



National Round Table on the
Environment and the Economy

Table ronde nationale sur
l'environnement et l'économie

Pouvoir législatif de mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission

**Domestic Greenhouse Gas Emissions Trading
Technical Paper Series**

**Droits d'échange d'émission nationaux des gaz à effet de serre
Série de documents techniques**

Pouvoir législatif de mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission

Préparé pour le :

**Groupe d'experts multipartite sur l'échange national de droits d'émission
Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie**

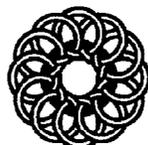
Préparé par :

Elizabeth Atkinson

Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie

Février 1999

Table ronde nationale
sur l'environnement
et l'économie



National Round Table
on the Environment
and the Economy

© Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, 1999

Tous droits réservés. Aucune partie de ce document couverte par les droits d'auteur ne peut être reproduite ou utilisée sous quelque forme que ce soit : graphique, électronique, mécanique (y compris photocopie), enregistrement, collage, système d'accès électronique, sans la permission écrite de l'éditeur.

Données de catalogage avant publication (Canada)

Atkinson, Elizabeth (Elizabeth W. N.)

Vedette principale au titre : Pouvoir législatif de mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission.

Publié aussi en anglais sous le titre : The legislative authority to implement a domestic emissions trading system

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 1-895643-77-5

1. Air – Pollution – Échanges de droits d'émissions – Canada. 2. Air – Pollution – Échanges de droits d'émissions – Droit — Canada. I. Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie (Canada). Groupe d'experts multipartite sur l'échange national des droits d'émissions. II. Titre.

HC130.E5A914 1999 363.738'7'0971 C99-900089-6

Ce livre est imprimé sur papier répondant au Choix environnemental (plus de 50 % de papier recyclé, 10 % en fibre post-consommation; encre végétale). La couverture qui contient du papier recyclé est traitée avec des produits sans cire, à base d'eau.

Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie
344, rue Slater, bureau 200
Ottawa (Ontario)
Canada K1R 7Y3
Tél. : (613) 992-7189
Télé. : (613) 992-7385
Courriel : admin@nrtee-trnee.ca
Web : <http://www.nrtee-trnee.ca>

D'autres publications disponibles de la Table ronde nationale sur la série de documents techniques portant sur l'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre :

1. Possibilité d'ajouter à un programme national d'échange de droits d'émission des sources d'émissions de GES qui ne proviennent pas de la combustion
2. Options de conception d'un système d'échange de droits d'émissions visant au traitement des combustibles fossiles utilisés comme charges d'alimentation
3. Analyse des diverses formules possibles d'attribution gratuite d'allocations
4. Analyse d'options de distribution d'allocations par vente aux enchères
5. Analyse des problèmes de conception d'un programme d'échange de droits d'émission
6. Critères possibles pour la création de crédits de réduction d'émissions dans le cadre d'un programme national d'échange de ces crédits
7. Calcul des émissions de gaz à effet de serre en fonction de leur durée et incidences sur la conception des systèmes nationaux d'échange de droits d'émission
8. Proposition de politiques complémentaires à un système national d'échanges de droits d'émission de gaz à effet de serre

All publications of the National Round Table on the Environment and the Economy are also available in English.

Pour commander :

Éditions Renouf Ltée
5369, chemin Canotek, bureau #1
Ottawa (Ontario)
Canada K1J 9J3
Tél. : (613) 745-2665
Télé. : (613) 745-7660
Web : <http://www.renoufbooks.com>
Courriel : order.dept@renoufbooks.com

Prix : 9,95 \$ plus frais d'expédition et taxes

Les opinions exprimées dans cette étude n'appartiennent qu'à leurs auteurs et ne représentent pas forcément la position de la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie.

Mandat

La Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie (TRNEE) a été créée pour *jouer un rôle catalyseur dans la définition, l'interprétation et la promotion, pour tous les secteurs de la société canadienne de même que pour toutes les régions du pays, des principes et de la pratique du développement durable*. Cet organisme a pour rôle particulier de définir les problèmes qui ont des implications à la fois environnementales et économiques, d'analyser ces implications, et de tenter de définir des mesures qui permettront de trouver un juste équilibre entre la prospérité économique et la protection de l'environnement.

Les travaux de la TRNEE visent à améliorer la qualité de l'élaboration de politiques environnementales et économiques en fournissant aux décideurs l'information nécessaire pour faire des choix éclairés qui permettront d'assurer un avenir viable pour le Canada. La TRNEE tente de remplir son mandat comme suit :

- indiquer aux décideurs et aux leaders d'opinion le meilleur moyen d'intégrer les considérations économiques et environnementales dans la prise de décisions;
- solliciter activement l'opinion des intervenants qui sont directement touchés par un problème et offrir un lieu de rencontre neutre où ils peuvent tenter de résoudre les problèmes et surmonter les obstacles qui entravent le développement durable;
- analyser les faits et tendances de l'environnement et de l'économie dans le but de définir les changements qui favoriseront le développement durable au Canada;
- recourir aux résultats de la recherche et de l'analyse, en particulier des consultations à l'échelle nationale, pour aboutir à une conclusion quant à l'état du débat sur l'environnement et l'économie.

La TRNEE a établi un procédé par lequel les intervenants définissent eux-mêmes les facteurs environnementaux et économiques des enjeux, les éléments de consensus et les motifs de désaccord. Combinée à l'impartialité et à la neutralité, l'approche multilatérale caractérise les activités de la TRNEE. Les publications de la TRNEE traitent des questions environnementales et économiques urgentes susceptibles de faire avancer le développement durable.

Membres de la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie

La TRNEE se compose d'un président et d'au plus 24 autres Canadiens éminents nommés par le gouvernement fédéral pour représenter un vaste éventail de régions et de secteurs, dont le monde des affaires, le milieu syndical, le milieu universitaire, les organismes de protection de l'environnement et les Premières nations. Les membres de la TRNEE se réunissent en table ronde quatre fois par an pour faire le point sur les travaux en cours de l'organisme, pour établir des priorités et pour lancer de nouveaux programmes.

Président :

Le Dr Stuart Smith
Président
ENSYN Technologies Inc.
Etobicoke, Ontario

Vice-présidente

Lise Lachapelle
Présidente et Chef de la direction
L'Association canadienne des pâtes et papiers
Montréal, Québec

Vice-présidente

Elizabeth May
Directrice générale
Sierra Club du Canada
Ottawa, Ontario

Paul G. Antle

Président-directeur général
SCC Environmental Group Inc.
St. John's, Terre-Neuve

Jean Bélanger

Ottawa, Ontario

Allan D. Bruce

Administrateur
Joint Apprenticeship & Training Plan
Union internationale des opérateurs de machines lourdes
(section locale 115)
Burnaby, Colombie-Britannique

Patrick Carson

Conseiller en planification stratégique
Les compagnies Loblaw - Weston
Toronto, Ontario

Douglas B. Deacon

Propriétaire
Trailside Café and Adventures
Charlottetown, Ile-du-Prince-Edouard

Elizabeth Crocker

Copropriétaire, P'lovers
Halifax, Nouvelle-Écosse

Johanne Gélina

Commissaire
Bureau d'audiences publiques sur l'environnement
Montréal, Québec

Sam Hamad, ing.

Vice-président, Industrie
Roche Ltée, Groupe conseil
Sainte-Foy, Québec

Le Dr Arthur J. Hanson

Scientifique distingué et
membre d'honneur
Institut international du développement durable
Winnipeg, Manitoba

Michael Harcourt

Associé principal
Développement durable
Sustainable Development Research Institute
Vancouver, Colombie-Britannique

Cindy Kenny-Gilday

Yellowknife, Territoires du Nord-Ouest

Emery P. LeBlanc

Vice-président exécutif
Alumine et métal de première fusion
Alcan Aluminium Limitée
Montréal, Québec

Anne Letellier de St-Just

Avocate
Québec, Québec

Ken Ogilvie

Directeur général
Pollution Probe Foundation
Toronto, Ontario

Joseph O'Neill

Vice-président, Bois et forêts
Repap New Brunswick Inc.
Newcastle, Nouveau-Brunswick

Angus Ross

Président
SOREMA Management Inc.
et Fondateur de pouvoir SOREMA, direction canadienne
Toronto, Ontario

Irene So

Vice-présidente et gestionnaire-associée de portefeuille
RBC Dominion Securities
Toronto, Ontario

John Wiebe

Président-directeur général
GLOBE Foundation of Canada
et Vice-président exécutif
Fondation Asie Pacifique du Canada
Vancouver, Colombie-Britannique

Directeur général et premier dirigeant
David McGuinty

TRNEE – Comité des instruments économiques

Jean Bélanger (Président)

Ottawa

Elizabeth Crocker

Copropriétaire

P'Lovers

John Dillon

Associé principal

Conseiller en questions juridiques et politiques

Conseil canadien des chefs d'entreprises

Le Dr Art Hanson

Scientifique distingué et membre d'honneur

Institut international du développement durable

Le Dr Linton Kulak

Directeur, Santé, sécurité et environnement

Shell Canada Limitée

Lise Lachapelle

Présidente et Chef de la direction

L'Association canadienne des pâtes et papiers

Elizabeth May

Directrice générale

Sierra Club du Canada

Ken Ogilvie

Directeur général

Pollution Probe

Angus Ross

Président

SOREMA Management Inc. et

Fondé de pouvoir SOREMA, direction canadienne

Personnel :

Elizabeth Atkinson

Conseillère en politiques principale, TRNEE

TRNEE – Groupe d'experts multipartite sur les échanges de droits d'émission

Jean Bélanger
Président, Comité des instruments économiques de la TRNEE

Warren Bell
*Air Resources Branch
Ministry of Environment, Lands & Parks
Gouvernement de la Colombie-Britannique*

Doug Bruchet
Canadian Energy Research Institute

Jim Campbell
Ressources naturelles Canada

David Coates
Hydro-Ontario

André Couture
*Ministère de l'Environnement et de la Faune
Gouvernement du Québec*

Philippe J. Crabbé
*Institut de recherche sur l'environnement et l'économie
Université d'Ottawa*

Peter Dickey
TransAlta Corporation

John Dillon
Conseil canadien des chefs d'entreprises (CCCE)

Robert A. Flemington
VCR Inc.

Dave Goffin
Association canadienne des fabricants de produits chimiques

Erik Haites
Margaree Consultants Inc.

Bill Hamlin
Hydro-Manitoba

Doug Harper
*Division des normes et des sciences de l'environnement
Ministère de l'Environnement
Gouvernement de l'Ontario*

Robert Hornung
Pembina Institute for Appropriate Development

Al Howatson
Conference Board du Canada

Richard Hyndman
*Faculty of Business
University of Alberta*

Bruno Jacques
*Développement de programmes
Environnement Canada*

Brian Jantzi
Hydro-Ontario

Linton Kulak
Shell Canada Limitée

Gordon Lambert
Suncor Energy Inc.

Don MacDonald
*Environment Affairs, Planning & Development
Department of Energy
Gouvernement de l'Alberta*

Leigh Mazany
*Développement économique et finances intégrées
Ministère des Finances
Gouvernement du Canada*

Bob Mitchell
*Environment Affairs, Planning & Development
Department of Energy
Gouvernement de l'Alberta*

Ron Nielsen
Ecological Interpretations

Ken Ogilvie
Pollution Probe

Steven D. Pomper
Alcan Aluminium Limitée

Chris Rolfe
West Coast Environmental Law Association

John Sargent
*Ministère des Finances
Gouvernement du Canada*

Adam White
*Ministère de l'Énergie, des Sciences et de la Technologie
Gouvernement de l'Ontario*

Richard Williams
Westcoast Energy Inc.

Observatrice :
Ellen Burack
Climate Change Secretariat

Personnel :
Elizabeth Atkinson
Conseillère en politiques principale, TRNEE

Table des matières

Introduction	1
Pouvoir législatif	1
Coopération intergouvernementale et protection environnementale	3
Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone	3
Accord sur l'harmonisation environnementale pancanadien	5
Annexe 1	
Fondement juridique de l'échange de droits d'émission au Canada	
Annexe 2	
De la stratégie à la loi : Fondements constitutionnels et législatifs nécessaires pour passer à l'action	

Introduction

La Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie (TRNEE) a créé un groupe d'experts multipartite pour concevoir et évaluer les diverses formes possibles d'un programme national d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre. Leurs travaux contribueront à alimenter le débat public sur l'échange de droits d'émission et seront précieux quand il s'agira d'évaluer les moyens de mettre en œuvre le Protocole de Kyoto au moment où l'on commencera, au niveau multipartite national, à s'attaquer à l'échange de droits d'émission à l'échelon national.

Ce bref document fait partie d'une série de documents qui analysent les mécanismes propres à jauger les aspects essentiels dont il faut tenir compte dans la conception d'un éventail de systèmes possibles d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre. Le présent document et les deux autres qui y sont joints portent plus précisément sur la répartition des pouvoirs législatifs entre les gouvernements fédéral et provinciaux, et sur l'incertitude qu'engendre cette division lorsqu'on tente de déterminer quel niveau de gouvernement est habilité à mettre en œuvre un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre au Canada.

Parmi les six options envisagées par le Groupe d'experts multipartite de la TRNEE, cinq soulignent que la coopération fédérale-provinciale est probablement un élément majeur dans la conception et la mise en œuvre d'un système national d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre¹. Si cet élément s'avère réellement important, les problèmes de règlement des différends en matière de compétence législative doivent être résolus immédiatement, ou céder la place aux besoins plus pressants qui ont, au départ, suscité le débat sur la mise en place d'un système d'échange de droits d'émission. Comme on le

verra plus loin, et dans les deux documents joints, la question du contrôle législatif est épineuse et ne se résoudra probablement pas sans litige. Par conséquent, pour venir à bout du débat constitutionnel et imprimer un nouvel élan aux cinq des six options envisagées, nous présentons ci-après deux mécanismes de coopération qui existent déjà.

Pouvoir législatif

La Constitution du Canada énonce les règles qui régissent le pays mais ne fait nullement mention de l'environnement et de sa gestion. C'est pourquoi il est impossible de décider si la réglementation des questions environnementales relève clairement et exclusivement du gouvernement fédéral ou des gouvernements provinciaux. Comme les questions environnementales peuvent toucher diverses catégories de pouvoir législatif, le pouvoir de légiférer dans le domaine de l'échange de droits d'émission pourrait incomber aussi bien au gouvernement fédéral qu'au gouvernement provincial. Par exemple, l'échange de crédits ou d'allocations d'émission de gaz à effet de serre pourrait être considéré comme une question commerciale, relevant ainsi de la compétence fédérale², ou comme une question de propriété et de droits civils, qui relève alors du pouvoir provincial³. La catégorie dans laquelle l'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre s'inscrira en fin de compte pourrait déterminer le mode d'administration du programme d'échange.

Actuellement, certaines provinces sont dotées de lois qui autorisent de manière explicite l'échange de droits d'émission, tandis que d'autres provinces et le gouvernement fédéral n'ont pas encore adopté ce type de lois. Cela n'a rien de surprenant puisque, jusqu'à présent, peu d'efforts ont été déployés pour se servir de l'échange de droits d'émission comme d'un instrument

1 Voir les documents descriptifs de la TRNEE : *Option 4, Cap on Carbon Content of Fossil Fuels Produced and Imported*; *Option 8, Voluntary Credit Trading with Mandatory Performance Standards*; *Option 11, 13 and 14, Description of Different Potential Allowance Trading Programs for Canada*.

2 *Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.)*, 30 & 31 Vict., ch. 3, par. 91(2).

3 *Ibid.*, par. 92(13).

stratégique dans la gestion des problèmes environnementaux du Canada.

La cohérence de la législation, là où elle existe, et les exigences législatives que comporte la mise en œuvre d'un moyen de résoudre le problème des gaz à effet de serre, tout particulièrement l'échange de droits d'émission, sont abordées dans les documents ci-joints de Chris Rolfe⁴ et Joseph Castrilli⁵. Les auteurs s'entendent sur un élément essentiel : on ne sait pas avec certitude à qui il incombe d'adopter la législation qui permettrait la création d'un programme d'échange de droits d'émission. Selon que ce pouvoir est défini par la Constitution canadienne - qu'il relève de la compétence fédérale ou provinciale, ou de ces deux compétences, cela pourrait avoir des implications sérieuses sur la manière dont un système d'échange de droits d'émission est créé, administré, supervisé et exécuté; cela entrera également en ligne de compte quand il s'agira de déterminer si ce programme parvient véritablement à atteindre les résultats recherchés pour l'environnement. Si les provinces et le gouvernement fédéral ne s'entendent pas tout à fait sur cette question, l'incertitude demeurera, à moins que l'on ne demande à la Cour suprême du Canada de trancher cette question, ou que l'on ne conteste la constitutionnalité de la législation.

Le document Castrilli analyse la législation canadienne, déjà en vigueur ou encore à l'état de projet, en matière de création de programmes d'échange de droits d'émission. À l'exception de la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, la législation fédérale existante ne fait nullement référence à l'échange de droits d'émission. Les dispositions de la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* qui ont trait à l'échange de droits d'émission seront codifiées en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (LCPE)*, tel que proposé dans les modifications corrélatives à la

LCPE de 1998⁶. Les révisions importantes de la LCPE prévoient certes des pouvoirs étendus à de nombreux aspects du système d'échange de droits d'émission, mais les règlements qui s'ensuivent et qui détermineraient l'à-propos de la LCPE de 1998 ne sont pas encore rédigés. Les règlements de la LCPE de 1998 auraient beau habiliter le gouvernement fédéral à mettre en œuvre un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, il resterait à déterminer le pouvoir constitutionnel régissant leur fonctionnement.

Voici la législation provinciale existante qui autorise expressément l'échange de droits d'émission : *Environmental Protection and Enhancement Act* de l'Alberta, *Waste Management Act* de la Colombie-Britannique, *Loi sur l'environnement* du Manitoba; *Environment Act* de la Nouvelle-Écosse. Cette dernière est la plus progressiste, car elle contient des règlements élaborés sur l'échange de droits d'émission. Cependant, même les règlements de la Nouvelle-Écosse présentent des lacunes considérables quand il s'agit de faire face aux complexités d'un système d'échange de droits d'émission. Castrilli conclut comme suit : « Il faut reconnaître que l'élaboration d'une législation relative à l'échange de droits d'émission au Canada en est encore à ses balbutiements⁷. »

Le document Rolfe examine la législation fédérale et celle de la Colombie-Britannique pour tenter d'y trouver une assise législative à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Après avoir analysé ces lois, Rolfe conclut que, même si les lois déjà en vigueur ou encore à l'état de projet pourraient fournir certains des éléments nécessaires à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, aucune ne peut assurer la mise en œuvre intégrale d'un programme d'échange de droits d'émission. En conclusion, les constatations de Rolfe s'apparentent étroitement à celles de Castrilli. Si l'on

4 C. Rolfe, *Turning Down the Heat: Emissions Trading and Canadian Implementation of the Kyoto Protocol* (West Coast Environmental Law Research Foundation, 1998), ch. XIV (ci-après dénommé « le document Rolfe »).

5 J. F. Castrilli, en collaboration avec Pollution Probe, « Legal Authority for Emissions Trading in Canada » (document présenté à Pilot Emission Reduction Trading, mars 1998) [inédit] (ci-après dénommé « le document Castrilli »).

6 Projet de loi C-32, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1^{re} session, 36^e législ., 1997-1998.

7 Document Castrilli, p. 48-49.

veut concevoir un programme national d'échange de droits d'émission, il faudra de nouvelles lois, quel que soit le niveau de gouvernement à qui incombera en fin de compte la mise en œuvre de ce programme.

Les deux documents divergent sur un point clé. Rolfe affirme qu'on ne sait pas dans quel sens un tribunal de droit se prononcerait sur le pouvoir constitutionnel d'appliquer une loi sur la réglementation des gaz à effet de serre, mais que le gouvernement fédéral aurait probablement le pouvoir d'exécuter les principaux instruments économiques, tels que l'échange de droits d'émission. Pour ce faire, le gouvernement fédéral pourrait recourir au pouvoir de « paix, ordre et bon gouvernement ». Castrilli conclut aussi que le gouvernement fédéral a probablement les pouvoirs nécessaires pour mettre en œuvre un système national d'échange de droits d'émission, mais il laisse entendre que ce pouvoir reste soumis à la rubrique de compétence des échanges commerciaux et du commerce. Selon Castrilli, il s'agit sans doute là d'une distinction importante, qui aura des implications sur la manière dont le système sera administré.

En examinant la complexité administrative inévitable d'un système national d'échange de droits d'émission, et en prenant parti pour la compétence législative fédérale, Rolfe propose un programme « idéal » à dominante fédérale, dans lequel les provinces et le gouvernement fédéral négocient les mesures que prendraient les provinces. Si les provinces n'élaborent et n'adoptent pas ces mesures, le gouvernement fédéral peut être habilité à prendre des règlements relevant de la compétence provinciale. Ce pouvoir pourrait figurer dans la *Loi constitutionnelle de 1867* au titre du pouvoir général que détient le gouvernement fédéral « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada⁸ ». La jurisprudence interprète cela comme

autorisant la réglementation fédérale de « questions d'intérêt national⁹ ».

Coopération intergouvernementale et protection environnementale

Alors que la question de la compétence législative suscite un débat très intéressant, elle n'est sans doute pas utile dans l'immédiat pour l'établissement d'un modèle opérationnel de mise en œuvre d'un système d'échange de droits d'émission. Au contraire, si l'on examine les mécanismes existants qui permettent aux divers niveaux de gouvernement de collaborer à la gestion environnementale, on y trouvera sans doute une source d'inspiration pour concevoir une initiative administrative de coopération en matière d'échange de droits d'émission. Il existe au moins deux mécanismes de ce genre dans le domaine environnemental qui sont en œuvre en ce moment : le Protocole de Montréal et l'Accord sur l'harmonisation environnementale.

Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone¹⁰

Le Protocole de Montréal est le premier mécanisme international conçu en vue de régler un problème environnemental qui persiste, et ce, au niveau mondial. Ce Protocole, qui énonce les mesures réelles visant à mettre en œuvre des contrôles de la production et de la consommation¹¹ des substances appauvrissant la couche d'ozone fait partie de la Convention de Vienne,

8 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3, art. 91.

9 *Ibid.*

10 La documentation destinée à cette partie a été compilée à partir de la page Web de La Voie verte d'Environnement Canada (<http://www.ec.gc.ca/ozone/protect>) et à partir du rapport de Groupe d'étude fédéral-provincial sur l'harmonisation des mesures antipollution (SACO), *Programme canadien de protection de la couche d'ozone - Stratégie et recommandations pour une approche fédérale-provinciale cohérente en matière de réglementation*, septembre 1990.

11 Définition de la consommation : production + importations - exportations.

cette dernière étant un cadre permettant d'élaborer des contrôles et de faciliter la coopération en matière de recherche. Le Canada a ratifié la Convention de Vienne en juin 1986 et le Protocole de Montréal en juin 1988.

Les sources de substances appauvrissant la couche d'ozone, et leurs effets, sont dispersés sur toute la planète. Le Protocole de Montréal tente d'intégrer, par la voie de plusieurs dispositions spéciales, des mécanismes adaptés aux circonstances particulières de certains pays (par exemple, les pays à faible production, les pays en développement et les pays présentant des structures politiques et économiques différentes). Le Canada s'est fixé un échéancier national qui comportait des dates butoirs se situant au-delà des exigences premières du Protocole de Montréal. En 1992, on a adopté un échéancier accéléré pour l'élimination progressive des substances appauvrissant la couche d'ozone dans le cadre du Protocole de Montréal, pour faire coïncider plus étroitement les échéanciers du Protocole avec les objectifs nationaux fixés par le Canada.

Compte tenu de la nature du problème, il a fallu envisager les pouvoirs constitutionnels dans une perspective intégrée pour pouvoir gérer un plan d'action national visant à réduire les substances appauvrissant la couche d'ozone. Le Groupe d'étude fédéral-provincial sur l'harmonisation des mesures antipollution (substances appauvrissant la couche d'ozone) a été mis sur pied en 1989 pour élaborer une stratégie nationale concertée visant à éliminer les émissions de substances appauvrissant la couche d'ozone au Canada et à faciliter l'adoption de règlements harmonisés par les divers gouvernements. Il s'ensuit que les gouvernements fédéral et provinciaux sont tous deux chargés de réglementer divers aspects de cette question, et ce partage des responsabilités pourrait

être repris pour la conception d'un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre. Le gouvernement fédéral réglemente le Protocole de Montréal, notamment les contrôles exercés sur la fabrication, l'importation et l'exportation des substances appauvrissant la couche d'ozone, par la voie de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (LCPE)*¹². Quant aux gouvernements provinciaux, ils réglementent les émissions et les rejets dans l'environnement, et régissent la mise en œuvre de programmes de recyclage et de récupération des substances appauvrissant la couche d'ozone, ainsi que les contrôles d'émissions¹³.

En ce qui concerne tout particulièrement le mécanisme d'échange de droits d'émission du programme, les règlements fédéraux pris en vertu de la *LCPE* permettent aux participants de transférer ou de négocier des « allocations de consommation » pour respecter les engagements pris dans le cadre du Protocole de Montréal¹⁴. Ce mécanisme a été créé à l'issue d'une consultation multipartite du secteur avant la rédaction des règlements aux fins d'offrir aux industries la souplesse dont elles ont besoin pour choisir les méthodes qui leur permettraient de cesser d'utiliser des substances appauvrissant la couche d'ozone¹⁵.

Le Protocole de Montréal sert ici d'exemple de coopération fédérale-provinciale pour mettre en œuvre une stratégie nationale dans un champ de compétence qui ne relève pas clairement du domaine fédéral ou provincial. Cependant, en ce qui concerne le programme d'échange d'allocations de consommation prévu par le Protocole, le gouvernement fédéral administre ce système de manière exclusive, avec toutefois la représentation des dépositaires d'enjeux du gouvernement provincial. L'administration fédérale du

12 *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. 1985, ch. 16 (4^e suppl.).

13 Ex. : *Ozone-Depleting Substances Regulation* (Alta. Reg. 125/93) en Alberta; *Ozone Depleting Substances Regulation* (B.C. Reg. 53/93) en Colombie-Britannique; *Ozone Depleting Substances - General Regulation* (R.R.O. 1990, Reg. 356) en Ontario; *Ozone Layer Protection Regulations* (N.S. Reg. 54/95) en Nouvelle-Écosse.

14 *Règlements sur les substances appauvrissant la couche d'ozone* (SOR/95B576).

15 Les rouages de ce système d'échange sont décrits dans le document descriptif de la TRNEE sur l'option 4, *Cap on Carbon Content of Fossil Fuels Produced and Imported*.

programme d'échange d'allocations de consommation s'exerce apparemment sans la moindre résistance de la part des provinces. Cette absence de résistance s'explique probablement par deux facteurs. Premièrement, le programme des négociations s'applique à un petit nombre d'entreprises, ce qui explique le nombre très restreint des négociations au sein de chaque catégorie de substances appauvrissant la couche d'ozone¹⁶. Deuxièmement, aucune de ces substances n'est produite au Canada et, à titre d'importations, elles relèvent de la compétence fédérale en matière d'échanges commerciaux et de commerce.

Comme un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, qu'il soit conçu comme un programme d'échange de crédits ou d'allocations, devrait avoir la portée géographique la plus grande possible et englober un éventail aussi vaste que possible de gaz ou de sources, de puits et de réservoirs¹⁷, les provinces ne se montreront peut-être pas aussi empressées à accepter le contrôle réglementaire et administratif des autorités fédérales. Compte tenu de ce qui précède, les entités touchées par ce programme seront très nombreuses, ce qui exigera sans doute une structure administrative plus complexe que celle qui a servi au Protocole de Montréal. Comme le signale le document Castrilli, le gouvernement fédéral et plusieurs gouvernements provinciaux ont déjà adopté des lois relatives à l'échange de droits d'émission, ou sont en train de rédiger des lois qui permettraient l'échange de ces droits. Cela aboutit à la conclusion que la délimitation des compétences pourrait être source de contestation. Il est donc prudent de le prévoir, même si l'on sait que les règlements précisant la portée de la nature de chacun des cadres d'échange de droits

d'émission qui font déjà l'objet d'une loi ou d'un projet de loi n'ont pas encore été conçus.

En bref, le Protocole de Montréal offre un exemple de coopération fédérale et provinciale visant à mettre en œuvre un traité environnemental international. Un plan national visant à respecter les engagements du Protocole de Montréal a été accepté, et il est assorti de règlements complémentaires à ceux du gouvernement fédéral qui sont pris par les pouvoirs provinciaux et municipaux. Il en est ainsi, même si le gouvernement fédéral a assumé seul le contrôle administratif du système d'échange d'allocations de consommation en vertu du Protocole. On peut soutenir que les provinces n'ont pas réussi à contester ce contrôle à cause de la portée relativement limitée du programme. De nombreuses caractéristiques de la mise en œuvre du Protocole de Montréal pourraient servir de précédent pour un partage fédéral-provincial de la responsabilité réglementaire dans un programme d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre.

Accord sur l'harmonisation environnementale pancanadien

Les problèmes et les incertitudes que suscitent la protection, la conservation et la gestion de l'environnement au Canada ont abouti à la création de l'Accord sur l'harmonisation environnementale pancanadien¹⁸. Cet Accord a été signé en janvier 1998 par les membres du Conseil canadien des ministres de l'environnement (CCME), organisme regroupant les ministres de l'environnement des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux¹⁹.

16 Le système d'échange d'allocations de consommation transférables s'appliquait à une douzaine d'entreprises qui produisent ou qui importent des hydrocarbures chlorofluorés et au méthylchloroforme. Il s'applique encore à une douzaine d'entreprises qui utilisent des hydrocarbures partiellement fluorés. Les allocations de bromométhane sont distribuées à 133 usagers. Voir le document descriptif de l'option 4 de la TRNEE, *Cap on Carbon Content of Fossil Fuels Produced and Imported*.

17 Voir le Document d'étude n° 8 de la TRNEE, *Analyse des problèmes de conception d'un programme d'échange de droits d'émission*.

18 La documentation destinée à cette partie a été compilée à partir de la page Web suivante : <http://www.mbnet.ca/ccme/harmonization.html>.

19 La Province de Québec n'est pas signataire de l'Accord. Avant de signer l'Accord et les ententes auxiliaires, le Québec exige que certaines conditions soient remplies.

Cet Accord a pour but de créer un système plus efficace et efficient de gestion de l'environnement dans lequel les initiatives de tous les gouvernements du Canada seraient complémentaires et appropriées à leur territoire. La vision, les objectifs et les principes communs qui régissent le partenariat entre les divers provinces et territoires, ainsi que l'élaboration et la mise en œuvre d'ententes auxiliaires, sont énoncés dans l'accord cadre.

Pour atteindre leurs objectifs qui consistent à renforcer la protection de l'environnement, à promouvoir le développement durable et à améliorer l'efficacité, l'efficience et la prévisibilité dans l'ensemble du Canada, les gouvernements se sont entendus sur plusieurs principes fondamentaux, notamment le principe du « pollueur-payeur » et le principe de précaution; ils reconnaissent également que la prévention de la pollution est la solution retenue pour protéger l'environnement. Avant tout, l'Accord ne modifie en rien le pouvoir législatif initial des gouvernements respectifs.

L'Accord permet aux gouvernements de conclure des ententes auxiliaires multilatérales sur des aspects particuliers des problèmes environnementaux qui doivent se régler dans une perspective de coopération nationale. Les ententes auxiliaires énoncent les responsabilités et rôles précis qui permettront d'appliquer la mesure environnementale selon une approche de « guichet unique ». Ces rôles et responsabilités sont répartis entre les gouvernements en fonction du niveau qui est le mieux placé pour s'en acquitter de manière efficace. Dans les cas où les gouvernements ne parviennent pas à s'entendre sur une stratégie nationale, chaque gouvernement peut agir dans le cadre de ses pouvoirs existants, en reléguant en fait la question de compétence constitutionnelle à une compétence de dernier ressort. Actuellement, il existe des ententes auxiliaires qui portent sur les inspections environnementales, les normes environnementales et l'évaluation environnementale.

Tandis que les mesures de mise en œuvre de l'Accord ne semblent pas refléter les objectifs d'un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre de manière aussi fidèle que celles du Protocole de Montréal, il est clairement démontré ici qu'un partage des responsabilités pour des questions qui constituent une préoccupation environnementale nationale peut fonctionner dans la pratique. Il en est ainsi, malgré l'incertitude constitutionnelle éventuelle. Tout particulièrement dans le cas d'un vaste éventail de sources d'émissions, l'Accord offre un modèle intéressant de coopération sur le plan administratif et réglementaire.

Un système national d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre et les politiques complémentaires nécessaires à l'application efficace de ce système exigent de la coopération dans un domaine qui fait l'objet d'un partage des pouvoirs constitutionnels. Il est vrai que cela soulève certaines questions constitutionnelles sérieuses quant à la compétence législative ultime dans ce domaine, mais des besoins plus immédiats exigent la conception d'un système qui puisse être administré et réglementé dans un esprit de coopération constitutionnelle. Tant le Protocole de Montréal que l'Accord sur l'harmonisation environnementale offrent des suggestions pour la mise en œuvre de cet effort de coopération.

Annexe 1

Fondement juridique de l'échange de droits d'émission au Canada

Présenté au

Projet pilote d'échange de réductions des émissions (PERT)

Préparé par

Joseph F. Castrilli

Barrister & Solicitor

98, rue Borden

Toronto (Ontario) M5S 2N1

en association avec

Pollution Probe

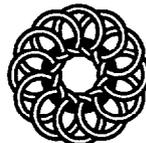
Mars 1998

Reproduit et distribué par la

Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie

avec la permission de l'auteur

Table ronde nationale
sur l'environnement
et l'économie



National Round Table
on the Environment
and the Economy

Remerciements et avertissement

Le présent rapport a été préparé pour le programme du projet pilote d'échange de réductions des émissions (PERT) en association avec Pollution Probe et grâce au soutien financier d'Environnement Canada. Les points de vue présentés sont ceux de l'auteur et non forcément ceux du PERT, de Pollution Probe ou d'Environnement Canada.

Table des matières

I. Introduction	1
II. Contexte : Caractéristiques des programmes d'échange de droits d'émission	2
A. Objectifs des programmes d'échange de droits d'émission	2
B. Application des programmes d'échange de droits d'émission à des sources de pollution particulières	3
1. Sources stationnaires	3
2. Sources mobiles	4
3. Sources non ponctuelles	4
C. Application des programmes d'échange de droits d'émission à des polluants particuliers	5
D. Types de programmes d'échange de droits d'émission	5
1. Systèmes fermés : limite imposée aux émissions et échange d'allocations	5
2. Systèmes ouverts : échange en marché ouvert	6
E. Composantes choisies des programmes d'échange de droits d'émission	6
1. Définition juridique et effet de l'allocation ou du crédit	6
2. Quand un échange sera reconnu	7
3. Capacité de l'agence réglementaire de mesurer la pollution à la source	7
4. Grand nombre de sources de pollution et coûts de contrôle variables	8
5. Absence de création de points chauds de pollution	9
6. Pouvoir gouvernemental clair de mise en oeuvre et d'application d'un programme	9
7. Aucune restriction déraisonnable aux échanges	10
8. Objectifs de programme clairs	10
9. Méthode équitable et simple de répartition des allocations ou des crédits	10
10. Des règles de base cohérentes dans toutes les compétences territoriales	10
F. Usages des crédits ou allocations	11
III. Pouvoir constitutionnel d'adoption de lois mettant sur pied des programmes d'échange de droits d'émission au Canada	11
A. Le pouvoir fédéral	12
1. Le pouvoir de paix, d'ordre et de bon gouvernement	12
2. Le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel	15
a. Objectif public légitime	15
b. Prohibitions renforcées de sanctions ou d'un régime réglementaire	16
c. Conséquences de la décision dans la cause de <i>Hydro-Québec</i> sur une loi régissant l'échange des droits d'émission	17
3. Le pouvoir de légiférer en matière de commerce	17
a. Le commerce et les échanges interprovinciaux et internationaux	18
b. Le commerce en général	

B. Le pouvoir provincial	21
1. <i>Droits de propriété et droits civils</i>	21
2. <i>Autres pouvoirs</i>	23
3. <i>Sommaire</i>	23
IV. Analyse des lois canadiennes actuelles et envisagées qui seraient pertinentes à la mise sur pied d'un régime d'échange de droits d'émission	24
A. Le niveau fédéral	25
1. <i>Lois actuelles : Approches traditionnelles de réglementation directe</i>	25
a. La Loi canadienne sur la protection de l'environnement	25
i. <i>Partie I — Objectifs de qualité environnementale</i>	25
ii. <i>Partie II — Substances toxiques</i>	25
iii. <i>Partie IV — Installations fédérales</i>	26
iv. <i>Partie V — La pollution de l'air au plan international</i>	26
b. La Loi canadienne d'évaluation environnementale	26
2. <i>La législation actuelle autorisant les crédits d'émission</i>	27
a. La loi sur la sécurité des véhicules automobiles	27
3. <i>Avant-projets qui autoriseraient l'échange de droits d'émission</i>	28
a. Le Projet de loi C-32 : Loi canadienne de protection de l'environnement, 1998	28
B. Lois provinciales	30
1. <i>Lois existantes choisies qui ne disent rien de l'échange de droits d'émission</i>	30
a. La Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario	30
i. <i>Dispositions statutaires générales</i>	30
ii. <i>Règlements sur les pluies acides — Imposition d'une limite aux émissions sans échange de droits d'émission</i>	32
2. <i>Lois choisies qui autorisent explicitement l'échange de droits d'émission</i>	33
a. L'Alberta Environmental Protection and Enhancement Act	33
b. Le Manitoba Environment Act	34
c. Le Nova Scotia Environment Act	34
d. Le British Columbia Waste Management Act	36
C. Lois territoriales	37
1. <i>Lois actuelles qui pourraient autoriser l'échange de droits d'émission</i>	37
a. Le Yukon Environment Act	37
D. Règlements municipaux	37
1. <i>Règlements municipaux actuels et leur application éventuelle à l'échange de droits d'émission</i>	37
a. La Communauté urbaine de Montréal	37
E. Liste de normes fédérales et provinciales choisies	38
V. Conclusions et recommandations	38

I. Introduction

Dans le cadre d'une stratégie nord-américaine de réduction des émissions atmosphériques de substances toxiques qui contribuent aux pluies acides, au smog et à la pollution, les divers ordres de gouvernement au Canada et aux États-Unis se tournent de plus en plus vers d'autres stratégies que les approches de réglementation traditionnelles de la solution de ces problèmes axées sur la réglementation directe¹. Aux États-Unis, le premier moteur de cette tendance à s'éloigner de la réglementation environnementale conventionnelle de certains de ces polluants est le « Titre IV » (Title IV) des Clean Air Act Amendments (CAAA) de 1990². Ces amendements présentent deux caractéristiques innovatrices, qui contrastent de façon marquée avec les approches réglementaires

traditionnelles. Il s'agit de (1) l'imposition d'une limite aux émissions d'anhydride sulfureux³ et (2) de l'instauration d'un programme d'échange de droits d'émissions d'anhydride sulfureux⁴. En vertu du programme d'échange de droits d'émission, si une installation ramène ses émissions sous le seuil d'émissions autorisé, elle peut transférer ses crédits d'émissions à d'autres unités de production, se constituer une réserve pour l'avenir ou encore les vendre à une autre installation⁵. Au fur et à mesure que le programme du Titre IV gagne de l'ampleur, que son incidence s'accroît aux États-Unis⁶, et que les gouvernements des États américains développent leurs propres programmes en vertu d'autres parties des CAAA⁷, on s'intéresse de plus en plus à la possibilité de

- 1 L'approche de réglementation directe traditionnelle permet au gouvernement d'établir ou de fixer des normes fondées de technologie propres à une source auxquelles la communauté réglementée devra se conformer. Voir Lisa Heinzerling, « Selling Pollution, Forcing Democracy », 14 *Stan. Envtl. L.J.* 300, 301 (1995) (l'approche de réglementation directe lorsque le gouvernement fixe des taux d'émission ou de technologies d'émission spécifiques à des entreprises individuelles); et Larry B. Parker et coll., « Clean Air Act Allowance Trading », 21 *Envtl. L.* 2021, 2022(1991) (l'approche de réglementation directe traditionnelle exige que la communauté réglementée installe une technologie de contrôle précisée ou satisfasse à des niveaux de rendement propres à des usines, pour toutes les sources touchées). Parmi les limitations perçues de l'approche de réglementation directe traditionnelle, on relève le fait que l'établissement d'objectifs de nettoyage fondés sur la technologie actuelle à tout le moins entrave des innovations au plan des coûts qui permettraient d'atteindre des objectifs de réduction de la pollution au-delà des normes requises. Voir Dallas Burtraw et Byron Swift, « A New Standard of Performance : An Analysis of the Clean Air Act's Acid Rain Program », 26 *Envtl. L. Rep.* 10411, 10412 (1996) (l'approche de réglementation directe du calcul des taux d'émissions échangeables fondé sur les évaluations par des ingénieurs de la faisabilité technologique et de la modélisation de la qualité environnementale ambiante ne permet pas à l'industrie de choisir des options de conformité différentes et moins coûteuses); et David Sohn & Madeline Cohen, « From Smokestacks to Species: Extending the Tradable Permit Approach from Air Pollution to Habitat Conservation », 15 *Stan. Envtl. L.J.* 405, 411 (1996) (la réglementation directe impose des limitations absolues aux entités réglementées, tout en ne leur accordant aucune raison de se « surconformer » en réduisant leurs taux d'émission au-dessous du niveau prescrit).
- 2 42 U.S.C.A. §§ 7651a-7651o (West 1998).
- 3 *Id.* § 7651b(a)(1)(West 1998) (d'ici à l'an 2000, dans l'ensemble, les émissions d'anhydride sulfureux dans l'atmosphère attribuables aux services publics doivent être réduites à un total combiné de 8,9 millions de tonnes par année).
- 4 *Id.* §§ 7651a(3) (chaque allocation donne à un service public le droit d'émettre une tonne d'anhydride sulfureux par année), 7651b(b) (les allocations peuvent être transférées par les propriétaires ou exploitants de sources touchées par le Titre IV).
- 5 Sulphur Dioxide Allowance System, 40 C.F.R. § 73.1 (1993).
- 6 Voir 42 U.S.C.A. § 7651c (West 1998) (L'Étape I des exigences d'anhydride sulfureux, qui s'applique à environ 110 services publics dans 21 États de l'Est et du Mid-West américains, a force de loi depuis le 1^{er} janvier 1995); et § 7651d (West 1998) (L'Étape II des exigences d'anhydride sulfureux, qui s'appliqueront à tous les autres services publics d'électricité d'une certaine capacité, auront force de loi après le 1^{er} janvier de l'an 2000).
- 7 Le Titre I des CAAA impose aux États l'obligation d'élaborer des plans de mise en oeuvre (State Implementations Plans ou SIP) aux fins de veiller à satisfaire aux National Ambient Air Quality Objectives (NAAQS) et aux autres exigences des CAAA. Dans le cadre du programme SIP, les États peuvent mettre sur pied des programmes de stimulants économiques qui peuvent comprendre un système de permis que l'on peut mettre en marché conformément aux règles établies par l'Environmental Protection Agency (EPA). Voir 42 U.S.C.A. §§ 7511a(g)(3)-(5), 7512a(d)(3), (g). Les règles de l'EPA prévoient explicitement l'établissement, par les États, de marchés d'échange de droits d'émission. Voir Economic Incentive Programs, 40 C.F.R. § 51.491 (1994). Ces marchés peuvent prendre la forme soit d'un échange de droits d'émission ou de crédit de réduction d'émissions. Economic Incentive Programs 40 C.F.R. § 51, App. X (1996). En vertu du programme SIP, l'EPA a approuvé plusieurs régimes d'échange de droits d'émission mis sur pied par les États. Voir, par exemple, Massachusetts Emissions Banking, Trading, and Averaging Program Approval, 40 C.F.R. § 52 (1996).

mettre sur pied le même genre de régime aux niveaux fédéral et provincial au Canada⁸.

