

Défis liés à l'obtention de la protection prévue par la LEP : Une étude de cas sur l'épaulard

Dyna Tuytel et Margot Venton

Questions liées
à l'exécution des lois
en matière de protection de la faune canadienne

2 et 3 mars 2018
Université de Calgary



Canadian Institute of Resources Law Institut
canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW

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



Environment and
Climate Change Canada

Environnement et
Changement climatique Canada

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

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

Adoptée en 2002 et entièrement entrée en vigueur en 2004, la *Loi sur les espèces en péril*¹ (« LEP ») présente d'importants outils pour la protection des espèces en péril, mais elle est peu appliquée. Depuis son adoption, les espèces inscrites à la liste ont à ce jour continué de décliner en moyenne d'environ 2,7 pour cent annuellement.²

Ce document utilise une espèce aquatique en voie de disparition inscrite à la liste de la LEP, la population des épaulards résidents du sud, afin d'illustrer les défis auxquels les espèces inscrites à la liste sont confrontées quant à la protection réellement reçue en vertu de la LEP – des défis qui apparaissent même lorsque l'espèce est classée en voie de disparition, qu'elle est une espèce emblématique et charismatique de la mégafaune et qu'elle relève entièrement de la compétence fédérale.

Aperçu des objectifs et de certaines dispositions de la Loi sur les espèces en péril :

La *Loi sur les espèces en péril*³ (« LEP ») vise à prévenir la disparition des espèces et à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces en voie de disparition ou menacées.⁴

La LEP élabore un processus d'inscription pour identifier les espèces en péril. Une fois sur la liste, l'espèce et son habitat reçoivent une certaine protection légale :

- Il est interdit de tuer un individu d'une espèce menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre (article 32(1));
- Le ministre compétent est tenu de préparer, dans un délai précis, un programme de rétablissement qui désigne notamment l'habitat essentiel de l'espèce et les menaces à la survie de l'espèce ainsi qu'à son habitat essentiel, qui décrit les grandes lignes de la stratégie choisie pour répondre à ces menaces, et indique un délai pour terminer un plan d'action (articles 37, 41(1), 42 et 43);
- Le ministre compétent est tenu d'élaborer un ou plusieurs plans d'action basés sur le programme de redressement, et doit inclure, notamment : la désignation de l'habitat essentiel, y compris toute partie n'étant pas encore protégée; des exemples d'activités étant susceptibles de détruire l'habitat essentiel; ainsi qu'une déclaration des mesures proposées pour protéger l'habitat essentiel et pour mettre en œuvre le programme de redressement, incluant une date à laquelle ces mesures seront mises en place (articles 47-50);
- Une fois que la désignation de l'habitat essentiel d'une espèce protégée par les dispositions d'une loi fédérale est établie (espèces aquatiques, oiseaux migrateurs et espèces dont l'habitat essentiel se trouve sur un territoire fédéral), le ministre compétent est tenu, dans un délai de 180 jours, de protéger légalement l'habitat essentiel contre toute

¹ SC 2002, c 29.

² WWF-Canada, « Living Planet Report Canada: A national look at wildlife loss », Toronto (octobre 2017) aux pages 9 et 10.

³ SC 2002, c 29.

⁴ LEP, article 6.

destruction, après quoi, la destruction d'un habitat essentiel devient une infraction (articles 57-58);

- Les activités touchant les espèces inscrites ou toute partie de leur habitat essentiel exigent la délivrance d'un permis qui sera accordé par le ministre compétent uniquement s'il estime que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'espèce ont été envisagées et la meilleure solution retenue, et que l'activité ne mettra pas en péril la survie ou le rétablissement de l'espèce (articles 73-74); et,
- Les espèces inscrites et leur habitat essentiel sont protégés contre les effets potentiellement néfastes de tout projet ou toute activité proposés (articles 79 et 77(1)).

Faits importants à propos des épaulards résidents du sud :

Les épaulards résidents du sud ont été inscrits à l'annexe I de la LEP en 2002. Ceux-ci sont reconnus comme une espèce « en voie de disparition », c'est-à-dire « qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète ». ⁵ Le programme de rétablissement des épaulards résidents du sud a été finalisé en 2008, puis modifié en 2011 suite à un litige; le plan d'action a quant à lui été finalisé en 2017. Depuis qu'elle figure sur la liste, la population a diminué environ de 85 à 76.

Le ministre compétent responsable de la protection des épaulards résidents du sud et de leur habitat essentiel est le ministre des Pêches et des Océans, ainsi que le ministre de l'Environnement qui a, tout comme le ministre responsable d'Agence Parcs Canada, la responsabilité de protéger les parties de l'habitat essentiel sur le territoire domanial dont la gestion relève de Parcs Canada.

