SCJ n° 1, 65 CCC (2d) 129 (CSC)).

société dès que possible, et s'ils ne sont pas rendus, chercher ultimement à obtenir une ordonnance définitive d'un tribunal au sujet de leur statut privilégié, au besoin.

CONCLUSION

En prenant l'angle d'une étude de cas hypothétique, nous avons voulu dans le présent article souligner certaines leçons apprises ou pratiques exemplaires clés, à l'aide de certaines affaires très connues et de définir des normes, en particulier dans le contexte particulier du secteur minier. Il est évident qu'on ne peut pas traiter la série infinie de leçons apprises et des milliers d'affaires traitant d'infractions à la législation environnementale et de diligence raisonnable. Cet article ne fait que présenter la « pointe de l'iceberg » et nous espérons qu'il a su susciter votre intérêt à l'égard des questions complexes qui se posent lorsqu'une société est amenée à traiter avec un organisme de réglementation et fait face à des inspections, à des enquêtes et à des poursuites.