Le présent rapport vise à étudier le régime législatif et réglementaire qui prévaut actuellement dans certaines compétences territoriales canadiennes, dans le but de déterminer (1) si le cadre canadien actuel autorise explicitement l'échange de droits d'émission, (2) si l'on pourrait l'interpréter de telle façon qu'il le permette ou (3) s'il nécessite des amendements visant à en permettre l'usage. La partie II du rapport fournit de l'information de base sur les caractéristiques des programmes d'échange de droits d'émission, y compris leurs objectifs, leurs divers types, leurs usages et les composantes typiques de tels systèmes, de même que leur application à des sources de pollution et des polluants particuliers. La partie III offre un bref survol des pouvoirs constitutionnels des ordres de gouvernement fédéral et provincial au Canada en matière d'échange de droits d'émission, en s'attachant tout particulièrement aux caractéristiques qui peuvent être intégrées à de telles lois. Dans la partie IV, on analyse des lois canadiennes actuelles et envisagées pertinentes à la mise sur pied de programmes d'échange de droits d'émission. Chaque fois que possible, le rapport fait valoir la mesure dans laquelle la législation canadienne actuelle ou envisagée a une portée suffisante pour autoriser la mise sur pied de tels programmes, à la lumière des caractéristiques prédominantes de ces régimes. Enfin, la partie V présente brièvement les conclusions et les recommandations du rapport.

II. Contexte : Caractéristiques des programmes d'échange de droits d'émission

Les programmes d'échange de droits d'émission mis sur pied jusqu'à maintenant présentent certaines caractéristiques fondamentales qui seront probablement nécessaires à la mise en place réussie de tels programmes au Canada. Dans la présente partie, on se penche sur les objectifs des programmes d'échange de droits d'émission, les sources de pollution et les polluants particuliers auxquels de tels programmes pourraient s'appliquer, les types et composantes de tels régimes, de même que les usages potentiels de crédits ou d'allocations.

A. Objectifs des programmes d'échange de droits d'émission

L'objectif ultime de tout système de contrôle de la pollution est d'atteindre à la qualité environnementale. La façon dont on s'y prendra pour définir les buts et modalités de l'atteinte de cet objectif variera d'une compétence territoriale à l'autre. Ces objectifs peuvent être énoncés à l'intérieur d'un texte de loi dans des termes qualitatifs d'une acception large ou encore ils peuvent être énoncés en détail à l'intérieur de règlements, prenant alors la forme des concentrations maximales de polluants particuliers dans l'air ou dans l'eau pour des secteurs industriels particuliers, ou encore ils peuvent être énoncés de chacune des deux façons. Comme on l'a noté plus haut, l'approche de réglementation directe impose des limites absolues aux entités réglementées, en ne leur offrant aucun stimulant pour se surconformer, en réduisant leurs émissions sous la limite prescrite. Ceux qui préconisent l'échange de droits d'émission comme un substitut,

⁸ Pollution Probe, York Centre for Applied Sustainability, Le conference board du Canada, Conférence sur l'échange de droits d'émission et la politique gouvernementale 1 (1998).

total ou partiel, de l'approche traditionnelle de réglementation directe soutiennent qu'une approche économique de l'observation environnementale peut permettre d'atteindre, sinon de dépasser, les objectifs environnementaux à un moindre coût⁹. Ceux qui mettent en doute l'étendue dans laquelle l'échange de droits d'émission peut se substituer à l'approche traditionnelle de réglementation directe soutiennent que : (1) la protection environnementale ne se limite pas à l'établissement et à la mise en application de limites aux émissions dans l'air et dans l'eau de polluants clairement définis; (2) les problèmes environnementaux ne sont pas uniquement créés par un nombre fini de grandes sources essentiellement stationnaires; et (3) des émissions d'une importance égale n'ont pas nécessairement à peu près les mêmes incidences environnementales : en d'autres termes, il faut tenir compte de la localisation géographique¹⁰. La résolution des arguments pour et contre l'échange de droits d'émission dépasse le propos du présent rapport, mais on commence à considérer ces questions dans la littérature qui paraît au Canada¹¹.

La théorie qui sous-tend le projet de mise en marché de droits d'émission, tel celui contenu dans le Titre IV des CAAA, veut que l'on puisse établir un niveau maximal de pollution (une limite), que les entités réglementées puissent choisir la meilleure façon d'atteindre ce niveau, de même que profiter de l'occasion de vendre les résultats de toute

surconformité à d'autres entreprises. Les résultats initiaux obtenus en vertu du Titre IV des CAAA suggèrent qu'une telle approche pourrait stimuler l'innovation et les investissements dans toute une gamme d'options de conformité, entraîner une réduction des coûts de conformité et permettre de dépasser les objectifs environnementaux du programme¹².

B. Application des programmes d'échange de droits d'émission à des sources de pollution particulières

Il existe au moins trois catégories de sources de pollution auxquelles peuvent s'appliquer des programmes d'échange de droits d'émission : (1) les sources stationnaires; (2) les sources mobiles; et (3) les sources non ponctuelles. Chacune de ces catégories sera discutée ci-dessous.

1. Sources stationnaires

La plupart des programmes d'échange de droits d'émission se sont concentrés sur des sources stationnaires de pollution de l'air qui émettent des contaminants par des cheminées discrètes. Les mesures prises sur une cheminée située à une source stationnaire ont joué un rôle important pour se

9 Voir, par exemple, Marshall J. Breger et Richard B. Stewart et coll., « Providing Economic Incentives in Environmental Regulation », 8 *Yale J. On Reg.* 463, 468-471 (1991).

10 Voir, par exemple, William F. Petersen Jr., « The Limits of Market-Based Approaches to Environmental Protection », 24 *Envtl. L. Rep.* 10173, 10174-10175 (1994) (l'auteur note que, jusqu'à maintenant, la plupart des arguments en faveur de l'échange de droits d'émission ont surtout porté sur l'à-propos d'un tel régime pour s'attaquer aux émissions dans l'air et dans l'eau de polluants traditionnels émanant d'un petit nombre de grandes sources stationnaires ou de sources ponctuelles, mais que l'échange de droits d'émission convient moins lorsqu'il s'agit de s'attaquer aux problèmes de pollution liés à des petites sources, des polluants dangereux ou des dépotoirs de déchets dangereux). Voir également Sam Hays, « Emissions Trading Mythology », 12 *Envtl. F.* janv.-févr. 1995, à la page 15 (l'auteur soutient que l'échange des droits d'émission ne constitue qu'une disposition relativement peu importante du Titre IV des CAAA et qui perd toute importance lorsqu'on l'a comparé avec la décision prépondérante de réduire les émissions d'anhydride sulfureux des services publics de 50 p. 100, à 8,9 millions de tonnes par année, et de les limiter à cette quantité).

11 Pollution Probe, ci-dessus note 8, p. 20-21.

12 Byron Swift, « The Acid Rain Test », 14 *Envtl. F.*, mai-juin 1997, p. 16, p. 19-20 (l'auteur note que les données relatives aux émissions recueillies en 1995 et 1996 démontrent que les services publics visées par l'Étape I se sont surconformées aux dispositions du programme du Titre IV en émettant une quantité d'anhydride sulfureux inférieure d'environ 30 p. 100 à ce que permettait la limite imposée aux émissions par le programme, tout en permettant de réaliser des économies de frais de conformité importantes attribuables à la capacité de choisir parmi toute une gamme de technologies concurrentes, telles le mélange de carburants, la conversion à d'autres carburants, etc.).

donner la capacité de s'assurer de la quantité de polluants couverts par le programme qu'émettrait une installation particulière. La concentration sur des sources stationnaires, en particulier dans les cas où les programmes ne s'occupent que de un ou deux polluants, a également fait en sorte que le programme demeure administrable, car, dans la plupart des cas, les organismes de réglementation ne s'occupent que d'un nombre relativement limité de sources importantes. Le programme des pluies acides du Titre IV en constitue un exemple¹³.

2. Sources mobiles

Par le passé, les réductions d'émissions requises pour produire des crédits de réduction d'émissions (CRE)¹⁴ résultaient d'échanges menés entre des sources stationnaires. Néanmoins, les sources mobiles de pollution de l'air, telles les automobiles, les camions et les autobus, constituent des sources supplémentaires importantes de pollution atmosphérique. Alors qu'il existe des milliers de sources stationnaires, les sources mobiles peuvent se chiffrer par millions. En conséquence, les sources mobiles produisent une proportion importante des émissions d'ozone, de monoxyde de carbone et de bioxyde d'azote, en particulier dans les zones urbaines, et pourraient permettre de rendre compte du degré marqué de dépassement des normes et objectifs de qualité de l'air dans ces endroits. Dans certaines juridictions aux États-Unis, des réductions des émissions de sources

mobiles pourraient permettre de compenser les émissions de sources stationnaires. Par exemple, parmi les crédits de réduction d'émissions les plus fréquents, on retrouve ceux qui se rapportent au retrait de la circulation des véhicules plus âgés, souvent plus sales que les véhicules de modèles plus récents et la mise sur pied de parcs de véhicules alimentés par des carburants écologiques : dans les deux cas, ce sont des crédits que l'on peut échanger pour des émissions de sources stationnaires¹⁵.

3. Sources non ponctuelles

Dans plusieurs bassins de drainage, les sources non ponctuelles de pollution de l'eau, soit les décharges terrestres de zones urbaines et agricoles contaminées par des produits chimiques, des sédiments, des substances nutritives et des pesticides, peuvent constituer des obstacles importants à la poursuite d'objectifs de qualité de l'eau¹⁶. Par le passé, ces sources de pollution de l'eau échappaient le plus souvent à la réglementation, en comparaison des sources ponctuelles¹⁷. En conséquence, on a considéré le contrôle de pollution de l'eau comme un autre domaine auquel pourrait s'appliquer un échange de droits d'émission.

Dans ce contexte, on demanderait à ceux qui déversent des substances dans des sources ponctuelles d'avancer les sommes nécessaires aux contrôles non ponctuels, plutôt que d'imposer des exigences de traitement à

13 Carlos A. Gavilondo, Commentaire, « Trading Clean Air —The 1990 Acid Rain Rules: How They Will Work and Initial Responses to the Market System », 67 *Tulane L. Rev.* 749, 754 (1993). Voir également Karen Hiyama Schodowski, Notes, « Title IV of the Clean Air Act Amendments of 1990: Will Emissions Trading Work in the Fight Against Acid Rain? », 37 *Wayne L. Rev.* 1883, 1898 (1991) (l'auteur remarque que la communauté réglementée en vertu du Titre IV ne regroupe qu'un petit nombre limité de services publics qui sont des émetteurs facilement repérables d'anhydride sulfureux).

14 Les CRE correspondent à des réductions réelles de pollution atmosphérique attribuables à une source d'émission qui vont au-delà des niveaux prescrits, par exemple, par les lois de l'État et que l'on peut mettre en marché. Voir, par exemple, Massachusetts Emissions Banking, Trading, and Averaging, 310 Mass. Reg. Code § 7.00, App. B(2)(1996). Le Titre I des CAAA permet aux États de permettre aux sources d'émissions de transformer leurs réductions d'émission excédentaires en CRE. 42 U.S.C.A. § 7511a(g).

15 Perry S. Goldschein, « Going Mobile: Emissions Trading Gets a Boost From Mobile Source Emission Reduction Credits », 13 *UCLA J. Envtl.L. & Pol'y* 225, 238-246 (1995).

16 David Letson, « Point/Nonpoint Source Pollution Reduction Trading: An Interpretive Survey », 32 *Nat. Resources J.* 219, 220 (1992).

17 Les sources ponctuelles de pollution de l'eau comprennent les décharges municipales ou industrielles directes dans des masses d'eau au moyen de tuyaux ou de véhicules discrets. Les sources ponctuelles comprennent également les décharges industrielles dans les égouts municipaux qui se déversent dans les usines de traitement des eaux usées qui, à leur tour, se déchargent dans des masses d'eau.

l'avance de sources ponctuelles qui, autrement, seraient nécessaires à l'atteinte d'objectifs en matière de qualité de l'eau¹⁸.

C. Application des programmes d'échange de droits d'émission à des polluants particuliers

On a utilisé, on utilise ou on songe à utiliser l'échange de droits d'émission relativement à une vaste gamme de polluants, y compris les oxydes sulfureux, les oxydes d'azote, les composés organiques volatiles, le monoxyde de carbone, les matières en particules, les gaz à effet de serre, le phosphore dans l'eau et des substances toxiques telles le plomb et le mercure¹⁹. La plus grande partie des échanges qui ont eu lieu, néanmoins, portaient sur le même polluant, plutôt que sur des polluants différents²⁰.

D. Types de programmes d'échange de droits d'émission

On distingue essentiellement deux types de programmes d'échange de droits d'émission : (1) les systèmes fermés et (2) les systèmes ouverts. Chacun de ces deux types fera ici l'objet d'une brève discussion.

1. Systèmes fermés : limite imposée aux émissions et échange d'allocations

Le système d'échange de droits d'émission décrit dans le Titre IV des CAAA peut être défini comme un « système fermé », parce qu'il ne s'applique qu'à un groupe précisé de sources (par exemple, les grands producteurs d'énergie électrique) d'émissions d'anhydride sulfureux et la quantité totale des émissions permises aux participants au programme est limitée à un tonnage total national défini par la loi. Cette limite crée une motivation pour réduire les émissions, surtout quand il s'agit d'une limite descendante qui fait en sorte que les quantités de polluants que ces sources ont le droit d'émettre diminuent avec le temps²¹. En pratique, ce système ne fonctionne pas lorsque des crédits de réduction des émissions constituent la monnaie d'échange. Au lieu de cela, des allocations d'émission d'anhydride sulfureux sont distribuées aux participants actuels selon une méthodologie prédéterminée²². Les sources qui font partie de ce groupe réglementé se conforment aux exigences de contrôle de la pollution, non pas en satisfaisant à certaines limites précisées, mais en détenant ou en acquérant suffisamment d'allocations pour couvrir leurs émissions réelles d'anhydride sulfureux pour une année civile donnée. Ainsi, la société A peut produire des allocations excédentaires qu'elle vendra à la société B en limitant ses propres émissions d'anhydride sulfureux en dessous de la

18 Esther Bartfeld, « Point-Nonpoint Source Trading: Looking Beyond Potential Cost Savings », 23 *Envtl. L.* 43, 60-61 (1993).

19 Ron Nielsen, *Pollution Probe, An Assessment of Emissions Trading for NOx and VOCs 1* (1998).

20 *Id.*, p. 31. Certains programmes d'échange de droits d'émission américains qui ont permis le retrait progressif de substances amincissant la couche d'ozone (halons et chlorofluorocarbones) comprenaient un échange limité de transfert d'un polluant à l'autre. *Protection of Stratospheric Ozone*, 40 C.F.R. §§ 82.1-82.14 (1992).

21 Burtraw et Swift, ci-dessus, note 1, p. 10420-10421, 10423 (les auteurs suggèrent qu'on devrait peut-être revoir le niveau d'ensemble de limite imposée aux émissions d'anhydride sulfureux, sinon le réduire, au plan national ou régional, afin de tenir compte des incidences cumulatives du dépôt, dans les années passées, de pluies acides dans des régions sensibles des États-Unis, dont le nord-est).

22 À l'Étape I en vertu du programme du Titre IV, qui a débuté le 1^{er} janvier 1995, les centrales productrices d'électricité assujetties au programme ont reçu des allocations d'émissions spécifiques d'anhydride sulfureux fondées sur la consommation annuelle moyenne de base de carburants de la centrale au cours de la période de 1985 à 1987. 42 U.S.C.A. § 7651c(a) Tableau A (West 1998). À la Phase II, qui doit débiter le 1^{er} janvier de l'an 2000, d'autres centrales recevront des allocations d'émissions d'anhydride sulfureux réduites d'après toute une gamme de formules énoncées dans les CAAA. *Id.* § 7651d (West 1998). Le total des allocations de l'Étape II est assujetti à une limite légale de 8,9 millions de tonnes. Quand le nombre total d'allocations autorisées risquerait autrement de dépasser la limite, l'EPA doit réduire proportionnellement l'allocation accordée à chaque installation afin de veiller à ce que la limite ne soit pas dépassée. *Id.* § 7651b(a) (West 1998).

quantité qu'elle serait autrement autorisée à produire sur une période de un an, conformément au nombre d'allocations qu'elle détient. La société A peut également mettre ses allocations en réserve pour pouvoir s'en servir à une date ultérieure. Ces approches permettent d'atteindre les cibles de réduction d'émissions et, si nécessaire, de les réduire avec le temps. Par ailleurs, un système fermé nécessite l'instauration d'une méthode de répartition rigoureuse, réduisant ainsi la différence de coûts entre les sources nécessaires à la stimulation des échanges²³. De même, on relève des exemples de systèmes fermés au niveau des États américains²⁴.

2. Systèmes ouverts : échange en marché ouvert

En théorie, l'échange des droits d'émission en marché ouvert peut engager tout groupe de sources de pollution dont les émissions du même polluant ou de polluants différents sont quantifiables suivant un dénominateur commun. Cependant, à la différence de l'échange de droits d'émission en marché fermé, l'échange de droits d'émission en marché ouvert ne nécessite pas une limite prédéterminée ou un ensemble d'allocations²⁵. L'échange de droits d'émission en marché ouvert permettrait à la société B de satisfaire à toute limite imposée à ses émissions en prévalant de crédits de réduction d'émissions qu'elle aurait obtenue de la société A, ou d'autres sources, à l'égard des émissions que la société B produit réellement. Ces crédits résultent uniquement des réductions

d'émissions en surplus (comparativement à un niveau établi de limites d'émissions) qui dépassent les exigences de conformité réglementaires²⁶. À l'intérieur d'un système de marché ouvert, il est théoriquement possible d'atteindre à une plus grande flexibilité au plan du nombre et du type de sources admissibles au programme. En conséquence, le fait que de meilleures occasions de différence entre les coûts peuvent apparaître entre les groupes peut agir comme un stimulant économique et favoriser les échanges entre de telles sources²⁷. Par contre, un système de marché ouvert pourrait ne pas permettre d'atteindre des cibles de réduction d'émissions²⁸.

E. Composantes choisies des programmes d'échange

Les programmes d'échange de droits d'émission présentent un certain nombre de caractéristiques communes qui peuvent contribuer à l'efficacité d'ensemble d'un tel régime. Ces caractéristiques feront ici l'objet d'une brève discussion.

1. Définition juridique et effet de l'allocation ou du crédit

Les compétences territoriales qui se sont dotées de programmes d'échange de droits d'émission ont dû s'interroger sur la nature des intérêts juridiques créés par les allocations ou les crédits. Pour qu'un marché d'échange de droits d'émission puisse se développer, les intérêts liés aux allocations ou aux crédits doivent être

23 Nielsen, ci-dessus, note 19, p. 25.

24 Daniel P. Selmi, « Transforming Economic Incentives From Theory to Reality: The Marketable Permit Program of the South Coast Air Quality Management District », 24, *Env't. L. Rep.* 10695, 10698-10701 (1994); et Matthew Polesetsky, « Will a Market in Air Pollution Clean the Nation's Dirtiest Air? A Study of the South Coast Air Quality Management District's Regional Clean Air Incentives Market », 22 *Ecology L.Q.* 359, 382-390 (1995) (le South Coast Air Quality Management District, soit l'agence de l'État de la Californie qui réglemente la pollution de l'air dans la région de Los Angeles, a adopté une approche axée sur le marché dans le cadre de son Regional Clean Air Incentives Program — RECLAIM — qui distribue des crédits de pollution aux entreprises participantes et ce afin d'atteindre les réductions d'émissions requises). Bien que semblable au Titre IV des CAAA, RECLAIM ne permet pas la mise en réserve de crédits.

25 Glenn L. Unterberger, « Let's Make a Deal: Transferring Pollution-Reduction Credits », 10 *Nat. Resources & Env't* 28, 29 (1996).

26 Nielsen, ci-dessus, note 19, p. 26.

27 Unterberger, ci-dessus, note 25, p. 29; et Burtraw et Swift, ci-dessus note 1, p. 10417.

28 Nielsen, ci-dessus, note 19, p. 26. Ce problème a le plus de chance de se poser lorsqu'un régime d'échange de droits d'émission sert uniquement à atteindre des limites d'émissions existantes, sans qu'il n'y ait aucune obligation légale de satisfaire à des réductions d'émissions sur une longue période.

suffisamment protégés pour justifier des investissements²⁹. Par ailleurs, la création d'un droit de propriété ou d'un intérêt lié aux allocations ou aux crédits pourrait éventuellement entraver la capacité des agences réglementaires d'intervenir lorsque c'est nécessaire³⁰, ou encore d'obtenir l'appui du grand public pour un programme perçu comme accordant un « droit de polluer »³¹. En conséquence, dans la plupart des compétences territoriales qui ont mis sur pied des programmes d'échange de droits d'émission, le droit créé prend la forme d'un permis révocable. Par exemple, en vertu du Titre IV des CAAA, le Congrès des États-Unis a clairement indiqué qu'aucun droit de propriété n'était créé par les allocations³².

2. Quand un échange sera reconnu

Dans les compétences territoriales, et en particulier là où il existe des programmes de crédit de réductions d'émission, les échanges ne seront reconnus que lorsque les réductions d'émissions sont : (1) réelles (le résultat de réductions réelles des émissions); (2) excédentaires (soit qu'elles dépassent la quantité de réductions permises par la licence détenue par une

source de pollution ou toute autre loi applicable); (3) quantifiables (mesurables selon une méthode de quantification acceptable à l'ordre de gouvernement compétent); (4) applicables (par l'ordre de gouvernement compétent, au moyen d'un permis, d'un accord ou de tout autre document ou pouvoir juridique); et (5) permanentes (assurées, en vertu d'un mécanisme applicable, pour la durée de vie du crédit)³³.

3. Capacité de l'agence réglementaire de mesurer la pollution à la source

L'agence réglementaire chargée de la supervision du programme doit disposer du pouvoir légal d'exiger de l'entité réglementée qu'elle mesure les niveaux de pollution à la source. L'obligation imposée à l'entité réglementée devrait comprendre l'exigence de mesure du niveau de pollution de base, ainsi que les changements enregistrés par rapport à ces conditions de base qui permettent à la source de générer des crédits d'émission échangeables³⁴. Le niveau de base de pollution d'une source a été défini comme le niveau de pollution en dessous duquel la source produira des

-
- 29 Jeanne M. Dennis, « Smoke for Sale: Paradoxes and Problems of the Emissions Trading Program of the Clean Air Act Amendments of 1990 », *UCLA L. Rev.* 1101, 1118 (1993).
- 30 Breger et Stewart, ci-dessus, note 9, p. 480 (les auteurs remarquent qu'en accordant des droits juridiques à des allocations aux États-Unis on créerait probablement des interférences réglementaires à l'égard de ces droits considérés comme « une recette » donnant à l'entreprise droit à une compensation en vertu du 5^e amendement à la Constitution américaine). Au Canada, bien qu'il n'y ait pas de disposition constitutionnelle à l'égard des recettes, le droit coutumier (common law) a toujours protégé les intérêts de priorité, de sorte que l'on devra prendre soin de concevoir un système d'échange de droits d'émission de façon à s'assurer que les agences réglementaires aient la capacité d'agir.
- 31 Polesetsky, ci-dessus, note 24, p. 370-371 (l'auteur note que l'échange de droits d'émission a donné lieu à plusieurs objections d'ordre moral).
- 32 En vertu des CAAA, « une allocation... est une autorisation limitée d'émettre de l'anhydride sulfureux conformément au [Titre IV]. Une telle allocation ne constitue pas un droit de propriété. Rien dans [le Titre IV ou autres lois] ne devra être interprété comme une limite imposée au pouvoir des États-Unis de mettre un terme à une telle autorisation ou de la limiter... » 42 U.S.C.A. § 7651b(f) (West 1998).
- 33 Wendy B. Jacobs et Anne D. Berlin, « The Challenge of Designing a Successful Air Emission Trading Program in Massachusetts », 37 *Boston B.J.* 27, 27-28 (1993); et Robert L. Schroder et S. Lee Johnson, « Using Market Forces to Reduce Pollution: Michigan's Emission Reduction Credit and Emission Averaging Rules », 76 *Mich. B.J.* 70, 71 (1997). Les règlements des États reconnaissant les échanges d'émission sont fondés sur les exigences de l'EPA promulguées conformément au Titre I des CAAA. Economic Incentive Programs, 40 C.F.R. § 51.493 (1994) (state program requirements).
- 34 Michael C. Naughton, « Establishing Interstate Markets for Emission Trading of Ozone Precursors: The Case of the Northeast Ozone Transport Commission and Northeast States for Coordinated Air Use Management Emissions Trading Proposals », 3, *N.Y.U. Envtl. L.J.* 195, 204 (1994).

réductions d'émissions qui lui permettront de générer des crédits de réduction d'émissions³⁵. En conséquence, un programme d'échange de droits d'émission nécessite la mise sur pied d'un régime de contrôle strict, permettant d'assurer l'intégrité du processus³⁶. En vertu du Titre IV des CAAA, par exemple, les émissions doivent être mesurées en vertu d'un système de contrôle continu des émissions (Continuous Emission Monitoring System ou CEMS) qui enregistre les émissions réelles d'anhydride sulfureux attribuables à un producteur d'électricité³⁷. Lorsque le système de contrôle ne fonctionne pas, les CAAA indiquent clairement qu'on doit considérer que la source est exploitée de façon incontrôlée pendant toute la période pour laquelle des données ne sont pas disponibles³⁸. L'effet d'une telle supposition est qu'il existe un incitatif pour veiller à ce que le système de contrôle à la source fonctionne correctement en tout temps. Autrement, on supposera que les émissions de la source seront plus importantes et elles commenceront à gruger les allocations³⁹. Les règlements de l'EPA édictés en vertu du Titre I des CAAA permettent

également aux gouvernements des États américains d'imposer diverses exigences de contrôle, de tenue de dossiers et de rapport relativement aux sources assujetties à leurs programmes de droits d'émission respectifs⁴⁰. Ces méthodes de rechange sont habituellement utilisées dans le cas de sources moins importantes qui, autrement, ne pourraient se permettre de mettre en place un CEMS.

4. Grand nombre de sources de pollution et coûts de contrôle variables

Dans l'idéal, si l'on veut créer un type de permis d'une certaine valeur économique et éviter les imperfections de marchés telles la collusion et la thésaurisation, le programme devrait englober un grand nombre de sources présentant des variations importantes au plan des coûts de contrôle⁴¹. Lorsqu'on ne permet l'échange qu'à l'égard de un ou deux polluants, la possibilité de pouvoir compter sur un nombre suffisant de sources de pollution à l'intérieur d'une même compétence

- 35 *Id.*, p. 204, n. 45. Voir aussi Massachusetts Emissions Banking, Trading, and Averaging, 310 Mass. Regs. Code § 7.00, App.B(2) (1996) (les conditions de base signifient le niveau d'émission fixé pour une source qui reflète le moindre des émissions réelles ou des émissions permises et qui sert de seuil en dessous duquel les réductions d'émission sont considérées comme excédentaires et peuvent être admissibles à une approbation par l'État à titre de CRE).
- 36 Alexander F. Skirpan Jr., « Plus Ça Change, Plus C'est la Même Chose : 1990 Amendments to the Clean Air Act and Their Impact on Utility Regulation », 55 *U. Pitt. L. Rev.* 171, 183 (1993); Burtraw et Swift, ci-dessus, note 1, p. 10421; et Gavilondo, ci-dessus, note 13, p. 773 (l'auteur note que l'EPA considère le contrôle strict comme essentiel au principe de l'échange de droits d'émission en vertu du Titre IV des CAAA, parce qu'un système trop lâche de contrôle réduirait la valeur financière des allocations aux yeux des négociants en émissions et ne réussirait pas à inspirer confiance dans la communauté environnementale qui prétendrait que les réductions ont été réellement apportées).
- 37 42 U.S.C.A. §§ 7651a(7), 7651k(a) (West 1998) (le terme de CEMS se rapporte à l'équipement requis par le Titre IV pour échantillonner, mesurer et fournir une mesure permanente d'émissions à partir d'une installation assujettie au programme du Titre IV).
- 38 *Id.* § 7651k(d) (West 1998).
- 39 *Id.* §§ 7651j(a)(b) (West 1998) (les services publics doivent rendre compte de toute émission excédentaire au cours des années suivantes au moyen d'allocations supplémentaires et doivent payer une amende de 2 000 \$ pour chaque tonne d'anhydride sulfureux qu'elles émettent qui n'est pas couverte par une allocation).
- 40 Economic Incentive Programs, 40 C.F.R. 51.493 (les exigences de programme des États peuvent comprendre le contrôle continu des émissions massives ou des taux d'émission, des dispositifs de mesure installés sur place ou portatifs permettant de vérifier les systèmes d'exploitation de contrôle, des mesures périodiques au moyen de méthodes de test de référence, des procédures pour vérifier, identifier ou remédier à des conditions de non-conformité, la tenue de registres manuels ou automatisés de l'utilisation du matériel, des inventaires, le débit, les activités de production, toute combinaison de ces méthodes ou procédures visant à déterminer les données exigées pour les périodes pendant lesquelles on ne procède pas au contrôle des données).
- 41 Breger et Stewart, ci-dessus, note 9, p. 471. Voir aussi Dennis, ci-dessus, note 29, p. 1135 (l'auteur note que la thésaurisation d'allocations exercerait une pression à la hausse sur leur prix, augmenterait les coûts de conformité et aurait une incidence négative sur l'expansion de sources particulières assujetties au programme).

territoriale risque de diminuer, tandis que le besoin des échanges transfrontaliers risque d'augmenter⁴².

5. Absence de création de points chauds de pollution

Pour accroître les probabilités de gagner l'appui du grand public à un programme d'échange de droits d'émission, on doit faire en sorte que le processus d'échange ne mène pas à la constitution de plus fortes concentrations régionales ou locales de polluants qui constitueraient des « points chauds » de dommages environnementaux ou feraient courir des risques à la santé dans des régions sensibles⁴³. En conséquence, un programme d'échange devrait faire en sorte que les polluants n'aient que des effets généralisés et qui seraient répartis sur un vaste territoire. Un système d'imposition d'une limite aux émissions peut faire davantage que de permettre d'éviter la création de tels points chauds, parce que la quantité de polluants n'augmente pas avec la croissance économique⁴⁴. Les pluies acides et les gaz à effet de serre ont été décrits comme des exemples de types de pollution qui ont un effet généralisé. Par contre, dans le cas des substances toxiques, si une même société devait acquérir plusieurs crédits d'autres sources, il se produirait une concentration importante d'émissions toxiques dans une région limitée, ce qui aurait des effets graves sur

l'environnement et la santé au plan local⁴⁵. Pour éviter de tels problèmes, on pourrait se voir contraint de contrôler tant la direction des échanges que les moments de l'année où ils se produisent⁴⁶, de même que d'ajuster le niveau de la limite imposée aux émissions, pour en minimiser les effets négatifs sur des régions sensibles⁴⁷.

6. Pouvoir gouvernemental clair de mise en oeuvre et d'application d'un programme

Il est nécessaire de pouvoir compter sur un fondement législatif clair avant de s'engager dans un programme d'échange de droits d'émission, car c'est là la meilleure façon d'éviter plusieurs problèmes. Premièrement, si le fondement législatif d'un programme est ambigu, ses opposants pourraient en retarder la mise en oeuvre en le contestant devant les tribunaux. Deuxièmement, l'absence d'un fondement législatif explicite amènerait probablement l'autorité réglementaire à hésiter davantage à s'engager dans un tel régime, pour préférer d'autres types de programmes aux fondements législatifs plus solides⁴⁸. C'est particulièrement le cas lorsqu'un programme d'échange de droits d'émission exige que certains de ses attributs particuliers réussissent : que l'on songe, par exemple, aux allocations, aux ventes aux enchères d'allocations, à un

42 Frederic C. Menz, « Transborder Emissions Trading Between Canada and the United States », 35 *Nat. Resources J.* 803, 813-814 (1995) (l'auteur note que la mise en oeuvre d'un programme d'échange de droits d'émission d'anhydride sulfureux qui serait limité au Canada pourrait constituer un sujet de préoccupation, du fait de l'étroitesse du marché potentiel de droits d'émission résultant du petit nombre de sources intérieures — au Canada, six sociétés se partagent environ 50 p. 100 du total des émissions d'anhydride sulfureux; l'auteur suggère en outre que, si l'on donnait plus d'ampleur au marché canadien de droits d'émission en permettant les échanges avec les États-Unis, on augmenterait d'autant les occasions de transferts d'émissions).

43 Burtraw et Swift, ci-dessus, note 1, p. 10421.

44 Id. Les dispositions d'échange de droits d'émission des CAAA sont également assujetties à des règlements axés sur la protection de la santé pris à l'égard des émissions d'anhydride sulfureux, tels ceux qui découlent des NAAQS et des SIP. Le Titre IV lui-même indique clairement que rien, dans le Titre IV, ne peut être interprété comme ayant une incidence sur l'obligation de se conformer aux autres dispositions des CAAA. 42 U.S.C.A. §§ 7651b(f), 7651l (West 1998).

45 Breger et Stewart, ci-dessus, note 9, p. 471. Voir aussi Nancy J. Cohen, « Emissions Trading and Air Toxics Emissions: RECLAIM and Toxic Regulations in the South Coast Air Basin », 11 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 255, 258, 270-272, 294 (1993) (l'auteur fait état du besoin d'un examen plus approfondi et de la déclaration des échanges de droits d'émission de produits toxiques dans l'air avant d'éviter des effets négatifs sur la santé environnementale).

46 Lettre d'Erik Haites, président, Magaree Consultants Ltd., à Joseph F. Castrilli (le 13 avril 1998) (archives de l'auteur).

47 Burtraw et Swift, ci-dessus, note 1, p. 10423 (pour l'anhydride sulfureux); Cohen, ci-dessus, note 44, p. 288-291 (pour toutes les substances toxiques émises dans l'air).

48 James T. B. Tripp et Daniel J. Dudek, « Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs », 6 *Yale J. on Reg.* 369, 375 (1989).

régime de vérification, à un CEMS ou un autre réseau de contrôle, ou encore à des pénalités ou des compensations administratives pour excédents d'émissions, qui ne seraient pas par ailleurs autorisés par le droit⁴⁹. Dans de telles circonstances, l'absence d'un fondement législatif explicite ne peut que compromettre l'atteinte des objectifs du programme en le rendant plus vulnérable aux contestations d'un tiers. Troisièmement, si un tel programme ne pouvait s'appuyer sur un fondement législatif explicite, les entités réglementées se montreraient sans doute réticentes à y participer⁵⁰.

7. Aucune restriction déraisonnable aux échanges

Si les restrictions réglementaires imposées aux échanges et les coûts de transaction résultant des exigences administratives sont excessifs, la viabilité d'un programme d'échange de droits d'émission sera compromise. Plus grands seront les obstacles administratifs au commerce, moindre sera la valeur économique de l'échange⁵¹.

8. Objectifs de programme clairs

Pour gagner l'appui du grand public au principe de l'échange de droits d'émission, on doit également se proposer des buts et des objectifs clairement identifiés et qui soient liés au programme⁵². L'adoption du Titre IV des CAAA visant à lutter contre les pluies acides a été précédée d'un examen exhaustif et d'un débat

public sur les problèmes de santé et les problèmes environnementaux liés à des échecs répétés de tentatives de réduction des émissions d'anhydride sulfureux. La solution de compromis à laquelle on est arrivée — l'imposition d'une limite pour pouvoir mesurer les progrès enregistrés au plan de la réduction des émissions et l'instauration d'un système d'échange permettant de réduire les coûts de conformité — a joui, dans une large mesure, de l'appui tant des sociétés que des groupes environnementaux⁵³.

9. Méthode équitable et simple de répartition des allocations ou des crédits

On doit pouvoir disposer d'une méthode équitable de répartition des allocations ou de facilitation des échanges pour amener les entreprises à s'engager dans un système d'échange de droits d'émission⁵⁴. En plus des échanges privés qui ont cours entre des sources assujetties au programme⁵⁵, en vertu du Titre IV, on peut utiliser deux méthodes supplémentaires pour obtenir ce résultat. Premièrement, les allocations d'anhydride sulfureux sont réparties sur la base des statistiques d'émissions enregistrées dans le passé et réduites proportionnellement, de sorte que le total des émissions atteigne la limite, tandis que chaque allocation autorise son détenteur à émettre une tonne du polluant sur une période de un an⁵⁶.

Deuxièmement, on permet la tenue de ventes aux enchères d'allocations sur une base annuelle⁵⁷. Cette approche augmente la possibilité que l'allocation

49 Brennan Van Dyke, « Emissions Trading to Reduce Acid Deposition », 100 *Yale L.J.* 2707, 2709-2714 (1991) (l'auteur note que le Titre IV des CAAA a établi plusieurs de ces attributs pour la première fois dans le droit environnemental fédéral aux États-Unis). Le Titre IV exige aussi des sources touchées qu'elles obtiennent des permis d'allocation et qu'elles élaborent un plan de conformité. 42 U.S.C.A. § 7651g (West 1998) (exigences de permis et de plans de conformité).

50 Tripp et Dudek, ci-dessus, note 48, p. 375.

51 *Id.*, p. 377.