On rencontre trois types d'épaulards dans les eaux canadiennes de l'océan Pacifique : les populations océanique, migratrice et résidente. Elles ont chacune un régime alimentaire, une génétique, une morphologie et un comportement distincts. Elles ne se reproduisent pas entre elles, et préfèrent s'éviter plutôt qu'interagir. Il existe deux populations résidentes au large de la Colombie-Britannique, les épaulards résidents du nord menacés et les épaulards résidents du sud en voie de disparition, dont les habitats distincts se chevauchent, qui sont linguistiquement distinctes et isolées génétiquement, et qui n'interagissent pas. ⁶

Les épaulards résidents du sud figurent parmi les mammifères marins les mieux étudiés au monde. Ils ont été suivis de près depuis 1976, y compris au moyen d'un dénombrement annuel. Ces mammifères marins ont une structure sociale et un langage uniques. Ils se nourrissent presque exclusivement de saumon, et particulièrement du saumon quinnat qui est un gros poisson gras. Ils ont évolué dans un important couloir de migration pour le saumon quinnat, et leur emplacement et leurs mouvements sont en grande partie motivés par leur régime alimentaire. ⁷

⁵ LEP parag. 2(1).

⁶ Pêches et Océans Canada. 2011. « Programme de rétablissement de l'épaulard (*Orcinus orca*), populations résidentes du nord et du sud des eaux du Pacifique au Canada. Collection sur les programmes de rétablissement de la *Loi sur les espèces en péril* », Pêches et Océans Canada, Ottawa [Programme de rétablissement] aux pages 2 et 3.

⁷ *Idem* aux pages 4, 6, 10.

L'habitat essentiel des épaulards résidents du sud se trouve dans les eaux limitrophes de la mer des Salish, au large de la côte sud de la Colombie-Britannique et de la côte nord de l'État de Washington. L'habitat essentiel comprend non seulement cette zone, mais aussi la qualité acoustique, la qualité du milieu marin et la disponibilité du saumon quinnat.

Les épaulards résidents du sud sont considérés en voie de disparition en raison de leur faible effectif, de leur faible taux de reproduction, ainsi que de leur exposition à trois principales menaces : le manque de disponibilité de leur principale proie, le saumon quinnat; les perturbations physiques et acoustiques causées par les navires; et la contamination de leur environnement.⁸

Malheureusement, cette population déjà en voie de disparition est maintenant en déclin. La menace qui semble être la plus urgente et la plus directement liée à leur déclin est le manque de disponibilité du saumon quinnat – une menace exacerbée par les perturbations physiques et acoustiques des bateaux.⁹

Historique des efforts pour obtenir la protection prévue par la LEP pour les épaulards résidents du sud :

1. Habitat essentiel : Litiges en matière d'identification et d'obtention de la protection légale

Pour rétablir la population des espèces à un niveau sain, la LEP prévoit un processus d'inscription et de protection par la *Loi des espèces en péril*, qui inclut le développement d'un programme de rétablissement.¹⁰ Le paragraphe 41(1)(c) de la LEP exige que le programme de rétablissement pour une espèce identifie l'habitat essentiel, incluant les caractéristiques biologiques et les menaces auxquelles elle fait face.

Le dernier programme de rétablissement a été achevé avec environ 18 mois de retard par rapport à l'échéancier obligatoire de l'article 42 de la LEP, suite à un délai provoqué par un désaccord entre l'équipe préparant le programme de rétablissement et le MPO et, dans une moindre mesure, le ministère de la Défense nationale, quant à savoir s'il fallait inclure l'information identifiant l'habitat essentiel, et en particulier, les références aux menaces liées à la dégradation acoustique et la disponibilité des proies.¹¹ Le dernier programme de rétablissement identifie la présence et la disponibilité des proies en tant que composant de l'habitat essentiel, et inclut la diminution de la

⁸ *Idem* aux pages 13, 16 et 17; *Canada (Pêches et Océans) c. Fondation David Suzuki*, 2012, CAF 40 [*Canada c. Fondation David Suzuki*] au para 27.

⁹ Voir Écojustice agissant au nom de la Fondation David Suzuki, de la *Georgia Strait Alliance*, du *Natural Resources Defense Council*, de la *Raincoast Conservation Foundation* et du Fonds mondial pour la nature (Canada), « *Petition for an Emergency Order for the Southern Resident Killer Whales* » (Pétition pour l'émission d'une ordonnance d'urgence pour l'épaulard résident du sud) en vertu de l'article 80 de la *Loi sur les espèces en péril*, en ligne à l'adresse <https://www.ecojustice.ca/wp-content/uploads/2018/01/Petition-for-SRKW-Emergency-Order.pdf> [Demande d'ordonnance d'urgence] aux pages 4-9.