52 Naughton, ci-dessus, note 34, p. 204.

53 Burtraw et Swift, ci-dessus, note 1, p. 10412-10413.

54 Tripp et Dudek, ci-dessus, note 48, p. 376-377.

55 42 U.S.C.A. § 7651b(b)(West 1998) (des allocations peuvent être transférées entre les propriétaires et les exploitants de sources de pollution assujetties au Titre IV).

56 Ci-dessus, note 22. Voir aussi 42 U.S.C.A. §§ 7651a(3)(West 1998) (une allocation donne au détenteur le droit d'émettre une tonne d'anhydride sulfureux dans l'atmosphère par année).

57 42 U.S.C.A. § 7651o(d)(2)(West 1998) (l'EPA doit mener des ventes aux enchères d'allocations tous les ans à compter de 1993).

reflète ce que le marché est prêt à supporter et que les allocations soient distribuées de façon équitable⁵⁸.

10. Des règles de base cohérentes dans toutes les compétences territoriales

Étant donné la portée éventuelle de l'échange des droits d'émission aux plans international, national et régional, on doit édicter des règles de base cohérentes et qui s'appliqueront dans toutes les compétences territoriales à l'égard de questions telles : (1) la création, la mise en réserve et l'échange d'allocations ou de crédits; et (2) la facilitation des échanges transfrontaliers, y compris les échanges provinciaux et internationaux⁵⁹. Il est indispensable de pouvoir s'appuyer sur des règles cohérentes pour éviter qu'une compétence territoriale ne soit amenée à sacrifier indûment soit la qualité environnementale ou le développement économique⁶⁰.

F. Usages des crédits ou allocations

La volonté des sociétés du secteur privé et d'autres intervenants de s'engager dans un système d'échange de droits d'émission dépend des fins auxquelles les allocations ou crédits qu'elles acquièrent pourront être

utilisées. Aux États-Unis, leurs usages éventuels comprennent la compensation visant à faciliter la création ou la modification de sources importantes⁶¹, la conformité à des normes exécutoires⁶², et des améliorations au plan de la qualité environnementale résultant de l'acquisition ou de l'abandon de crédits ou d'allocations⁶³.

III. Pouvoir constitutionnel d'adoption de lois mettant sur pied des programmes d'échange de droits d'émission au Canada

Dans des décisions récentes, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué comment on devrait aborder la question de la validité constitutionnelle d'un texte législatif en matière d'environnement. La Cour a statué que l'environnement ne constituait pas une question juridique discrète ou explicitement couverte par la Constitution canadienne, la Loi constitutionnelle de 1867⁶⁴. Selon la Cour, l'environnement constitue un sujet diffus qui chevauche plusieurs différents champs de responsabilité constitutionnelle, dont certains relèvent des compétences fédérales et d'autres des

58 « New Strategies for a New Market: The Electric Industry's Response to the Environmental Protection Agency's Sulphur Dioxide Emission Allowance Trading Program », 47 *Admin. L. Rev.* 469, 474-479 (1995) (examen des résultats des trois premières ventes aux enchères).

59 Menz, ci-dessus, note 42, p. 815-818 (l'auteur suggère que l'on crée une limite bilatérale pour le nord-est de l'Amérique du Nord et que le Canada et les États-Unis concluent un accord sur une zone d'échange de droits d'émission à l'égard des pluies acides). Voir aussi Jeffrey C. Fort et Cynthia A. Faur, « Can Emissions Trading Work Beyond a National Program: Some Practical Observations on the Available Tools », 18 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 463, 466-470 (1997) (l'auteur suggère d'instaurer un régime international de crédits et de réduction des émissions à l'égard des gaz à effet de serre).

60 Menz, ci-dessus, note 59, p. 818-819 (au plan national et bilatéral); et Naughton, ci-dessus, note 34, p. 204-205 (au plan sous-national).

61 Schroder et Johnson, ci-dessus, note 33, p. 72 (les sources importantes, nouvelles ou modifiées, situées dans des régions qui ne se conforment pas aux NAAQS peuvent obtenir des compensations pour des réductions d'émissions d'autres sources, afin de contrebalancer l'augmentation des émissions de la source nouvelle ou modifiée).

62 *Id.*, p. 73 (lorsque l'équipement de contrôle de la pollution acheté et approuvé dans le but d'atteindre la conformité avec des normes particulières ne peut satisfaire aux normes requises, on pourrait obtenir des crédits d'émission afin d'éviter de devoir renégocier le permis).

63 *Id.* (les groupes environnementaux pourraient acheter et retirer de circulation des allocations ou des crédits, dans le but d'améliorer la qualité de l'air d'une région).

64 R. c. Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R.

champs de compétence provinciale⁶⁵. En évaluant la validité constitutionnelle d'une disposition relative à l'environnement, la Cour commence par se pencher sur les fondements législatifs énumérés dans la Loi constitutionnelle de 1867, afin de voir si cette disposition tombe sous le coup de l'un ou de plus d'un des pouvoirs conférés au Parlement fédéral ou à l'assemblée législative provinciale qui a adopté la loi en question. Si la disposition relève de ce champ de compétence, alors elle est valide au plan constitutionnel⁶⁶. La validité d'une disposition législative, y compris les dispositions relatives à la protection de l'environnement, doit être mise à l'épreuve d'une comparaison avec les caractéristiques spécifiques de la rubrique de compétence en vertu de la Constitution qui, censément, la justifie. Tandis que la Cour s'est généralement montrée d'avis que la Constitution devrait être interprétée de façon à accorder aux deux ordres de gouvernement un pouvoir considérable pour protéger l'environnement, on doit respecter la structure d'ensemble de la Constitution, ce qui exige, entre autres, que l'on maintienne l'équilibre du fédéralisme canadien⁶⁷.

Lorsque l'on évalue les lois actuelles, ainsi que les projets de lois relatifs à l'échange de droits d'émission, on doit soigneusement tenir compte de cette approche d'ensemble adoptée par la Cour dans son examen de la validité constitutionnelle des lois, y compris les lois environnementales. Il est également important de se souvenir de certaines des caractéristiques communes de tels programmes d'échange de droits d'émission qui ont été décrits ci-dessus. Par exemple, l'échange de droits d'émission peut englober toute une gamme de sources de pollution (stationnaires, mobiles, non ponctuelles), de même qu'avoir une portée intraprovinciale, interprovinciale, voire internationale.

65 *Id.*

66 *Id.*

67 *Id.* p. 267, p. 288-289.

68 Loi constitutionnelle de 1867, article 91 (préambule).

69 *Id.*, article 91(27).

70 *Id.*, article 91(2).

71 *Id.*, article 91 (préambule).

Les programmes d'échange de droits d'émission peuvent également être très détaillés, revêtir un caractère réglementaire et administratif, ainsi qu'avoir une incidence sur les droits contractuels des parties, au lieu de se contenter d'imposer des sanctions d'ordre criminel pour défaut de conformité à des prohibitions légales. Chacune de ces caractéristiques et les caractéristiques connexes peuvent avoir des conséquences sur le type de lois que les deux ordres de gouvernement peuvent adopter, ainsi que sur les rubriques de compétence en vertu de la Constitution qu'ils pourront invoquer pour les justifier. On trouvera ci-dessous un bref aperçu des rubriques-clés des pouvoirs constitutionnels des ordres de gouvernement fédéral et provincial.

A. Le pouvoir fédéral

Au plan fédéral, on distingue essentiellement trois rubriques de pouvoir qui pourraient justifier l'adoption de lois régissant l'échange de droits d'émission : (1) le pouvoir de paix, d'ordre et de bon gouvernement⁶⁸; (2) le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel⁶⁹; et (3) le pouvoir de légiférer en matière de commerce⁷⁰.

1. Le pouvoir de paix, d'ordre et de bon gouvernement

La Constitution confère au Parlement du Canada le pouvoir « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces... »⁷¹. Le pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » (POBGC) est une compétence non attribuée dans ses rapports avec les rubriques de compétence des

gouvernements provinciaux. Cela signifie que seul le Parlement peut s'appuyer sur cette rubrique de compétence pour appuyer une loi fédérale si l'objet de cette loi se limite aux « matières ne tombant pas dans les catégories de sujets » assignés par la Constitution aux assemblées législatives provinciales⁷².

Une branche du pouvoir de légiférer pour la POBGC qui a été élaborée par la Cour suprême pour appuyer des lois fédérales, y compris certaines lois en matière d'environnement, est la doctrine ou le test de l'intérêt national. Voici comment la Cour a caractérisé cette doctrine :

1. La doctrine de l'intérêt national s'applique tant aux nouvelles questions qui ne se posaient pas au moment de la Confédération qu'aux questions qui, même si, à l'origine, elles revêtaient un caractère local ou privé dans la province, sont depuis, en l'absence d'une urgence nationale, devenues des questions d'intérêt national;
2. Pour qu'une question puisse être considérée comme une question d'intérêt national, elle doit présenter une exclusivité, un particularisme et une indivisibilité qui la distinguent clairement des questions d'intérêt provincial, ainsi qu'une portée d'incidence sur le champ de compétence provinciale que l'on puisse réconcilier avec la répartition fondamentale des pouvoirs législatifs en vertu de la Constitution;
3. Lorsque l'on doit décider si une question a atteint le degré requis d'exclusivité, de particularisme et d'indivisibilité qui la distingue clairement des

questions d'intérêt provincial, il convient de s'interroger sur ce que serait l'effet sur des intérêts extraprovinciaux de tout échec d'une tentative de traiter efficacement du contrôle ou de la réglementation des dimensions intraprovinciales de cette question⁷³.

Lorsqu'une loi fédérale satisfait à ces critères, comme c'était le cas de la loi réglementant la pollution marine dans la cause *R. c. Crown Zellerbach*, la Cour peut décider de la confirmer⁷⁴. Cependant, parce que le pouvoir de légiférer pour la POBGC est un pouvoir non attribué, réservé au Parlement en vertu de la Constitution lorsqu'une question n'entre pas dans l'une des classes de sujets assignés par la Constitution aux assemblées législatives fédérale ou provinciales, les questions traitées par la loi fédérale confirmée en vertu de ce pouvoir tombe sous le coup du « pouvoir législatif exclusif du Parlement »⁷⁵. De fait, une fois qu'une question est caractérisée comme une question d'intérêt national, « le Parlement a la compétence exclusive... de légiférer à l'égard de cette question, y compris ses aspects intraprovinciaux »⁷⁶. En conséquence, la décision prise par la Cour de confirmer une loi fédérale en invoquant la doctrine de l'intérêt national en vertu du pouvoir de légiférer pour la POBGC signifie que le domaine en jeu ne constitue pas un champ de compétence concurrent et qu'il n'existe aucun pouvoir constitutionnel qui permettrait aux provinces d'adopter des lois à l'égard du même objet. Comme l'a indiqué la Cour, « la décision prise à l'effet qu'une question particulière est une question d'intérêt national entraîne pour conséquence que cette question tombe dans le champ de compétence exclusif

72 Peter W. Hogg, « Constitutional Law of Canada 443-444, 446 » (4^e édition, 1997) (la raison d'être du pouvoir de légiférer pour la POBGC est de traiter de questions qui ne tombent sous aucune des rubriques de compétence énumérées comme celles du gouvernement fédéral ou des gouvernements des provinces).

73 *R. c. Crown Zellerbach Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, 432.

74 *Id.* p. 436-438. Une entreprise d'exploitation forestière accusée d'avoir enfreint l'article de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer* qui interdit à toute personne de déverser des déchets en mer, sauf lorsqu'elle se conforme aux conditions d'un permis. La mer est définie comme englobant les eaux internes du Canada en dehors des eaux douces. Il n'y a aucune preuve que le déversement de déchets avait eu un effet sur la vie marine, bien que la zone de déversement communique avec l'Océan Pacifique. La validité constitutionnelle de la Loi a été confirmée en vertu de la POBGC à l'égard de la protection des océans de la pollution marine. *Id.*, p. 407, p. 414-415, 436-438.

75 *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 288 (on note que la Cour avait statué dans *Crown Zellerbach* que la pollution marine relevait exclusivement du pouvoir législatif du Parlement fédéral en vertu de la POBGC).

76 *Crown Zellerbach*, 1 S.C.R., p. 433.

et prépondérant du Parlement et qu'elle a une incidence évidente sur l'équilibre du fédéralisme canadien »⁷⁷. La Cour remarque en outre que la question de la protection de l'environnement en est une dont les ramifications sont multiples et que si l'on accepte qu'elle tombe à l'intérieur du domaine de législation général du Parlement en vertu de la doctrine de l'intérêt national, ceci « pourrait radicalement altérer la répartition des pouvoirs législatifs au Canada »⁷⁸.

Dans d'autres cas où la Cour a été invitée à interpréter des lois fédérales en matière d'environnement, elle a statué que la Constitution devrait être interprétée de façon à accorder aux deux ordres de gouvernement de larges moyens pour protéger l'environnement, tout en préservant la structure d'ensemble de la Constitution canadienne⁷⁹. En conséquence, il est peu probable que la Cour « embrasse avec enthousiasme » l'adoption de la doctrine de l'intérêt national comme fondement de justification des lois fédérales en la matière⁸⁰, parce que, par définition, la Cour éliminerait alors toute possibilité que ce domaine fasse l'objet de lois provinciales concurrentes. De fait, le jugement minoritaire de quatre juges rendu dans la cause d'*Hydro-Québec* n'aurait pas confirmé la loi fédérale visant à réglementer les substances toxiques en invoquant le pouvoir de POBGC et à cause du risque qu'une telle loi « n'empiète largement sur plusieurs rubriques définissant les pouvoirs provinciaux »⁸¹. De plus, la majorité des juges dans la même cause s'est refusée à considérer le pouvoir de légiférer pour la POBGC comme un fondement de confirmation de la loi fédérale relative aux substances toxiques⁸² et ce bien

que le préambule de cette loi fasse référence aux problèmes posés par les substances toxiques, qui seraient devenus une question d'intérêt national⁸³.

L'approche adoptée par la Cour à l'égard de l'invocation de la doctrine de l'intérêt public comme fondement de la confirmation des lois fédérales en matière d'environnement a des conséquences importantes sur toute loi éventuelle qui viserait à réglementer l'échange de droits d'émission. Étant donné les caractéristiques probables d'une loi fédérale sur l'échange de droits d'émission — par exemple, l'échange interprovincial et international de droits d'émission de certains polluants à partir de sources de pollution aux retombées interprovinciales et internationales — on pourrait soutenir qu'une telle loi pourrait être confirmée par l'invocation de la doctrine de l'intérêt national. Cependant, une telle façon de procéder aurait une incidence profonde sur la capacité des provinces d'adopter des lois similaires, parce qu'une loi fédérale réglementant les échanges de droit d'émission qui serait justifiée en vertu de la doctrine de l'intérêt national pourrait également réglementer de façon exclusive les aspects intraprovinciaux de la même question. Des jugements récents de la Cour suprême suggèrent que cette dernière serait très réticente à invoquer la doctrine de l'intérêt national pour confirmer des lois fédérales en matière d'échange de droits d'émission, à cause, précisément, de l'incidence éventuelle de telles lois sur les pouvoirs provinciaux dans le même domaine. En conséquence, on devrait songer à invoquer d'autres rubriques de compétence fédérale qui permettraient à des lois fédérales et provinciales concurrentes de fonctionner de concert.

77 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R., p. 288.

78 *Id.*

79 *Friends of the Oldman River c. le Canada* (ministre des Transports et ministre des Pêches et Océans), [1992] 1 S.C.R. 3, p. 62-65.

80 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R., p. 288.

81 *Id.*, p. 263 (Lamer et Iacobucci JJ., dissidents; Sopinka et Major JJ., concordants).

82 *Id.*, p. 318.

83 *La Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE), L.R.C. 1985, c. 16 (4^e suppl.) (le préambule note que la présence de substances toxiques dans l'environnement constitue une question d'intérêt national).

2. Le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel

La Constitution confère au Parlement le droit de légiférer en matière de droit criminel⁸⁴. La Cour suprême soutient depuis longtemps que, pour être considérée comme valide en vertu du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, une loi fédérale doit satisfaire à deux exigences. Premièrement, elle doit avoir un objet ou un objectif de droit criminel valide. Deuxièmement, elle doit aborder cet objet au moyen de prohibitions appuyées de sanctions d'ordre pénal⁸⁵. Dans la cause de *Hydro-Québec*, tant la majorité que les dissidents se sont entendus sur le fait que le contrôle des substances toxiques en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE) satisfaisait au premier critère, mais ils ne se sont pas entendus sur le fait qu'il satisfaisait ou non au deuxième critère⁸⁶. Ce désaccord aura des conséquences importantes sur tout amendement futur à la LCPE qui viserait à mettre sur pied un programme d'échange de droits d'émission, en particulier en ce qui a trait aux émissions de « substances non toxiques »⁸⁷.

a. Objectif public légitime

Les jugements de la Cour suprême en matière de droit criminel indiquent que le Parlement peut décider des maux contre lesquels il veut lutter par des prohibitions pénales et des intérêts menacés qu'il souhaite protéger, pourvu qu'il n'envahisse pas les champs de compétence provinciale exclusive⁸⁸. Cependant, un objectif public légitime doit sous-tendre ces prohibitions. La Cour a déjà donné plusieurs exemples d'objectifs publics légitimes dans le cas de lois qui s'appuyaient sur le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, y compris des considérations de paix publique, de sécurité publique, de santé publique et de moralité publique, tout en précisant que cette liste n'était pas exhaustive⁸⁹. Dans la cause de *Hydro-Québec*, la Cour a statué que la protection de l'environnement constituait également un objectif public suffisant pour appuyer une prohibition relevant du droit criminel : « La pollution est un “ mal ” contre lequel le Parlement peut légitimement s'efforcer de lutter... un objectif public d'une importance extraordinaire et qui constitue l'un des grands défis de notre époque »⁹⁰. En particulier, la majorité a estimé que le Parlement pouvait valablement imposer des prohibitions à l'égard d'actes précis en invoquant son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel aux fins d'empêcher la pollution ou d'entraîner l'émission dans l'environnement de certaines substances toxiques⁹¹.

84 Loi constitutionnelle de 1867, article 91(27).

85 *RJR-MacDonald Inc. c. le Canada* (procureur général), [1995] 3 S.C.R. 199, 240.

86 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R., p. 248 (Lamer et Iacobucci JJ., dissidents; Sopinka et Major JJ., concordants) (la protection de l'environnement constitue un objectif public légitime de droit criminel); 293, 297 (LaForest parlant pour la majorité) (la protection de l'environnement constitue un objectif public valide de droit criminel qui suffit à appuyer une prohibition au criminel). Le fondement législatif habilitant en vertu de la LCPE à l'égard du contrôle des substances toxiques et le décret provisoire émis en vertu de ce fondement législatif à l'égard du contrôle des PCB confirmés en vertu du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. *Id.*, p. 318 (LaForest parlant pour la majorité).

87 Voir le projet de loi C-32, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1998 (LCPE 1998), 36^e Parlement, 1^{ère} session, 46-47 Elizabeth II 1997-98, s. 326 (première lecture, le 12 mars 1998, Chambre des communes) fondement législatif proposé à l'égard de l'échange de droits d'émission pour les substances nutritives, les carburants, la pollution de l'air et de l'eau de portée internationale, la pollution émanant des activités gouvernementales sur les terres fédérales et autochtones, de même que les substances toxiques). Une version antérieure de la LCPE 1998 avait été déposée à la fin de 1996, mais elle était morte au feuilletton à la dernière session du Parlement à cause de la tenue des élections fédérales en juin 1997. Voir le projet de loi C-74, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1997, 35^e Parlement, 2^e session, 45 Elizabeth II (première lecture, le 10 décembre 1996, Chambre des communes).

88 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R. 290-291.

89 Renvoi à l'égard de la validité de l'article 5(a) de la *Loi sur l'industrie laitière* (Canada) (la cause de la margarine), [1949] S.C.R. 1, 50 aff'd sub nom. *Canadian Federation of Agriculture c. la province de Québec* (procureur général), [1951] A.C. 179 (C.P.).

90 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R. 293.

91 *Id.*, p. 296.

b. Prohibitions renforcées de sanctions ou d'un régime réglementaire

Le débat sur la question de savoir si le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel peut justifier la mise sur pied d'un régime réglementaire perfectionné et si la LCPE constitue un tel régime se trouve au coeur même du différend entre la majorité et les dissidents dans la cause de *Hydro-Québec*. La majorité a caractérisé la deuxième partie de la LCPE comme un régime visant à contrôler les substances toxiques qui peuvent être émises dans l'environnement dans certaines circonstances assujetties à des restrictions et qui le fait par une série de prohibitions assorties de sanctions pénales. Dans cette partie de la Loi, l'intention du législateur n'est pas de contrôler toutes les substances, mais seulement le petit nombre de substances qui constituent un danger pour l'environnement, tout en reconnaissant un vaste rayon d'action aux provinces. Un petit nombre de substances sont soigneusement ciblées, la Loi définit précisément les situations où l'usage des substances énumérées est prohibée et les prohibitions sont assorties de conséquences d'ordre pénal⁹².

Les quatre dissidents dans la cause de *Hydro-Québec* ont énoncé cinq raisons principales pour conclure que la LCPE ne constitue pas une loi valide en droit criminel. Premièrement, une liste longue et détaillée des fondements législatifs invoqués pour réglementer les substances visées par la Loi suggère que la LCPE revêt davantage un caractère réglementaire que de législation de droit criminel⁹³. Deuxièmement, à la différence d'autres lois fédérales qui ont été confirmées en invoquant le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, les articles de la deuxième partie de la LCPE qui faisaient l'objet de la contestation judiciaire ne contiennent aucune prohibition, ce qui, une fois encore, suggère que l'on a affaire à un régime

réglementaire, plutôt qu'à un régime de prohibition⁹⁴. Troisièmement, tandis qu'une disposition de droit criminel prend ordinairement la forme d'une prohibition à laquelle la personne à laquelle elle s'adresse doit se conformer directement, la LCPE ne fait état d'aucune infraction jusqu'au moment où une agence administrative intervient pour décider quelles substances figureront sur une liste de substances toxiques, ainsi que pour définir la norme de conduite à laquelle on attend que les gens se conforment à l'égard de telles substances. Cela a pour effet de laisser la criminalisation de toute une gamme de comportements à la discrétion du ministre⁹⁵. Quatrièmement, les dispositions d'équivalence de la LCPE permettent au gouvernement fédéral d'exempter une province des règlements adoptés en vertu de la LPCE si cette province a déjà mis en vigueur des règlements « équivalents ». Parce que les provinces ne jouissent pas du pouvoir constitutionnel de légiférer en matière de droit criminel et que le gouvernement fédéral ne peut leur déléguer ce pouvoir, toute disposition en matière d'environnement adoptée par les provinces doit revêtir un caractère réglementaire. En conséquence, le fait de s'en remettre à des schèmes réglementaires provinciaux parce qu'ils « équivaudraient » à des règlements fédéraux en matière d'environnement édictés en vertu de la LCPE donne lieu à une forte présomption à l'effet que les règlements fédéraux revêtent eux-mêmes un caractère réglementaire et non criminel⁹⁶. Cinquièmement, les dispositions d'habilitation de la LCPE prétendent conférer un pouvoir réglementaire relatif à tous les aspects de toute substance dont l'émission dans l'environnement a eu ou pourrait avoir un effet immédiat ou à long terme sur l'environnement. Selon la minorité dissidente, il ne reste rien à faire aux provinces si le gouvernement fédéral peut ainsi exercer un contrôle aussi total sur l'émission des substances toxiques⁹⁷.

92 *Id.*, p. 302-309.

93 *Id.*, p. 250 (Lamer et Iacobucci JJ, dissidents; Sopinka et Major JJ, concordants).

94 *Id.*, p. 250-253 (renvoi à L.R.C. 1985, c. 16 (4^e suppl.), article 34 — pouvoir de faire des règlements — et article 35 — urgences).

95 *Id.*, p. 253-254.

96 *Id.*, p. 254-255.

97 *Id.*, p. 255-256.

c. Conséquences de la décision dans la cause de Hydro-Québec sur une loi régissant l'échange des droits d'émission

Même si le point de vue des dissidents n'a pas finalement prévalu, le vote a été très serré (5 contre 4) et, en attendant que des amendements importants soit apportés à la LCPE, il est important de considérer la nature et la portée de l'engagement à venir du gouvernement fédéral à l'égard de l'échange de droits d'émission. Une loi environnementale solide doit consister en une combinaison de droit criminel et de droit administratif. Il ne suffit pas simplement d'édicter des prohibitions et d'imposer des pénalités. Souvent, il s'agit de gérer l'environnement au moyen de règles, de normes, de codes et de directives détaillés et perfectionnés. Dans le cas de substances qui pourraient faire l'objet d'échange de droits d'émission, telles les substances associées aux pluies acides, il ne s'agit pas non plus de se contenter de contrôler des substances toxiques.

Le contrôle environnemental efficace des pluies acides pourrait aussi ne plus consister uniquement en un système de réglementation directe. Le gouvernement fédéral a manifesté de l'intérêt pour l'échange de droits d'émission. Étant donné les caractéristiques administratives complexes d'un régime efficace d'échange de droits d'émission⁹⁸ et le besoin probable d'échanger des droits d'émission de « substances non toxiques », il serait très difficile de justifier un tel programme à l'intérieur du domaine traditionnellement étroit du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, c'est-à-dire d'un régime de réglementation directe⁹⁹. De l'humble avis de l'auteur

du présent document, on devrait songer à invoquer d'autres rubriques de compétence en vertu de la Constitution pour justifier toute intervention fédérale importante dans ce domaine qui ne se limiterait pas à des prohibitions étroites et qui permettrait aux provinces de jouer un rôle concurrent et compatible avec celui du fédéral. On en trouvera un aperçu ci-dessous.

3. Le pouvoir de légiférer en matière de commerce

La Constitution confère au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer en matière de réglementation du commerce¹⁰⁰. En dépit de la terminologie qui semblerait autoriser une interprétation large, le pouvoir de légiférer en matière de commerce a traditionnellement été interprété en un sens étroit par le Conseil privé de Londres, afin de faire place au pouvoir exercé par les provinces sur « les droits de propriété et les droits civils »¹⁰¹. Depuis l'abolition des appels au Conseil privé de Londres, la Cour suprême du Canada a permis au gouvernement fédéral d'étendre quelque peu son pouvoir de légiférer en matière de commerce¹⁰², mais, jusqu'à maintenant, la Cour n'a guère invoqué, ni même souvent mentionné, le pouvoir de légiférer en matière de commerce pour confirmer des lois fédérales relatives à l'environnement.

L'interprétation traditionnelle du pouvoir de légiférer en matière de commerce veut qu'il embrasse la réglementation : (1) du commerce interprovincial et international, et (2) du commerce en général, lorsqu'il a une incidence sur l'ensemble du pays¹⁰³. L'échange des droits d'émission, en instaurant des approches

98 Voir ci-dessus, partie II.

99 Voir Joseph F. Castrilli, « R. c. Hydro-Québec: The Criminal Law Power May Hinder the Future of Federal Protection of the Environment », 9 *Crim. Rep.* (5e) 312, 317-319 (1997).

100 Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).

101 *Id.*, article 92(13). Voir Hogg, ci-dessus, note 72, p. 530 (l'auteur note que le commerce est mené au moyen de contrats qui donnent lieu à des droits civils en matière de propriété et il renvoie à la décision rendue dans la cause *Citizens' Insurance Co. c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, 113 (C.P.), où l'on a statué que le pouvoir de légiférer en matière de commerce ne devrait pas être considéré comme comprenant le pouvoir de réglementer par voie législative les contrats d'une entreprise particulière ou d'un commerce particulier à l'intérieur d'une seule et même province).

102 HOGG, ci-dessus, note 72, p. 533-534.

103 *Id.*, p. 530 (l'auteur note que ces deux branches du pouvoir de légiférer en matière de commerce ont été dégagées depuis *Parsons*).

économiques et axées sur le marché de la protection de l'environnement, pourrait représenter une première occasion de mettre à l'épreuve la portée du pouvoir de légiférer en matière de commerce dans ses relations avec le droit environnemental, peu importe l'approche adoptée.

a. Le commerce et les échanges interprovinciaux et internationaux

Depuis l'abolition des appels au Conseil privé de Londres, la Cour suprême du Canada s'est montrée davantage disposée à confirmer des lois fédérales réglementant le commerce interprovincial, de même que les aspects ancillaires interprovinciaux du commerce de produits tels le blé¹⁰⁴ et le pétrole¹⁰⁵, et adoptées en vertu du pouvoir de légiférer en matière de commerce. Même si cette disposition ne s'est pas, jusqu'à maintenant, étendue aux lois relatives à l'environnement, les caractéristiques de certaines des lois qui ont été confirmées ressemblent quelque peu au type de régime envisagé dans une formule d'échange de droits d'émission.

Dans la décision relative à la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*¹⁰⁶, les gouvernements fédéral et provinciaux ont conclu un accord en vertu duquel les parties s'entendaient pour mettre sur pied un système complet de mise en marché des oeufs. La Cour suprême a confirmé les lois fédérales et provinciales relatives à la mise en marché des oeufs lorsqu'elles présentaient les caractéristiques suivantes.

Le programme comprenait des plans de mise en marché des oeufs établissant des contingents d'exportation et de commerce interprovincial et intraprovincial. Une agence fédérale a été mise sur pied et elle a fixé des contingents globaux pour chaque province. L'agence fédérale pouvait imposer des taxes ou des frais sur la mise en marché des oeufs par les producteurs d'oeufs et ces sommes étaient perçues par des commissions locales agissant pour le compte de l'agence. Chaque province imposait des contingents de production à ses producteurs individuels à partir du contingent accordé à la province et établi par l'agence fédérale. On interdisait également aux producteurs d'exploiter leur entreprise en dehors du régime de contingents. Deux jugements de la Cour suprême ont confirmé les règles provinciales et fédérales d'établissement de contingents de production, en invoquant le motif selon lequel « tandis que le contrôle de la production, qu'elle soit agricole ou industrielle, est, prima facie, une question locale de compétence provinciale »¹⁰⁷, « rien n'empêche le Parlement d'allouer des contingents à l'ensemble d'une industrie si cela intéresse le contrôle réglementaire qu'il exerce sur le commerce interprovincial et le commerce d'exportation »¹⁰⁸. La décision confirmait également les taxes fédérales, pourvu qu'elles ne s'appliquent qu'au commerce interprovincial et au commerce d'exportation¹⁰⁹. Bien que certains aspects du plan fédéral n'aient pas été confirmés¹¹⁰, dans l'ensemble, le jugement a eu pour effet d'étendre le pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce¹¹¹.

104 R. c. Klassen (1959), 20 D.L.R. (2e) (C.A. du Manitoba), *permission d'en appeler refusée*, [1959] S.C.R. ix (la législation fédérale réglementant le commerce interprovincial et le commerce d'exportation du blé peut s'appliquer de façon valide à des travaux purement locaux — un moulin local producteur de moulure traitant du blé cultivé dans la région et vendu à des agriculteurs locaux sous forme de moulure — à titre de réglementation de telles transactions interprovinciales accessoires au principal objectif de la loi).

105 Caloil c. A.G. Can., [1971] S.C.R. 543 (interdiction fédérale du transport ou de la vente de pétrole importé à l'ouest de l'Outaouais, qui s'est appliquée à plusieurs transactions intraprovinciales, confirmée comme accessoire à l'administration de régimes extraprovinciaux de mise en marché conçus pour contrôler les importations).

106 Décision relative à la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

107 *Id.*, p. 1293 (Pigeon, J.).

108 *Id.*, p. 1265 (Laskin, C.J.).

109 *Id.*, p. 1263 (Laskin, C.J.).

110 *Id.*, p. 1292 (Pigeon, J., statuant pour la majorité que l'agence fédérale ne pouvait être habilitée à acheter et vendre des oeufs excédentaires sur le marché local).

111 HOGG, ci-dessus, note 72, p. 535-536 (l'auteur note que cette cause a permis au pouvoir fédéral de s'étendre considérablement sur les marchés locaux, mais que sa valeur à titre de précédent peut être limitée du fait des circonstances inhabituelles).

On peut établir des parallèles entre les plans légaux confirmés par le jugement relatif à la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* et des plans fédéraux et provinciaux éventuels d'échange de droits d'émission, surtout en ce qui a trait à l'établissement de contingents nationaux de production d'un produit particulier dans chaque province. On pourrait établir une analogie avec un régime national d'imposition de limites et d'échange de droits d'émission de polluants particuliers.

Même si des jugements ultérieurs de la Cour suprême ont continué à rejeter l'idée selon laquelle on pourrait se fonder sur le premier aspect du pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce — soit le commerce interprovincial et international — pour appuyer des lois fédérales qui prétendent réglementer le commerce local ou intraprovincial¹¹² ou qui établissent les normes de composition d'un produit sans égard au fait que le produit traverserait des frontières provinciales¹¹³, des jugements rendus dans des causes récentes ont commencé à modifier ce point de vue en ce qui a trait au pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce en général.

b. Le commerce en général

En vertu de la deuxième branche du pouvoir de légiférer en matière de commerce, selon l'interprétation de la Cour, le Parlement peut promulguer des lois relatives au commerce en général lorsqu'il a une incidence sur l'ensemble du pays¹¹⁴. Cependant, jusqu'à récemment, la Cour suprême, dans la tradition établie par les décisions du Conseil privé de

Londres, s'était montrée réticente à donner beaucoup d'ampleur à cette branche du pouvoir de légiférer, parce qu'elle s'inquiétait du risque d'empiètement sur les champs de compétence provinciale en matière de droits de propriété et de droits civils¹¹⁵. Dans le jugement rendu dans la cause *General Motors c. City National Leasing*¹¹⁶, la Cour a assoupli cette façon de voir, lorsqu'une majorité de ses membres a confirmé la loi fédérale sur la concurrence et, ce faisant, a défini cinq indices de l'exercice valable par le Parlement de son pouvoir de légiférer en matière de commerce. Premièrement, la loi doit s'inscrire dans un plan réglementaire général. Deuxièmement, ce plan doit être contrôlé par la supervision continue d'une agence réglementaire. Troisièmement, la loi doit porter sur le commerce dans son ensemble, plutôt que sur une industrie en particulier. Quatrièmement, la loi doit être de telle nature que les provinces prises ensemble ou séparément ne pourraient l'adopter en vertu de la Constitution. Cinquièmement, l'incapacité d'inclure une ou plus d'une province ou localité compromettrait la réussite du fonctionnement du plan dans d'autres régions au pays¹¹⁷.

La mise en application de la deuxième branche du pouvoir de légiférer en matière de commerce aurait pour effet de permettre au gouvernement fédéral de réglementer le commerce intraprovincial, soit un effet que la première branche, pour la plus grande part, n'a pas permis de produire¹¹⁸. Du fait du jugement rendu dans la cause de *General Motors*, le Parlement fédéral et les provinces ont le pouvoir constitutionnel de réglementer les dimensions intraprovinciales de la

112 *Dominion Stores c. La Reine*, [1980] 1 S.C.R. 844 (la loi fédérale établissant les qualités et les normes de qualité agricole des produits déclarée tentative inconstitutionnelle de réglementer le commerce local).

113 *Les Brasseries Labatt c. A.G. Can.*, [1980] 1 S.C.R. 914, 939, 943 (la loi fédérale établissant des normes de composition de la bière déclarée inconstitutionnelle en vertu du pouvoir de légiférer en matière de commerce, parce qu'elle portait principalement sur la production et la vente de produits spécifiés de l'industrie de la brasserie).

114 *Citizens' Insurance Co. c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, 113 (C.P.).

115 HOGG, ci-dessus, note 72, p. 538. Voir aussi A. Wayne MacKay et Dianne Pothier, « Developments in Constitutional Law: The 1988-89 Term 1 » *Supreme Court L. Rev.* (2e) 121, 123-124 (1990); et Neil Finklestein, « Case Note on *General Motors of Canada c. City National Leasing* », 68 *Can. B. Rev.* 802, 805-806 (1989).

116 *General Motors of Canada Limited v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R., 641.

117 *Id.*, p. 661-662.

118 Hogg, ci-dessus, note 72, p. 543.

concurrence¹¹⁹. De fait, la Cour a noté que non seulement la concurrence satisfaisait au troisième des indices susmentionnés, mais qu'il en était de même de la pollution¹²⁰.

Dans la mesure où la Cour s'est penchée sur le pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce dans ses rapports avec la pollution, les résultats de son examen se sont avérés peu concluants. Dans le jugement rendu dans la cause de *Hydro-Québec*, la majorité n'a pas précisé si la réglementation de substances toxiques en vertu de la deuxième partie de la LCPE pouvait s'appuyer sur le pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce. Cependant, la minorité dissidente a rejeté les arguments de certains intervenants qui soutenaient que, en s'appuyant sur le jugement rendu dans la cause de *General Motors*, on pourrait invoquer la branche de ce pouvoir intéressant le commerce en général pour justifier des règlements fédéraux visant à contrôler l'usage et l'émission de substances toxiques dans le cadre d'activités commerciales¹²¹. Les juges dissidents ont rejeté ces arguments en partie parce que, à leur avis, la LCPE dans sa substance même ne traite pas du commerce, et ce même si ses dispositions visant au contrôle des substances toxiques peuvent avoir une incidence sur le commerce et les échanges¹²².

On suggère que la remarque des dissidents dans le jugement rendu dans la cause de *Hydro-Québec* est erronée à deux égards. Premièrement, la pollution revêt une dimension économique importante dans son incidence sur le commerce. La société A ne sera guère incitée à faire le nettoyage de ses opérations dans une province si la société B établie dans une autre province

peut continuer à polluer et ainsi acquérir un avantage concurrentiel par rapport à la société A. En s'abstenant de réagir par l'adoption de lois efficaces ou en imposant des normes environnementales moins exigeantes, les provinces pourraient subventionner leurs entreprises actuelles ou en attirer de nouvelles, créant ainsi des déséquilibres concurrentiels et commerciaux partout à travers le pays¹²³. Ces déséquilibres sont souvent décrits comme des « refuges de pollution »¹²⁴. De plus, parce que, souvent, la pollution de l'air et de l'eau ne respecte pas les frontières provinciales, même si une province devait procéder à un nettoyage, si les provinces voisines ne l'ont pas fait, la première province continuerait de devoir vivre avec la pollution provenant des autres compétences territoriales¹²⁵. Tous ces facteurs témoignent du besoin, pour le gouvernement fédéral, d'assumer des responsabilités pour s'attaquer aux aspects économiques et commerciaux du problème de la pollution dans toute la mesure de son pouvoir de légiférer en matière de commerce.

Deuxièmement, même si, comme l'opinion dissidente a l'air de le suggérer, la réglementation environnementale traditionnelle n'intéresse pas directement le commerce parce qu'elle limite le commerce pour des raisons qui ne sont pas elles-mêmes d'ordre commercial¹²⁶, l'échange de droits d'émission constitue un autre type de régime. L'échange de droits d'émission adopte une approche économique ou d'économie de marché de la pollution environnementale en transformant, par exemple, un crédit ou une allocation de réduction de la pollution

119 *General Motors*, 1 S.C.R., p. 682.

120 *Id.* (la pollution ne constitue pas une question unique).

121 *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, 264-265.

122 *Id.*, p. 265-266.

123 Paul Emond, « The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution », 10 *Osgoode Hall L.J.* 647, 648-649 (1972).

124 Edward A. Fitzgerald, « The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act », 30 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 55, 93 (1996).

125 Martin Mittelstaedt, « Quebeckers Rap Hydro Over Power Plant's Emission Plans », *Globe & Mail* (Toronto) 27 février 1998, p. A6 (l'auteur note que le plan d'Ontario Hydro de ne pas installer des contrôles de pollution de l'air à jour dans ses centrales alimentées aux carburants fossiles pourrait se traduire par une augmentation d'oxyde d'azote au Québec. L'oxyde d'azote est une composante importante des pluies acides, du smog et de la présence de particules en suspension dans l'air).

126 *Hydro-Québec*, 3 S.C.R., p. 265.

ou des émissions en un objet d'échange, c'est-à-dire en un produit qui revêt une valeur économique pour l'industrie. Mesuré à cette aune, l'échange de droits d'émission ne diffère en rien d'un régime réglementaire de mise en marché des oeufs, du blé ou du pétrole.

Ainsi donc, en dépit des remarques des dissidents dans le jugement rendu dans la cause de *Hydro-Québec*, on suggère qu'une loi fédérale instaurant l'échange de droits d'émission satisferait aux cinq indices de l'exercice valide du pouvoir de légiférer en matière de commerce en général énoncés dans le jugement rendu dans la cause de *General Motors*. Premièrement, elle exigerait la mise sur pied d'un régime réglementaire général afin de mettre en oeuvre ce qui semblerait être les composantes détaillées et caractéristiques nécessaires des échanges de droits d'émission. Deuxièmement, le régime réglementaire nécessiterait une supervision et un contrôle constants de la part de l'agence réglementaire. Troisièmement, la loi sur l'échange de droits d'émission porterait sur l'échange en général, quoiqu'il s'agirait d'échange de crédits ou d'allocations de réduction d'émissions de certains polluants, plutôt que des échanges propres à une industrie en particulier. Quatrièmement, la loi serait de telle nature que les provinces, agissant de concert ou séparément, ne pourraient, en vertu de la Constitution, adopter une telle loi. Cinquièmement, l'incapacité d'inclure une ou plus d'une province ou localité dans un régime d'échange de droits d'émission compromettrait le fonctionnement réussi de l'échange de droits d'émission dans d'autres régions du pays. Enfin, le recours au pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce pour justifier une loi fédérale sur l'échange de droits d'émission ne présenterait aucun

des désavantages susmentionnés liés à l'invocation du pouvoir de légiférer pour la POBGC¹²⁷ ou au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel¹²⁸, permettrait d'adopter une approche plus large et plus flexible et permettrait qu'une loi provinciale concurrente et compatible puisse s'appliquer à l'intérieur du territoire d'une province.

B. Le pouvoir provincial

La Constitution énumère également plusieurs rubriques de compétence provinciale. La rubrique-clé qui sous-tend le pouvoir législatif provincial, y compris le pouvoir de légiférer en matière d'environnement, a trait aux « droits de propriété et droits civils dans la province »¹²⁹.

1. Droits de propriété et droits civils

La Constitution confère aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de légiférer en matière de « propriété et de droits civils dans la province »¹³⁰. Ce pouvoir est considéré comme la plus importante rubrique de compétence provinciale¹³¹, et constituerait le principal fondement constitutionnel de toute loi relative à l'échange de droits d'émission. Dans le contexte de l'environnement, le pouvoir provincial de légiférer en matière de propriété et de droits civils autorise les gouvernements provinciaux à réglementer l'utilisation du territoire et la plupart des aspects des secteurs minier et manufacturier et d'autres activités industrielles, y compris la réglementation des émissions qui pourraient polluer l'environnement¹³². Le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils a été invoqué pour confirmer la

127 Voir ci-dessus, partie III.A.1 (exclusion de toute loi provinciale).

128 Voir ci-dessus, partie III.A.2 (restriction de la loi fédérale à un régime de prohibition et de pénalités).

129 Loi constitutionnelle de 1867, article 92(13).

130 *Id.*

131 Hogg, ci-dessus, note 72, p. 546.

132 *Id.*, p. 738.

constitutionnalité de la plupart des lois provinciales en matière d'environnement¹³³.

Cependant, les lois environnementales provinciales ne peuvent s'appliquer en dehors du territoire de la province. Les lois provinciales traitant des incidences de la pollution n'ont d'effet de contrôle qu'à l'intérieur des limites territoriales de la province qui les a adoptées. Cependant, les dommages environnementaux qui sont infligés par des actes accomplis en dehors du territoire d'une province ne relèvent pas du pouvoir législatif de la province qui les subit. Ainsi, la loi d'une province A qui, par ailleurs, est valide au plan constitutionnel dans la mesure où elle s'applique à l'intérieur de cette province, ne peut s'appliquer à des activités menées dans la province B, et ce même si les activités menées dans la province B infligent des dommages environnementaux à l'intérieur de la province A¹³⁴.

Les lois provinciales permettant l'imposition de contrôles à la mise en marché de divers produits tels le lait ou le pétrole présentent une analogie frappante avec une loi éventuelle en matière d'échange de droits d'émission. La Cour suprême du Canada a confirmé la validité constitutionnelle de contrôles provinciaux de mise en marché de tels produits qui visaient avant tout

le commerce intraprovincial, même lorsqu'ils avaient un effet accessoire sur des produits d'autres provinces¹³⁵. Ainsi, dans le contexte d'une loi éventuelle en matière d'échange de droits d'émission, une province pourrait approuver des échanges intraprovinciaux qui n'auraient qu'un effet interprovincial accessoire en matière de pollution ou de commerce. Cependant, la Cour suprême a également cassé des lois provinciales de mise en marché lorsqu'elle pouvait conclure que la loi provinciale n'avait pas seulement un effet accessoire sur le commerce interprovincial, mais qu'elle visait à la réglementation de ce commerce¹³⁶.

Dans le contexte de l'échange de droits d'émission, qui entraîne souvent l'échange interprovincial de même qu'international de crédits ou d'allocations d'émission, il est douteux que les provinces aient le pouvoir de s'attaquer efficacement à toute une gamme de questions extraprovinciales. Par exemple, si une société établie en Nouvelle-Écosse se surconformait à la loi néo-écossaise en matière d'émissions d'anhydride sulfureux et convenait, conformément aux lois de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario, de vendre ses crédits et allocations d'émission à une société établie en Ontario, cet échange aurait pour effet d'augmenter les émissions d'anhydride sulfureux de l'Ontario qui

133 *R. c. Lake Ontario Cement Ltd.*, [1973] 2 O.R. 247, 254-255 (Ontario H. C.) (confirmant la prohibition de la Loi ontarienne sur la protection de l'environnement en invoquant le pouvoir de légiférer en matière tant de propriété que de droits civils — art. 92(13) — et le pouvoir de légiférer sur des questions de nature locale ou privée dans la province — art. 92(16) — tels que définis dans la Constitution, à l'égard de l'émission de contaminants, et ce même si la pollution est devenue une « question d'intérêt national »).

134 *Interprovincial Co-operatives c. La Reine*, [1976] 1 S.C.R. 477, 505-507, 510-511, 516 (Martland, Pigeon, Beetz, JJ, opinion majoritaire), 523-525 (Ritchie, J., concordant sur ce point) (des usines de fabrication de produits chimiques de l'Ontario et de la Saskatchewan déversaient des déchets de mercure dans des rivières qui coulent vers le Manitoba, infligeant des dommages à des pêcheurs manitobains : cela ne justifiait pas une loi manitobaine imposant une responsabilité ou retirant toute protection légale à des usines situées en dehors du territoire de la province).

135 *Home Oil Distributers c. A.G.B.C.* [1940] S.C.R. 444 (confirmation de la réglementation provinciale des prix de la gazoline et de l'huile à moteur dans la province nonobstant ses effets accessoires sur des produits fabriqués en dehors du territoire de la province); et *Carnation Co. c. l'Office québécois de mise en marché des produits agricoles* [1968] S.C.R. 238 (confirmation d'un plan provincial de mise en marché du lait par des agriculteurs québécois à Carnation forçant cette dernière société à absorber des prix plus élevés que les autres transformateurs locaux, et ce même si l'entreprise vendait la plus grande partie de sa production en dehors de la province; le plan est confirmé à l'égard du commerce intraprovincial et parce qu'il avait une simple incidence sur le commerce interprovincial).

136 *A.G. Man. c. Man. Egg & Poultry Assn. (Manitoba Egg Reference)*, [1971] S.C.R. 689 (un texte législatif s'appliquant aux oeufs vendus à l'intérieur de la province, de même qu'aux oeufs produits ailleurs, déclaré inconstitutionnel parce que le but de cette loi était de réglementer le commerce interprovincial); et *Central Canada Potash c. Government of Saskatchewan* [1979] 2 S.C.R. 42 (l'imposition par la province de contingents de production aux producteurs de potasse dans la province déclarée inconstitutionnelle, car pratiquement toute la potasse produite dans la province est destinée à l'exportation : en conséquence, le texte législatif visait à réglementer la production à l'exportation).

finissent par se retrouver au Québec¹³⁷ ou en Nouvelle-Angleterre. Auparavant, la Cour suprême du Canada avait statué que les provinces ne disposaient pas du pouvoir légal d'autoriser une société établie sur leur territoire à poser des actes de contamination aux incidences dépassant leurs frontières territoriales¹³⁸. En conséquence, ce type de situation ne pourrait être résolu que selon les paramètres de l'approche législative fédérale-provinciale esquissée dans le jugement de la Cour relatif à la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* et discutée ci-dessus¹³⁹.

Ceci dit, dans l'ensemble, le pouvoir provincial en matière de propriété et de droits civils constituera le principal fondement constitutionnel de toute loi relative à l'échange de droits d'émission qui aura des incidences intraprovinciales ou seulement des incidences accessoires sur des intérêts interprovinciaux.

2. Autres pouvoirs

La Constitution confère aux provinces d'autres pouvoirs, tels le pouvoir de légiférer sur des questions de nature locale ou privée¹⁴⁰ et les institutions municipales situées à l'intérieur de la province¹⁴¹. Ces pouvoirs sembleraient venir s'ajouter aux pouvoirs de contrôle provinciaux sur le commerce local¹⁴² et pourraient éventuellement venir appuyer des lois d'échange local et municipal de droits d'émission.

3. Sommaire

Les programmes d'échange de droits d'émission pourraient présenter toute une gamme de caractéristiques. Premièrement, il est probable, à long terme, qu'ils s'appliqueraient à toute une gamme de

sources de pollution, telles les sources stationnaires, mobiles et non ponctuelles. Deuxièmement, il est probable que l'on assiste à l'instauration de programmes d'échange intraprovinciaux, interprovinciaux et internationaux. Troisièmement, de tels régimes comprendront probablement des composantes administratives et réglementaires détaillées, au lieu de se contenter simplement d'imposer des sanctions au criminel pour non-conformité à des prohibitions légales. Quatrièmement, de tels régimes auraient probablement une incidence sur les droits contractuels des parties. Ces caractéristiques témoignent de l'existence du besoin d'une législation tant fédérale que provinciale en matière d'échange de droits d'émission. Le pouvoir constitutionnel qui conviendrait le mieux pour venir appuyer l'adoption d'une loi fédérale en la matière est le pouvoir de légiférer en matière de commerce. Ce pouvoir ne présente aucun des désavantages du pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, dont l'exercice aboutirait à l'exclusion de toute loi provinciale. Il serait également préférable que le gouvernement fédéral invoque son pouvoir de légiférer en matière de commerce, plutôt que de se réclamer de son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, dont l'exercice aurait pour effet de limiter le droit fédéral en la matière à un régime étroit de prohibition et d'imposition de pénalités. Le pouvoir de légiférer en matière de commerce permettrait au gouvernement fédéral d'adopter une approche plus large et plus souple, en plus de rendre possible l'existence de législations provinciales concurrentes et compatibles traitant des aspects intraprovinciaux de l'échange de droits d'émission.

137 Voir, par exemple, Mittelstaedt, ci-dessus, note 125, p. A6.

138 *Interprovincial Co-operatives*, 1. S.C.R., pp. 511-512, 515 (Martland, Pigeon, Beetz, JJ.) (on note que l'eau polluée par les déversements de mercure de sociétés de l'Ontario et de la Saskatchewan se retrouve éventuellement au Manitoba, ce qui a nécessairement un effet interprovincial : en conséquence, cette question est du ressort exclusif du Parlement fédéral en vertu de son pouvoir de légiférer pour la POBGC, ce qui, de ce fait, privait les provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan de tout pouvoir d'émettre des permis à l'égard des actes de pollution de sociétés).

139 Voir ci-dessus, notes 106-111 et le texte d'accompagnement.

140 Loi constitutionnelle de 1867, article 92(16).

141 *Id.*, article 92(8).

142 Hogg, ci-dessus, note 72, p. 549.

Le principal pouvoir que les provinces invoqueraient pour légiférer en matière d'échange de droits d'émission serait leur pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils à l'égard des dimensions intraprovinciales de tels programmes. D'autres pouvoirs provinciaux pourraient être invoqués, de concert avec la propriété et les droits civils, pour mettre sur pied des programmes législatifs locaux et municipaux d'échange de droits d'émission.

IV. Analyse des lois canadiennes actuelles et envisagées qui seraient pertinentes à la mise sur pied d'un régime d'échange de droits d'émission

La plupart des lois environnementales canadiennes se caractérisent par une approche réglementaire directe. En comparaison, l'élaboration et la mise en oeuvre de lois fédérales ou provinciales en matière d'échange de droits d'émission en sont encore à leurs débuts. Au niveau fédéral, les lois actuelles, avec quelques exceptions remarquables, dont la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* (LSVA)¹⁴³, ne disent à peu près rien de l'échange de droits d'émission. Certaines des caractéristiques des lois fédérales sur les substances toxiques, telles les normes d'émission en vertu de la LCPE¹⁴⁴ imposées aux industries qui émettent certaines matières répertoriées, pourront être utiles lorsque le fondement législatif habilitant de l'échange de droits d'émission sera élaboré en vertu de cette loi. Cependant, la portée de la LCPE est assez étroite et seul un petit nombre de matières sont soumises à des normes d'émission en vertu de la loi. En certaines circonstances limitées, on pourrait également invoquer

la loi fédérale en matière d'évaluation environnementale, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE)¹⁴⁵, pour compenser pour les émissions résultant de projets assujettis à la LCEE. Cependant, la LCEE ne conviendrait pas bien à la mise en oeuvre ou la mise en vigueur d'un tel régime. Éventuellement, des amendements envisagés à la LCPE permettraient l'instauration d'instruments économiques, y compris l'échange de droits d'émission, pour des questions telles les substances toxiques, les substances nutritives, la pollution de l'air et de l'eau au plan international, et les matières émises à partir d'opérations ou d'installations fédérales situées sur des terres fédérales ou autochtones. Le pouvoir habilitant de l'échange de droits d'émission dans les amendements envisagés à la LCPE est d'une grande étendue. Cependant, la nature, l'étendue et la pertinence de ce pouvoir dépendront, dans une large mesure, de deux facteurs : (1) le contenu de règlements qui restent encore à élaborer et (2) lequel de ses pouvoirs constitutionnels le gouvernement fédéral est disposé à invoquer, et la Cour suprême disposée à appuyer, pour appuyer un tel programme.

Au niveau provincial également, la plus grande partie des lois actuelles en matière d'environnement se caractérisent par une approche réglementaire directe. La mesure dans laquelle on pourrait invoquer la législation existante pour appuyer l'échange de droits d'émission sans amendements législatifs explicites est relativement limitée. C'est particulièrement vrai dans les provinces où les règlements relatifs à la qualité de l'air sont axés sur la mesure de la qualité de l'air ambiant ou le point de contact, plutôt que sur l'imposition de limites aux émissions. Cependant, certaines provinces ont depuis longtemps mis en oeuvre des règlements relatifs à la pollution de l'air qui imposent une limite au total annuel des émissions de certains polluants dans l'atmosphère, par exemple

143 *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* (LSVA), L.C. 1993, c. 16.

144 LCPE, L.R.C. 1985, c. 16, article (4^e supplément).

145 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE), L.C. 1992, c.37.

l'anhydride sulfureux. Un tel régime conviendrait éminemment à l'élaboration d'un régime de limite d'émissions et d'échange d'allocations par voie d'un amendement législatif approprié. Plusieurs provinces ont promulgué des lois habilitantes autorisant l'échange de droits d'émission. Cependant, les détails des régimes découlant de ces lois ne seront connus que lorsque leurs règlements auront été rédigés. Il en va de même des lois et règlements territoriaux et éventuellement locaux que l'on pourrait interpréter comme autorisant l'échange de droits d'émission.

A. Le niveau fédéral

1. Lois actuelles : Approches traditionnelles de réglementation directe

a. La Loi canadienne sur la protection de l'environnement

La LCPE, adoptée en 1988, est une loi de réglementation directe qui régit certaines substances toxiques, la pollution de l'air de portée internationale, le déversement de déchets dans l'océan et la pollution produite par des installations fédérales. Cette Loi autorise également la publication d'objectifs nationaux non exécutoires en matière de qualité de l'air à l'égard de certaines substances.

i. Partie I — Objectifs de qualité environnementale

Le ministre est autorisé à formuler des objectifs de qualité de l'environnement qui fixeraient les buts ou les fins auxquels tendent les efforts déployés pour contrôler l'environnement. Ces objectifs peuvent être énoncés en termes quantitatifs ou qualitatifs¹⁴⁶. En vertu de ce pouvoir, le gouvernement fédéral a

promulgué des objectifs nationaux de qualité de l'air relatifs à la qualité de l'air ambiant et la présence de certains polluants importants tels l'anhydride sulfureux, l'oxyde d'azote, le monoxyde de carbone, l'ozone et le total des particules en suspension¹⁴⁷. Ces objectifs n'imposent pas de limites exécutoires à la quantité de substances polluantes que l'air qu'une source individuelle peut émettre et, en conséquence, ne se prêtent pas à leur utilisation à titre de régime d'échange de droits d'émission, même si la LCPE autorisait explicitement un tel programme.

ii. Partie II — Substances toxiques

La Partie II de la LCPE aborde le contrôle des substances toxiques, que la Loi définit au sens large¹⁴⁸. La Loi contient toute une gamme d'exigences relatives à la collecte d'information, à la notification, à la divulgation et à l'évaluation en matière d'identification, de description et d'évaluation de substances, afin de déterminer si elles devraient être déclarées « toxiques », inscrites dans un répertoire et assujetties à des contrôles en vertu de la Loi. Lorsque des substances sont réputées être toxiques, on peut les soumettre à des contrôles, sous la forme de normes d'émission, qui sont promulguées à titre de règlements exécutoires en vertu de la Loi. À la différence des objectifs nationaux en matière de qualité de l'air, ces règlements sont exécutoires et permettent de prendre des mesures à l'endroit des sociétés contrevenantes. Seul un très petit nombre de substances sont assujetties à des normes d'émission dans l'air en vertu de la LCPE et, lorsque cela s'est produit, les règlements édictés visaient des industries autant que des substances particulières, réduisant ainsi encore plus la portée de la couverture de la Partie II. Par exemple, des normes d'émission ont été promulguées à l'égard du plomb émis par des hauts-fourneaux de plomb secondaires¹⁴⁹ et aussi à l'égard du mercure émis par des fabriques de

146 LCPE, L.R.C. 1985, c.16, art. 8(1)(a)(4e supplément).

147 Objectifs nationaux de qualité de l'air ambiant pour les contaminants de l'air, Décret du Conseil C.P. 1989-1482 (1989), réimprimé dans la *Gazette du Canada*, Partie I, p. 3642-3645 (1989).

148 LCPE, L.R.C. 1985, c. 16, article 11(a)-(c) (une substance est toxique si elle entre dans l'environnement dans une quantité ou une concentration qui peut avoir des effets nocifs immédiats ou à long terme sur l'environnement, représenter un danger pour l'environnement dont dépend la vie humaine ou représenter un danger à la vie ou à la santé humaine au Canada).

149 Règlement sur les normes nationales de dégagement des fonderies de plomb de seconde fusion, DORS/91-155 (1991).

chlore et de soude caustique¹⁵⁰. Parce que les règlements promulgués en vertu de la Partie II établissent des limites maximales d'émission auxquelles doivent se conformer les industries assujetties, ces règlements se prêtent plus facilement à une application à l'intérieur d'un plan d'échange de droits d'émission. Des amendements à la LCPE proposés à la fin de 1996, et présentés à nouveau au début de 1998, dont il sera davantage question ci-dessous, auraient permis l'échange de droits d'émission de telles substances¹⁵¹. Cependant, parce que les règlements de la Partie II ont été élaborés uniquement pour contrôler les substances toxiques, un programme d'échange de droits d'émission de telles substances devrait veiller à ce que le processus n'aboutisse pas finalement à la création de points chauds de pollution ou de concentration de substances toxiques.

iii. Partie IV — Installations fédérales

La Partie IV de la LCPE aborde la pollution émanant des agences et ministères fédéraux, les sociétés d'État, les travaux, entreprises et terres du gouvernement fédéral. On peut autoriser la publication de règlements prescrivant l'imposition de limites aux émissions et d'effluents découlant de telles activités¹⁵². Jusqu'à maintenant, on n'a pas encore promulgué de règlements de ce genre. Les amendements envisagés à la LCPE, discutés plus en détail ci-dessous, autoriseraient l'échange de droits d'émission pour les émissions découlant de telles activités du gouvernement fédéral¹⁵³.

iv. Partie V — La pollution de l'air au plan international

La Partie V de la LCPE porte sur la pollution atmosphérique de portée internationale. Le

gouvernement fédéral peut promulguer des règlements lorsqu'un contaminant de l'air, seul ou en combinaison avec d'autres contaminants de l'air émis par des sources situées au Canada, crée de la pollution dans un autre pays, ou contrevient à un accord international dont le Canada est signataire¹⁵⁴. Avant de pouvoir se prévaloir de ce pouvoir, le gouvernement fédéral doit avoir échoué dans ses tentatives pour persuader les provinces où sont situées les sources de pollution de prendre des mesures pour contrôler le problème¹⁵⁵. Jusqu'à maintenant, le gouvernement fédéral n'a encore adopté aucun règlement en vertu de la Partie V. Cependant, des amendements proposés à la LCPE, dont il sera question ci-dessous, permettraient l'échange de droits d'émission à l'égard de substances réglementées en vertu de la Partie V¹⁵⁶.

b. La Loi canadienne d'évaluation environnementale

La LCEE exige que, dans quatre circonstances, un office fédéral, appelé un office responsable au sens de la Loi, mène une évaluation environnementale. Premièrement, on doit mener une évaluation environnementale lorsque l'office responsable est le promoteur du projet. Deuxièmement, lorsque le gouvernement fédéral assume les coûts du projet ou accorde une aide financière à l'égard du projet. Troisièmement, lorsque de terres fédérales sont aliénées par vente ou par location ou par tout autre moyen permettant au projet d'aller de l'avant. Quatrièmement, on doit mener une évaluation environnementale lorsque le gouvernement fédéral s'acquitte d'une obligation réglementaire prescrite, par exemple l'émission d'un permis, d'une licence ou une approbation¹⁵⁷. En général, la LCEE s'applique aux travaux physiques, à moins qu'ils ne bénéficient d'une

150 Règlement sur le mercure provenant de fabriques de chlore et de soude caustique, DORS/1990-130 (1990).

151 Voir ci-dessus, note 87. Voir également, ci-dessous, partie IV.A.3.a.

152 LCPE, L.R.C. 1985, c. 16, article 54 (4^e Supp.).

153 Voir ci-dessous, partie IV.A.3.a.

154 LCPE, L.R.C. 1985, c. 16, article 61(1)(a)(b)(4^e Supp.).

155 *Id.*, article 61(2).

156 Voir ci-dessous, partie IV.A.3.a.

157 LCEE, L.C. 1992, c. 37, article 5.

exemption¹⁵⁸. La Loi ne s'applique qu'aux activités physiques qui y sont explicitement comprises par voie de réglementation¹⁵⁹. La Loi ne dit rien de l'octroi de compensations pour des émissions découlant de travaux physiques ou d'activités physiques. Cependant, même si de telles compensations pouvaient être accordées à l'égard de projets particuliers, la structure générale de la LCEE pourrait s'avérer problématique si on l'utilisait systématiquement pour faciliter un tel processus. Par exemple, une certaine incertitude pourrait peser sur la capacité et la volonté des offices responsables de s'assurer de la conformité et de la mise en oeuvre de telles mesures, parce que les offices responsables ne seront pas les mêmes d'un projet à l'autre¹⁶⁰. Dans l'ensemble, il ne semble pas que la LCEE soit une loi sur laquelle on puisse s'appuyer de façon cohérente pour mettre en oeuvre des politiques en matière d'échange de droits d'émission.

2. La législation actuelle autorisant les crédits d'émission

a. La loi sur la sécurité des véhicules automobiles

La LSVA est la principale loi canadienne visant au contrôle de la pollution de l'air émanant de sources mobiles. C'est également la seule loi fédérale actuelle qui autorise explicitement les crédits d'émission. La Loi permet que les règlements qui prescrivent des normes d'émission puissent également autoriser la mise sur

pied d'un système de crédits dans les circonstances suivantes. Premièrement, une société peut décider qu'un véhicule est conforme à des normes d'émission en imputant des crédits sur les émissions d'une façon qui doit être prescrite par voie de règlement¹⁶¹. La LSVA permet à une entreprise d'obtenir de tels crédits : (1) en faisant référence aux émissions d'un véhicule qui fait plus que satisfaire aux exigences des normes et (2) en payant au gouvernement fédéral un montant déterminé selon un taux prescrit et relatif aux émissions du véhicule¹⁶². De plus, les sociétés peuvent transférer ou recevoir par transfert des crédits obtenus par référence à des émissions¹⁶³. Les sociétés participant à un programme de crédits d'émission doivent fournir au gouvernement fédéral une déclaration relative à tous les crédits d'émission qu'elles ont obtenus ou utilisés, ainsi que des types de véhicules impliqués¹⁶⁴.

Le programme a l'effet suivant : au lieu que chaque véhicule doive satisfaire aux normes d'émission prescrites par la Loi, certains modèles peuvent émettre de plus grandes quantités de substances polluantes dans l'atmosphère que d'autres. Les sociétés qui peuvent obtenir ce résultat sont celles qui ont dépassé les normes d'émission en payant l'équivalent d'une taxe sur la pollution au gouvernement, tandis que d'autres sociétés obtiennent un crédit de pollution pour s'être surconformées aux normes. Bien que les règlements adoptés en vertu de la LSVA aient établi des normes régissant les émissions de carter¹⁶⁵, les émissions de

158 *Id.*, articles 5, 7. Les projets sont des travaux physiques qui comprennent tout travail envisagé de construction, d'exploitation, de modification, de déclassement, d'abandon ou toute autre entreprise relative à ces travaux physiques. *Id.*, article 2. Un travail physique peut être exempté au moyen de règlements pris en vertu de la Loi (Règlements sur la liste des exclusions, DORS/94-639), ou si le projet doit être mené en réponse à une urgence.

159 *Id.*, article 59(b). Les projets sont des activités qui ne se rapportent pas à un travail physique prescrit désigné en vertu de l'article 59(b). Les activités physiques désignées par d'autres règlements pris en vertu de la Loi (Règlement sur la liste des inclusions, DORS/94-637) sont des projets assujettis à la LCEE.

160 *Id.*, articles 2, 20, 37(2) (l'autorité responsable est le ministère, la commission ou l'agence du gouvernement fédéral qui est chargé de se conformer aux dispositions de la LCEE et de prendre des décisions en vertu de ces dispositions).

161 LSVA, L.C. 1983, c. 16, article 8(1)(a).

162 *Id.*, article 8(1)(b)(i)(ii).

163 *Id.*, article 8(1)(c).

164 *Id.*, article 8(3).

165 Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles, C.R.C. 1038, article 1102 (1993).

silencieux¹⁶⁶ et les émissions par évaporation¹⁶⁷, on n'a encore édicté aucun règlement relatif au plan de crédit sur les émissions autorisé par la Loi. Les dispositions de la LSVA relatives aux crédits d'émission doivent être regroupées en vertu de la LCPE à l'intérieur d'amendements à cette autre loi qui devraient être adoptés cette année¹⁶⁸.

3. Avant-projets qui autorisaient l'échange de droits d'émission

a. Le Projet de loi C-32 : Loi canadienne de protection de l'environnement, 1998

L'ensemble le plus ambitieux d'exigences relatives à l'échange de droits d'émission jamais élaboré en vertu du droit canadien à l'égard des sources stationnaires est sans doute celui qui a été proposé à la fin de 1996, et puis présenté à nouveau au début de 1998, dans le cadre d'une refonte en profondeur de la LCPE. Le projet de loi C-32, la Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1998 (« LCPE 1998 »), se propose d'instaurer des exigences d'échange de droits d'émission dans les domaines suivants : les substances toxiques, les substances nutritives, les carburants, la pollution de l'air et de l'eau d'envergure internationale et les substances émises par les opérations et installations fédérales sur des terres fédérales ou autochtones¹⁶⁹.

La LCPE 1998 habiliterait le gouvernement fédéral à instaurer des programmes ou d'autres mesures visant à l'élaboration et l'usage d'« outils économiques » et d'« approches fondées sur le marché » à l'égard d'« unités échangeables »¹⁷⁰. Aucun de ces termes n'est défini dans la LCPE 1998. Le projet de loi habiliterait le ministre à adopter des règlements relatifs aux « unités échangeables » dans l'exercice du pouvoir général du

gouvernement d'édicter des règlements relatifs aux substances toxiques, aux substances nutritives, aux carburants, à la pollution de l'eau et de l'air d'une portée internationale et aux substances émises par des opérations ou des installations fédérales situées sur des terres fédérales ou autochtones¹⁷¹. En particulier, les règlements adoptés en vertu de ce pouvoir peuvent pourvoir aux questions suivantes ou imposer des exigences à leur égard :

- la substance, le produit contenant une substance, ou la quantité ou la concentration de la substance qui est émise ou encore l'activité à l'égard de laquelle le système est instauré;
- les méthodes ou procédures utilisées pour mener un échantillonnage, des analyses, des mises à l'essai, des mesures ou un contrôle en vertu du système;
- la description et la nature d'une unité échangeable, y compris des allocations, des crédits ou des coupons;
- les conditions de base dont on devra se servir aux fins de comparaison ou de contrôle à l'égard du système et des limites maximales applicables au système, ainsi que la façon de déterminer ces conditions de base et ces limites maximales;
- les conditions liées à la création, à la distribution, l'échange, la vente, l'usage, la variation ou l'annulation d'une unité échangeable;
- la création, le fonctionnement et la gestion d'un registre public lié au système;
- les conditions de l'usage et de la participation au système, y compris des limites environnementales et temporelles;

166 *Id.*, article 1103 (hydrocarbures, monoxyde de carbone et oxydes d'azote).

167 *Id.*, article 1105 (hydrocarbures).

168 LCPE 1998, article 162 (sources mobiles).

169 *Id.*, article 326 (sources stationnaires). Voir aussi, ci-dessus, note 87 (où l'on notait l'histoire de son prédécesseur, le projet de loi C-74, LCPE 1997, qui n'a pu être voté lors de la dernière session du Parlement, à cause de la tenue des élections fédérales en juin 1997. Les dispositions relatives à l'échange de droits d'émission des deux ensembles d'amendements sont les mêmes.)

170 *Id.*, article 322.

171 *Id.*, article 326.

- les déclarations et formulaires liés au système;
- la tenue de registres et de dossiers relatifs à l'administration des règlements promulgués en vertu du plan¹⁷².

En vertu de la LCPE 1998, le Ministre peut également :

(1) émettre un décret établissant les conditions de l'échange, de la suspension ou de l'annulation de l'échange d'unités échangeables ou (2) invalider tout échange d'unités échangeables lorsque le gouvernement est d'avis que le commerce ou l'usage d'une unité échangeable peut occasionner certains problèmes. Voici un aperçu de quelques-uns de ces problèmes : L'échange peut (1) avoir des effets nocifs, immédiats ou à long terme, sur l'environnement, (2) constituer un danger pour l'environnement dont dépend la vie humaine et (3) poser un danger à la vie ou la santé humaine au Canada¹⁷³.

Les dispositions envisagées de la LCPE 1998 constituent sans doute le fondement législatif d'un programme d'échange de droits d'émission le plus étendu jamais adopté au Canada. Elles énoncent des pouvoirs pour plusieurs des composantes qui ont toujours caractérisé de tels régimes : (1) une définition de la nature de même que des conditions régissant l'usage d'une unité échangeable; (2) des méthodes de contrôle; (3) l'usage de conditions de base permettant de mesurer la pollution à la source; (4) la création d'un registre; et (5) la formulation d'un fondement législatif clair en matière d'échange de droits d'émission.

Étant donné le libellé de portée générale de la LCPE 1998, une détermination de la pertinence d'un programme d'échange de droits d'émission éventuel nécessiterait que l'on procède à un examen de règlements qui ne sont pas encore disponibles. Cependant, même en l'absence de tels règlements, on peut formuler plusieurs remarques au sujet du

programme éventuel. Premièrement, en comparaison avec la LSVA¹⁷⁴, la LCPE 1998 ne dit rien explicitement au sujet de l'autorisation de compensations ou de paiements au gouvernement qui en tiendraient lieu, en ce qui a trait aux sources stationnaires de pollution.

Deuxièmement, tandis que la LCPE 1998 permet au gouvernement d'imposer des exigences de contrôle, le projet de loi ne dit rien de l'utilisation de « CEMS » (pour employer la terminologie américaine) et ne précise pas quels types de systèmes de contrôle seront requis. Comme on l'a dit plus haut, on aura besoin d'un CEMS ou d'un autre système de contrôle efficace du même genre pour s'assurer que le gouvernement puisse mesurer précisément les variations du niveau de pollution à la source à partir de certaines conditions de base¹⁷⁵. Il se pourrait que les règlements édictés en vertu de la LCPE 1998 nécessitent la mise sur pied d'un CEMS ou d'un autre système de contrôle aussi efficace, mais aucune disposition du projet de loi n'exige explicitement que l'on adopte une telle approche.

Troisièmement, la LCPE 1998 n'autorise pas explicitement la création de permis d'allocation, la tenue de ventes aux enchères d'allocations, la mise sur pied d'un régime de vérification ou l'imposition de pénalités administratives pour des émissions en excédent de l'allocation, de compensation ou des limites de crédit. Or, chacun de ces éléments fait partie intégrante de tout programme solide d'échange de droits d'émission.

Quatrièmement, la LCPE 1998 n'autorise pas explicitement une approche d'imposition d'une limite aux émissions qui, lorsqu'elle est alliée à un programme d'échange de droits d'émission, peut permettre de réduire efficacement les émissions.

Cinquièmement, la LCPE 1998 ne dit rien de la relation qui pourrait peut-être exister entre son

¹⁷² *Id.*, article 326(a)-(i).

¹⁷³ *Id.*, article 327. Il s'agit du même test qui sert à définir une « substance toxique » en vertu de la LCPE. Voir LCPE, L.R.C. 1985, c. 16, article 11(a)-(c) (4^e Supp.). En vertu de la LCPE 1998, la définition de « substances toxiques » demeure la même. LCPE 1998, article 65(a)-(c).

¹⁷⁴ LSVA, L.C. 1993, c. 18, article 8; et LCPE 1998, article 162 (sources mobiles).

¹⁷⁵ Voir ci-dessus, partie II.E.3.

programme d'échange de droits d'émission et d'autres programmes du genre qui pourraient être instaurés en vertu de lois provinciales, ou ceux que d'autres pays pourraient mettre sur pied à l'égard des mêmes substances. Dans l'ensemble, la LCPE 1998 constitue une initiative fédérale importante dans le domaine de l'échange de droits d'émission. Cependant, une analyse complète de la pertinence du programme d'échange de droits d'émission à mettre sur pied en vertu de la LCPE 1998 devra attendre l'élaboration de règlements qui énonceront les détails du programme en question.

B. Lois provinciales

1. Lois existantes choisies qui ne disent rien de l'échange de droits d'émission

a. La Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario

i. Dispositions statutaires générales

La Loi sur la protection de l'environnement de l'Ontario (LPEO) est l'une des lois environnementales caractérisée par une approche réglementaire directe les plus anciennes au pays¹⁷⁶. La LPEO, administrée par le Ministère ontarien de l'environnement (MOE), est la loi environnementale la plus détaillée de la province et le principal fondement législatif visant au contrôle de la pollution atmosphérique dans la province. Cette loi comprend une prohibition générale de la pollution¹⁷⁷, met sur pied un programme de permis d'émission qui,

en fait, constitue une exception à la prohibition générale de la pollution¹⁷⁸, permet l'émission de toute une gamme d'approbations environnementales¹⁷⁹, de programmes¹⁸⁰ et de décrets¹⁸¹, établit un tribunal d'appel chargé de régler les litiges relatifs aux approbations et aux décrets¹⁸², établit un ensemble complexe d'infractions et de pénalités¹⁸³, y compris des dispositions imposant une responsabilité environnementale aux dirigeants et aux membres des conseils d'administration des corporations¹⁸⁴, en plus de permettre au MOE de promulguer des règlements¹⁸⁵.

Bien que la LPEO soit une loi de réglementation directe de facture traditionnelle, elle présente certains aspects dont on devrait tenir compte dans le contexte d'un examen de l'échange de droits d'émission. Premièrement, le fondement législatif permettant d'émettre divers décrets et approbations en vertu de la LPEO est conçu pour assurer que chaque exploitation industrielle demeure à l'intérieur de limites de pollution autorisées. En vertu de la LPEO, la province aurait le choix de permettre à une société de se surconformer à une approbation d'octroi de permis, grâce, par exemple, à une approbation de programme qui constituerait une forme de régime de conformité volontaire¹⁸⁶. En théorie, le degré de toute surconformité atteint correspond habituellement à ce que les compétences territoriales qui se sont donné des lois d'échange de droits d'émission appellent un « crédit »¹⁸⁷. Toutefois, la LPEO n'est pas une loi régissant l'échange de droits d'émission et ne reconnaît pas le concept de « crédit de pollution », non plus que

176 R.S.O. 1990, c. E.19, tel qu'amendé.

177 *Id.*, article 14.

178 *Id.*, article 9 (air).

179 *Id.*, partie V (gestion des déchets).

180 *Id.*, articles 10-11 (approbation des programmes).

181 *Id.*, articles 7 (contrôle), 8 (arrêt), 17 (mesures correctives), 18 (mesures préventives), 43 (enlèvement des déchets), etc.

182 *Id.*, partie VIII (commission d'appel).

183 *Id.*, articles 186-194.

184 *Id.*, article 194.

185 *Id.*, articles 175.1, 176.

186 *Id.*, article 10 (la personne responsable d'une source de contaminants peut présenter au MOE un programme visant à prévenir ou à réduire et contrôler le déversement dans l'environnement naturel de tout contaminant à partir de cette source).

187 Voir ci-dessus, note 14.

celui de « crédit de réduction d'émission ». De plus, la LPEO ne permet pas la vente d'un « crédit » ou son utilisation par une société qui n'est pas en conformité, si cette vente pouvait avoir pour effet de permettre à cette deuxième société d'accroître la quantité de ses émissions et de dépasser la limite permise par son permis ou les règlements généraux régissant la pollution atmosphérique. Cela semblerait être le cas même lorsque l'effet de la transaction serait d'entraîner une réduction nette du total des émissions des deux sociétés. En conséquence, en l'absence d'un fondement législatif clair relatif aux échanges de droits d'émission présentant des caractéristiques particulières, on ne pourrait pas faire servir la LPEO à une telle fin. La province s'est engagée à étudier l'« échange de crédits de réduction d'émissions » par l'entremise d'un projet pilote portant sur la façon dont des stimulants économiques pourraient servir à gérer des bassins atmosphériques locaux¹⁸⁸. Il reste à voir si les résultats de cet examen pourraient éventuellement prendre une forme statutaire et, si oui, laquelle. À cet égard, la province a récemment introduit des amendements à la LPEO dans le cadre d'un programme législatif plus vaste portant sur la concurrence dans le secteur de l'énergie. Ces amendements autoriseraient le gouvernement à promulguer des règlements mettant sur pied des programmes d'échange de droits d'émission, ainsi que d'adopter d'autres approches axées sur le marché. Les objectifs d'approches axées sur

le marché devraient être de maintenir ou d'améliorer les normes environnementales actuelles, de protéger l'environnement et d'atteindre des objectifs de qualité environnementale de façon rentable¹⁸⁹. Cependant, les amendements proposés ne fournissent aucun détail sur le type de programme qui est effectivement prévu, car les crocs du programme seront contenus dans des règlements dont même l'ébauche n'a pas encore été publiée.

Deuxièmement, le principal règlement en matière de pollution atmosphérique qui a été promulgué en vertu de la LPEO n'établit pas de limites d'émission avant la combustion dans le cas des substances énumérées dans son texte¹⁹⁰. Au lieu de cela, le règlement détermine les concentrations des matières répertoriées¹⁹¹, en se fondant sur la mesure du point de contact à partir de la source du contaminant¹⁹². Il est difficile, sinon impossible, de se servir d'un règlement fondé sur des mesures prises au point de contact relativement à un programme d'échange de droits d'émission, du fait des risques de confusion résultant de l'influence d'autres sources de pollution au point de contact¹⁹³. En conséquence, même si la loi était amendée de façon à autoriser l'échange de droits d'émission, on ne pourrait facilement se servir de la réglementation générale de la pollution atmosphérique de la province pour déterminer les conditions de base ou d'autres niveaux de pollution aux fins de créer des crédits ou des

188 Ministère de l'environnement et de l'énergie de l'Ontario, 1997-1998 Plan d'affaires 11 (1997).

189 Voir projet de loi 35, Loi sur la concurrence en matière d'énergie, 1998 (ECA, 1998) 36^e législature, 2^e session, Elizabeth II, Annexe D, article 10 (amendements à l'OEPA, article 176.1) (première lecture, 9 juin 1998, législature de l'Ontario).