¹⁰ *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010, CF 1233 [*Fondation David Suzuki c. Canada*] au paragraphe 13.

¹¹ *Idem* aux paragraphes 13-26.

disponibilité des proies, la contamination chimique et physique et la dégradation acoustique en tant que menaces à l'habitat essentiel.¹²

Les articles 57 et 58 de la LEP exigent que, dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement, l'habitat essentiel identifié dans un programme de redressement soit protégé légalement contre sa destruction de deux façons. L'habitat essentiel peut être protégé indirectement par d'autres lois fédérales, ce qui a été confirmé au moyen d'une déclaration de protection en vertu du paragraphe 58(5)(b) de la LEP qui décrit la façon dont l'habitat essentiel est déjà protégé. Autrement, une ordonnance de protection en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP est requise, et elle applique l'interdiction de causer la destruction de l'habitat essentiel en vertu du paragraphe 58(1) aux zones et composantes de l'habitat essentiel décrites dans l'ordonnance de protection.¹³

Dans le cas des épaulards résidents du sud, le Ministre a initialement adopté l'approche d'émettre une déclaration de protection qui compte beaucoup sur la capacité de protéger l'habitat par l'entremise de politiques et de lignes directrices non contraignantes, et de dispositions discrétionnaires de la *Loi sur les pêches*. En outre, le Ministre a adopté la position que la législation exige seulement la protection des attributs géophysiques de l'habitat essentiel, et non les attributs biologiques, tels que la disponibilité des proies.¹⁴

Neuf organisations de conservation ont déposé une demande en révision judiciaire en octobre 2008, soutenant que le Ministre avait commis une erreur en comptant sur une politique non contraignante, une législation éventuelle et la discrétion ministérielle, puisqu'aucune ne protège légalement l'habitat essentiel aux fins de l'article 58 de la LEP, et qu'il avait commis une erreur en incluant uniquement les éléments géophysiques de l'habitat essentiel, et non les caractéristiques biologiques.¹⁵

En février 2009, le MPO a changé de position et le Ministre a remplacé la déclaration de protection par une ordonnance de protection. Le MPO a refusé de confirmer que l'ordonnance de protection protégeait les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel lorsque les demandeurs ont sollicité une confirmation. Les demandeurs ont présenté une deuxième demande de révision judiciaire, cette fois pour l'ordonnance de protection, sur la base qu'elle se limitait aux zones géospaciales ou attributs géophysiques de l'habitat essentiel.¹⁶

Les deux demandes furent consolidées et entendues par le juge Russell de la cour fédérale. Le juge Russell J. a indiqué qu'une déclaration de protection peut seulement être employée au lieu d'une ordonnance de protection lorsque la protection légale prévue par d'autres lois fédérales est équivalente à celle fournie en vertu d'une ordonnance de protection. Le pouvoir discrétionnaire ministériel prévu par une autre loi fédérale ne constitue pas une protection légale adéquate de l'habitat essentiel en vertu de l'article 58 de la LEP; les dispositions législatives ou réglementaires ne le sont pas non plus. Il a aussi indiqué, comme la cour fédérale avait décidé

¹² Programme de redressement, *supra* note 6 à la page 41.

¹³ *Fondation David Suzuki c. Canada*, *supra* note 10 aux paragraphes 31-22.

¹⁴ *Idem* aux par. 31-36.

¹⁵ *Idem* aux par. 37.

¹⁶ *Idem* aux par. 38-45.

précédemment¹⁷, et comme le Ministre a admis durant la procédure, que l'habitat essentiel inclut non seulement un emplacement, mais aussi les caractéristiques de l'écosystème, et qu'il était donc illégal de limiter l'ordonnance de protection aux aspects géophysiques seulement.¹⁸

Le ministre des Pêches et des Océans a interjeté appel de la déclaration de la Cour fédérale selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ministériel en vertu de la *Loi sur les pêches* ne peut pas légalement protéger l'habitat essentiel conformément à l'article 58. Cet appel a été rejeté et la Cour d'appel fédérale a confirmé que « le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel aux termes de l'article 58 », qui nécessite une protection obligatoire et non discrétionnaire. La Cour a également réitéré que l'habitat essentiel comprend autant la position géographique que les caractéristiques qui le rendent important pour les espèces¹⁹.