190 Règlement général sur la pollution de l'air, R.R.O. 1990, Reg. 346.

191 *Id.*, Annexe 1 (87 substances énumérées sans égard au secteur industriel, telles l'anhydride sulfureux, le mercure, etc.).

192 *Id.*, article 5.

193 Le recours à des règlements fondés sur des mesures de point d'impact à l'intérieur d'un programme d'échange de droits d'émission peut également susciter certaines inquiétudes lorsque la substance en question peut constituer une menace à la santé et que la réglementation fournit des limites de protection axée sur la santé aux récepteurs potentiels au point d'impact.

allocations¹⁹⁴. Ce problème ne constituerait un sujet de préoccupation au niveau fédéral ou dans les provinces qui promulguent des règlements en matière de pollution atmosphérique en s'appuyant sur les limites d'émission avant la combustion, parce que, dans ce cas-là, aucune confusion ne pourrait résulter d'émissions provenant d'autres sources et qui pourraient affecter les mesures prises à la source en question¹⁹⁵.

Troisièmement, l'Ontario a promulgué, pour des entreprises particulières, une série de règlements en matière de pluies acides qui imposent une limite annuelle à l'apport total dans l'atmosphère des émissions d'anhydride sulfureux et de d'oxyde nitrique par entreprise¹⁹⁶. Ces règlements, en fait, imposent une limite aux émissions et pourrait constituer le fondement d'un programme d'échange de droits d'émission si l'on apportait les amendements appropriés à la LPEO. On discutera de ces règlements plus en détail ci-dessous.

ii. Règlements sur les pluies acides — Imposition d'une limite aux émissions sans échange de droits d'émission

Depuis le milieu des années 1980, en réponse à des préoccupations relatives aux effets environnementaux négatifs liés aux pluies acides, l'Ontario a imposé, par voie de réglementation, des limites aux émissions maximales de quatre entreprises qui sont les principales sources d'émissions d'anhydride sulfureux de la province¹⁹⁷. Les apports annuels totaux de chaque société ont été très progressivement réduits chaque année de 1985 à 1994, dans le cadre du Programme « Les pluies acides : compte à rebours » de cette province¹⁹⁸. Cette initiative s'inscrit dans le cadre du plus ambitieux programme de contrôle des pluies acides de l'est du Canada, qui se propose d'imposer des limites de 2,3 millions de tonnes par année aux émissions d'anhydride sulfureux¹⁹⁹. Depuis le début de 1994, le total des émissions maximales annuelles par entreprise a été établi à des quantités particulières. Par exemple, depuis le début de 1994, on n'a pas permis

194 En théorie, parce que les mesures de point d'impact sont déterminées tant par surveillance que par modélisation, il devrait être possible de déterminer tant les taux d'émission que les chargements combinés annuels en multipliant les limites de concentration par le nombre d'heures d'exploitation ou le volume de production. Cela pourrait constituer le fondement de l'évaluation des réductions selon les exigences de point d'impact. En pratique, parce que les facteurs relevés ci-dessus, tels les émissions d'autres sources du même polluant, ont tendance à créer une confusion et à affecter les résultats, et aussi du fait que l'échange de droits d'émission suscite des inquiétudes relatives à des limites requises pour la santé, il est improbable que l'Ontario serait en mesure d'élaborer un programme d'échange de droits d'émission fondé sur le régime actuel de point d'impact. De plus, les règlements axés sur le point d'impact sont, pour l'essentiel, demeurés inchangés depuis plusieurs décennies et ont fait l'objet de vives critiques de la part du vérificateur provincial au cours des dernières années. Rapport annuel du bureau du vérificateur général 116 (1996) (où l'on note que plusieurs des normes relatives aux polluants de l'air ont été élaborées il y a plus de vingt ans et qu'elles sont périmées, et qu'un grand nombre nécessitent une réduction substantielle ou une réévaluation). Enfin, la plupart des compétences territoriales qui ont recouru à l'échange de droits d'émission — qu'il soit de la variété de crédit ou de la variété d'allocation — ont habituellement incorporé une obligation légale de réduction des émissions à long terme. Les règlements ontariens n'incorporent pas une telle exigence, ce qui fait que l'on est encore moins tenté de s'appuyer sur le régime réglementaire actuel pour incorporer l'échange de droits d'émission.

195 Voir, par exemple, LCPE, Règlement sur les émissions de chlorure de vinyle, DORS/92-631, article 4 (1992) (cet article interdit à l'exploitant d'une usine de chlorure de vinyle d'émettre la substance dans l'atmosphère par un orifice de traitement ou toute autre source située dans l'usine au-delà de certaines concentrations). Bien entendu, de tels règlements pourraient éventuellement donner lieu à d'autres problèmes, par exemple la question de savoir si, dans les conditions de certains endroits particuliers, l'échange de droits d'émission ne risque pas d'entraîner la création de « points chauds » de pollution ou d'accumulation de substances toxiques.

196 Voir, par exemple, Règlement sur Ontario Hydro, R.R.O. 1990, Reg. 355.

197 *Id.*, Voir aussi Algoma Sinter Operation Regulation, O. Reg. 663/85; Falconbridge Smelter Complex Regulation, O. Reg. 661/85; Inco Sudbury Smelter Complex Regulation, O. Reg. 660/85.

198 Ministère de l'environnement de l'Ontario, *Les pluies acides : compte à rebours. Révision gouvernementale du processus des rapports d'étape tels que soumis par les quatre principales sources d'anhydride sulfureux* (1996) (ci-dessous *Les pluies acides : compte à rebours*) (les limites d'émissions maximales annuelles imposées aux quatre sociétés sont passées de 1557 kilotonnes en 1985 à 665 kilotonnes en 1994).

199 *Id.*, p. 1.

que les émissions d'anhydride sulfureux et d'oxyde nitrique des centrales productrices d'énergie fonctionnant à l'énergie fossile d'Ontario Hydro prises ensemble dépassent les 215 kilotonnes par année²⁰⁰. On ne permet pas que le total des émissions d'anhydride sulfureux de ces installations d'Ontario Hydro dépasse 175 kilotonnes par année²⁰¹. Ces règlements exigent de chaque société qu'elle mène des études et des travaux de recherche afin de déterminer les options nécessaires pour satisfaire aux limites prescrites et présenter des rapports trimestriels au MOE à ce sujet²⁰².

En pratique, le Programme « Les pluies acides : compte à rebours » a eu pour résultat que les quatre sociétés visées se sont surconformées aux exigences des règlements. Par exemple, en 1994, le total combiné des émissions d'anhydride sulfureux des quatre sociétés atteignait les 356 kilotonnes, soit 46 p. 100 de moins que la limite de 665 kilotonnes fixées pour cette année-là²⁰³. Les émissions d'Ontario Hydro atteignaient les 106 kilotonnes (anhydride sulfureux) et 135,5 kilotonnes (anhydride sulfureux et gaz acides combinés)²⁰⁴.

Comme on l'a dit plus haut, le Programme « Les pluies acides : compte à rebours » est, en fait, un programme visant à imposer une limite aux émissions sans instaurer un régime d'échange de droits d'émission. Étant donné que la situation de surconformité qui, jusqu'à maintenant, a résulté du programme, si, par exemple, Ontario Hydro se trouvait dans une compétence territoriale où l'échange de droits d'émission serait autorisé, on considérerait que l'entreprise (soit Ontario Hydro) dispose d'allocations excédentaires qu'elle pourrait vendre sur le marché à d'autres entreprises. Bien que la LPEO sous sa forme actuelle n'autorise pas de tels échanges, si on lui

apportait les amendements appropriés, de telles exigences, assorties des règlements sur les pluies acides, constitueraient un régime d'imposition d'une limite aux émissions et d'échange de droits d'émission de l'anhydride sulfureux et des gaz acides. Il n'est pas certain que l'on songe à mettre sur pied un tel régime relativement aux amendements proposés récemment à la LPEO qui autoriseraient l'échange de droits d'émission²⁰⁵.

2. Lois choisies qui autorisent explicitement l'échange de droits d'émission

Plusieurs provinces ont adopté des lois environnementales qui autorisent explicitement l'échange de droits d'émission. La plus grande partie de ces initiatives législatives prises au plan provincial n'ont pas résulté en l'énoncé d'exigences détaillées qui visent directement les caractéristiques typiques des régimes d'échange de droits d'émission discutés ci-dessus²⁰⁶. La plus grande partie de ce qui a été promulgué vise avant tout à établir le fondement législatif habilitant. À quelques exceptions près, les détails de ces régimes restent à préciser par voie de réglementation.

a. L'Alberta Environmental Protection and Enhancement Act

L'Alberta Environmental Protection and Enhancement Act (AEPEA) a été promulguée en 1992 et est entrée en vigueur en 1993²⁰⁷. À plusieurs égards, cette loi ressemble à la LPEO. En conséquence, nous n'aurons pas à répéter ce que nous avons déjà dit de l'aspect de réglementation directe d'une telle loi. Cependant, l'AEPEA permet également au ministre, et ce conformément à des règlements qui n'ont pas encore été promulgués, de mettre sur pied des programmes et

200 Règlement sur Ontario Hydro, R.R.O. 1990, Reg. 355, article 2.

201 *Id.*, article 4.

202 *Id.*, articles 5-6.

203 Les pluies acides : compte à rebours, ci-dessus, note 198, p. 14.

204 *Id.*, p. 11.

205 Voir ci-dessus, note 189, et le texte d'accompagnement.

206 Voir ci-dessus, partie II.

207 S.A. 1992, c. E-13.3, tel qu'amendé.

de prendre d'autres mesures quant à l'usage d'outils économiques et financiers et des approches axées sur le marché²⁰⁸. Or, l'« échange de droits d'émission » figure parmi ces approches²⁰⁹. La Loi indique clairement que les objectifs d'un tel régime sont (1) de protéger l'environnement et (2) d'atteindre des buts de qualité environnementale de façon rentable²¹⁰.

Même si l'AEPEA n'a encore mené à l'adoption de règlements sur l'échange de droits d'émission, la province a promulgué des règlements généraux relatifs à l'émission dans l'atmosphère²¹¹. Ces règlements portent sur des questions telles les concentrations maximales de particules, de plomb et de chlorure de vinyle qui peuvent être émises par des industries particulières²¹². Il semble que ces règlements soient des normes de « point d'émission » plutôt que des règlements de « point de contact », comme le sont les règlements généraux de l'Ontario en matière de pollution atmosphérique. Comme on l'a remarqué plus haut, les règlements de point d'émission, ou normes d'émission, sont davantage susceptibles d'être utilisés avec succès dans le cadre d'un régime d'échange que les normes de point de contact. Dans le cas des normes de point d'émission, il est plus facile de calculer le degré de conformité, de sousconformité ou de surconformité d'une source de pollution à l'égard d'un contaminant particulier parce que la mesure est prise au point ou avant le point où le contaminant entre dans l'environnement naturel. En conséquence, on peut décider à quels crédits de réduction d'émission une source peut avoir droit dans des circonstances données. Ceci dit, les règlements de l'Alberta en matière d'émissions présentent un désavantage potentiel : ils ne semblent créer de normes spécifiques d'émission pour plusieurs substances. De plus, les règlements en matière

d'émissions atmosphériques promulgués en vertu de l'AEPEA n'imposent pas une limite maximale annuelle au total des émissions de substances particulières dans l'atmosphère. En conséquence, même si l'on pouvait se servir de ces règlements conjointement avec un régime de crédit de réduction d'émissions, sous leur forme actuelle, ils ne pourraient permettre de soutenir un régime d'imposition d'une limite d'émissions et d'échange de droits d'émission.

b. La Manitoba Environment Act

La Manitoba Environment Act (MEA), adoptée à la fin des années 1980, autorise l'instauration d'une forme limitée d'échange de droits d'émission. Les dispositions habilitantes de la Loi autorisent « la vente de droits d'émission échangeables »²¹³. La MEA autorise le gouvernement manitobain, « quand cela est compatible avec des objectifs de qualité de l'environnement établis », à mettre en marché des unités d'« émission permise de polluants spécifiques » conformément aux règlements²¹⁴. La Loi indique clairement que les revenus découlant de telles initiatives de mise en marché peuvent être gardés en fiducie par le ministre des Finances, sous la forme d'un fonds environnemental d'urgence où l'on pourra aller puiser, à la demande du ministre de l'Environnement, en cas d'urgence environnementale²¹⁵. Comme les règlements envisagés en vertu de la MEA n'ont pas été promulgués, il est difficile de prédire comment cette loi pourrait fonctionner en pratique.

c. La Nova Scotia Environment Act

Il s'agit sans doute là du plus perfectionné des régimes provinciaux d'échange de droits d'émission. La Nova Scotia Environment Act (NSEA) est entrée en vigueur

208 *Id.*, article 13.

209 *Id.*, article 13(a).

210 *Id.*, article 13. Ces objectifs sont semblables à ceux qui sont énoncés dans des amendements à la LPEO proposés récemment. Voir ci-dessus, note 189, et le texte d'accompagnement.

211 Air Emissions Regulation, Alta. Reg. 124/93 (1993).

212 *Id.*, articles 8, 9, 11.

213 S.M. 1987-88, c. 26, article 45, tel qu'amendé.

214 *Id.*

215 *Id.*

en 1995. Bien que le libellé de la NSEA ressemble à celui de l'AEPEA, la Nouvelle-Écosse a procédé à la rédaction de règlements qui ont conféré plus de substance aux concepts de la Loi et ont effectivement mené à la mise sur pied d'un régime d'imposition d'une limite aux émissions et d'échange de droits d'émission. La NSEA autorise le ministre, conformément aux règlements, à « mettre sur pied des programmes visant à la recherche, à l'élaboration et à l'usage d'outils économiques et d'approches axées sur le marché de la gestion de l'environnement et d'atteinte d'objectifs de qualité de l'environnement d'une façon rentable »²¹⁶. Parmi les approches économiques ainsi autorisées, on retrouve les « permis d'émission et d'effluents échangeables » et « les coûts économiques et avantages compensatoires »²¹⁷.

Les règlements en matière de qualité de l'air promulgués en vertu de la Loi établissent des critères de qualité de l'air ambiant de substances telles le monoxyde de carbone, le dioxyde d'azote, l'ozone, l'anhydride sulfureux, la quantité totale de particules en suspension et le sulfure d'hydrogène²¹⁸. Ces règlements, à l'instar des règlements adoptés en vertu de la LPEO, ne se prêtent pas à un usage dans le cadre d'un régime d'échange de droits d'émission. Cependant, les règlements imposent également une limite annuelle provinciale d'émissions d'anhydride sulfureux de 189 kilotonnes. Ce chiffre est tiré de l'accord conclu entre les gouvernements du Canada et de la Nouvelle-Écosse à l'égard d'un programme de réduction des pluies acides²¹⁹. Les règlements créent une annexe supplémentaire et octroient des allocations annuelles d'émissions d'anhydride sulfureux aux entreprises dont les noms figurent dans cette annexe. La seule entreprise dont le nom figure présentement dans cette annexe est la société Nova Scotia Power

Incorporated. L'annexe stipule que, à compter de 1995, les émissions annuelles d'anhydride sulfureux des centrales de production d'électricité alimentées aux combustibles fossiles appartenant à Nova Scotia Power ou exploitées par elle ou ses subsidiaires ne doivent pas, prises ensemble, dépasser un total de 145 kilotonnes²²⁰.

De plus, les règlements exigent que toute personne qui possède, exploite ou assume la responsabilité d'installations émettant plus qu'un total de 90 tonnes d'anhydride sulfureux par année doit, au plus tard le 15 février de chaque année, présenter un rapport au ministre au sujet du débit traversier de soufre, en faisant état de points tels l'utilisation du carburant, le contenu en soufre et les émissions d'anhydride sulfureux correspondantes de chaque installation que cette personne possédait ou a exploité au cours de l'année civile précédente²²¹. Le premier rapport exigé en vertu des règlements devait être présenté au plus tard le 15 février 1996²²².

Les règlements exigent en outre que, au cas où l'allocation annuelle d'émissions d'anhydride sulfureux accordée à une personne mentionnée dans l'annexe était dépassée, la personne responsable devra faire deux choses. Premièrement, elle devra, dans un délai de trois ans suivant l'année civile pendant laquelle l'excédent d'émissions s'est produit, compenser pour les émissions excédentaires en réduisant ses émissions annuelles à un niveau inférieur à celui de l'allocation annuelle d'anhydride sulfureux qui lui a été accordée, ce qui résultera en une réduction totale des émissions égale à la quantité des émissions excédentaires, conformément à un plan présenté et approuvé par le ministre. Deuxièmement, la personne devra, au plus tard le 15 février de l'année suivant l'année civile pendant laquelle l'excédent d'émissions s'est produit, présenter au ministre pour son approbation un plan

216 S.N.S. 1994-95, c.1, articles 15, 25(1)(c).

217 *Id.*, articles 15(a)(b).

218 Air Quality Regulations, N.S. Reg. 55/95, article 4 et Annexe A (1995) (établissement de concentrations de surface maximales permises).

219 *Id.*, article 7.

220 *Id.*, article 7(2) et Annexe C.

221 *Id.*, article 7(3).

222 *Id.*, article 7(4).

indiquant comme elle prévoit s'y prendre pour récupérer les émissions excédentaires²²³. Enfin, les règlements indiquent que, aux fins du respect et de l'atteinte rentables de normes et d'objectifs de qualité environnementale, une allocation annuelle d'émissions d'anhydride sulfureux peut être modifiée conformément à un programme d'échange de droits d'émission d'anhydride sulfureux ou de tout autre programme axé sur le marché approuvé en vertu de la NSEA²²⁴.

La loi néo-écossaise imposant une limite aux émissions et instaurant un régime d'échange de droits d'émission pourrait fort bien constituer le régime le plus perfectionné d'échange de droits d'émission au Canada. L'approche adoptée par la Nouvelle-Écosse suggère comment l'Ontario pourrait modifier son programme actuel d'imposition d'une limite des émissions d'anhydride sulfureux. Elle suggère également une façon dont d'autres provinces qui ont affirmé leur pouvoir de réglementation de l'échange de droits d'émission par voie législative — l'Alberta, par exemple — pourraient s'inspirer pour élaborer des règlements appropriés. Mais la loi néo-écossaise présente également certains désavantages : le principal est sa concentration sur une seule substance (l'anhydride sulfureux) et le manque de détails ou de fondement législatif dans les lois ou règlements traitant de certaines caractéristiques habituelles de tels programmes d'échange de droits d'émission dont il a été question ci-dessus²²⁵. Au minimum, la loi de la Nouvelle-Écosse bénéficierait de l'inclusion dans son texte de certaines des dispositions habilitantes comprises dans la LCPE 1998²²⁶.

d. La British Columbia Waste Management Act

La British Columbia Waste Management Act (BCWMA)²²⁷ constitue un autre exemple d'une loi qui adopte essentiellement une approche de réglementation directe en matière de protection environnementale. Cependant, cette loi pourrait également s'avérer être le meilleur exemple au Canada d'un régime provincial de crédit d'émissions de sources mobiles. Ceci dit, le fondement législatif habilitant des échanges d'émissions mobiles établis en vertu de la BCWMA ne ressort pas avec évidence. La Loi autorise l'adoption de règlements visant les fabricants de véhicules motorisés neufs. En vertu de ces règlements, les véhicules motorisés qui sont produits et livrés pour être vendus à l'intérieur de la province pendant une période de temps précisée doivent constituer un mélange de véhicules motorisés déterminés conformément à une formule précisée²²⁸. La Loi exige également que chaque fabricant de véhicules motorisés neufs présente des plans visant à la réduction des émissions de véhicules motorisés²²⁹, en plus de prescrire des exigences relatives au contenu de tels plans et des objectifs de réduction d'émissions auxquels les plans doivent satisfaire²³⁰. Les règlements eux-mêmes autorisent l'échange de droits d'émission entre les fabricants de véhicules afin qu'ils puissent satisfaire aux normes d'émission qui s'appliquent aux véhicules motorisés²³¹.

223 *Id.*, article 7(5).

224 *Id.*, article 7(6).

225 Voir ci-dessus, partie II.

226 Voir ci-dessus, partie IV.A.3.a.

227 L.R.C. 1996, c. 482.

228 *Id.*, article 41(j).

229 *Id.*, article 41(k).

230 *Id.*, article 41(l).

231 Motor Vehicle Emission Regulations, B.C. Reg. 517/95, article 5 (1995).

C. Lois territoriales

1. Lois actuelles qui pourraient autoriser l'échange de droits d'émission

a. La Yukon Environment Act

La législation territoriale peut également pourvoir à la mise sur pied de programmes d'échange de droits d'émission. En vertu de la Yukon Environment Act (YEA)²³², le gouvernement territorial peut promulguer des règlements prescrivant la mise sur pied de régimes économiques ou l'usage d'outils économiques visant à stimuler la protection de la qualité de l'air²³³. Cette disposition habilitante est très large et pourrait éventuellement permettre le développement d'un régime d'échange de droits d'émission. Cependant, jusqu'à maintenant, aucun règlement n'a encore été promulgué. En conséquence, le pouvoir d'échange de droits d'émission de cette loi est plus théorique que réel. De plus, étant donné les caractéristiques habituelles des régimes d'échange de droits d'émission, la loi territoriale manque du type de détail assurant qu'un régime approprié pourrait être élaboré.

D. Règlements municipaux

1. Règlements municipaux actuels et leur application éventuelle à l'échange de droits d'émission

a. La Communauté urbaine de Montréal

Les gouvernements municipaux sont des créatures des provinces en vertu de la Constitution²³⁴. La plupart des provinces ont ainsi promulgué des lois qui accordent aux municipalités une vaste gamme de pouvoirs. Dans certaines provinces, l'existence de très grandes agglomérations urbaines, telles Vancouver, Toronto et Montréal, a justifié l'adoption de lois propres régissant des agglomérations. Ces lois accordent souvent aux grandes villes des pouvoirs d'action supplémentaires. Au Québec, la Loi sur la Communauté urbaine de Montréal (LCUM)²³⁵ accorde depuis longtemps à la Ville de Montréal le pouvoir d'adopter des règlements en matière de pollution atmosphérique. Les règlements de la Ville en matière de pollution atmosphérique²³⁶ contiennent des normes de point de contact²³⁷, de même que des normes de point d'émission²³⁸. Même si les premières de ces normes ne conviendraient pas à un programme d'échange de droits d'émission pour les raisons données ci-dessus²³⁹, ce n'est pas le cas des autres. Les substances couvertes en vertu de l'approche axée sur le point d'émission comprennent les particules émises par des industries particulières, l'anhydride sulfureux, des substances organiques, les oxydes d'azote et le monoxyde de carbone²⁴⁰.

Bien que le règlement municipal de la CUM n'aborde pas de questions d'échange de droits d'émission, la loi

232 S.Y. 1991, c. 5.

233 *Id.*, article 145(h).

234 Loi constitutionnelle de 1867, article 92(8).

235 L.Q.1994, c. 37.2.

236 Règlement municipal de la Ville de Montréal 90 (1986).

237 *Id.*, article 3.01.

238 *Id.*, article 6.01 (exigeant que les émissions de tout polluant résultant des activités énumérées au Tableau 6 du règlement municipal soient réduites par le pourcentage, la concentration ou le taux stipulé dans le Tableau).

239 Voir ci-dessus, notes 193-194.

240 Règlement municipal de la Ville de Montréal 90, Tableau 6.

habilitante, la LCUM, pourrait être amendée de façon à autoriser la mise sur pied d'un tel régime. Un régime d'échange de droits d'émission, du type d'allocation et de crédit, a été utilisé dans de grandes agglomérations urbaines d'autres compétences territoriales²⁴¹ et pourrait être mis en oeuvre à Montréal à l'égard de substances réglementées par les articles du règlement sur la pollution atmosphériques relatifs aux mesures d'émission avant combustion ou aux points d'émission.

E. Liste de normes fédérales et provinciales choisies

La plupart des compétences territoriales au Canada ont élaboré des normes de qualité de l'air. Cependant, certaines compétences ont employé des normes de point de contact ou ont élaboré des critères de qualité de l'air ambiant et ni l'un ni l'autre de ces types de normes ne convient nécessairement à une utilisation à l'égard d'un régime d'échange de droits d'émission²⁴². Ce sont surtout les compétences qui se sont dotées de limites avant combustion ou de normes de point d'émission, ou encore qui ont imposé des limites aux émissions annuelles totales qui peuvent s'en servir dans le cadre soit d'un régime de crédit sur la réduction des émissions ou d'un régime d'échange de droits d'émission. La liste suivante, au Tableau 1, offre un choix d'approches et de substances couvertes dans divers champs de compétence fédéral et provinciaux à l'égard de sources stationnaires de pollution atmosphérique. Il ressort du Tableau 1 qu'une gamme d'approches des normes est utilisée dans les champs de compétence examinés. La plupart des compétences examinées s'intéressent à beaucoup des mêmes substances, sans nécessairement employer le même type de norme pour contrôler les substances en question. En conséquence, lorsque l'on tentera d'élaborer un régime d'échange de droits d'émission, on pourrait éprouver certaines difficultés à passer

d'une compétence à une autre aux fins de faciliter les échanges soit d'allocations (à l'intérieur d'un système fermé) ou de crédits (à l'intérieur d'un système ouvert) à l'égard de substances particulières.

V. Conclusions et recommandations

Le présent rapport visait à étudier les régimes législatifs et réglementaires actuellement en vigueur dans certaines compétences territoriales choisies au Canada afin de déterminer si le cadre canadien actuel autorise explicitement l'usage de l'échange de droits d'émission, pourrait être interprété de façon à le permettre ou nécessiterait des amendements à cet effet. La deuxième partie du rapport fournit le contexte des caractéristiques des programmes d'échange de droits d'émission, y compris leurs objectifs, variétés et usages, ainsi que les composantes habituelles de tels programmes, de même que leur application à des sources de pollution et des polluants particuliers. Les régimes d'échange de droits d'émission pourraient présenter toute une gamme de caractéristiques. Premièrement, il est probable, à long terme, qu'ils doivent s'appliquer à divers types de sources de pollution (stationnaires, mobiles, non ponctuelles). Deuxièmement, il est probable que l'on assiste à l'instauration de régimes d'échange intraprovinciaux, interprovinciaux et internationaux. Troisièmement, il est probable que de tels régimes comprennent des composantes administratives et réglementaires détaillées, plutôt que de se contenter d'imposer des sanctions au criminel pour cause de non-conformité aux prohibitions légales. Quatrièmement, de tels régimes auront probablement une incidence sur les droits contractuels des parties. Ces caractéristiques suggèrent qu'on aura besoin de lois tant fédérales que provinciales pour réglementer l'échange de droits d'émission. L'information contenue dans la deuxième partie a servi de point de référence dans le cadre de

241 Voir ci-dessus, note 24, et le texte d'accompagnement (le programme RECLAIM a été créé par l'agence de l'État pour la région de Los Angeles).

242 Voir ci-dessus, notes 193-194, et le texte d'accompagnement.

TABLEAU 1

Compétence	AAQ Crit./Obj.	Point de contact	Émission avant combustion	Limite d'émission
Canada	SO ₂ NO _x CO O ₃ SPM		plomb mercure chlorure de vinyle amiante (par secteur industriel)	
Ontario		SO ₂ NO _x CO O ₃ SPM 82 autres substances (propres au secteur non industriel)		SO ₂ NO (4 sociétés)
Québec	SO ₂ NO ₂ CO O ₃ SPM		particules et substances organiques et inorganiques pour plus de 20 secteurs industriels	SO ₂ (2 fonderies)
Nouvelle-Écosse	SO ₂ NO ₂ CO O ₃ TSP H ₂ S			SO ₂ (1 société, d'autres viendront sans doute s'y ajouter)
Alberta			particules organiques et inorganiques plomb chlorure de vinyle (par secteur industriel)	
C.-B.			particules organiques et inorganiques (pour certains secteurs industriels et incinérateurs)	
Montréal			particules SO ₂ substances organiques NO _x CO (par secteur industriel)	

l'examen des dimensions constitutionnelles et légales des régimes fédéraux et provinciaux.

Dans la troisième partie, on s'est penché brièvement sur les pouvoirs constitutionnels des ordres de gouvernement fédéral et provincial au Canada en ce qui a trait à l'échange de droits d'émission et à la lumière des caractéristiques qui seront probablement intégrées dans de telles lois. Le pouvoir constitutionnel qu'il conviendra le mieux d'invoquer pour fonder une loi fédérale sur l'échange de droits d'émission est le pouvoir de légiférer en matière de commerce. Cela permettrait d'éviter les désavantages inhérents à l'invocation du pouvoir de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement, qui aboutirait à l'exclusion de toute loi provinciale. Il est également préférable que le gouvernement fédéral invoque son pouvoir de légiférer en matière de commerce plutôt que son pouvoir d'édicter le droit criminel, car cette deuxième option limiterait la portée du droit fédéral en la matière à un régime étroit de prohibition et d'imposition de pénalités. Le recours à son pouvoir de légiférer en matière de commerce permettrait au gouvernement fédéral d'adopter une approche plus large et plus flexible, tout en permettant aux gouvernements provinciaux d'adopter des lois concurrentes et compatibles pour régir les dimensions intraprovinciales de l'échange de droits d'émission. Le principal pouvoir constitutionnel permettant aux gouvernements provinciaux d'adopter leurs propres lois pour régir l'échange de droits d'émission est leur droit de légiférer en matière de droits de propriété et de droits civils à l'égard des dimensions intraprovinciales d'un tel programme.

Dans la quatrième partie, on a procédé à une analyse des lois canadiennes actuelles et envisagées qui seraient pertinentes à l'instauration de programmes d'échange de droits d'émission. La plupart des lois canadiennes en matière d'environnement se caractérisent par une approche réglementaire directe. Au plan fédéral, les lois actuelles, à l'exception de la LSVA, ne disent rien de l'échange de droits d'émission. Éventuellement, des amendements apportés à la LCPE par le projet de

LCPE 1998 autoriseraient l'échange de droits d'émissions en ce qui a trait aux substances toxiques, aux substances nutritives, aux carburants, à la pollution de l'air et de l'eau de portée internationale, et aux émissions découlant d'activités ou provenant d'installations fédérales situées sur des terres fédérales ou autochtones. Le pouvoir de réglementer l'échange de droits d'émission tel que défini par la LCPE 1998 est très vaste. Cependant, la nature, l'étendue et la pertinence de ce pouvoir dépendront dans une large mesure tant (1) du contenu des règlements qui restent à élaborer et (2) de celui de ses pouvoirs constitutionnels que le gouvernement fédéral est prêt à invoquer et la Cour suprême à confirmer à l'égard d'un tel programme. En dépit de son étendue, la LCPE 1998 manque de plusieurs des caractéristiques essentielles de lois réussies en matière d'échange de droits d'émission.

Au plan provincial, la plupart des lois en matière d'environnement se caractérisent elles aussi par une approche réglementaire directe. La mesure dans laquelle on pourrait se servir de telles lois pour appuyer l'échange de droits d'émission sans apporter des amendements législatifs explicites est relativement faible dans des provinces comme l'Ontario. Ceci est particulièrement vrai car, même lorsqu'une société se surconforme aux normes et se trouve effectivement dans une position de crédit d'émissions, les lois existantes ne permettent pas à une autre société de se servir de ces crédits si cela pouvait avoir pour effet de mettre la deuxième société en situation de non-conformité. De plus, dans les provinces où les règlements en matière de qualité de l'air sont axés sur la mesure de la qualité de l'air ambiant ou sur le point de contact, comme en Ontario, l'échange de droits d'émission pourrait ne pas avoir lieu du fait de la grande difficulté de déterminer la contribution d'une source particulière à l'ensemble des contraventions à de telles normes. Des amendements à la loi ontarienne proposés récemment autoriseraient la mise sur pied d'un régime d'échange de droits d'émission. Cependant, il ne sera pas possible de juger de la pertinence du régime envisagé avant que les règlements qui lui seront assortis aient été publiés — ceci dit, il est

improbable que l'on puisse s'appuyer sur les règlements axés sur le point de contact qui prévalent en Ontario aux fins de l'instauration d'un régime d'échange de droits d'émission. Lorsque des provinces semblent recourir à une réglementation avant-combustion ou source ponctuelle de substances particulières (comme c'est le cas, par exemple, du Québec, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique), on pourra instaurer un système de marché ouvert d'échange de droits d'émission. Certaines provinces, dont l'Ontario, ont depuis longtemps mis en oeuvre des règlements en matière de pollution atmosphérique qui imposent une limite aux apports totaux dans l'atmosphère de polluants particuliers, tel l'anhydride sulfureux. Un régime de ce type conviendrait parfaitement à l'élaboration d'un système fermé (imposition d'une limite aux émissions et échange de droits d'émission) assorti des amendements législatifs appropriés. Il est possible que les amendements récemment proposés en Ontario qui autoriseraient l'échange de droits d'émission s'appuient sur les règlements actuels visant à imposer une limite aux émissions.

La loi néo-écossaise imposant une limite aux émissions et instaurant un régime d'échange de droits d'émission pourrait fort bien constituer le régime le plus perfectionné d'échange de droits d'émission au Canada. L'approche adoptée par la Nouvelle-Écosse suggère que l'Ontario pourrait modifier son programme actuel d'imposition d'une limite des émissions d'anhydride sulfureux. Elle suggère également une façon dont d'autres provinces qui ont affirmé leur pouvoir de réglementation de l'échange de droits d'émission par voie législative — l'Alberta, par exemple — pourraient s'inspirer pour élaborer des règlements appropriés. Mais la loi néo-écossaise présente également certains désavantages : le principal est sa concentration sur une seule substance (l'anhydride sulfureux) et le manque de détails ou de fondement législatif dans les lois ou règlements traitant de certaines caractéristiques habituelles de tels programmes d'échange de droits d'émission. Au minimum, la loi de la Nouvelle-Écosse bénéficierait de

l'inclusion dans son texte de certaines des dispositions habilitantes comprises dans la LCPE 1998. De son côté, la LCPE 1998 pourrait s'inspirer avec profit de l'usage que l'Ontario et la Nouvelle-Écosse tirent de l'imposition d'une limite aux émissions.

Dans l'ensemble, étant donné (1) les caractéristiques qu'une loi en matière d'échange de droits d'émission devrait posséder pour réussir à atteindre ses objectifs, (2) les questions constitutionnelles dont il faudra débattre et (3) le petit nombre de programmes proposés ou mis en oeuvre jusqu'à maintenant, on doit considérer que le processus d'élaboration d'une législation canadienne en matière d'échange de droits d'émission n'en est encore qu'à ses balbutiements. Il reste à voir si cette situation peut changer et, dans l'affirmative, à quel rythme.

Annexe 2

De la stratégie à la loi : Fondements constitutionnels et législatifs nécessaires pour passer à l'action

Chapitre XIV

Turning Down the Heat

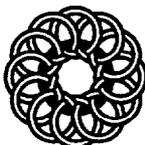
Échange des droits d'émission et mise en application du protocole de Kyoto

par
Chris Rolfe

Mars 1998

Reproduit et distribué par la
Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie,
avec la permission de l'auteur

Table ronde nationale
sur l'environnement
et l'économie



National Round Table
on the Environment
and the Economy

Table des matières

Les gaz à effet de serre et la répartition des responsabilités	2
Les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils	3
Compétence fédérale sur les questions d'intérêt national	3
<i>Crown Zellerbach : les juges majoritaires appuient la compétence concentrée</i>	4
<i>Crown Zellerbach : les juges dissidents appuient la compétence étendue</i>	6
Pouvoir fédéral de conclure des traités	8
Pouvoir fédéral en matière de droit pénal	9
Le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce	12
Pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière fiscale	12
Pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière forestière	14
Pouvoirs provinciaux et fédéraux en matière de transport	14
Le chevauchement de pouvoirs et le critère de l'intérêt national	15
Sommaire des pouvoirs provinciaux et fédéraux	16
Lois fondamentales régissant la réduction des gaz à effet de serre	18
Interprétation législative	18
Questions stratégiques	19
Les lois actuelles répondent-elles aux besoins?	20
<i>Lois fédérales</i>	20
<i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement</i>	20
<i>Loi sur l'efficacité énergétique et Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles</i>	23
<i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale</i>	24
<i>Lois de la Colombie-Britannique</i>	25
<i>Waste Management Act (Loi concernant la gestion des déchets)</i>	25
<i>Energy Efficiency Act (Loi concernant l'efficacité énergétique)</i>	26
<i>The Municipal Act (Loi concernant les municipalités)</i>	26
<i>Utilities Commission Act (Loi concernant la commission des services publics)</i>	27
<i>BC Environmental Assessment Act (Loi concernant l'évaluation environnementale de Colombie-Britannique)</i>	27
<i>The Social Service Tax Act (Loi concernant la taxe pour les services sociaux)</i>	27
Conception d'instruments juridiques visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre	27
Problème de conception n° 36 : Diviser les responsabilités entre les provinces et le gouvernement fédéral	28
<i>La problématique :</i>	28

<i>Le débat :</i>	28
Programme à dominante provinciale	28
Programme à dominante fédérale	29
<i>Les conclusions :</i>	29
Problème de conception n° 37 : Assurer une assise législative appropriée	30
<i>La problématique :</i>	30
<i>Le débat :</i>	30
Nouvelle législation pour l'échange de droits d'émission	30
Modifications aux lois existantes	31
<i>La conclusion :</i>	31
Sommaire	32

Le devoir de la plus haute importance que le Parlement et les législatures provinciales ont d'utiliser pleinement les pouvoirs législatifs qui leur ont été respectivement conférés en matière de protection de l'environnement a inévitablement imposé aux tribunaux l'obligation de définir progressivement la mesure dans laquelle ces pouvoirs peuvent être utilisés à cette fin. Pour s'acquitter de cette tâche, il incombe aux tribunaux d'établir l'équilibre fondamental entre les deux niveaux de gouvernement envisagés par la Constitution. Toutefois, pour ce faire, ils doivent se rappeler que la Constitution doit être interprétée de manière à tenir compte pleinement des nouvelles réalités et de la nature du sujet que l'on veut réglementer. En raison du caractère omniprésent et diffus de l'environnement, cette réalité pose des difficultés particulières dans le présent contexte.

— Juge La Forest, Cour suprême du Canada, *R. c. Hydro-Québec*, 18 septembre 1997.

Toute stratégie efficace de réduction des émissions des gaz à effet de serre comporte forcément de nombreux éléments disparates. Il peut s'agir de modifications aux lois fiscales, de programmes d'échange de droits d'émission, de normes de rendement énergétique, de programmes ou de règlements visant à augmenter le carbone piégé dans les sols et les forêts, de restrictions imposées à la teneur en azote des engrais, de lois sur la gestion de la croissance urbaine, d'exigences relatives à la récupération du méthane dans les décharges, etc. Jusqu'ici, ce rapport a analysé les divers éléments possibles d'un programme de réduction des émissions de gaz à effet de serre, sans trop s'attarder sur la manière dont ce programme pourrait s'appliquer sur le plan législatif.

Le présent chapitre examine comment les stratégies de réduction des émissions de gaz à effet de serre devraient être mises en œuvre dans les lois. Ce chapitre traite essentiellement de la mise sur pied de programmes d'échange de droits d'émission ou d'échange de coupons de carbone. Il analyse les pouvoirs constitutionnels que détiennent les provinces et le gouvernement fédéral de mettre sur pied des programmes de réduction des émissions de gaz à effet de serre, et d'autres facteurs qui sous-tendent la manière dont les programmes de réduction des émissions de gaz à effet de serre devraient se concrétiser dans les lois. Il examine également dans quelle mesure la législation existante pourrait appuyer divers éléments d'un programme de réduction d'émissions.

Les pouvoirs restreints des gouvernements provinciaux et fédéral rendent plus difficile de concevoir un programme visant à réduire les gaz à effet de serre au Canada. Tout programme, à moins qu'il ne soit purement facultatif, exige une certaine assise juridique, le plus vraisemblablement un ensemble de lois et règlements, et ces derniers doivent s'inscrire dans les pouvoirs constitutionnels du gouvernement qui les adopte.

Les règlements sont des lois adoptées par les organismes auxquels les assemblées législatives provinciales ou le parlement fédéral ont délégué un pouvoir de réglementation. La plupart des règlements sont promulgués par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par le gouverneur en conseil (c'est-à-dire par le conseil des ministres de la province ou du gouvernement fédéral, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur ou du Gouverneur général). Le pouvoir de réglementation peut également être accordé à des autorités indépendantes (telles que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) ou aux autorités locales et régionales. À l'instar des lois, les règlements doivent s'inscrire dans les pouvoirs constitutionnels du niveau de gouvernement qui les a pris. Ils doivent également être autorisés par la loi.

Les tribunaux sont chargés de décider si, oui ou non, le gouvernement a le pouvoir constitutionnel de promulguer une loi ou un règlement particulier, et si une loi lui confère le pouvoir de prendre un règlement particulier ou habilite les administrateurs à agir d'une certaine manière.

Le présent chapitre s’amorce par un examen de la répartition constitutionnelle des responsabilités entre les gouvernements provinciaux et fédéral, en matière d’émissions de gaz à effet de serre, ainsi que par une étude des facteurs déterminant quelles sont les lois fondamentales qui sont nécessaires pour les règlements visant à réduire les gaz à effet de serre. Il répond ensuite à deux questions cruciales qui découlent de l’analyse précédente : Comment les responsabilités en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre devraient-elles être réparties entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux? Et quelles sont les étapes nécessaires si l’on veut assurer l’assise législative nécessaire pour légiférer en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre?

Les gaz à effet de serre et la répartition des responsabilités

Tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux détiennent de vastes pouvoirs d’adopter des lois aux fins de réduire les gaz à effet de serre, mais

Les tribunaux se sont efforcés d’éviter d’aborder la Constitution sous un angle technique qui risquerait de porter atteinte à l’efficacité de toute politique environnementale.

aucun d’eux n’a un pouvoir illimité de promulguer quelque législation que ce soit à quelque fin que ce soit. La répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux repose sur la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, telle qu’interprétée par les tribunaux. Les deux niveaux de gouvernement ont des pouvoirs de réglementation visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre qui reposent sur les matières relevant de leur autorité selon la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence de l’un ou

l’autre niveau de gouvernement d’adopter des lois relatives aux émissions de gaz à effet de serre dépendra autant de la manière dont le changement climatique est défini par les tribunaux que de la forme et de la portée de toute loi visant cette matière.

À la lecture des grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle qui portent sur des questions environnementales, on ne peut qu’être frappé par le profond désir des tribunaux, notamment de la Cour suprême du Canada, de ne pas paralyser l’adoption de lois environnementales efficaces, ainsi que par le profond respect que manifestent les tribunaux pour une Confédération canadienne équilibrée. Ce thème imprègne les décisions des juges dissidents et majoritaires dans une série d’affaires tranchées à la fin des années 1980 et 1990. Quant aux menaces environnementales qui s’étendent au-delà des frontières nationales et provinciales, il se dégage une volonté d’éviter d’aborder la Constitution sous un angle technique qui risquerait de porter atteinte à l’efficacité des politiques, dans la mesure où les rédacteurs législatifs respectent l’importance d’une Confédération équilibrée.

La compétence fédérale de promulguer des règlements qui ont un effet sur les émissions de gaz à effet de serre repose surtout sur les pouvoirs fédéraux en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, de droit pénal, de fiscalité, d’échanges et de commerce². Les pouvoirs des provinces en matière d’environnement ont surtout trait à la propriété et aux droits civils, aux questions locales, aux entreprises intraprovinciales et aux ressources forestières³. Les provinces ont également le pouvoir de prélever des impôts directs⁴. Quant aux municipalités, aux autorités régionales et territoriales, elles ne détiennent aucun pouvoir constitutionnel, mais plutôt tout pouvoir qui leur est délégué par les gouvernements provinciaux ou fédéral.

1 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict. ch. 3.

2 *Ibid.*, art. 91.

3 *Ibid.*, art. 92.

4 *Ibid.*, par. 92(2).

Le chevauchement entre les pouvoirs provinciaux et fédéraux est fréquent. Par exemple, le gouvernement fédéral pourrait établir des normes nationales de rendement énergétique à partir de sa compétence en matière de droit pénal, tandis que les provinces établissent des normes plus élevées à partir de leurs pouvoirs relatifs à la propriété et aux droits civils.

Les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils

La rubrique de compétence en matière de « propriété et droits civils » forme l'assise constitutionnelle de la plupart des initiatives environnementales des provinces⁵. Les règlements provinciaux qui restreignent la production et l'utilisation de substances qui appauvrissent la couche d'ozone, les permis provinciaux qui autorisent le rejet d'aérocontaminants dans l'environnement, ainsi que les permis qui exigent certains dispositifs de surveillance et la production de rapports reposent tous sur les rubriques de compétence en matière de propriété et de droits civils. Entre autres, les pouvoirs en matière de propriété et de droits civils permettent aux provinces de réglementer les émissions, les codes du bâtiment, l'aménagement du territoire, les normes d'efficacité, et les exigences de recyclage et de bonne gestion des produits — autant de mesures qui

touchent directement ou non les émissions de gaz à effet de serre. Sous réserve de certaines limites évoquées ci-dessous, les lois provinciales s'étendent aux terres fédérales, telles que les ports et les réserves indiennes, et aux entreprises fédérales telles que les gazoducs interprovinciaux⁶.

Quoique les provinces ne puissent réglementer les importations proprement dites, elles peuvent le faire dans le cadre d'un règlement sur les combustibles fossiles pris dans une province⁷. Ainsi, les provinces pourraient éventuellement établir des programmes de plafond et d'échange de coupons de carbone. Sous réserve que les tribunaux puissent considérer le changement climatique comme une question d'intérêt national sur laquelle le gouvernement fédéral a un pouvoir exclusif⁸, les provinces devraient aussi détenir des pouvoirs clairs d'établir des normes réglementaires pour les gaz à effet de serre, des programmes d'échange de crédits et des programmes de plafond et d'échange de quotas d'émission.

Compétence fédérale sur les questions d'intérêt national

La Constitution dote le gouvernement fédéral d'un pouvoir suprême d'adopter des lois pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement » du Canada. Ce pouvoir a été interprété comme lui permettant de

5 *R. v. Lake Ontario Cement Ltd.* (1973), 11 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.).

6 Plusieurs arrêts rejettent l'idée que les terres fédérales sont des enclaves qui échappent à la loi provinciale : *Montcalm Construction Inc. v. Minimum Wage Comm'n* (1978), 93 D.L.R. (3d) 641 (C.S.C.) p. 660, et *Cardinal v. A.G. Alta.* (1973), 40 D.L.R. (3d) 553 (C.S.C.) p. 560. Les arrêts qui confirment l'application des lois environnementales aux terres fédérales comprennent : *Canadian National Railway Co. v. Ontario (Director appointed under the Environmental Protection Act)* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C. A. Ont.), dans lequel un décret provincial exigeant la préparation d'un rapport sur la contamination des terres fédérales a été déclaré valide parce qu'il ne prétendait pas réglementer ni l'utilisation ni la propriété de la terre fédérale; *R. v. Harrt and Stewart* (1979), 94 D.L.R. (3d) 461 (C.S.N.-B., Div. d'appel) dans lequel les lois provinciales sur les jeux ont été considérées comme s'appliquant aux terres fédérales.

7 La jurisprudence est divisée sur ce point, certaines décisions étant favorables aux restrictions provinciales sur la commercialisation qui s'appliquent aux produits importés dans une province (*Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; suivi dans *Can. Indemnity Co. v. A.G.B.C.*, [1976] 5 W.W.R. 748 (C.S.C.); *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] C.A. 708 (C.P.); *Home Oil Distributors v. A.G.B.C.*, [1940] R.C.S. 444), et d'autres arrêts rejetant les lois provinciales qui s'appliquent à des marchandises commercialisées à l'échelle nationale. Les programmes provinciaux ne doivent pas, par exemple, viser à restreindre le commerce intraprovincial en désavantageant les producteurs de l'extérieur de la province : voir *Le Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg & Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689, et Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuillets mobiles (Toronto : Carswell, 1992), 21-19. Voir aussi *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.* [1996] B.C.J. No. 1789 (B.C.C.A.).

réglementer des « questions d'intérêt national⁹ ». Il est très probable que les tribunaux confirmeront le pouvoir direct du gouvernement fédéral de réglementer les gaz à effet de serre comme étant une question d'intérêt national, mais les limites exactes de ce pouvoir fédéral sont incertaines.

Le grand arrêt de jurisprudence qui détermine quels aspects environnementaux constituent des questions d'intérêt national est *La Reine c. Crown Zellerbach Canada Limited*¹⁰. Dans une décision avec avis minoritaire rendue par cinq juges contre quatre, la Cour suprême du Canada a confirmé la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*¹¹. Cette loi réglementait l'immersion de déchets en mer, à l'intérieur comme à l'extérieur des provinces.

Crown Zellerbach : les juges majoritaires appuient la compétence concentrée

Dans un arrêt rendu à la majorité, la Cour a décidé que la législation confirmée selon les critères de l'intérêt national doit porter sur une matière qui n'existait pas au moment de la Confédération (par exemple, l'aviation) ou qui, même si elle était déjà une question locale ou provinciale au moment de la Confédération en 1867, était devenue depuis une question d'intérêt national¹². La matière doit également avoir « une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec

le partage fondamental des pouvoirs législatifs¹³ ». Pour déterminer si une question présente le degré nécessaire d'« unicité, de particularité et d'indivisibilité », la Cour a déclaré qu'il est particulièrement opportun de tenir compte de l'effet de tout manquement d'une province à intervenir de manière efficace dans la question des intérêts extraprovinciaux.

Selon la majorité, l'immersion des déchets en mer présentait le caractère requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité, parce que la législation fédérale se bornait à l'immersion dans la mer. La majorité a mentionné les divers protocoles internationaux qui traitent de l'immersion des déchets en mer et a signalé que le gouvernement fédéral aurait de la difficulté à faire la distinction entre l'élimination de déchets dans les eaux maritimes intérieures d'une province et dans celles qui sont extérieures à une province.

L'application du critère de l'intérêt national à des questions environnementales a été réexaminée par les juges dissidents de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Hydro-Québec*¹⁴. La question primordiale dans l'affaire *Hydro-Québec* consistait à déterminer si la réglementation fédérale des substances toxiques en vertu de la partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹⁵ (LCPE) était constitutionnelle. La majorité de la Cour a confirmé la partie II de la LCPE en se basant sur le pouvoir fédéral en matière de droit pénal et, ainsi, elle n'a pas abordé la question de la constitutionnalité de la partie II selon le critère de l'intérêt national.

8 Voir ci-après, sous la rubrique « Le chevauchement des pouvoirs et le critère d'intérêt national ».

9 La *Loi constitutionnelle de 1867* dote en fait le gouvernement fédéral d'un pouvoir général de « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans » les catégories de sujets exclusivement assignés aux provinces. La *Loi constitutionnelle de 1867* énumère alors plusieurs « rubriques de pouvoir fédéral » à titre d'exemple. En général, les tribunaux ont interprété la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement de manière étroite, limitant les pouvoirs du gouvernement fédéral relatifs à la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement à des « questions d'intérêt national », à des cas d'urgence, et à des questions non abordées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

10 [1988] 1 R.S.C. 401; 3 C.E.L.R. (N.S.) 1.

11 *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, L.C. 1974-75-76, ch. 55.

12 *R. c. Crown Zellerbach Canada*, note 10 ci-dessus; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.S.C. 914, p. 944-945.

13 *R. c. Crown Zellerbach Canada*, note 10 ci-dessus, C.E.L.R. 32.

14 18 septembre 1997, doc. no 24652, Cour suprême du Canada.

15 L.R.C. 1985, ch. 16 (4e suppl.).

Les juges dissidents étaient d'avis que la partie II ne respectait pas le critère de l'intérêt national parce que, selon eux, elle ne présentait pas les caractères nécessaires d'unicité, de particularité et d'indivisibilité. Les juges dissidents ont insisté sur le fait que, même si la LCPE ne s'appliquait qu'à quelques substances très toxiques dans la pratique, elle pouvait éventuellement s'appliquer à toute substance néfaste à l'environnement, quels que soient les facteurs tels que le degré de toxicité, la persistance ou le risque d'incidence à l'extérieur de la province. Dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*, les juges dissidents, tout en rejetant l'application du critère de l'intérêt national à quelque substance que ce soit qui endommage l'environnement, laissent nettement entendre que la législation fédérale serait confirmée si elle était clairement limitée à des substances toxiques persistantes et diffuses.

Ces arrêts sous-entendent que la réglementation des gaz à effet de serre présente probablement le caractère requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité pour être considérée comme une question d'intérêt national. Quoique leurs sources soient légion, les gaz à effet de serre sont traités comme un aspect distinct de la protection de l'environnement, qui se démarque de la pollution atmosphérique locale, de la pollution toxique ou de la pollution atmosphérique régionale. Il s'agit donc d'un sujet distinct du vaste éventail d'aspects qui, selon les juges dissidents dans *R. c. Hydro-Québec*, pourraient être visés par la partie II de la LCPE. De

même, comme dans le cas de l'immersion des déchets en mer, le changement climatique fait l'objet d'une entente juridique internationale. Avant tout, les gaz à effet de serre persistent dans l'environnement et ont des effets à l'extérieur de la province qui les réglemente¹⁶. Les déclarations de politiciens provinciaux qui font vœu de résister aux mesures réglementaires appuient également la compétence fédérale¹⁷. Ces déclarations soutiennent l'argument selon lequel, non seulement l'inaction de la province risque d'avoir des conséquences à l'extérieur de cette dernière, mais encore, ceci est très probable¹⁸.

Par ailleurs, la réglementation fédérale doit avoir sur la compétence provinciale une incidence qui soit conciliable avec la répartition fondamentale des pouvoirs législatifs. Elle doit comporter « des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale¹⁹ ». Dans *Crown Zellerbach*, la Cour a décidé que cette condition était respectée parce que la législation fédérale attaquée était limitée aux eaux de la mer et ne s'appliquait pas aux autres activités telles que les émissions atmosphériques et l'immersion dans les rivières, qui peuvent avoir une incidence sur la pollution marine mais qui signifieraient un empiètement plus grand sur la compétence provinciale. En gros, les juges majoritaires ont semblé

Tant que la législation est étroitement reliée à la réduction de la pollution internationale, le gouvernement fédéral ne peut être limité par des frontières artificielles.

16 Les jugements subséquents ont souligné l'importance de se demander si l'échec d'une province à traiter de manière efficace les aspects intraprovinciaux de la question pourrait avoir un effet néfaste à l'extérieur de la province. Voir *Re : RJR MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada* (1993), 102 D.L.R. (4th) 289 (C.A.Q.) et *Brasseries Labatt*, note 12 ci-dessus. De même, la réglementation fédérale en matière de pouvoir nucléaire a été considérée comme valide, parce que tout manquement d'une province à réglementer de manière adéquate la sécurité nucléaire pourrait exposer la population d'autres provinces à un risque extrême : *Ontario c. Ontario Hydro*, [1993] 3 R.C.S. 327.

17 Voir, par exemple, Sheldon Alberts, « Greenhouse gases treaty under gun. Alberta will fight mandatory cutbacks », 22 octobre 1997, *Edmonton Journal* p. A1, dans lequel le ministre de l'Environnement de l'Alberta, Ty Lund, est cité : « Nous allons résister aux mesures réglementaires exécutoires... la province a déclaré très clairement que, si nous ne sommes pas d'accord, le fédéral devra se charger de les faire appliquer »

18 Il faudrait également faire remarquer que le pouvoir fédéral de réglementer les gaz à effet de serre n'est pas seulement limité par la possibilité que les provinces puissent résoudre le problème par la voie de mesures provinciales de coopération. Dans *R. c. Crown Zellerbach*, les juges majoritaires font référence à un article d'un universitaire sur cette question, article qu'ils rejettent. L'article postule que, si les provinces peuvent prendre entièrement en main un problème en recourant à la coopération, le critère de l'intérêt national ne fait que justifier la législation fédérale visant le risque de non-coopération. Les juges majoritaires rejettent cette perspective, déclarant que, si une question est confirmée selon le critère de l'intérêt national, le Parlement a compétence pleine et exclusive de réglementer, notamment les aspects intraprovinciaux. Voir *Crown Zellerbach*, note 10 ci-dessus, p. 33. Quant à l'article universitaire mentionné, il s'agit de Gibson, « Measuring 'National Dimensions' » (1976), 7 *Man L. J.* 15.

19 *R. c. Crown Zellerbach*, note 10 ci-dessus.

disposés à accepter des frontières en quelque sorte artificielles et imposées à ce qui était véritablement un sujet plus vaste.

Si l'on applique ce critère aux gaz à effet de serre, on ne sait pas très bien où la compétence fédérale commencerait ou s'arrêterait. Où un tribunal pourrait-il établir la démarcation de la compétence fédérale? Toute démarcation risque d'être arbitraire. Il se peut que les tribunaux n'examinent que le degré d'empiètement sur un domaine traditionnellement réglementé par la province. Les tribunaux sont susceptibles de confirmer les normes de rendement énergétique qui s'appliquent à toutes les marchandises vendues au Canada, ainsi que la réglementation directe des émissions de gaz à effet de serre, parce que la réglementation dans ces domaines aurait une faible incidence sur l'équilibre général des pouvoirs entre les gouvernements provinciaux et fédéral²⁰. Par ailleurs, il est peu probable que les tribunaux confirment la législation fédérale qui comporte un empiètement majeur sur la compétence

provinciale traditionnelle (ex. : la réglementation de la croissance urbaine, l'amélioration des transports en commun, ou la réglementation des forêts sur les terres provinciales transférées au gouvernement fédéral). Hélas, ceci pourrait aboutir à ce que le gouvernement fédéral ait un pouvoir limité pour tenter de régler un problème d'intérêt mondial.

En exigeant que les provinces adoptent des plans de mise en œuvre, le gouvernement fédéral leur donnera peut-être la plus grande latitude possible sans paralyser pour autant le pouvoir fédéral.

Crown Zellerbach : les juges dissidents appuient la compétence étendue

Pour éviter pareil dénouement, un tribunal pourrait se tourner vers l'opinion des juges dissidents dans *Crown Zellerbach*. Bien qu'il s'agisse de l'opinion des juges dissidents, aucun élément de l'opinion des juges

majoritaires ou de l'une ou l'autre des opinions relatives à l'arrêt *Hydro-Québec* ne contredit l'opinion des juges dissidents dans *Crown Zellerbach*. Les juges dissidents ont reconnu l'artificialité de la distinction faite entre l'immersion dans les eaux maritimes côtières et les eaux territoriales, et les problèmes qui découleraient d'une tentative d'établir des distinctions semblables dans d'autres dossiers environnementaux. La tentative de définir la « pollution du milieu marin » comme catégorie législative distincte ne pourrait que donner lieu à un pouvoir fédéral de contrôle de la pollution tronqué qui ne réussirait que partiellement à atteindre son objectif censé être nécessaire.

Selon les juges dissidents dans *Crown Zellerbach*, tant que la législation fédérale est clairement reliée à la question d'intérêt national, le gouvernement fédéral n'est pas contraint par des frontières artificielles qui dotent cette matière du caractère distinctif requis. Le gouvernement aurait compétence sur l'immersion dans les rivières, la pollution atmosphérique ou la pollution des nappes phréatiques à condition que l'on prouve que la réglementation fédérale avait trait à la protection du milieu marin :

Lorsqu'il légifère, en vertu de sa compétence générale, afin de contrôler la pollution dans des zones... situées en dehors du ressort des provinces, le Parlement fédéral n'est pas limité à la réglementation des activités qui se déroulent dans ses zones. ... La réglementation visant à contrôler la pollution... pourrait inclure non seulement des normes d'émission, mais aussi le contrôle des substances utilisées dans l'industrie manufacturière ainsi que des techniques de production en général dans la mesure où elles ont un effet sur la pollution²¹.

Les juges dissidents ont reconnu les vastes implications de leur argumentation sur l'équilibre des pouvoirs fédéraux et provinciaux. D'après les juges dissidents, les

20 La réglementation fédérale actuelle du rendement énergétique s'inspire du pouvoir fédéral en matière de commerce interprovincial ou international, et ne s'applique qu'aux marchandises qui traversent les frontières provinciales. Tel que mentionné dans le chapitre VI, ceci cause certains problèmes.

21 *R. c. Crown Zellerbach*, note 10 ci-dessus, 3 C.E.L.R. 44.

tribunaux devraient élaborer des « stratégies judiciaires » pour limiter la sphère d'attribution de la législation fédérale et pour éviter d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux, tout en permettant au gouvernement fédéral de protéger les intérêts nationaux et internationaux plus généraux. Une stratégie judiciaire appuyée par les juges dissidents consistait à exiger la preuve d'un lien entre la réglementation fédérale et la question d'intérêt national. Par exemple, s'il était clairement démontré que la pollution d'une rivière (question d'intérêt provincial) était liée à la pollution du milieu marin (question d'intérêt national), le gouvernement fédéral serait investi du pouvoir de réglementer la pollution de la rivière. Si le gouvernement fédéral réglemente avec souplesse les émissions directes de gaz à effet de serre, le lien manifeste avec un problème international suffirait sans doute pour appuyer la compétence fédérale.

Une autre stratégie judiciaire pourrait consister à permettre l'intervention du gouvernement fédéral uniquement si la législation donne aux provinces la possibilité de réglementer à la place du gouvernement fédéral. Par exemple, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* prévoit que les règlements fédéraux ne s'appliquent pas à une province si cette dernière est dotée d'une loi équivalente. Cependant, cette formule ne laisse aucune marge de manœuvre aux provinces quant à la manière dont elles peuvent aborder une question et, d'après l'opinion des juges dissidents dans l'affaire *Hydro-Québec*, les dispositions d'équivalence affaiblissent le critère de l'intérêt national en démontrant qu'une question est divisible²².

Une solution qui offre une plus grande latitude aux provinces consiste à ce que le gouvernement fédéral donne à ces dernières l'occasion de réduire leurs

émissions avant que le gouvernement fédéral n'intervienne. Selon le projet de loi dit *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* de 1997, avant de réglementer les sources provinciales, le ministre fédéral de l'Environnement doit consulter les gouvernements provinciaux. Si ces derniers sont incapables de lutter contre la pollution en vertu de leurs lois, ou s'ils ne veulent pas le faire, le gouvernement fédéral peut réglementer cette question²³. La difficulté avec cette solution, c'est que l'opinion des juges majoritaires dans l'arrêt *Hydro-Québec*, ainsi que dans des décisions antérieures, souligne que les questions confirmées selon le critère de l'intérêt national sont des questions qui relèvent exclusivement de la compétence fédérale. Ceci laisse entendre que, si l'on se base sur le critère de l'intérêt national, la législation fédérale relative aux gaz à effet de serre doit exclure toute possibilité d'une législation provinciale qui viserait directement les émissions de gaz à effet de serre.

Il existe une troisième solution qui, quoique novatrice, cadre peut-être le mieux avec la jurisprudence. La législation fédérale pourrait créer son propre programme visant directement à réduire les émissions de gaz à effet de serre, mais également donner aux provinces l'occasion de prendre des mesures nécessaires supplémentaires qui portent indirectement atteinte aux émissions. Par exemple, le gouvernement fédéral pourrait préciser son intention de créer un programme d'échange de droits d'émission, de réglementer directement certaines sources et de fixer des normes d'efficacité pour certains produits et procédés. Il pourrait alors exiger que les provinces élaborent un plan de mise en œuvre provincial qui comprenne des questions qui sont essentielles mais étroitement liées aux domaines qui relèvent clairement de la compétence

22 Selon l'auteur, ce raisonnement n'est pas fondé. L'« indivisibilité » devrait être interprétée dans le sens suivant : La coordination s'impose si l'on veut qu'un règlement soit efficace. En gros, les juges dissidents dans l'arrêt *Hydro-Québec* laissent entendre que l'éventualité que l'application d'un règlement provincial qui porte sur un aspect d'un sujet plus vaste pourrait être équivalent à l'un des nombreux règlements fédéraux est une preuve de divisibilité. Si cette solution est retenue, ceci voudrait dire que, pour qu'une question soit considérée comme étant d'intérêt national, il va falloir définir les matières de façon très rigoureuse. Par exemple, le gouvernement ne pourrait qu'adopter une loi permettant l'application de règlements sur les BPC provenant uniquement des incinérateurs, l'immersion en mer de déchets provenant uniquement des plates-formes de pétrole, les exigences relatives uniquement aux radios des avions, plutôt que les sujets plus vastes à propos desquels les tribunaux ont confirmé la législation fédérale, par exemple les substances toxiques diffuses et persistantes, l'immersion des déchets en mer ou l'aéronautique.

23 Par. 166(2)(3) et art. 167.

provinciale et qui échappent à la portée du programme fédéral. Les plans de mise en œuvre des provinces pourraient, par exemple, porter sur les puits de carbone forestiers, sur la gestion de la demande en transport, ou sur la gestion axée sur la demande. Si les gouvernements provinciaux n'élaborent pas ces plans ou n'élaborent pas des plans qui respectent les critères établis par la loi fédérale, le gouvernement fédéral pourrait réglementer ces domaines.

Les exigences relatives aux plans d'action provinciaux qui viennent compléter les mesures fédérales sont sans précédent au Canada. Cependant, on les retrouve dans d'autres systèmes fédéraux et elles s'apparentent à la formule adoptée dans le *Clean Air Act américain*. Quoiqu'elles risquent d'être sujettes à la controverse, elles sont peut-être le meilleur moyen de minimiser l'empiètement des pouvoirs fédéraux dans des domaines qui relèvent traditionnellement de la compétence provinciale, tout en veillant à ce que les questions d'intérêt national soient traitées de manière efficace.

Le gouvernement fédéral pourrait inciter davantage les provinces à prendre les mesures nécessaires en octroyant aux provinces des fonds pour des programmes tels que la gestion axée sur la demande et en exigeant des plans d'action provinciaux acceptables pour que ce financement soit accordé. Le recours à un tel financement pour veiller à ce que les provinces respectent les normes nationales a été le moyen habituel, quoique parfois contestable, de promouvoir les normes nationales dans des domaines tels que le bien-être et les soins de santé.

Pouvoir fédéral de conclure des traités

Il est parfois possible également de confirmer la réglementation fédérale des gaz à effet de serre en s'appuyant sur le pouvoir fédéral de conclure des traités. Quoique le gouvernement fédéral ait le pouvoir d'appliquer les traités de l'Empire britannique, ni la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni les amendements constitutionnels subséquents qui dotaient le Canada du pouvoir de conclure des traités en son propre nom, ne dotaient explicitement le gouvernement fédéral du pouvoir d'appliquer ses propres traités. Une décision rendue en 1937 par le Comité judiciaire du Conseil privé (anciennement la plus haute cour du Canada) a décidé que le gouvernement fédéral du Canada n'avait pas le pouvoir d'appliquer des traités dans les domaines qui relevaient de la compétence des provinces²⁴. Cette décision a été rendue malgré des décisions antérieures dans le sens contraire, malgré l'anomalie que constitue le fait de pouvoir appliquer les traités de l'Empire non pas d'autres traités, et malgré le fait que d'autres gouvernements fédéraux aient le pouvoir d'appliquer des traités.

Plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada ont exprimé une volonté de réexaminer cette question, dans la mesure où la législation fédérale qui est attaquée énonce clairement que la compétence fédérale est basée sur l'application de traités²⁵. Plusieurs experts en droit constitutionnel ont critiqué la décision de 1937, en disant que l'application de traités devrait être considérée comme une question d'intérêt national²⁶. Ainsi, si le Canada ratifie le *Protocole de Kyoto*, il se peut que cela vienne confirmer la compétence du gouvernement fédéral de l'appliquer.

Cependant, là encore, il est probable que les tribunaux voudront minimiser l'intrusion des lois fédérales dans les domaines relevant de la compétence provinciale. Les stratégies exposées ci-dessus qui visent cette question

24 *A.G. Canada v. A.G. Ontario (Re : Labour Conventions)*, [1937] 1 D.L.R. 673 (C.J.).

25 *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, p. 621.

26 Par exemple, voir Hogg, note 7 ci-dessus.

pourraient également s'appliquer à la concrétisation des engagements du Canada selon les termes du *Protocole de Kyoto*.

Pouvoir fédéral en matière de droit pénal

Le Parlement fédéral a un pouvoir législatif exclusif en matière de droit pénal. Avec le critère de l'intérêt national, ce pouvoir fournit l'assise constitutionnelle première de la réglementation fédérale des gaz à effet de serre. Un tribunal peut être prédisposé à confirmer la législation fédérale en matière de gaz à effet de serre en s'appuyant simplement sur son pouvoir en matière de droit pénal parce que, contrairement au critère de l'intérêt national, la confirmation de la réglementation fédérale des questions environnementales en vertu de son pouvoir en matière de droit pénal ne va pas à l'encontre de la réglementation provinciale de la même matière. Par ailleurs, le recours au pouvoir en matière de droit pénal pour appuyer un système complexe de réglementation par la voie de systèmes tels que l'échange des droits d'émission comporterait un élargissement sans précédent de ce qui est considéré comme relevant du droit pénal.

Dans *R. c. Hydro-Québec*²⁷, la Cour suprême du Canada a confirmé que la partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* était un exercice valable du pouvoir en matière de droit pénal. La partie II établit un système de notification et d'approbation pour les nouvelles substances apportées au Canada; elle inclut des dispositions relatives à la production obligatoire d'information sur les substances éventuellement toxiques; elle comprend un système d'évaluation des substances existantes et elle dote le gouverneur en conseil de vastes pouvoirs de réglementation en matière d'utilisation, d'émission, de transformation, d'emballage, d'échantillonnage, etc., de substances qui risquent de nuire à l'environnement.

²⁷ Note 14 ci-dessus.

²⁸ Note 14 ci-dessus, p. 61.

La décision des juges majoritaires, rédigée par le juge La Forest, indique que la réglementation environnementale est surtout un domaine de compétences simultanées. Les motifs de la décision révèlent la volonté de la Cour d'accepter que le gouvernement fédéral joue un rôle prépondérant en matière environnementale, dans la mesure où cela ne va pas à l'encontre de mesures plus énergiques de la part des provinces. Le juge La Forest cite la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (la Commission Brundtland) dans son rapport *Notre avenir à tous* :

Il devient de plus en plus évident que les sources et causes de pollution sont beaucoup plus diffuses, complexes et reliées — et les effets de la pollution plus répandus, plus cumulatifs et plus chroniques — qu'on ne le croyait précédemment. ...

... [L]es gouvernements nationaux devraient définir clairement les objectifs en matière d'environnement et obliger les entreprises industrielles à mettre en application les lois, les règlements, les mesures incitatives et les normes dans ce domaine.

Les règlements et les normes devraient régir des aspects tels que la pollution de l'air et de l'eau, ... l'efficacité des produits ou des processus du point de vue de la consommation d'énergie et de ressources, ainsi que la fabrication, la commercialisation, l'utilisation, le transport et l'élimination des substances toxiques. Cela *devrait normalement se faire à l'échelon national, les autorités locales étant habilitées à renforcer, mais non pas à libéraliser, les normes nationales*²⁸. (Souligné par le juge La Forest.)

Le juge La Forest fait également référence à sa déclaration au nom des juges dissidents dans *Crown Zellerbach*, à savoir que si l'on confie la question de la pollution environnementale exclusivement au Parlement fédéral, cela reviendrait à sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution²⁹. Il poursuit dans les termes suivants :

Je serais tout aussi craintif si on donnait une interprétation de la Constitution qui accorderait effectivement aux provinces, en vertu de pouvoirs généraux comme ceux relatifs à la propriété et aux droits civils, un contrôle sur l'environnement d'une manière qui empêcherait le Parlement d'exercer le leadership que la communauté internationale attend de lui et son rôle de protecteur des valeurs fondamentales des Canadiens en ce qui concerne l'environnement, au moyen de sa compétence en matière de droit criminel³⁰.

Alors que ces extraits, parmi d'autres, attestent d'un appui ferme en faveur de la politique de vastes pouvoirs fédéraux et provinciaux simultanés en matière d'environnement, la législation fédérale confirmée en vertu de la compétence en matière de droit pénal devra respecter certains des critères établis auparavant pour que le pouvoir relatif au droit pénal puisse s'appliquer de manière valide. Les tribunaux confirmeront généralement une loi comme relevant du domaine pénal si deux conditions sont respectées. Premièrement, le but de la loi doit être de supprimer tout effet nuisible ou non souhaitable pour le public. Cet effet peut avoir trait à des intérêts sociaux, économiques ou politiques. Deuxièmement, la loi doit être définie comme une interdiction et une sanction. Les deux critères sont pertinents quand on examine si une loi fédérale réglementant les émissions de gaz à effet de serre serait confirmée en recourant au pouvoir en matière de droit pénal.

Dans *R. c. Hydro-Québec*, la majorité et la minorité ont toutes deux convenu que la protection de l'environnement était un objectif légitime du droit pénal. La majorité a déclaré : « Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, édicter valablement des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution » ou, en d'autres termes, d'actes visant à introduire certaines substances toxiques dans l'environnement. Il est manifeste que les pouvoirs attribués au Parlement en matière de protection de l'environnement par la voie d'interdictions et de sanctions sont étendus.

Il est tout aussi clair que le Parlement fédéral a beaucoup de latitude pour déterminer quelles dispositions législatives seront qualifiées d'interdictions et de sanctions. Par exemple, dans l'arrêt *Hydro-Québec*, les juges majoritaires ont confirmé la réglementation des substances toxiques en vertu de la partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* comme étant valide en vertu des pouvoirs relevant du droit pénal. Ils sont demeurés indifférents au fait que la *LCPE* proprement dite (contrairement aux règlements qui en relèvent) ne contenait aucune véritable interdiction. Ils ne se sont guère plus préoccupés du fait que de nombreux pouvoirs de réglementation de la *LCPE* étaient exprimés en termes d'établissement de limites d'émission, d'exigences de rapport, d'imposition de conditions à l'utilisation de certaines substances, plutôt qu'en termes de simples interdictions. En outre, dans d'autres cas, les tribunaux se sont montrés désireux de confirmer les interdictions imposées à des activités qui ne constituent qu'une cause indirecte du dommage visé par la loi³¹. Ceci sous-entend que les interdictions imposées à des activités ou à des produits qui augmentent indirectement les émissions de gaz à effet de serre pourraient être confirmées.

29 *Crown Zellerbach*, note 10 ci-dessus, p. 51.

30 *R. c. Hydro-Québec*, note 14 ci-dessus, p. 72.

31 Par exemple, l'interdiction qui frappe la publicité du tabac était valide en vertu de la compétence en matière de droit pénal, même si elle ne visait qu'indirectement l'objectif public sous-jacent de réduire le tabagisme : *RJR MacDonald c. Canada*, note 16 ci-dessus.

Cependant, il n'est pas évident que les tribunaux confirmeront toutes les lois environnementales fédérales simplement parce qu'elles appliquent des interdictions et des sanctions aux fins de la réglementation. Dans l'arrêt *Hydro-Québec*, la majorité évoque la possibilité qu'une interdiction particulière pourrait être d'une telle ampleur qu'elle pourrait bien ne plus avoir trait à l'environnement. Le juge La Forest déclare qu'« une interdiction particulière pourrait être générale ou globale au point d'être considérée, de par son caractère véritable, comme visant réellement à réglementer un domaine relevant des provinces et non pas exclusivement à protéger l'environnement³² ». Il a également pris le soin de préciser que la partie II de la *LCPE* était conçue de manière telle qu'elle ne s'appliquait qu'à un éventail restreint de substances très néfastes.

Est-ce qu'un système interdisant les émissions excessives de gaz à effet de serre serait trop « englobant » au point d'échapper aux objectifs propres du droit pénal? Un tel système s'appliquerait à un champ beaucoup plus large d'activités que la législation dont on a tenu compte dans les cas où la compétence en matière de droit pénal a été confirmée³³. Cependant, lorsque, dans l'arrêt *Hydro-Québec*, la majorité fait référence aux lois fédérales qui sont trop englobantes pour être confirmées en vertu du droit pénal, cela semble être une réaction à la crainte que le gouvernement fédéral n'essaye de réglementer tous les aspects de l'environnement à l'aide de la partie II de la *LCPE*³⁴. Les gaz à effet de serre sont un problème environnemental distinct qui sont ainsi loin de couvrir tous les aspects. En fait, le juge La Forest fait référence à la pollution environnementale comme un « produit dérivé de tout ce que nous faisons » et mentionne la nécessité d'une réglementation fédérale efficace. Ceci sous-entend une sphère d'attribution très large pour la réglementation fédérale.

L'arrêt *Hydro-Québec* ne révèle pas clairement si un système de réglementation des gaz à effet de serre pourrait à un certain stade devenir tellement complexe qu'on ne pourrait plus le considérer comme une interdiction et une sanction. Dans cet arrêt, la minorité a cité un des grands constitutionnalistes canadiens qui a déclaré que « plus [un] régime de réglementation est élaboré, plus il est probable que la cour qualifiera la dérogation ou l'exemption de réglementaire au lieu de criminelle³⁵ ». Avant tout, la majorité a veillé soigneusement à qualifier la partie II de la *LCPE* de loi visant surtout à créer des interdictions.

Est-ce que les tribunaux accepteraient qu'un programme d'échange de droits d'émission soit surtout un système d'interdictions? Ceci exigerait une attitude encore plus libérale face à ce qui constitue un système d'interdictions et de sanctions que ce n'était nécessaire pour qualifier la partie II de la *LCPE* et les règlements qui en relèvent d'interdictions et de sanctions. Cependant, il semblerait insensé que les tribunaux confirment la réglementation des émissions de gaz à effet de serre dans les cas où l'on applique un système de limites strictes d'émission, mais qu'ils soutiennent que le gouvernement fédéral n'a aucun pouvoir lorsqu'il recourt à une attitude plus souple. Les directives politiques adoptées par la majorité dans l'affaire *Hydro-Québec* soutiennent une interprétation de la loi qui donne une certaine latitude au gouvernement fédéral dans la manière dont il réglemente les gaz à effet de serre mais, en dehors de l'affaire *Hydro-Québec*, bien peu d'éléments indiquent comment les tribunaux

On ne sait pas très bien si des instruments économiques qui viseraient à réduire les gaz à effet de serre constitueraient des interdictions et des sanctions pénales.

32 *R. c. Hydro-Québec*, note 14 ci-dessus, p. 63.

33 Les interdictions confirmées comme lois pénales valides comprennent les interdictions de coalition, la fixation des prix, la vente de produits alimentaires dangereux ou dénaturés : *Proprietary Articles Trade Association v. A.G. Canada*, [1931] C.A. 368; *A.G. B.C. v. A.G. Canada*, [1937] A.C. 368; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.S.C. 284.

34 Cette référence peut être interprétée comme une reconnaissance de la part de la majorité que, si elle interprétait la partie II de la même manière que la minorité, du fait que la « réglementation systématique, par des organismes fédéraux, de toutes les substances susceptibles d'avoir un effet nocif sur un aspect de l'environnement, ou de présenter un danger pour la vie ou la santé humaine », elle pourrait conclure qu'elle est inconstitutionnelle. Voir *R. c. Hydro-Québec*, note 14 ci-dessus, p. 26.

35 Voir note 14 ci-dessus, p. 30.

définiront quels systèmes réglementaires peuvent être confirmés en vertu des pouvoirs relatifs au droit pénal.

Ainsi, la compétence en matière de droit pénal, telle qu'interprétée dans l'arrêt *Hydro-Québec*, dote le gouvernement fédéral de pouvoirs forts de réglementer certains domaines qui touchent les émissions de gaz à effet de serre. Il appuie fortement les normes nationales qui se rattachent aux émissions de gaz à effet de serre, telles que le rendement énergétique de l'équipement, des maisons et des bâtiments, ainsi que la récupération du méthane dans les décharges. Ceci est significatif, parce que la réglementation fédérale visant les normes de rendement énergétique repose actuellement sur le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce et ne s'applique qu'aux marchandises qui traversent les frontières provinciales ou nationales³⁶. Compte tenu de la décision rendue dans l'affaire *Hydro-Québec*, le gouvernement fédéral ne devrait pas douter qu'il peut établir des normes nationales sans se heurter à la complexité superflue de ne réglementer que les marchandises dans le commerce interprovincial ou international. Le droit pénal tel qu'interprété dans l'arrêt *Hydro-Québec* peut également appuyer un programme national d'échange de droits d'émission. Cependant, cette question est entourée d'incertitude parce qu'un programme d'échange est relativement complexe et qu'il ne se distingue pas de manière évidente comme étant surtout une disposition d'interdiction et de sanction.

Le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce

Une autre sphère de la compétence fédérale qui est peut-être importante dans toute stratégie nationale de réduction des émissions de gaz à effet de serre est le pouvoir que détient le gouvernement du Canada de réglementer les échanges et le commerce. Tel que mentionné plus haut, le gouvernement fédéral a clairement le pouvoir d'établir des normes d'étiquetage, des normes de rendement des carburants ou de l'énergie, ou des normes d'émission pour toute marchandise faisant l'objet d'échanges commerciaux d'une province à l'autre³⁷. Le gouvernement fédéral canadien pourrait également recourir à son pouvoir en matière d'échanges et de commerce pour justifier sa réglementation de la production et de l'importation de combustibles fossiles, mais une pareille assise réglementaire est très incertaine³⁸.

Pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière fiscale

Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral a le pouvoir de prélever des impôts directs et indirects. Ceci dote le gouvernement fédéral d'un pouvoir clair d'imposer une taxe sur l'énergie ou une taxe sur le carbone qui s'applique soit à la vente au détail, soit à la production et à l'importation de

36 Le gouvernement fédéral a recouru à une interdiction du commerce international ou interprovincial de marchandises qui ne respectent pas les normes fédérales pour instaurer des normes nationales pour les aspects suivants : émission et sécurité des véhicules automobiles (*Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*), étiquetage des produits anti-parasitaires (*Loi sur les produits anti-parasitaires*, paragraphe 5(2)), rendement énergétique des appareils électroménagers (*Loi sur l'efficacité énergétique*), rendement des carburants des véhicules automobiles (*Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles*, paragraphe 6(1) (pas en vigueur)), et les carburants (*Loi sur les additifs à base de manganèse*).

37 *Les Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine* [1980] 1 R.C.S. 844.

38 On a généralement supposé que simplement parce que les marchés des combustibles fossiles sont d'une portée nationale, le gouvernement fédéral ne peut vraisemblablement pas imposer un plafond national à la production des combustibles fossiles à cause de son pouvoir en matière d'échanges et de commerce. Différentes décisions des tribunaux ont confirmé la législation fédérale qui réglemente les échanges commerciaux, y compris les échanges commerciaux entre les provinces, de produits tels que le pétrole et le blé qui font habituellement l'objet d'échanges commerciaux entre les provinces, mais ces décisions comportaient la protection de plans de commercialisation internationale pour le blé ou la protection de producteurs occidentaux de pétrole contre la concurrence étrangère. Cependant, dans ces décisions, la réglementation du commerce intraprovincial était clairement liée à des questions de commerce international, et non pas à la protection de l'environnement. Quand la réglementation fédérale d'un marché national a servi à d'autres fins, telles que la protection du consommateur, elle a été déclarée inconstitutionnelle : *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 844 (1979).

combustibles fossiles. En général, les taxes servent de mesures dissuasives visant toute activité indésirable telle que le tabagisme, la consommation d'alcool ou la combustion de combustibles fossiles³⁹. De même, la plupart des compensations fiscales accordées à l'industrie des combustibles fossiles au Canada sont fédérales, et le gouvernement fédéral est également investi du pouvoir de modifier la structure fiscale pour éliminer les compensations fiscales fédérales à l'industrie minière, ainsi qu'à la production de pétrole et de gaz.

Les provinces peuvent également modifier leur système fiscal pour éliminer ou transformer des subventions au profit de la consommation d'énergie à forte intensité carbonique, et instaurer de nouvelles taxes qui favorisent la consommation d'énergie viable. Quand il s'agit de mettre fin aux subventions existantes, les provinces peuvent supprimer l'exemption de la taxe de vente provinciale de l'essence⁴⁰.

En ce qui concerne de nouveaux impôts, une province peut imposer des impôts directs, mais non des impôts indirects⁴¹. Un impôt est indirect s'il s'applique à des

unités d'un produit de base particulier et s'il est imposé à une personne autre que le consommateur⁴². Une taxe sur les émissions de gaz à effet de serre (par exemple, l'ajout des émissions de gaz à effet de serre au règlement de la *Colombie-Britannique* dit *Waste Management Permit Fee Regulation*) serait légale en tant qu'impôt direct, du fait qu'elle n'est pas imposée sur les unités de production ou d'importation et qu'une production énergétique plus rentable permet de l'éviter ou de la réduire⁴³. Par ailleurs, une taxe sur le carburant, appliquée par unité de carburant, constitue un impôt indirect si elle est imposée aux producteurs ou aux distributeurs de carburant, mais constitue un impôt direct si elle est appliquée au niveau du consommateur⁴⁴. De même, une taxe imposée à la distribution d'électricité payée pour les services publics de distribution constituerait un impôt indirect⁴⁵.

Ainsi, les taxes provinciales sur le carbone ou les taxes sur les lignes d'électricité seraient clairement légales si elles étaient payées par les consommateurs des secteurs industriel, commercial, ou résidentiel et mobile. Deuxièmement, si elles étaient payées par les

- 39 La principale limite imposée aux pouvoirs fédéraux en matière de fiscalité est qu'ils ne peuvent servir à forcer le respect d'un programme réglementaire : voir G.V. La Forest, « The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution », Toronto : 1981. La manière dont le Canada aborde les limites du pouvoir de taxer est beaucoup plus restrictive qu'aux États-Unis, où un impôt est valide même s'il vise purement à réglementer un potentiel de source de recettes fiscales négligeable : voir par exemple *United States v. Sanchez* (1950), 340 U.S. 42. Néanmoins, les tribunaux ont confirmé des taxes extrêmement élevées pour les éditeurs étrangers d'édition de revues canadiennes pour protéger les éditeurs canadiens. *Reader's Digest Association (Canada) Ltd. v. Attorney General of Canada* (1967), 59 D.L.R. (2d) 54.
- 40 En Colombie-Britannique et dans d'autres provinces, les exemptions de la taxe de vente provinciale existent pour les carburants, mais on impose une taxe spéciale sur le carburant. Comme les taxes sur le carburant servent généralement à fournir des services aux automobilistes, c'est-à-dire à la construction et à l'entretien des routes, l'exemption de la taxe de vente constitue une subvention : voir ch. VI.
- 41 *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(3) et 92(2). Une exception existe pour les ressources naturelles produites dans la province.
- 42 Voir *Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick* (1976), 71 D.L.R. (3d) 717 à 724, rév. (1978), 82 D.L.R. (3d) 321 (C.S.C.). Quoique la Cour suprême du Canada était divisée à parts égales sur ce point, la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été appuyée par G.V. La Forest avant sa nomination à la Cour suprême du Canada : G.V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2e éd. (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1981), p. 83. Voir aussi *Canadian Industrial Oil & Gas Ltd. v. Government of Saskatchewan* (1977), 80 D.L.R. (3d) 449 (C.S.C.) pour une analyse de la manière dont les tribunaux font la distinction entre les impôts directs et indirects.
- 43 Les effluents provenant de la fabrication d'un bien sont analogues aux produits achetés et intégrés dans un autre produit qui est vendu. Les tribunaux ont confirmé que les impôts sur ces produits sont directs : *Cairns Construction Ltd. v. Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619, 24 D.L.R. (2d) 1.
- 44 *British Columbia (Attorney General) v. Canadian Pacific Railway*, [1927] 4 D.L.R. 113 (C.P.) a déclaré illégale une taxe de Colombie-Britannique qui s'appliquait à la vente en gros de carburant mais a autorisé cette taxe lorsqu'elle s'applique au consommateur : *British Columbia (Attorney General) v. Kingcome Navigation*, [1934] C.A. 45 (C.P.).
- 45 Même si une taxe sur le carbone comportait des exemptions pour le contenu renouvelable de manière telle qu'il n'y avait pas de corrélation parfaite entre l'impôt et le coût augmenté des carburants, elle serait vraisemblablement traitée comme un impôt indirect. La question qui se pose consiste à déterminer si un impôt s'applique à la vaste majorité d'unités qui font leur entrée sur le marché : *Allard Contractors Ltd. c. Corporation du district de Coquitlam* (1993), 109 D.L.R. (4d) 46 (C.S.C.), p. 64.

Si le gouvernement fédéral crée un programme d'échange en vertu de son pouvoir relatif aux questions d'intérêt national, l'intervention du gouvernement fédéral risque de réduire la portée des programmes provinciaux.

producteurs ou distributeurs d'énergie, elles seraient valides si elles étaient accessoires à un système de réglementation. Par exemple, elles peuvent être valides si elles sont destinées à un fonds de réduction des émissions de gaz à effet de serre, ou à un fonds de gestion axée sur la demande⁴⁶. Si l'on appliquait la taxe en vertu de la même loi que pour d'autres frais d'émission, on contribuerait à appuyer la conclusion selon laquelle

un impôt est accessoire à un système de réglementation. Cependant, la province ne peut pas adopter une taxe sur le carbone qui s'applique aux importateurs, aux producteurs ou aux distributeurs si la taxe joue surtout un rôle de perception fiscale⁴⁷.

Pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière forestière

La plupart des forêts du Canada se trouvent sur des terres provinciales transférées au gouvernement fédéral. En tant que propriétaires, les provinces sont investies du pouvoir de contrôler la ressource, à limiter l'abattage ou à établir des exigences de sylviculture qui protègent les puits de carbone. Les provinces ont également le contrôle des forêts qui se trouvent sur des terrains privés par la voie de leurs pouvoirs en matière de propriété et de droits civils, et de leurs pouvoirs en matière de ressource forestière. Le Parlement fédéral contrôle les forêts qui se trouvent sur des terres fédérales et dans les territoires (quoique le pouvoir sur ces derniers ait été en grande partie délégué aux gouvernements territoriaux).

Pouvoirs provinciaux et fédéraux en matière de transport

En usant de leurs pouvoirs sur des questions locales, les institutions municipales, la propriété et les droits civils, la gestion et la vente de terres provinciales transférées au gouvernement fédéral, et les entreprises et travaux intraprovinciaux, les provinces ont la mainmise sur les routes de la province, les réseaux de chemin de fer intraprovinciaux et les compagnies de camionnage intraprovinciales. Ces pouvoirs pourraient servir à réaliser des réductions d'émission dans plusieurs domaines, par exemple, en modifiant les limites de vitesse, en opérant des changements dans le mode d'aménagement routier, et en exigeant des plans de réduction d'émission des sociétés de chemin de fer ou de camionnage intraprovinciales, etc.

Par ailleurs, le gouvernement fédéral a le pouvoir de réglementer l'exploitation des services de chemin de fer, de camionnage, de pipelines et d'expédition qui dépassent le cadre provincial. Il détient également des pouvoirs sur les normes de l'aéronautique et de la navigation. Ces pouvoirs interviendront dans les normes de rendement des carburants pour les bateaux et les avions, ainsi que dans les règlements visant précisément les entreprises de transport interprovincial et international.

46 Dans Allard, *ibid.*, une taxe municipale imposée par unité de gravier produit a été confirmée, parce que les recettes visaient à couvrir les dommages causés aux routes par les camions transportant du gravier.

47 Il serait possible d'imposer une taxe sur le carbone en vertu des pouvoirs qu'a la province d'imposer des impôts indirects aux « ressources naturelles non renouvelables... de la province, y compris leur... production première », article 92 A, *Loi constitutionnelle de 1867*, telle que modifiée par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ceci visait à permettre aux provinces de s'approprier une part plus grande des profits provenant de la production du pétrole et du gaz sur leur territoire. Cependant, cela ne permet pas l'imposition d'une taxe sur le carbone pour les combustibles fossiles importés dans une province et n'est vraisemblablement pas un moyen efficace de porter atteinte à la consommation et au prix de détail final.

Le chevauchement de pouvoirs et le critère de l'intérêt national

Le fait que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de réglementer la pollution du bassin atmosphérique international ou interprovincial ne veut pas dire que les provinces n'ont pas le pouvoir d'imposer des normes plus élevées dans leur réglementation environnementale de ces bassins atmosphériques⁴⁸. Le simple fait que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de réglementer une matière particulière ne veut pas dire que les provinces ne détiennent pas ce pouvoir, et inversement. Par exemple, si la stratégie du gouvernement fédéral visant à réduire les gaz à effet de serre recourt aux pouvoirs fédéraux en matière de droit pénal ainsi qu'aux pouvoirs de dépenser et de taxer du gouvernement fédéral, les provinces devraient également être en mesure de réglementer les gaz à effet de serre en recourant à leurs pouvoirs en matière de « propriété et de droits civils ».

Les tribunaux permettront autrement aux lois constitutionnelles fédérales et provinciales de s'appliquer concurremment, à moins qu'il n'y ait un conflit direct d'objectifs ou un conflit opérationnel (dans le sens

qu'une loi dit qu'une personne doit faire quelque chose qu'une autre loi interdit)⁴⁹. Si les deux niveaux de gouvernement réglementent la même question, les citoyens doivent obéir à la norme la plus élevée. Toutefois, en cas de conflit, la loi fédérale l'emporte.

Il y a certaines limites à l'étendue du chevauchement admissible. Par exemple, les règlements provinciaux qui touchent les entreprises fédérales (telles que les pipelines, les sociétés de chemin de fer ou les sociétés de camionnage interprovinciales) ne doivent pas porter gravement atteinte à ces entreprises ou être trop précis quant à la manière dont elles sont gérées⁵⁰.

Avant tout, les lois provinciales concernant l'environnement ne seront pas confirmées si elles se distinguent surtout par le fait qu'elles se rattachent à une question relevant de la compétence fédérale. Par exemple, la réglementation provinciale de l'aménagement du territoire ne s'applique pas à des terres appartenant au gouvernement fédéral, parce que la réglementation des terres publiques appartenant au gouvernement fédéral relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral⁵¹. La possibilité que la législation provinciale soit inconstitutionnelle parce qu'elle se distingue comme se rattachant à un domaine

48 Dans *R. v. Nitrochem Inc.*, (1993), 14 C.E.L.R. (N.S.) 151 (C.J. Ont., Div. prov.), la Cour a décidé que les lois provinciales qui complétaient les dispositions de la LCPE concernant les déversements dans les eaux interprovinciales étaient valides. Voir aussi *TNT Canada Inc. v. Ontario* (1986), 1 C.E.L.R. (N.S.) 109 (C.A. Ont.).

49 *Multiple Access Ltd. c. McCucheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 à 163; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

50 Dans l'affaire *Ontario c. Canadian Pacific Ltd.* (1993), 10 C.E.L.R. (N.S.) 169 (C.A. Ont.), confirmée par *R. c. Canadien Pacifique Ltée* (1995), 125 D.L.R. (4d) 385 (C.S.C.), la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé les lois provinciales de protection de l'environnement qui interdisaient la méthode la moins chère de débroussaillage le long d'une emprise du chemin de fer, parce que les règlements provinciaux ne tenaient pas compte essentiellement de la gestion de l'entreprise fédérale. À la Cour suprême du Canada, on n'a donné aucun motif écrit, mais, dans des motifs exposés oralement, la Cour a fait mention d'une décision qui permettait les règlements provinciaux dans la mesure où ils ne « stérilisent » pas l'entreprise fédérale. Voir aussi *R. v. Norris* (1992), 17 W.C.B. (2d) 160 (C.J. Ontario (Div. prov.)). D'après les décisions rendues récemment, la réglementation environnementale provinciale des gaz à effet de serre provenant des entreprises fédérales serait vraisemblablement valide dans la mesure où elle ne vise pas les entreprises fédérales, où elle n'a pas d'effet néfaste important sur une entreprise fédérale et où elle n'est pas exagérément spécifique quant à la manière dont les entreprises fédérales sont gérées. Voir Hogg, ci-dessus à la note 7, 15-30 à 15-31. *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 9 énonce que les lois provinciales peuvent porter sur une partie vitale, à condition que l'effet soit indirect. Voir aussi *R. c. Nitrochem Inc.*, ci-dessus à la note 48, qui a confirmé l'application de la législation provinciale concernant les déversements à une entreprise fédérale. Par ailleurs, les tribunaux ont annulé un règlement provincial concernant les relations du travail dans des entreprises fédérales parce qu'elles ne tiennent pas nécessairement compte d'une « partie vitale de la gestion et de l'exploitation d'entreprises fédérales » : *Commission de Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767; *Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 225.

51 Les décisions dans lesquelles la réglementation provinciale ou municipale a été annulée comprennent *Canadian Occidental Petroleum v. North Vancouver* (1986), 13 B.C.L.R. (2e) 34 (B.C.C.A.); *Delta v. Aztec Aviation Group* (1985), 28 M.P.L.R. 215 (B.C.S.C.); *International Aviation Terminal Inc. v. Richmond (Township)* (16 mars 1992) Van. Reg. CA 01384, (B.C.C.A.); *Surrey v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (B.C.C.A.); toutes ces décisions concernaient des tentatives municipales ou provinciales de réglementer l'utilisation de terres fédérales par la voie de règlements de construction et de zonage.

qui relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral est plus grande si les programmes fédéraux sont confirmés selon le critère de l'intérêt national. Dans *R. c. Hydro-Québec*, la Cour déclare clairement que la théorie des intérêts nationaux s'applique en attribuant au Parlement fédéral les pleins pouvoirs de régler un domaine, et signale le danger d'invoquer trop facilement une doctrine qui fait échapper certaines matières à la compétence provinciale. L'attitude de la Cour semble revenir à ceci : il faudrait éviter de recourir au critère de l'intérêt national, à moins que ce ne soit la seule rubrique de pouvoir possible pour confirmer la législation fédérale; cependant, une fois invoqué, il peut rendre inconstitutionnelle une loi provinciale visant essentiellement la question d'intérêt national.

Si les tribunaux peuvent interpréter des lois en se basant sur d'autres éléments que le critère de l'intérêt national, ils peuvent éviter d'enlever des pouvoirs aux provinces. Il est parfois possible d'interpréter une loi fédérale comme étant essentiellement une interdiction et une sanction, ou comme une loi se rapportant aux échanges et au commerce, ou comme un impôt. Cependant, dans le cas de certains programmes législatifs, en particulier dans l'échange de droits d'émission, on ne sait pas clairement si le tribunal a une autre solution que le recours au critère de l'intérêt national. Ainsi, un programme fédéral d'échange de droits d'émission aura peut-être pour effet de réduire l'éventail possible des mesures provinciales. Ceci pourrait signifier que la loi provinciale visant uniquement les gaz à effet de serre soit inconstitutionnelle. Néanmoins, les provinces continueraient à détenir des pouvoirs leur permettant de régler les émissions de gaz à effet de serre en recourant à leurs pouvoirs en matière d'aménagement du territoire, de foresterie, de transport routier, etc.

Sommaire des pouvoirs provinciaux et fédéraux

La jurisprudence appuie fortement le fait que le gouvernement fédéral soit investi du pouvoir de mettre en œuvre unilatéralement des instruments économiques

importants pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. Sauf quand il s'agit d'impôts directs sur le carbone ou de taxes sur l'énergie, les pouvoirs provinciaux de mise en œuvre des instruments économiques importants sont moins certains. Ceci est particulièrement vrai si le gouvernement fédéral est intervenu le premier sous prétexte que les gaz à effet de serre sont une question d'intérêt national. En outre, la mise en œuvre d'un programme national par les provinces risque d'être difficile et inefficace.

Les gouvernements fédéraux et provinciaux ont le pouvoir d'établir des normes de rendement énergétique et des normes d'émission pour les gaz à effet de serre. Le pouvoir fédéral ne se borne pas à instaurer des normes pour les marchandises qui traversent les frontières nationales et provinciales. Les normes provinciales peuvent dépasser les normes fédérales.

Ce sont les gouvernements provinciaux qui sont le plus à même de mettre en œuvre les nombreux aspects essentiels d'un programme, parce qu'ils s'occupent de questions qui sont traditionnellement du ressort des autorités provinciales, telles que la foresterie, la gestion de la croissance urbaine et la réglementation des services publics. Cependant, le gouvernement fédéral peut avoir certains pouvoirs dans ces domaines si son intervention s'impose pour assurer l'efficacité d'un programme de réduction des émissions de gaz à effet de serre. L'intervention fédérale dans ces domaines devrait néanmoins viser à éviter tout empiètement inutile dans des domaines relevant de la compétence provinciale.

Le tableau 1 expose les conclusions relatives aux pouvoirs des gouvernements provinciaux et fédéral d'imposer certains des éléments possibles d'un programme des émissions de gaz à effet de serre. Les références qui figurent dans les deuxième et troisième colonnes précisent le degré de certitude avec lequel on peut conclure que les gouvernements provinciaux et fédéral ont respectivement le pouvoir requis. Ces conclusions sont provisoires, du fait que l'assise constitutionnelle réelle de ces programmes dépend dans une certaine mesure de points de détail des règlements et des lois.

Tableau 1 : Pouvoirs fédéraux et provinciaux de légiférer en matière de gaz à effet de serre

Élément du programme	Pouvoir fédéral	Pouvoir provincial
1. Taxe sur le carbone	• pouvoir clair	pouvoir clair si impôt direct
2. Création d'un fonds climatique destiné à financer les projets de réduction d'émissions	• pouvoir clair	pouvoir clair
3. Normes de rendement énergétique, normes technologiques et normes d'étiquetage	<ul style="list-style-type: none"> • pouvoir clair pour les marchandises traversant les frontières provinciales ou internationales • pouvoir très fort, en vertu de la compétence en matière de droit pénal ou de l'intérêt national, pour toutes les marchandises 	• pouvoir clair
4. Plafond et échange de quotas d'émissions pour les gaz à effet de serre	<ul style="list-style-type: none"> • pouvoir très fort, en vertu du critère de l'intérêt national • pouvoir moyen en vertu de la compétence en matière de droit pénal 	• pouvoir très fort, mais peut être exclu si le tribunal décide que le changement climatique est une question d'intérêt national
5. Limites d'émission et échange de crédit d'émission, ou redevances d'utilisation de l'atmosphère	<ul style="list-style-type: none"> • pouvoir très fort, en vertu du critère de l'intérêt national • pouvoir suffisant en vertu de la compétence en matière de droit pénal 	• pouvoir très fort, mais peut être exclu si le tribunal décide que le changement climatique est une question d'intérêt national
6. Plafond et échange de coupons de carbone	• pouvoir très fort	• pouvoir moyen
7. Gestion de la croissance urbaine/ aménagement du transport routier	• aucun pouvoir (exception : voir point 11)	• pouvoir clair
8. Gestion forestière pour le piégeage	• aucun pouvoir pour les forêts privées au sud du 60e parallèle ou pour les terres provinciales transférées au gouvernement fédéral (exception : voir point 11)	• pouvoir clair
9. Audits énergétiques obligatoires	• pouvoir clair pour le gouvernement fédéral et les entreprises fédérales; certains pouvoirs pour d'autres installations	• pouvoir clair pour les équipements autres que les entreprises fédérales ou le gouvernement fédéral
10. Limites imposées aux émissions provenant des entreprises fédérales (ex. : équipement et pipelines interprovinciaux)	• pouvoir clair	• aucun pouvoir sauf dans le cadre d'un programme général; aucun pouvoir si les limites nuisent à la compréhension
11. Pouvoir de réglementer les puits forestiers, la croissance urbaine, etc., si les provinces n'adoptent pas des mesures dans leurs champs de compétence	• pouvoir très incertain	• non applicable

Lois fondamentales régissant la réduction des gaz à effet de serre

Tel qu'expliqué dans l'introduction du présent chapitre, tout programme visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre doit reposer sur une assise à la fois constitutionnelle et législative. L'assise législative d'un programme dépend de plusieurs facteurs. Les lois doivent autoriser toutes les exigences réglementaires ou administratives imposées par un programme. Pour être valide, un règlement doit être autorisé par la loi, et les permis délivrés et les décrets pris par les représentants du gouvernement (« exigences administratives ») doivent être autorisés soit par règlement, soit par la loi. Quoique certains éléments d'un programme de réduction des émissions pourraient, comme point de droit, faire partie soit d'un règlement, soit d'une loi, il se peut qu'il y ait des raisons politiques de les intégrer dans l'un ou l'autre. Cette partie porte sur les divers facteurs qui influent sur cette décision. Elle examine ensuite si, oui ou non, il faut adopter de nouvelles lois ou modifier les lois existantes.

Interprétation législative

Les tribunaux sont chargés d'interpréter les lois aux fins de déterminer si elles permettent aux gouvernements de réglementer selon la manière qu'ils ont choisie. En décidant si une exigence réglementaire ou administrative particulière est autorisée, les tribunaux appliqueront les règles d'interprétation législative et celles du droit administratif.

Les tribunaux appliquent ces règles pour s'assurer que les exigences et les règlements administratifs sont imposés de manière équitable et reflètent l'intention du Parlement ou de l'assemblée législative. Alors qu'au

Canada, les tribunaux ont fait preuve de largeur de vue dans leur interprétation des mandats conférés par la loi de promulguer des règlements, dans certaines circonstances, les tribunaux peuvent exiger des mandats conférés par la loi qui soient très spécifiques pour confirmer certains types de règlements⁵². Par exemple, le *Waste Management Act* de Colombie-Britannique énonce que le lieutenant-gouverneur en conseil peut promulguer des règlements. Alors que les tribunaux peuvent interpréter ceci comme autorisant des règlements qui exigent le traitement traditionnel des déchets en fin de processus, ils sont moins susceptibles de l'interpréter comme permettant une méthode relativement nouvelle de protection de l'environnement⁵³. Il en résulte qu'un pouvoir plus précis de réglementation s'imposera peut-être. Il s'avérera souvent impossible de prévoir tous les pouvoirs nécessaires de réglementation tant qu'on ne connaîtra pas les éléments fondamentaux d'un programme.

En outre, il y a des mesures réglementaires contre lesquelles il existe des présomptions d'interprétation législative. Pour ces mesures, des pouvoirs législatifs très précis seront nécessaires pour surmonter la présomption qu'elles ne sont pas autorisées. Il y a plusieurs cas dans lesquels les présomptions d'interprétation législative nécessiteront des dispositions législatives très précises :

- **Limiter l'accès au contrôle judiciaire.** Des pouvoirs législatifs précis s'imposeraient pour limiter la capacité du public de faire réviser des décisions administratives par les tribunaux⁵⁴. Dans de nombreux programmes, il faudra peut-être, à des fins d'opportunité et de certitude, limiter la capacité des parties touchées de faire réviser les décisions administratives par les tribunaux. Par exemple, dans un programme de plafond et de quotas d'émissions, si les responsables

52 Voir *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.S.C. 2 et John Keyes, *Executive Legislation : Delegated Law Making by the Executive Branch* (Toronto : Butterworths, 1992), p. 181-187.

53 Le fait qu'une loi telle que le *Waste Management Act* de Colombie-Britannique énumère des pouvoirs de réglementation très précis aggrave le problème. Les juges peuvent déduire que, si l'assemblée législative a autorisé un règlement à faire A, mais n'a pas autorisé de manière spécifique un règlement à faire B, elle n'avait pas l'intention de permettre la réglementation de B.

54 Voir *Re Kendrick and Ontario* (Milk Control Board), [1935] O.R. 308 (C.A.).

administratifs déterminent combien de quotas chaque émetteur reçoit, il importerait de veiller à ce que la mise en œuvre du programme ne puisse pas être entravée par des émetteurs recherchant le contrôle judiciaire des quotas qui leur ont été attribués.

- **Imposition de sanctions pénales ou administratives.** Les règlements ne peuvent pas imposer la responsabilité, qu'il s'agisse de responsabilités pénales pour une infraction ou d'une responsabilité de payer un droit d'émission, une taxe ou une pénalité administrative, à moins qu'il n'existe un pouvoir législatif clair de le faire⁵⁵.
- **Infractions relatives à une responsabilité absolue.** Un pouvoir législatif précis sera peut-être nécessaire pour promulguer des règlements qui créent des infractions relatives à une responsabilité absolue.
- **Délégation de pouvoirs de réglementation.** Lorsque le Parlement délègue un pouvoir de réglementation à un organisme de réglementation, ce dernier n'est pas autorisé à déléguer des pouvoirs de normalisation à un tiers s'il n'a pas le pouvoir législatif spécifique de le faire⁵⁶. Par exemple, si le lieutenant-gouverneur en conseil veut intégrer une norme de surveillance précise dans les règlements, y compris dans les modifications futures à cette norme, il doit avoir le pouvoir spécifique de le faire.
- **Transformation des pouvoirs de réglementation.** Les tribunaux supposent généralement que si l'assemblée législative délègue un pouvoir de réglementation, la personne à qui ce pouvoir a été délégué doit exercer ce pouvoir par la voie de la réglementation plutôt que par la voie de décisions administratives ponctuelles. Par exemple, si un organisme a été habilité à prendre des règlements fixant des normes de rendement énergétique, cet

organisme ne pourrait pas promulguer des règlements qui lui permettraient d'établir des normes de manière ponctuelle par la voie de permis⁵⁷.

- **Définir les procédures d'appel.** Sauf indication contraire dans les lois, les tribunaux supposeront que tous pouvoirs administratifs accordés aux porte-parole du gouvernement doivent être exercés selon les règles de l'impartialité de la procédure et de la justice naturelle. La teneur exacte de ces règles dépendra de la situation, qui peut aller du droit d'être avisé d'une décision et d'en discuter à des droits plus étendus, tels que le droit au contre-interrogatoire. En général, lorsque des pouvoirs administratifs importants, tels que l'attribution de quotas d'émissions ou l'autorisation d'émissions, sont délégués à des responsables, la loi définit un processus d'appel. Ceci contribue à établir des normes d'impartialité de la procédure qui, autrement, seraient vagues.

Questions stratégiques

Même si les règles d'interprétation législative permettent au gouvernement de mettre en œuvre un programme en se fondant sur des pouvoirs de réglementation superficiels, il existe plusieurs raisons stratégiques d'établir un programme dans le cadre d'une loi :

- **Procédé démocratique et imputabilité.** Les nouveaux programmes de réglementation qui représentent des changements majeurs dans la manière dont on traite un problème d'environnement ou qui affectent des segments importants de l'économie reposent généralement sur des lois relativement détaillées, et non pas sur des pouvoirs superficiels de réglementation. Ceci

55 Voir Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd. (Toronto : Butterworths, 1983) p. 318, et Keyes, note 52 ci-dessus, p. 166.

56 Plus le pouvoir délégué comporte une compétence discrétionnaire, plus il est probable qu'il ne puisse être délégué sans un pouvoir législatif : voir *Steve Dart Co.* (1974), 46 D.L.R. (3d) 745 (C.F. Can., 1re inst.); *Nation Déné c. La Reine* [1984] 2 C.F. 942 (1re inst.), et Keyes, note 52.

57 Voir *Brant Dairy Company v. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 720 pour une situation analogue d'attribution de quotas de la commission de commercialisation du lait.

ouvre la porte à un débat parlementaire plus poussé. Une loi détaillée est souvent moins exposée à des attaques politiques provoquées par des craintes non fondées.

- **Engagement.** Si l'on enchâsse un principe ou une politique dans une loi plutôt que de les reléguer dans des mesures réglementaires ou administratives, cela atteste de l'engagement d'un gouvernement envers ce principe ou cette politique. Par exemple, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* comportait une exigence d'examen parlementaire de cette *LCPE* cinq ans après son entrée en vigueur. La loi concernant l'échange de droits d'émission pourrait comporter un engagement semblable d'examen.
- **Orientation des discussions multipartites.** La loi peut orienter les discussions entre les intervenants, en résolvant des problèmes clés qui, autrement, entraveraient le progrès.
- **Certitude.** La mise sur pied d'un programme, ou des éléments fondamentaux d'un programme, dans la législation plutôt que dans la réglementation garantira davantage que le programme ou certains éléments de ce programme demeureront inchangés. Par exemple, la loi établissant un programme de quotas échangeables donnerait plus confiance aux parties qui envisagent d'investir dans les réductions d'émissions.
- **Contrôle.** Les assemblées législatives ou le Parlement voudront peut-être promulguer des lois détaillées aux fins d'exercer un contrôle sur les organismes habilités à promulguer des règlements. Ceci est particulièrement vrai dans les cas où un organisme indépendant du gouvernement est doté de pouvoirs de réglementation. Par exemple, si le Parlement fédéral a créé un fonds climatique indépendant pour investir dans les possibilités de réduction des émissions de gaz à effet de serre, une loi détaillée serait nécessaire pour orienter cet organisme.

- **Capital politique.** On pourra choisir d'adopter une nouvelle loi, car elle donne aux politiciens quelque chose qu'ils peuvent annoncer et qui leur accorde un certain crédit politique.

Les lois actuelles répondent-elles aux besoins?

Compte tenu des raisons stratégiques et juridiques qui déterminent quand il faudrait aborder un problème par la voie législative, comment les assemblées législatives de Colombie-Britannique et du Canada peuvent-elles servir à réduire les émissions de gaz à effet de serre? La présente section examine comment les lois actuelles pourraient servir à poursuivre des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Lois fédérales

Loi canadienne sur la protection de l'environnement

La toute première loi que le Canada a adoptée pour protéger l'environnement et qui portait sur la pollution atmosphérique est la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (LCPE)*, adoptée en 1988. En décembre 1996, le gouvernement a déposé un projet de loi au Parlement qui, s'il avait été adopté, aurait abrogé la *LCPE* pour la remplacer par la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement de 1997 (LCPE de 1997)*. Ce projet de loi n'était pas encore adopté lorsque le Parlement a été dissous pour l'élection de 1997, mais pourrait être déposé de nouveau au Parlement.

La *LCPE* et la *LCPE de 1997* contiennent des parties sur la pollution atmosphérique internationale. Quoique ces deux lois visent apparemment à doter le gouverneur en conseil de pouvoirs de réglementation étendus pour régler les problèmes atmosphériques internationaux pour le cas où les provinces ne réduiraient pas leurs émissions, de sérieux problèmes d'ambiguïté se posent :

- Il est possible de défendre techniquement que la *LCPE de 1997* et, dans une moindre mesure, la *LCPE* ne s'appliquent pas aux gaz à effet de serre⁵⁸.
- Si certaines provinces prennent des mesures suffisantes pour réduire les gaz à effet de serre, mais que d'autres ne le font pas, on ne sait pas clairement si, oui ou non, le gouvernement fédéral peut réglementer les sources provinciales (qui représentent la vaste majorité des gaz à effet de serre) dans les provinces qui ont pris des mesures suffisantes⁵⁹. Ainsi, on ne sait pas bien si le gouvernement fédéral pourrait intervenir pour mettre sur pied un programme national.
- On ne sait pas très bien combien de temps le gouvernement fédéral doit donner aux provinces pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre avant de faire face à la réglementation fédérale. L'incertitude pourrait retarder l'intervention fédérale.

Ainsi, les dispositions relatives à la pollution atmosphérique internationale, tant dans la *LCPE* que

dans la *LCPE de 1997*, offrent une assise fragile à la réglementation fédérale des émissions de gaz à effet de serre. Alors que l'application de ces deux lois aux gaz à effet de serre serait vraisemblablement confirmée devant les tribunaux, la légère incertitude pourrait causer certaines difficultés, surtout en ce qui concerne les programmes d'échange où l'expérience américaine démontre la nécessité d'une assise législative claire⁶⁰.

Les parties de la *LCPE* et de la *LCPE de 1997* qui concernent la réglementation des « substances toxiques » n'offrent guère plus une assise idéale pour la réglementation des gaz à effet de serre. Selon les termes de la *LCPE* et de la *LCPE de 1997*, les substances toxiques sont définies dans un sens large et comprennent les substances qui pénètrent dans l'environnement dans des quantités qui ont ou qui risquent d'avoir un effet néfaste à long terme sur l'environnement. Toute interprétation stricte de l'une ou l'autre de ces lois appuierait vraisemblablement la réglementation des gaz à effet de serre; cependant, l'arrêt de la Cour suprême du Canada sous-entend une interprétation plus étroite de la *LCPE*, en suggérant que,

58 L'article 166 de la *LCPE de 1997* énonce les conditions qui doivent être respectées avant que le gouvernement ne réglemente en vertu de la partie VI. Les ministres de l'Environnement et de la Santé doivent avoir « des motifs de croire que le rejet dans l'air d'une substance à partir d'une source au Canada crée ou risque de créer de la pollution atmosphérique soit dans un pays étranger, soit en violation effective ou probable d'un accord international liant le Canada ». La « pollution atmosphérique » est définie comme la dégradation de l'air causée par le rejet de substances, et non comme les substances proprement dites. Ainsi, on peut soutenir que le Canada n'a pas créé cette dégradation de l'air mais n'a fait qu'y contribuer. Quoique les Canadiens soient parmi les plus gros émetteurs de gaz à effet de serre au monde par personne, nous ne contribuons qu'à 2 p. 100 des émissions mondiales. Cet argument est étayé par les changements apportés à la formulation par rapport à la loi précédente. En particulier, l'article 61 de la *LCPE* fait mention de contaminants atmosphériques rejetés par des sources canadiennes à cause de la violation d'un accord international, et fait référence à des contaminants atmosphériques qui, soit seuls, soit avec d'autres contaminants atmosphériques, créent de la pollution atmosphérique. Toutefois, comme la pollution atmosphérique internationale est souvent causée par des sources qui émanent de plus d'un pays, il serait trop étroit, et contraire à la règle générale selon laquelle la loi doit être interprétée dans un sens large, d'interpréter la création de la pollution de l'air comme ne comprenant pas la contribution au problème mondial de pollution atmosphérique. L'ambiguïté est moins marquée tant dans la *LCPE* que dans la *LCPE de 1997*. Dans les deux lois, les parties concernant la pollution atmosphérique internationale ne s'appliquent qu'aux substances qui causent la pollution atmosphérique. La pollution de l'air est définie dans un sens large, comme « une dégradation de l'air » qui cause divers problèmes. Rien dans ces définitions n'indique de manière absolument claire que la pollution atmosphérique est visée et, parce que la pollution atmosphérique est souvent employée dans un sens qui ne fait référence qu'à la pollution atmosphérique locale et régionale, on peut prétendre qu'aucune de ces lois ne s'applique aux gaz à effet de serre.

59 Le terme « sources provinciales » désigne ici les sources (provinciales ou fédérales) qui ne sont pas des « sources fédérales » en vertu de la *LCPE de 1997* ou des « travaux et entreprises fédérales » dans le cas de la *LCPE*. La *LCPE de 1997* définit les sources fédérales telles que le gouvernement fédéral, les organismes de la Couronne fédéraux et les sociétés d'État fédérales, ainsi que les entreprises de travaux fédéraux (ex. : chemins de fer interprovinciaux, lignes aériennes). L'alinéa 166 (2)(3) et l'article 167 de la *LCP de 1997*, ainsi que l'article 61 de la *LCPE* énoncent qu'avant de réglementer les sources provinciales, le ministre de l'Environnement doit consulter les gouvernements provinciaux. Si ces derniers peuvent empêcher ou contrôler la pollution en vertu de leurs lois, et qu'ils sont disposés à le faire, le ministre n'a pas le pouvoir d'intervenir.

60 James T.B. Tripp et Daniel J. Dudek, « Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs » (1989) 6 *Yale Journal on Regulation* 369.

Ni la LCPE, ni la LCPE de 1997 ne constituent une assise solide pour la réglementation des gaz à effet de serre par la voie d'échange de droits d'émission.

pour que cette loi soit constitutionnelle, cette interprétation est peut-être nécessaire⁶¹. Ainsi, si l'on s'appuie sur les dispositions relatives aux substances toxiques de l'une ou l'autre de ces lois, on lance peut-être un défi constitutionnel, même s'il existe un pouvoir constitutionnel clair de réglementer les gaz à effet de serre.

Si le gouvernement fédéral tentait de réglementer en s'appuyant sur les dispositions relatives à la pollution atmosphérique internationale de la *LCPE* ou de la *LCPE de 1997*, les pouvoirs spécifiques de réglementation sont parfois défailants.

- Les pouvoirs généraux de réglementation (pouvoirs qui n'ont pas trait à l'échange) qui sont associés aux dispositions relatives à la pollution atmosphérique internationale de la *LCPE* et de la *LCPE de 1997* se bornent à prescrire la moyenne minimale ou la quantité ou la concentration maximale des substances⁶². Ce pouvoir de réglementation très étroit offre une assise fragile pour la plupart des types de règlements qui ont été proposés pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. Il ne peut, par exemple, constituer une assise appropriée pour exiger la récupération obligatoire de gaz de rebut, des quotas pour la teneur en carbone dans l'électricité importée, des exigences minimales

relatives à l'éthanol pour l'essence, ou des exigences relatives au contrôle du méthane fugitif.

- Il n'existe aucun pouvoir exprès de mettre en forme quelque forme que ce soit de programme d'échange en vertu de dispositions relatives à la pollution atmosphérique internationale ou aux substances toxiques de la *LCPE*. Quoique les dispositions réglementaires existantes aient constitué l'assise législative des programmes d'échange pour les substances appauvrissant la couche d'ozone, ce fondement est insuffisant pour élaborer un programme plus global d'échange de droits d'émissions. Là encore, l'expérience américaine révèle la nécessité de certains pouvoirs législatifs.
- Les parties de la *LCPE* et de la *LCPE de 1997* qui portent sur la pollution atmosphérique internationale fournissent l'assise législative nécessaire aux éléments cruciaux de quotas et de plafond, et de programmes de plafond et d'échange de coupons de carbone. Par contre, cette assise ne suffit pas quand il s'agit d'imposer des exigences relatives à la mise en œuvre de programmes de réduction d'émissions à l'extérieur des lieux de production au moyen de permis (exigés pour l'application d'un programme d'échange de crédits de réduction d'émissions).
- La *LCPE de 1997* ne prévoit aucun pouvoir clair d'adjudication de quotas⁶³.