La Cour d'appel fédérale a fait plusieurs déclarations sur l'importance de la protection de l'habitat essentiel, et la nature obligatoire des protections de la *Loi sur les espèces en péril* (LEP)²⁰. La Cour a statué que l'intention du législateur « était de prévoir une protection légale, obligatoire et non discrétionnaire pour l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées », et que l'article 58 doit donc être interprété en conséquence²¹. La Cour a maintenu que « l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l'article 58 de la LEP montre donc que le Parlement cherche précisément à éviter la destruction de l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, peu importe les causes de cette destruction, y compris des activités autorisées par des permis ou des licences délivrés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire²² ».

En vertu de l'article 58(1) de la LEP et d'un arrêté en application de l'article 58(4), l'habitat essentiel des épaulards résidents du sud est maintenant protégé contre la destruction de « n'importe laquelle de ses parties », dont ses « parties » biologiques ou ses caractéristiques comme sa qualité acoustique²³.

L'exemple suivant illustre les deux problèmes auxquels les espèces menacées sont confrontées en ce qui a trait aux protections de la LEP dont elles devraient profiter.

Premièrement, le respect des délais obligatoires en vertu de la LEP est un problème récurrent, même pour les espèces aquatiques entièrement sous l'autorité fédérale²⁴. Le programme de

¹⁷ Voir *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009, CF 878.

¹⁸ *Fondation David Suzuki c. Canada*, supra note 10 au parag. 340.

¹⁹ *Canada c. Fondation David Suzuki*, supra, note 8 au para 150, 150.

²⁰ *Ibid.* aux par. 8, 9, 115, 117, 124, 125.

²¹ *Ibid.* au par. 8.

²² *Ibid.* au par. 125.

²³ *Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est*, DORS/2009-68.

²⁴ En 2014, la Cour fédérale a entendu une requête pour une révision judiciaire demandée par cinq organisations de conservation au sujet de l'impossibilité du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement à se conformer à la période réglementaire pour la préparation et la publication des programmes de rétablissement. Ils ont utilisé quatre espèces figurant sur la liste de la LEP (un mammifère terrestre et un oiseau migrateur sous la responsabilité du ministre de l'Environnement et un mammifère marin et un poisson sous la responsabilité du

rétablissement pour les épaulards résidents du sud a été retardé de 18 mois en raison du refus du ministère des Pêches et des Océans (MPO) d'identifier complètement l'habitat essentiel et les menaces envers lui. Le Plan d'action pour les épaulards résidents du sud a été retardé de 4 ans, ce qui sera plus longuement discuté au point 3.

Deuxièmement, la mise en œuvre des protections promises par la LEP nécessite trop souvent des efforts de la société civile. Dans ce cas-ci, des organismes de conservation ont dû traîner le ministre en cour pour obtenir la protection obligatoire de l'habitat essentiel stipulé dans l'article 58, tant en vertu des exigences de l'article 58(5) pour un arrêté de protection ou son équivalent qui comprend une protection légale, obligatoire et non discrétionnaire, qu'au point de vue de la reconnaissance, pas seulement du lieu de l'habitat essentiel, mais des caractéristiques qui le rend important aux espèces.

2. Plan d'action : des retards et un manque d'action.

Les plans d'action sont un des instruments importants de la LEP pour atteindre son but de prévenir l'extinction et d'aider au rétablissement des espèces. Comme décrit plus haut, les plans d'action doivent identifier les habitats essentiels, dont les parties qui ne sont pas encore protégées, contenir un « exposé des mesures à prendre pour protéger l'habitat essentiel des espèces » et contenir un « exposé des mesures à prendre pour mettre en œuvre le programme de rétablissement, notamment celles qui traitent des menaces à la survie de l'espèce et celles qui aident à atteindre les objectifs en matière de population et de dissémination » en plus de devoir contenir une indication du moment prévu de leur exécution²⁵. Le ministre doit mettre en place toute réglementation nécessaire, à son avis, à la mise en œuvre des mesures, ou les recommander au gouverneur en conseil si elles concernent la protection d'un habitat essentiel²⁶. Le ministre pourra le faire en exerçant tout pouvoir qui lui est conféré au titre d'une autre loi fédérale²⁷.

Le plan d'action pour les épaulards résidents du sud a été produit avec quatre ans de retard. Le programme de rétablissement de 2011 avait établi la date butoir du plan d'action au 31 mars 2013. Une ébauche du plan d'action avait été rendue disponible pour examen public en mars 2014 et une proposition de plan d'action, elle, en juin 2016. Le plan d'action final a été publié en mars 2017.

Il y a un manque troublant d'action dans ce plan d'action. Comme décrit plus haut, un plan d'action doit comprendre, notamment, un exposé des mesures proposées de protection de l'habitat essentiel, une identification des parties de l'habitat essentiel qui n'ont pas été protégées, un exposé des mesures pour mettre en œuvre le programme de rétablissement, notamment celles qui traitent des menaces aux espèces et celles qui aident à atteindre les objectifs en matière de population, et une indication du moment prévu de l'exécution de ces mesures pour la mise en œuvre d'un programme de rétablissement. Cependant, le plan d'action pour les épaulards résidents du sud manque cruellement d'action. Il s'agit principalement d'un plan pour des

ministre des Pêches et des Océans) pour représenter ce problème endémique : *Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Pêches et Océans)*, 2014 CF 148.

²⁵ LEP articles 47-50.

²⁶ LEP articles 53, 59.

²⁷ LEP article 54.

recherches et des contrôles supplémentaires, rempli de mots comme « examiner », « étudier », « identifier », « estimer » ou « surveiller » et il stipule même que « la majorité des activités du plan portent sur la recherche²⁸ ». Quand il réfère à la véritable mise en œuvre de mesures, il le fait le plus souvent en utilisant des formulations évasives du genre « évaluer... et mettre en œuvre lorsque nécessaire. » Quand il réfère à quelque chose de plus concret, il parle de « directives ou réglementations », laissant dans le flou la force exécutoire des mesures. La chronologie de plusieurs éléments demeure « inconnue » ou « incertaine ».

Le plan d'action n'est pas conforme aux buts généraux ni aux exigences précises de la LEP. Il devrait contenir les actions concrètes pour aider les épaulards résidents du sud. À la place, il ne réussit pas à atténuer ni à prévenir les menaces pour cette espèce ou son habitat essentiel ni à prévenir leur extinction ou à permettre leur rétablissement. En se concentrant sur l'exclusion de l'action, il maintient le *statu quo*. Le plan d'action ne met pas en œuvre le programme de rétablissement, comme stipulé à l'article 49(1)(D) de la LEP. Il ne détermine pas un but de rétablissement quantitatif, comme prévu dans le programme de rétablissement²⁹. Il ne décrit pas non plus comment le ministre doit exercer ses pouvoirs en vertu de la LEP ni d'autres lois fédérales pour mettre en place des réglementations afin de mettre en œuvre le plan d'action.

Cet exemple illustre les difficultés à bénéficier des protections de la LEP de deux façons : le problème chronique des délais dans la mise en œuvre de la LEP et le fait que la mise en œuvre formelle des dispositions de la LEP ne se traduit pas nécessairement en une protection sur le terrain.

3. L'évaluation environnementale du Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain : une interprétation limitée de la loi sur l'évaluation environnementale qui exclut l'application de la LEP d'une évaluation d'un projet important sous l'autorité fédérale qui va affecter défavorablement les épaulards résidents du sud et leur habitat essentiel.

Le Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain triplerait la capacité de l'oléoduc de Trans Mountain de l'Alberta jusqu'en Colombie-Britannique tout en augmentant le nombre de pétroliers en partance du terminal maritime Westridge de Burnaby pour naviguer dans l'habitat essentiel des épaulards résidents du sud et se rendre dans les eaux libres. Le nombre de pétroliers de classe Aframax passerait en effet d'environ 4 à 34 par mois, ce qui aurait une incidence négative sur les épaulards résidents du sud en exacerbant une de ses trois menaces, les perturbations acoustiques et physiques dans son habitat essentiel, et en y augmentant le risque de déversement de pétrole brut.

L'Office national de l'énergie (ONE) a mené le compte-rendu et l'évaluation environnementale du projet et en a conclu que le projet de navigation maritime « aura probablement des effets défavorables sur les épaulards résidents du sud », « contribuera davantage aux effets cumulatifs qui mettent déjà en danger la survie et le rétablissement des épaulards résidents du sud », « aura un effet sur de nombreux individus de la population des épaulards résidents du sud dans un

²⁸ Pêches et Océans Canada. (2017). Plan d'action pour les épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud au Canada. *Plan d'Action des espèces en périls*. Pêches et Océans Canada, Ottawa à la page 26.

²⁹ Programme de rétablissement, *supra*, note 6 à la page 47.

habitat identifié comme étant crucial à leur rétablissement » et donnera lieu à des bruits de navire qui sont « une menace à l'intégrité acoustique de l'habitat essentiel³⁰ ». Il a conclu que la mort d'un épaulard résident du sud liée au projet pourrait avoir des répercussions sur la population et mettre en péril le rétablissement.³¹ Il citait la déclaration du programme de rétablissement en disant que « même si la probabilité d'exposer les épaulards résidents du sud à un déversement de pétrole brut est faible, les conséquences d'un tel évènement sont potentiellement catastrophiques³² ».