61 Quoiqu'il y ait de nombreuses raisons de conclure que le gouvernement fédéral a le pouvoir de réglementer les gaz à effet de serre, la partie II de la *LCPE*, qui appuyait une réglementation visant les gaz à effet de serre, devrait dû faire l'objet d'une interprétation tellement large que la partie II de la *LCPE* aurait été inconstitutionnelle même si le règlement était en soi constitutionnel. Voir *R. c. Hydro-Québec*, note 14 ci-dessus. Toutes les substances d'origine naturelle, y compris le dioxyde de carbone, sont censées figurer sur la Liste intérieure des substances : *Supplément à la Gazette du Canada*, 26 janvier 1991, iv.

62 Article 87 de la *LCPE*, et article 330 de la *LCPE de 1997*.

63 L'article 326 de la *LCPE de 1997* ne fait référence qu'à l'établissement de règlements prévoyant « les conditions de... distribution des unités échangeables ». Les tribunaux exigent des pouvoirs législatifs relativement clairs pour imposer des responsabilités et des redevances d'utilisation. Ils sont susceptibles d'exiger des pouvoirs législatifs clairs qui soient similaires en ce qui concerne la vente d'un droit qui était auparavant gratuit. Le paragraphe 328(1) permet au ministre de prendre des règlements qui prescrivent des redevances ou la manière de fixer le tarif, ou le mode de calcul, pour la fourniture de services, d'installations ou de procédés, ou pour l'attribution de droits, d'avantages ou d'autorisations. Les sommes exigibles pour les droits et avantages ne sont pas limitées. Comme l'article 328 fait référence aux règlements pris par le ministre, plutôt que par le gouverneur en conseil, et parce qu'il autorise généralement l'imposition de droits pour le recouvrement des coûts plutôt que l'adjudication, il est susceptible d'être interprété de manière étroite. Tout manquement à faire référence à l'adjudication pour les droits ou les unités négociables signifie vraisemblablement que le ministre n'a pas le pouvoir d'établir unilatéralement un processus d'adjudication. Enfin, comme les redevances sont susceptibles d'être les principales sources de revenu, elles risquent d'être considérées comme des taxes qui ne peuvent être imposées que par le Parlement directement.

- Aucune des lois ne prévoit les pouvoirs d'inspection nécessaires pour inspecter la mise en œuvre de projets de réduction des émissions à l'extérieur des lieux de production ou des registres de sources de crédits.
- Ni la *LCPE*, ni la *LCPE de 1997* ne fournissent l'assise législative nécessaire pour établir un système de sanctions administratives, système qui est indispensable au fonctionnement harmonieux de tout programme d'échange de crédits ou de quotas de réduction d'émissions.
- En vertu de la *LCPE* et de la *LCPE de 1997*, on risque qu'un tribunal conclut que les règlements ne pouvaient pas définir les quotas comme des permis révocables⁶⁴.
- Il n'existe aucun pouvoir clair d'imposer des exigences d'audit ou des vérificateurs de la conformité des permis sur le plan environnemental, qui constituent des éléments indispensables, ou au moins vraisemblables d'un programme d'échange dans un marché ouvert.
- La *LCPE de 1997* ne permet qu'un programme d'échange indépendant, et non pas un programme d'échange intégré aux programmes provinciaux ou aux programmes d'autres territoires.
- Ni la *LCPE* ni la *LCPE de 1997* ne fournissent quelque assise que ce soit à partir de laquelle le gouvernement fédéral pourrait établir des critères que les plans d'action provinciaux devraient respecter pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre, ou selon lesquels le gouvernement fédéral pourrait intervenir dans des questions qui touchent indirectement les émissions de gaz à effet de serre.

Il serait possible d'apporter une série de modifications mineures à la *LCPE* et à la *LCPE de 1997* pour corriger les problèmes mentionnés ci-dessus, mais on recommande que toute initiative importante du gouvernement fédéral en matière de gaz à effet de serre, en particulier toute initiative comportant des limites d'émission et un échange éventuel de quotas, de coupons ou de crédits de réduction d'émissions, repose sur une loi visant précisément ce programme. En basant un tel programme sur une loi particulière, on alimenterait le débat parlementaire et public, et on pourrait préciser le cadre de base d'un programme, ce qui contribuerait à axer le débat sur les détails qu'il faudrait inclure dans le règlement.

Loi sur l'efficacité énergétique et Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles

Le gouvernement fédéral réglemente l'efficacité énergétique des produits qui consomment de l'énergie par la voie de la *Loi sur l'efficacité énergétique*⁶⁵, et il a également adopté mais non promulgué la *Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles (LNCCVA)*⁶⁶. Ces deux lois s'inspirent du pouvoir fédéral de réglementer les échanges et le commerce, et ne s'appliquent qu'aux normes des produits qui traversent les frontières provinciales ou internationales.

L'imposition d'une loi sur l'efficacité énergétique par le biais d'une réglementation des marchandises qui traversent les frontières provinciales soulève plusieurs problèmes. Premièrement, des normes telles que CAFE et CAFV (consommation moyenne de carburant de l'entreprise) sont normalement basées sur le nombre de véhicules vendus dans un territoire, plutôt que de véhicules qui traversent les frontières provinciales. La

64 De l'avis de l'auteur, toute forme de propriété créée par la réglementation est de manière inhérente un permis révocable qui peut être annulé par des modifications au règlement. Cette opinion est soutenue par plusieurs grands arrêts de la jurisprudence de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, mais entre en conflit avec un arrêt du Nouveau-Brunswick : voir Chris Rolfe et Linda Nowlan, *Economic Instruments and the Environment : Selected Legal Issues* (Vancouver : West Coast Environmental Law Research Foundation, 1993), p. 109-111. En outre, les litiges survenus aux États-Unis ont remis en question la capacité de révoquer les quotas accumulés.

65 L.R.C., ch. E-6.4.

66 L.R.C., ch. M-9.

LNCCVA tente de résoudre ce problème en exigeant que tous les véhicules qui traversent les frontières provinciales portent une étiquette attestant leur participation à un programme national d'économie de carburant. La norme CAFV est basée sur le rendement moyen du carburant des véhicules. Hélas, il y a peu de chances que cette disposition qui régleme indirectement le rendement énergétique du carburant et l'étiquetage des véhicules fabriqués et vendus dans une province, soit déclarée inconstitutionnelle⁶⁷.

Si l'on n'appliquait les normes d'efficacité énergétique qu'aux marchandises importées au pays ou traversant les frontières provinciales, ces mesures risqueraient aussi de présenter des difficultés, parce qu'elles sont contraires au droit commercial international⁶⁸. Quoiqu'on ait peu de chances de surmonter ces difficultés, on pourrait les éviter en basant les normes d'efficacité énergétique sur le critère de l'intérêt national⁶⁹.

Face à l'appui ferme qu'a suscité l'affaire *Hydro-Québec* pour les normes nationales d'efficacité énergétique, le gouvernement fédéral devrait se sentir à l'aise pour établir des normes nationales d'efficacité du carburant et de l'énergie qui s'appliquent à tous les biens fabriqués ou vendus au Canada, qu'ils traversent ou non les frontières provinciales. Ceci permettrait également

d'éviter de dédoubler l'élaboration réglementaire dans toutes les provinces.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale

La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*⁷⁰ ne vise pas à permettre l'application cohérente des exigences de réduction des émissions de gaz à effet de serre sur les lieux de production. Premièrement, elle ne s'applique généralement qu'à des projets exigeant le transfert de terres fédérales, d'entreprises fédérales et de projets réglementés ou financés par le gouvernement fédéral⁷¹. Elle permet également au ministre de l'Environnement et au Secrétaire d'État aux Affaires extérieures d'exiger des évaluations de projets qui, de son avis, entraîneraient des effets environnementaux importants à l'extérieur du Canada⁷². Ces pouvoirs restreints ne prévoient pas l'application cohérente des exigences relatives aux émissions de gaz à effet de serre, mais pourraient servir lorsqu'un projet est censé avoir une incidence majeure sur les émissions du Canada⁷³. Deuxièmement, le gouvernement fédéral risque d'éprouver des difficultés à mettre en œuvre des projets de réduction des émissions ou d'autres mesures d'atténuation en vertu de l'évaluation environnementale

67 Des dispositions semblables, qui exigeaient que le nom fédéral de catégorie de produit agricole soit indiqué sur les produits alimentaires pour être conforme aux normes fédérales, ont été déclarées inconstitutionnelles dans *Les Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, note 37 ci-dessus. La décision concernant *Les Supermarchés Dominion*, rendue par une majorité serrée, a été critiquée par le grand constitutionnaliste canadien Peter Hogg : Hogg, note 7 ci-dessus, p. 20-9.

68 Imposer des normes nationales par la voie du commerce interprovincial dans des produits qui ne respectent pas une norme a été contesté comme étant une mesure protectionniste contraire au droit commercial international. Le seul fabricant de l'additif de carburant interdit par la *Loi sur les additifs* à base de manganèse a prétendu que la loi était contraire au droit commercial : voir Barrie McKenna, « Trade row looms over MMT », *Globe and Mail*, mardi 10 septembre 1996, p. B-1.

69 L'argument selon lequel des normes qui ne s'appliquent qu'au commerce international ou interprovincial sont contraires au droit commercial ne tient pas compte de la réalité constitutionnelle, ni de l'impact de ces normes sur le plan pratique dans l'imposition des normes nationales plutôt que dans la protection de la production nationale. Voir lettre de Chris Rolfe à Lloyd Axworthy, 3 juin 1996, disponible sur le site Web de la West Coast Environmental Law Association : <http://vcn.bc.ca/wcel>.

70 L.C. 1992, ch. 37.

71 Article 5.

72 Article 47.

73 Par exemple, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande a appliqué sa loi sur l'évaluation environnementale de manière ponctuelle pour exiger la compensation d'émissions d'un projet qui risquait d'augmenter beaucoup les émissions globales de la Nouvelle-Zélande.

fédérale⁷⁴. Troisièmement, la tâche qui consiste à veiller au respect des conditions serait répartie entre plusieurs ministères fédéraux⁷⁵.

Lois de la Colombie-Britannique

Waste Management Act (Loi concernant la gestion des déchets)

Le *Waste Management Act*, la pièce maîtresse des lois anti-pollution de la Colombie-Britannique, accorde des pouvoirs limités de réglementer les gaz à effet de serre. Cette loi définit les déchets comme comprenant « une substance émise dans l'air qui est capable de causer des dommages... à l'air, à la terre, à l'eau et à d'autres conditions externes dans lesquelles les êtres humains, les animaux et les plantes vivent ». Quoique, dans le passé, les responsables de la gestion des déchets n'aient jamais considéré les gaz à effet de serre comme un déchet, la définition qui figure dans le *Waste Management Act* semble suffisamment large pour les inclure. Cependant, à l'instar de la législation fédérale, l'application du *Waste Management Act* pourrait être clarifiée⁷⁶.

Le *Waste Management Act* sert déjà à réglementer les émissions de gaz à effet de serre tels que le méthane de rebut, et pourrait servir à fixer des normes d'efficacité du carburant et d'émission pour les nouveaux véhicules⁷⁷, à fixer des normes d'efficacité énergétique pour de grandes installations qui comptent sur les combustibles fossiles comme source d'énergie, et à imposer des frais d'émission de gaz à effet de serre aux grandes installations qui seraient consacrés à l'administration et aux projets de compensation des émissions de gaz à effet de serre provenant de sources industrielles. Par ailleurs, le *Waste Management Act* présente plusieurs faiblesses :

- Cette loi n'autorise pas la perception de redevances d'utilisation atmosphérique sur les émissions qui dépassent les niveaux permis.
- Elle ne contient aucun pouvoir spécifique de promulguer des règlements qui créent des programmes d'échange et, compte tenu des pouvoirs de réglementation très spécifiques employés ailleurs dans la loi, il est peu probable que

74 Les paragraphes 20(2) et 37(2) attribuent aux pouvoirs fédéraux la responsabilité de veiller à la mise en œuvre de mesures d'atténuation, mais ne dotent pas de manière précise ces autorités d'un pouvoir de veiller à cette application. On suppose généralement que les pouvoirs du gouvernement fédéral d'imposer des mesures d'atténuation comprennent des pouvoirs associés à l'approbation réglementaire qui déclenche une évaluation environnementale. (Par exemple, si une demande de permis en vertu d'une loi particulière déclenche une évaluation, le gouvernement fédéral peut imposer des conditions dans ce permis qui sont prévues en vertu de cette loi particulière). Dans *Curragh Resources Inc. v. Canada (Minister of Justice)* (1993), 11 C.E.L.R.(N.S.) 173 (C.A.F. Can.), la Cour d'appel fédérale a conclu que le pouvoir du gouvernement fédéral d'imposer des conditions (paiement d'une garantie) était sous-entendu par la *Loi sur l'évaluation environnementale*. Cependant, l'arrêt Curragh a été rendu dans le contexte des territoires (où d'autres facteurs constitutionnels entrent en jeu) et en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le prédécesseur de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*). L'arrêt Curragh comportait également une condition qui pourrait être remplie avant d'accorder une autorisation. (Si le gouvernement fédéral ne recevait pas le paiement demandé d'une garantie, il pouvait suspendre l'approbation.) L'application des compensations peut s'avérer difficile dans d'autres situations (à moins que le gouvernement n'impose des exigences quant aux cautions à verser pour les compensations en cas de défaut).

75 Selon qui est l'autorité responsable en vertu de la loi : par. 37(2).

76 On a prétendu que le *Waste Management Act* ne vise pas les gaz à effet de serre parce que les dommages causés par les gaz à effet de serre sont indirects comparativement à d'autres polluants. Cependant, de nombreux polluants qui ne causent des dommages environnementaux que de manière indirecte sont réglementés. Par exemple, les substances organiques volatiles sont réglementées à cause de leur tendance à réagir à d'autres substances et à former de l'ozone troposphérique. Deuxièmement, on prétend parfois que si l'on interprète les déchets comme comprenant des gaz à effet de serre, cela aboutit au résultat absurde que tous les êtres humains qui respirent ont besoin de permis de gestion des déchets. Cependant, ce résultat absurde n'est pas l'apanage des gaz à effet de serre. Si l'on prend le *Waste Management Act* au pied de la lettre, il faudrait que tous les peintres et les bureaux équipés de photocopieurs détiennent des permis parce qu'ils émettent des substances organiques volatiles. Ceci ne se produit tout simplement pas parce qu'on fait appel au bon sens dans l'application du *Waste Management Act*. Cela ne s'applique qu'à des sources importantes.

77 Le paragraphe 24.3 habilite le gouvernement à fixer des normes d'émission moyennes et pourrait servir à instaurer des normes d'émission moyennes pour le dioxyde de carbone (qui sont en gros les mêmes que les Corporate Average Fuel Efficiency Standards). De la même manière que le *Motor Vehicle Emission Reduction Regulation* de la Colombie-Britannique adopte les normes américaines d'émission, les normes d'émission moyennes de gaz à effet de serre pourraient adopter le même processus d'homologation pour l'efficacité du rendement que celui du CAFE américain.

les tribunaux sous-entendent le pouvoir d'établir des programmes d'échange⁷⁸.

- Les pouvoirs d'inspection ne permettraient pas l'inspection des projets de réduction d'émission hors des lieux de production, ni des dossiers des sources de crédit.
- Les pouvoirs en matière de permis ne comprennent pas les pouvoirs nécessaires pour imposer des exigences ponctuelles de réduction d'émission hors des lieux de production à aucune des parties qui est tenue de compenser ses exigences ou ses sources de crédit.
- Elle n'offre pas l'assise législative nécessaire pour créer un système de sanctions administratives.
- Elle ne comprend aucun pouvoir d'imposer des audits énergétiques (quoique la Province puisse inciter les installations à inspecter l'utilisation d'énergie dans le cadre du processus de délivrance de permis).
- Il n'existe aucun moyen d'encourager l'efficacité énergétique dans les installations qui ne sont pas des émetteurs directs (c'est-à-dire des consommateurs d'électricité).
- Un tribunal pourrait conclure qu'une loi, et non pas un règlement, est nécessaire pour définir les quotas comme étant des permis révocables⁷⁹.
- Il n'existe aucun pouvoir de faire une « référence révisable » aux normes internationales ou aux règlements d'autres territoires, pouvoirs qui pourraient devenir très importants si la Province

participe à un programme d'échange concerté à l'échelon national ou international⁸⁰.

Energy Efficiency Act (Loi concernant l'efficacité énergétique)

L'*Energy Efficiency Act*⁸¹ de la Colombie-Britannique pourrait servir à imposer des normes minimales de rendement énergétique et des normes de technologie d'efficacité énergétique pour des produits fabriqués ou vendus en Colombie-Britannique. L'*Energy Efficiency Act* n'autorise pas des normes moyennes de rendement énergétique. L'application de l'*Energy Efficiency Act* pourrait être renforcée par le recours à des sanctions administratives, mais ceci exigerait des modifications.

The Municipal Act (Loi concernant les municipalités)

En vertu du *Municipal Act*⁸², le ministre des Affaires municipales peut adopter des normes d'efficacité énergétique selon les termes du Code du bâtiment de la Colombie-Britannique⁸³, et les conseils municipaux peuvent adopter des normes plus strictes⁸⁴. Plusieurs changements amélioreraient une application rentable des dispositions du code de l'énergie. Par exemple, on pourrait doter les municipalités du pouvoir d'exiger qu'un ingénieur professionnel certifie qu'un bâtiment est conforme au plan approuvé, ou que les plans de construction sont conformes aux normes d'efficacité énergétique plus strictes imposées par une municipalité⁸⁵. La planification énergétique, qui est pour le moment facultative, pourrait aussi devenir un élément d'urbanisme nécessaire.

78 Le seul programme d'échange établi par un règlement de la Colombie-Britannique est un programme très restreint concernant l'échange entre fabricants de voitures aux fins de respecter les normes d'émission des véhicules. Ceci semble reposer sur la référence précise d'établir « des programmes exigeant que les fabricants d'automobiles vendent une gamme de véhicules déterminés selon une formule ».

79 Voir note 64 ci-dessus.

80 Une « référence révisable » est une référence à une norme ou à un règlement au fur et à mesure qu'il est modifié au besoin. Cette référence est souvent nécessaire pour veiller à ce que le programme soit harmonisé avec d'autres territoires. Les règlements qui intègrent les règlements ou les normes d'autres territoires reposent sur des dispositions spécifiques du *Waste Management Act* : voir, par exemple, l'article 35 du *Waste Management Act*.

81 S.B.C. 1990, ch. 40.

82 R.S.B.C. 1979, ch. 290.

83 Article 740.

84 Article 734.

85 Les municipalités ne peuvent exiger l'homologation des *plans* par les ingénieurs que pour assurer le respect des normes énergétiques provinciales : paragraphe 734.2.

Utilities Commission Act (Loi concernant la commission des services publics)

Le *Utilities Commission Act*⁸⁶ pourrait servir à imposer des exigences de compenser des émissions par la voie de projets hors des lieux de production. Ces exigences pourraient être imposées de manière ponctuelle par le Cabinet pour des centrales thermiques nouvelles ou auxquelles on donne une expansion importante. Les conditions dont peuvent être assortis les décrets qui accordent un certificat pour un chantier énergétique ou un certificat pour une exploitation énergétique sont pour ainsi dire illimitées.

BC Environmental Assessment Act (Loi concernant l'évaluation environnementale de Colombie-Britannique)

L'*Environmental Assessment Act* de Colombie-Britannique⁸⁷ permet qu'un certificat d'approbation d'un chantier comprenne des mesures visant à minimiser les émissions de gaz à effet de serre. Quoique cette Loi ne comprenne aucun pouvoir spécifique d'exiger que les promoteurs du projet entreprennent des travaux de réduction des émissions des gaz à effet de serre hors des lieux de production, les tribunaux d'autres territoires ont décidé qu'un pouvoir d'imposer des mesures d'atténuation comprend un pouvoir d'exiger des compensations de dioxyde de carbone⁸⁸. Cependant, les exigences relatives à la surveillance semblent se borner à la surveillance des incidences du projet évalué, et non pas au projet de réduction des émissions hors des lieux de production⁸⁹.

86 S.B.C. 1980, ch. 60.

87 S.B.C. 1994, ch. 35.

88 Le pouvoir d'exiger l'atténuation selon le *Resource Management Act*, 1991 de la Nouvelle-Zélande a été interprété par le ministre de l'Environnement de la Nouvelle-Zélande et par une commission d'enquête créée en vertu de la loi pour inclure le pouvoir d'exiger l'atténuation. Quoique les compensations soient une forme d'atténuation qui ne font pas partie du type de mesures d'atténuation qui sont généralement incluses dans les approbations de projet, il est peu probable qu'un juge décide que les pouvoirs d'atténuation de l'*Environmental Assessment Act* ne comprennent pas le pouvoir d'exiger des compensations.

89 Voir article 38.

90 R.S.B.C., c. 388.

91 Le paragraphe 2.4 permet au lieutenant-gouverneur en conseil d'imposer des redevances environnementales pour les produits dangereux. Les produits dangereux ne doivent pas nécessairement être véritablement dangereux, mais peuvent comprendre n'importe quel produit prescrit comme étant un produit dangereux. Le lieutenant-gouverneur en conseil a recouru à cette disposition pour imposer des redevances environnementales sur des produits pas plus dangereux que les pneus. L'exemption prévue à l'article 4 du *Social Service Tax Act* pour les combustibles fossiles ne s'applique pas aux redevances environnementales.

The Social Service Tax Act (Loi sur la taxe pour les services sociaux)

Le *Social Service Tax Act*⁹⁰ pourrait servir à prélever des redevances environnementales sur la vente de l'électricité ou des combustibles fossiles⁹¹.

Conception d'instruments juridiques visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre

Face aux besoins de lois qui soient valides constitutionnellement, de règlements qui soient fermement ancrés dans les lois, d'orientations politiques claires et d'un discours démocratique, comment peut-on commencer à élaborer les instruments juridiques qui permettraient de mettre en œuvre l'échange de droits d'émission et d'autres aspects d'un programme national visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre? Voici les principaux problèmes de conception qui se posent :

- diviser les responsabilités de la réduction des émissions de gaz à effet de serre entre les provinces et le gouvernement fédéral;
- veiller à ce qu'il existe une assise législative appropriée pour les divers éléments d'une stratégie de réduction des émissions.

Problème de conception n° 36 : Diviser les responsabilités entre les provinces et le gouvernement fédéral

La problématique :

Quel niveau de gouvernement devrait être chargé de mettre en œuvre les divers éléments d'une stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre?

Le débat :

Le choix du niveau de gouvernement qui devrait être chargé de mettre en œuvre des aspects particuliers d'une stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre dépend des compétences constitutionnelles des gouvernements provinciaux et fédéral, de l'efficacité et de l'efficacités des programmes nationaux ou provinciaux, ainsi que des ramifications politiques d'un niveau particulier de gouvernement régissant un domaine donné. En gros, deux solutions principales se présentent pour déterminer comment structurer un programme : (1) un programme national pourrait attribuer la plus grande part des responsabilités de la réduction des gaz à effet de serre aux provinces; (2) le gouvernement fédéral pourrait assumer la plus grande part des responsabilités.

Programme à dominante provinciale

Dans un programme à dominante provinciale, le gouvernement fédéral pourrait s'en tenir à ses champs limités de compétence traditionnelle, à aider les provinces à élaborer leurs propres normes, à faire les ajustements fiscaux et à instaurer des normes d'efficacité pour les marchandises faisant l'objet d'un commerce interprovincial, et à établir des programmes de financement pour les initiatives de réduction d'émissions. Les provinces pourraient assumer la responsabilité première des réductions d'émissions.

Si l'échange de droits d'émission s'inscrit dans une stratégie de réduction des émissions, un programme

d'échange à dominante provinciale devrait miser sur une législation mixte et parallèle. La législation provinciale pourrait établir des limites d'émission pour les sources réglementées par les provinces; quant à la législation fédérale, elle pourrait établir des limites pour les sources réglementées par le gouvernement fédéral telles que les entreprises fédérales. Tant la législation fédérale que provinciale pourrait établir dans la loi la notion d'échange de crédits pour la réduction des émissions. La législation provinciale pourrait ensuite déléguer au gouvernement fédéral le pouvoir de promulguer des règlements qui définissent les critères pour les crédits utilisés dans le commerce interprovincial, et le pouvoir de déterminer si les crédits qui ont été utilisés respectent ces critères. La législation fédérale pourrait réglementer des normes que les crédits de réduction d'émissions échangés d'une province à l'autre doivent respecter.

Sur le plan politique, un programme à dominante provinciale présente l'avantage d'éviter une extension de la réglementation fédérale dans des nouveaux domaines. Face à la résistance des provinces telles que le Québec, l'Alberta et la Colombie-Britannique à l'extension du contrôle fédéral, ceci permettrait d'éviter le mécontentement chez certains politiciens provinciaux. Par ailleurs, lorsque viendra le moment de la mise en œuvre proprement dite, même ces provinces s'opposent peut-être violemment à assumer la responsabilité première de réduire les émissions de gaz à effet de serre à l'intérieur de leurs frontières.

Même s'il se peut qu'un programme à dominante provinciale soit composé de programmes fédéraux et provinciaux mixtes, la création de ces programmes vient ajouter un élément de complexité et aboutit au dédoublement bureaucratique dans plusieurs provinces. La négociation de plafonds d'émission provinciaux séparés ou la négociation d'une formule qui détermine les plafonds d'émission provinciaux risque de menacer l'unité nationale du fait que la croissance démographique, les niveaux actuels d'intensité carbonique ou la dépendance envers les énergies renouvelables posent à chaque province des défis que

chacune d'elles perçoit différemment. En outre, même si un programme national composé de programmes provinciaux mixtes d'échange de droits d'émission peut être négocié au départ, tout changement à apporter à ce programme qui pourrait s'avérer nécessaire pour respecter les engagements nationaux risque de s'avérer impossible à négocier.

Enfin, comme les questions d'intérêt national excluent la compétence provinciale, un programme d'échange de droits d'émission pour les gaz à effet de serre qui reposerait sur la loi provinciale est plus susceptible de causer des difficultés juridiques que des programmes purement fédéraux. Le gouvernement fédéral détient des pouvoirs constitutionnels plus forts pour mettre sur pied un programme d'échange de droits d'émission pour les gaz à effet de serre.

Programme à dominante fédérale

Dans un programme à dominante fédérale, le gouvernement fédéral pourrait adopter des mesures de portée générale telles que des mécanismes d'échange de droits d'émission et des fonds climatiques nationaux, fixer des normes d'efficacité pour un vaste éventail de produits, et procéder aux ajustements fiscaux nécessaires. Les provinces pourraient compléter les mesures fédérales et intervenir dans des domaines tels que la réforme des pratiques sylvicoles, le transport, l'aménagement du territoire, etc.

Idéalement, les provinces et le gouvernement fédéral pourraient négocier les mesures que les provinces pourraient prendre pour réduire les gaz à effet de serre. Ceci pourrait prendre la forme soit d'objectifs de réduction d'émission que chacune des provinces respecterait par la voie de ses propres plans de réduction d'émissions, soit de mesures stratégiques que toutes les provinces accepteraient d'adopter. Ces responsabilités provinciales seraient néanmoins plus restreintes que les responsabilités attribuées en vertu d'un programme à dominante provinciale. Le gouvernement fédéral serait, par exemple, le premier responsable de la mise en œuvre de tout programme d'échange de droits

d'émission ou de l'élaboration de normes pour les produits de consommation et les procédés industriels.

Tel qu'évoqué ci-dessus, le gouvernement fédéral est sans doute en mesure de recourir à ses pouvoirs en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement pour exiger que les provinces élaborent des programmes de mise en œuvre et que, si les provinces n'élaborent et ne mettent pas en œuvre les programmes qui n'ont aucune chance raisonnable de réussir, le gouvernement fédéral puisse avoir les pouvoirs d'élaborer des règlements dans les domaines relevant traditionnellement de la compétence des provinces. Hélas, l'existence de pouvoirs fédéraux d'une aussi grande portée est incertaine.

L'incertitude pourrait entraver l'élaboration d'un programme national efficace et cohérent de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Pour dissiper cette incertitude, le gouvernement fédéral devrait demander à la Cour suprême du Canada de le conseiller sur la constitutionnalité des diverses stratégies de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Quoique la définition des questions soumises à la Cour nécessiterait des travaux considérables, le gouvernement fédéral a le pouvoir de soumettre ces « questions de renvoi » à la Cour suprême⁹².

Les conclusions :

Le gouvernement fédéral devrait affirmer sa responsabilité première de réduire les gaz à effet de serre. Si un programme d'échange de droits d'émission fait partie d'un programme national, il devrait être établi par le gouvernement fédéral, après consultation des intervenants, y compris les provinces. Le gouvernement fédéral peut également adopter une attitude plus proactive dans la définition des normes nationales d'efficacité énergétique et de performance sur le plan des émissions, dans la définition de normes qui

La négociation de plafonds d'émission provinciaux séparés risque de menacer l'unité nationale du fait que chaque province perçoit différemment les défis que présente la réduction des émissions.

92 *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C., 1985, ch. S-26, a. 53.

soient exécutoires, que le produit réglementé traverse ou non les frontières provinciales. D'autres aspects d'une intervention fédérale devraient comprendre les programmes de dépenses tels que le fonds climatique visant à concrétiser des réductions irrécupérables d'émission, la réforme fiscale fédérale et l'application d'évaluations environnementales fédérales à tous les projets qui ont des implications importantes sur les gaz à effet de serre.

Alors que les mesures qui précèdent seront toutes importantes dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'autres mesures s'imposeront dans des domaines traditionnellement réglementés par les provinces. Idéalement, le gouvernement fédéral et les provinces devraient négocier les mesures que les provinces devraient prendre. Cependant, si une ou plusieurs provinces ne veulent pas coopérer pour adopter leur part de mesures de réduction d'émissions, le gouvernement fédéral devrait envisager d'adopter des lois qui exigent que les provinces élaborent des plans de mise en œuvre et que, si ces plans ne sont ni élaborés ni mis en œuvre, le gouvernement fédéral serait autorisé à prendre des mesures dans des domaines relevant de la compétence des provinces qui influent directement sur les émissions de gaz à effet de serre. Avant d'adopter quelque loi de ce type que ce soit, le gouvernement devrait la déferer à la Cour suprême du Canada pour avoir son opinion quant à sa validité.

Problème de conception n° 37 : Assurer une assise législative appropriée

La problématique :

De quelle loi a-t-on besoin pour appuyer les éléments d'une stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre?

Le débat :

Tel que mentionné ci-dessus, il existe plusieurs raisons juridiques et stratégiques qui déterminent quelle loi

s'avérera nécessaire pour réduire les gaz à effet de serre. La législation actuelle prévoit de nombreuses mesures de réduction des gaz à effet de serre, mais ne fournit aucune assise législative pour les principaux régimes d'échange de droits d'émission.

Nouvelle législation pour l'échange de droits d'émission

Quoiqu'il n'y ait que peu de place à l'ordre du jour parlementaire pour des grands projets législatifs, une nouvelle législation concernant précisément les gaz à effet de serre s'avérera probablement nécessaire pour tout programme important d'échange de droit d'émission des gaz à effet de serre. Cette législation pourrait prendre la forme d'une nouvelle loi, ou de l'ajout d'une nouvelle partie à la loi existante.

La loi concernant précisément les émissions de gaz à effet de serre présente l'avantage de pouvoir être conçue pour sous-tendre la constitutionnalité d'une stratégie fédérale d'émission de gaz à effet de serre. La loi qui vise un objet plus large — par exemple, la pollution atmosphérique internationale — doit par nécessité être formulée d'une manière générale et applicable à de nombreuses circonstances. Comme la loi doit appuyer la réglementation dans diverses circonstances, le sujet de la loi est moins unique, particulier et indivisible, et ainsi moins susceptible d'être constitutionnel en vertu du critère de l'intérêt national.

Une loi visant précisément l'échange des droits d'émission des gaz à effet de serre est également recommandable pour un grand nombre des raisons juridiques exposées ci-dessus. Dans bien des cas, les éléments nécessaires d'un programme d'échange auront besoin d'un soutien législatif particulier, mais les détails de la loi nécessaire ne seront pas manifestes tant que les choix stratégiques fondamentaux ne seront pas faits. Par exemple, le système de sanction administrative qui convient à un programme d'échange de quotas différera du système approprié pour l'échange de crédits (dans le cas de l'échange de quotas, les sanctions administratives peuvent être automatiques, tandis que, dans le cas d'échange de crédits, on a besoin de l'opinion d'un

expert et l'on risque d'avoir besoin des tribunaux experts pour évaluer la validité des crédits). De même, si l'attribution des quotas devient une décision administrative (comme ce serait nécessaire dans toute attribution annuelle de quotas selon une formule donnée), il faudra peut-être restreindre la capacité de faire réviser les décisions d'attribution par le tribunal.

Enfin, il existe plusieurs raisons stratégiques de créer une loi visant précisément l'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre. En raison de l'importance nationale d'un régime d'échange, il vaut la peine de débattre de son cadre fondamental au Parlement. La loi-cadre pourrait également établir des principes de base. Par exemple, elle pourrait spécifier que tout plafond imposé aux émissions ne pourrait pas être plus élevé que les émissions réelles évaluées au cours de l'année précédant l'établissement du plafond. Elle pourrait indiquer l'application de coefficients de réduction pour le transfert d'émissions, et la certitude dans un programme d'échange de crédits. Une fois que les décisions stratégiques fondamentales sont prises, elle pourrait servir à orienter les discussions entre les parties intéressées.

Toute initiative législative concernant l'échange de droits d'émission devrait comporter un engagement à réviser l'échange de droits d'émission au bout de plusieurs années d'expérience. Tel que mentionné dans le chapitre VII, le dilemme entre l'échange et la réglementation constitue une préoccupation fondamentale pour les environnementalistes. L'échange enlève au public tout pouvoir décisionnel quant à la manière et à l'endroit où les émissions seront réduites, et retire ainsi au public sa capacité d'influer sur l'adoption de mesures qui comportent de nombreux avantages sur le plan social et environnemental. Un engagement à réviser l'échange de droits d'émission pourrait en partie alléger cette préoccupation, du fait qu'il crée un nouveau lieu de participation du public dans la prise de décisions. Ce facteur a joué dans la décision d'inclure un engagement de procéder à un examen public après deux ans d'expérience dans les réglementations concernant la mise en œuvre du programme RECLAIM. De même, la

Loi canadienne sur la protection de l'environnement comportait, lors de son adoption en 1988, un engagement de faire faire un examen par un comité parlementaire.

Modifications aux lois existantes

Quoique de nouvelles lois soient la solution pour la création d'un programme d'échange de droits d'émission, dans bien d'autres cas, on pourrait adopter des politiques sans faire de modifications ou d'ajouts majeurs aux lois fédérales et provinciales. Par exemple, des lois fédérales telles que la *Loi sur l'efficacité énergétique* ou la *Loi sur les normes de consommation de carburant des véhicules automobiles* pourraient facilement être modifiées en les rendant applicables à toutes les marchandises mises en vente au Canada ou importées au Canada. Une loi telle que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* pourrait être modifiée pour permettre des règlements spécifiant que les projets seront évalués si leurs incidences sur les émissions de gaz à effet de serre dépassent un seuil défini.

La conclusion :

Quoiqu'en vertu des lois fédérales et provinciales existantes, il soit possible de prendre diverses mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre par la voie de mesures réglementaires, des changements législatifs s'imposent. En particulier, on recommande une nouvelle législation, sous la forme d'une nouvelle loi ou d'une nouvelle partie à la législation existante et visant précisément les gaz à effet de serre, pour tout programme important d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre. Il faudra probablement adopter de nouvelles lois pour doter les organismes de réglementation de pouvoirs législatifs suffisants dans tous les aspects d'un programme d'échange. Toute initiative législative ayant trait à l'échange de droits d'émission devrait servir à enchâsser les principes de base nécessaires à l'efficacité environnementale d'un programme, et devrait comporter un engagement à réviser les échanges de droits d'émission au bout de plusieurs années d'expérience. Pour de nombreuses

autres mesures, des changements plus ou moins importants sont nécessaires.

Sommaire

La manière dont une stratégie concernant les émissions de gaz à effet de serre s'appliquera dépendra des pouvoirs constitutionnels des gouvernements qui la mettent en œuvre. En déterminant la constitutionnalité des lois environnementales, les tribunaux ont tenté de veiller à ce que le pouvoir des gouvernements de traiter de manière efficace les problèmes d'environnement ne soit pas restreint, tout en essayant de maintenir une Confédération bien équilibrée. Ces politiques judiciaires rivales sont particulièrement importantes en ce qui concerne les gaz à effet de serre, en raison des sources omniprésentes de gaz à effet de serre et de la nature internationale du problème.

Les tribunaux ont tenté de résorber la tension entre l'efficacité du droit environnemental et l'harmonie de la Confédération en recourant à plusieurs stratégies. Ils ont interprété la compétence fédérale en matière de droit pénal d'une manière telle que le gouvernement fédéral peut fixer des normes nationales et les gouvernements provinciaux établir des niveaux plus élevés de protection. Ils ont également reconnu le pouvoir fédéral de réglementer des émissions qui ont une incidence dans d'autres provinces au pays, mais ont essayé de concevoir des moyens de limiter l'intrusion dans la compétence provinciale que cela pourrait comporter.

Quoique la manière dont les tribunaux appliqueraient la Constitution en ce qui concerne les lois visant à réduire les effets de gaz à effet de serre soit encore entourée d'incertitude, le gouvernement fédéral semble avoir le pouvoir de mettre en œuvre unilatéralement des instruments économiques importants pour les gaz à effet de serre. Le pouvoir provincial de mettre en œuvre des instruments économiques importants est moins certain, surtout si les lois fédérales occupent le terrain de la réglementation des émissions de gaz à effet de serre. La compétence fédérale dans ce domaine est peut-être

avantageuse, du fait que la mise en œuvre d'un programme national par les provinces pourrait s'avérer à la fois difficile et inefficace. Néanmoins, les provinces ont un pouvoir clair de réduire les gaz à effet de serre en recourant à plusieurs initiatives, notamment la mise sur pied de certains instruments économiques. Par exemple, les provinces peuvent prélever des impôts directs sur le carbone, en affectant éventuellement les recettes à des projets de financement qui réduisent les gaz à effet de serre et qu'il vaut la peine de poursuivre pour d'autres raisons.

Le gouvernement fédéral, tout comme les gouvernements provinciaux, ont le pouvoir de fixer des normes d'efficacité énergétique et des normes d'émission pour les gaz à effet de serre. Le pouvoir fédéral ne se borne pas à établir des normes pour les marchandises qui traversent les frontières nationales et provinciales. Les normes provinciales peuvent dépasser les normes fédérales.

L'un des aspects les plus difficiles à prévoir, c'est la manière dont les tribunaux réagiront à la législation fédérale qui traite de sujets étroitement liés à des domaines relevant de la compétence provinciale mais ayant une incidence directe sur les gaz à effet de serre, tels que le piégeage du carbone dans les forêts situées sur des terres provinciales, les services publics, l'aménagement du territoire et la planification énergétique collective. Quoique les gouvernements provinciaux soient sans doute les plus à même de mettre en œuvre ces aspects d'une stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre, parce qu'ils relèvent traditionnellement de leur compétence, ces aspects sont peut-être aussi des composantes essentielles d'une stratégie nationale efficace de réduction des émissions. Si une province ne coopère pas, cela pourrait avoir des effets néfastes à l'extérieur de la province. C'est pourquoi le gouvernement fédéral peut avoir un certain pouvoir sur ces questions si l'intervention fédérale s'avère nécessaire. L'intervention fédérale dans ce domaine devrait néanmoins être conçue pour éviter toute intrusion inutile dans des domaines relevant de la compétence des provinces.

Les instruments juridiques de réduction des gaz à effet de serre exigent à la fois une assise constitutionnelle et une assise législative. Quoiqu'un grand nombre de lois existantes telles que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, et les lois provinciales *Waste Management Act*, *Utility Act* ou *Environmental Assessment Act* pourraient servir à soutenir certaines exigences de réduction des émissions de gaz à effet de serre, dont aucune n'est bien adaptée à la mise en œuvre d'un programme d'échange de droits d'émission. Dans bien des cas, une fois les nouvelles initiatives de réduction des émissions de gaz à effet de serre conçues, une nouvelle législation s'imposera pour appuyer cette initiative.