Néanmoins, l'ONE a recommandé, et le gouverneur en conseil a approuvé, le projet sans même ajouter des conditions pour en diminuer les effets. Le résultat : ce projet de navigation maritime, qui entraînerait des effets négatifs pour les épaulards résidents du sud et leur habitat essentiel et compromettrait leur rétablissement comme l'a montré l'ONE, se poursuivra sans aucune mesure pour diminuer ses effets.

Deux organismes de conservation ont demandé une révision judiciaire des recommandations de l'ONE et de l'approbation du gouverneur en conseil, indiquant que les deux décideurs ne se sont pas conformés à l'article 79 (2) de la LEP et que le gouverneur en conseil ne s'est pas conformé aux obligations supplémentaires de l'article 77(1)³³.

Comme indiqué plus haut, les seuls buts de la LEP sont de prévenir l'extinction des espèces sauvages et d'aider au rétablissement des espèces menacées par l'activité humaine³⁴. Pour défendre ces buts, les dispositions de protection de la LED, notamment les articles 77 et 79, travaillent de concert pour protéger les espèces menacées des menaces existantes et s'assurent que les effets des nouvelles activités sont abordés avant qu'elles ne commencent pour prévenir leur extinction et permettre leur rétablissement. Pour donner effet aux articles 77 et 79 de la LED, l'ONE et le gouverneur en conseil devaient considérer ce projet d'une manière à satisfaire les buts généraux définis par la loi.

L'article 77 de la LEP vise à protéger l'habitat essentiel des dangers potentiels qui peuvent découler des activités autorisées en vertu des autres lois du Parlement. Le paragraphe 77 (1) s'applique à toute personne ou tout autre organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une autre loi à « délivrer [...] une autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel » d'une espèce menacée inscrite à la LEP. Avant d'émettre une autorisation, cette personne doit tenir compte des répercussions sur l'habitat essentiel et être d'avis « que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce. »

³⁰ Office national de l'énergie, Rapport de l'Office national de l'énergie : Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, Calgary (mai 2016) [Rapport de L'ONE] aux pages xii, 351, 350.

³¹ *Ibid* à la page 398.

³² *Ibid*.

³³ Ces requêtes, amenées par la Raincoast Conservation Foundation et la Living Oceans Society, ont été consolidées avec d'autres requêtes amenées par les Premières Nations et par les municipalités comme *Tsleil-Waututh Nation et autres c. Canada (Procureur général) et autres* et ont été entendues par la Cour d'appel fédérale entre le 2 octobre et le 13 octobre 2017. La décision de la Cour est à venir.

³⁴ LEP article 6.

Les demandeurs de contrôle judiciaire ont soutenu que le gouverneur en conseil a commis une erreur en autorisant le projet, car lorsque confronté aux conclusions factuelles de l'ONE indiquant que le transport lié au projet pourrait détruire l'habitat essentiel, le gouverneur en conseil a soit échoué à émettre une opinion à savoir que toutes les mesures possibles seraient prises, ou s'il l'a fait, cette opinion était insensée en l'absence de conditions pour atténuer les effets du transport maritime de l'ONE sur l'habitat essentiel de l'épaulard résident du sud.

L'article 79 de la LEP vise à protéger les espèces en péril et leur habitat essentiel des effets des nouveaux projets. Il s'assure que les effets nocifs des projets et des activités proposés sont atténués dans le cadre du processus d'examen et d'approbation. Le paragraphe 79 (2) de la LEP est engendré par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 2012³⁵ (« LCEE de 2012 »), et s'applique lorsqu'un projet proposé est assujéti à une évaluation environnementale complète ou lorsque la décision en vertu du paragraphe 67 est susceptible d'affecter les espèces inscrites ou leur habitat essentiel. En vertu du paragraphe 79 (1), la personne qui mène l'évaluation environnementale ou prend les mesures doit notifier le ministre compétent si le projet est susceptible d'affecter une espèce sauvage inscrite à la Loi sur les espèces en péril ou son habitat essentiel. En vertu du paragraphe 79 (2), la personne doit déterminer les effets du projet sur les espèces inscrites et leur habitat essentiel et doit s'assurer que des « mesures compatibles soient prises en vue de les éviter ou de les amoindrir ». Les mesures doivent être compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d'action applicables.

Les requérants ont soutenu que le paragraphe 79 (2) aurait dû s'appliquer, car le transport fait partie du « projet désigné » au sens du paragraphe 2 (1) de la LCEE de 2012 (qui lui est accessoire) ou, sinon, car il s'agit d'un projet en vertu du paragraphe 67. Malgré ses conclusions factuelles à propos des effets du transport maritime sur l'épaulard résident du Sud, l'ONE a pris la décision que le paragraphe 79 (2) de la LEP ne s'appliquait pas à son évaluation du transport, en alléguant que le projet, pour les besoins de la LCEE de 2012, comprenait uniquement le pipeline et les installations jusqu'au terminal maritime Westridge. L'ONE a admis ne pas avoir pris de mesures pour éviter ou amoindrir les effets du transport sur l'épaulard résident du sud.³⁶ Le gouverneur en conseil a approuvé les recommandations de l'ONE et a adopté ces conditions recommandées sans modifications.³⁷

Cet exemple illustre les difficultés à obtenir une protection en vertu de la LEP, car une telle interprétation limitée de la loi limite sévèrement la capacité de la LEP de protéger les espèces et leur habitat essentiel, et mine les objectifs de la LEP. Selon le point de vue que l'on adopte, il s'agit d'une formalité ou d'une interprétation restreinte illégale de la loi faisant obstacle à une protection significative.

Les articles 79 et 77 occupent un rôle essentiel afin de prévenir l'extinction et permettre le rétablissement. Le fait de contourner ces dispositions allait à l'encontre du but recherché par celles-ci et par la LEP dans l'ensemble, laquelle a pour objectif de prévenir l'extinction et permettre le rétablissement des espèces inscrites à la Loi, y compris en faisant face aux effets

³⁵ SC 2012, ch. 19, art. 52.

³⁶ Voir le rapport de l'ONE aux pages 332, 349 et 350.

³⁷ Décret en conseil, CP 2016-1069 (2016) C Gaz I, Vol. 150, No. 50.

nocifs des nouvelles activités qui pourraient compromettre davantage les espèces en péril avant que celles-ci surviennent. Les activités entraînant de nouveaux (et importants) effets nocifs qui contribuent aux effets cumulés sur l'épaulard résident du sud et son habitat essentiel se poursuivront sans relâche, même dans un cas où des décisions auraient pu être prises pour répondre à ces effets.

Le cas doit encore fait l'objet d'une décision de la Cour d'appel fédérale, mais si l'ONE et le Canada ont raison, cela crée une lacune dans l'application de la LEP. Cette approche à l'égard de l'examen du projet rendrait nulles les protections des espèces en péril, et les effets sur les espèces en voie de disparition seraient ignorés. Ce genre de protection obligatoire décrit par la Cour d'appel fédérale³⁸ est, en pratique, manquante dans des situations comme celle-ci.

Cet exemple illustre mieux le fait qu'une ordonnance de protection de l'habitat essentiel ne protège pas l'habitat essentiel pour lui-même. Ce projet a été approuvé même s'il comprend des activités décrites dans le programme de rétablissement comme pouvant possiblement donner lieu à la destruction de l'habitat essentiel.

4. Décret d'urgence : Un dernier recours

Le paragraphe 80 (1) de la LEP permet, sur recommandation du ministre compétent, au gouverneur en conseil de prendre un décret d'urgence visant la protection d'une espèce sauvage inscrite. Conformément au paragraphe 80 (2), « le ministre compétent est tenu de faire la recommandation s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement. » Le décret d'urgence peut, dans le cas d'une espèce aquatique, désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement et imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat et des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire (paragraphe 80 [4]).

Cet outil a été utilisé seulement deux fois, pour le tétras des armoises et la rainette faux-grillon de l'Ouest. Dans les deux cas, il a été utilisé uniquement après que les organismes de conservation ont intenté une action.³⁹

Malgré les protections juridiques accordées à l'épaulard résident du Sud et son habitat essentiel en vertu de la LEP, et l'existence d'un programme de rétablissement et d'un plan d'action, les mesures n'ont pas été prises pour atténuer les menaces cernées dans le cadre du programme de rétablissement. Le MPO a mené un « examen scientifique des mesures de rétablissement » —

³⁸ Comme nous l'avons vu dans la sous-rubrique 1 ci-dessus, voir ci-dessus *Canada c. Fondation David Suzuki*, note 8, se penchant sur la nature obligatoire de la protection en vertu de la LEP aux paragraphes 8, 9, 115, 117, 124, 125.

³⁹ Tétras des armoises : La Alberta Wilderness Association, Western Canada Wilderness Committee, Nature Saskatchewan et la Grasslands Naturalists ont présenté une demande de contrôle judiciaire du refus du ministre de l'Environnement de recommander un décret d'urgence le 14 février 2012 (dossier de la Cour fédérale T-341-12). Le cabinet a finalement émis un décret d'urgence, et la demande a été abandonnée. Rainette faux-grillon de l'Ouest : *Centre québécois de droit et de l'environnement v Canada (Environnement)*, 2015 FC 773.

une étape qui n'est pas requise par la LEP — en 2017⁴⁰. Cela révèle que seules les mesures fondées sur la recherche, la collecte d'information et la surveillance sont en cours, et que la MPO est incapable de faire rapport sur l'état des plusieurs mesures du plan d'action.⁴¹

Au moment de la rédaction, il y a seulement 76 épaulards résident du sud. La population est en déclin. Les baleines individuelles montrent des signes de dénutrition, la majorité des grossesses ne sont pas menées à terme, et, ce qui est préoccupant, certaines femelles reproductives âgées meurent plutôt que de vivre leurs années post-reproduction comme prévu. Ce déclin progressif, et la taille et les caractéristiques démographiques de la population, mettent la population dans une situation précaire. Lorsque le MPO a convoqué un symposium afin de discuter de l'épaulard résident du sud en octobre 2017, deux des principaux experts sur la population - D. John Ford, scientifique émérite du MPO et spécialiste de l'épaulard résident du sud, et D. Lance-Barrett-Lennard, un chercheur de longue date sur l'épaulard résident du sud et coauteur du programme de rétablissement, ont tous deux souligné la nécessité de prendre des mesures urgentes afin d'aider l'épaulard résident du sud.⁴²

Le 30 janvier 2018, cinq organisations qui s'intéressent depuis longtemps à l'épaulard résident du sud ont écrit au ministre de Pêches et Océans Canada et au ministre de l'Environnement afin de leur demander qu'ils recommandent un décret d'urgence pour l'épaulard résident du sud d'ici le 1^{er} mars.⁴³ La pétition à l'intention des ministres résumait les meilleurs renseignements disponibles sur l'état de l'épaulard résident et les menaces à leur égard, y compris un énoncé du D. Barrett-Lennard, et exprimait l'opinion des pétitionnaires à savoir que la seule conclusion raisonnable à tirer de ces renseignements est qu'il existe des menaces imminentes à la survie et au rétablissement de l'épaulard résident du sud. C'est pourquoi les ministres doivent recommander un décret d'urgence. Au moment de la rédaction, les ministres n'avaient pas énoncé leur opinion à savoir s'il y a des menaces imminentes à la survie et au rétablissement, et n'avaient ni formulé de recommandation, ni refusé de le faire.

Cet exemple illustre les difficultés à recevoir la protection en vertu de la LEP, car cela n'aurait pas dû être nécessaire. L'épaulard résident du sud est l'objet d'un programme de rétablissement, d'un habitat essentiel protégé et d'un plan d'action (davantage de mesures que celles de plusieurs autres espèces), et les espèces et leur habitat essentiel relèvent entièrement de la compétence fédérale. Cependant, les mesures du gouvernement fédéral ont été insuffisantes, et l'épaulard résident du sud est dans une situation d'urgence. Les principaux experts qui ont travaillé pour ou avec le MPO appellent à prendre des mesures urgentes et les organismes de conservation doivent exiger des mesures.

⁴⁰ Pêches et Océans Canada, 2017, *Épaulard résident du sud : examen scientifique des mesures de rétablissement visant trois populations de baleines en péril*, Ottawa, en ligne : <http://www.dfo-mpo.gc.ca/species-especes/whalereview-revuebaleine/review-revue/killerwhale-epaulard/page01-fra.html>

⁴¹ *Ibid.*, aux pages 12, 17-28.

⁴² Pétition pour un décret d'urgence, voir ci-dessus, note 9 aux pages 5-7.

⁴³ Pétition pour un décret d'urgence, voir ci-dessus, note 9.

Conclusions : Difficultés à recevoir la protection en vertu de la LEP

Le cas de l'épaulard résident du sud montre que, même pour une espèce charismatique et iconique de la côte ouest, gravement menacée de disparition, relevant entièrement de la compétence fédérale et ayant reçu sur papier la série complète de mesures de protection de la LEP, celle-ci a reçu la protection tardivement et dans certains cas, uniquement en raison des litiges forçant la main du gouvernement. En outre, il manque encore une protection digne de ce nom, ce qui entraîne un déclin des espèces. Ceci étaye deux conclusions générales.

D'abord, la LEP et les ministres responsables des espèces menacées inscrites à la Loi sur les espèces en péril ne font pas leur travail si la LEP est uniquement mise en œuvre lorsque les groupes de la société civile ont recours à un processus de règlement de litiges. Ce n'est pas une façon durable ou efficace d'appliquer la LEP.

Ensuite, le succès de la LEP se mesure à sa mise en œuvre. La recherche et les informations scientifiques sont essentielles, mais ne peuvent pas être menées indéfiniment en excluant les mesures concrètes. Une réticence permanente à agir, un traînage de pieds chronique et l'erreur de ne pas faire de la survie et du rétablissement des espèces en voie de disparition une priorité peuvent miner l'efficacité de la LEP.