

**Examen de la
LCPE:**

**Document
d'élaboration
des enjeux
17**



**Collaboration intergouvernementale fédérale
en matière de gestion de l'environnement :
comparaison de l'évolution
en Australie et au Canada**

35655

bre
κ

KE
3619
R491
1994
No. 17

Canada

Au cours des discussions sur l'harmonisation de la gestion de l'environnement par les gouvernements fédéral et provinciaux, le cas de l'Australie a été cité comme modèle que le Canada pourrait suivre. Le présent document compare les pouvoirs législatifs en Australie à ceux existant au Canada, ce qui pourrait être utile à l'examen dont la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* fait actuellement l'objet.

Tiré de : Environmental and Planning Law Journal 11, 104-136 (1994) et traduit

avec la permission de l'auteur,

*Alex Gardner**

*Maître assistant en droit
University of Western Australia
Nedlands
Western Australia, 6009
Australie*

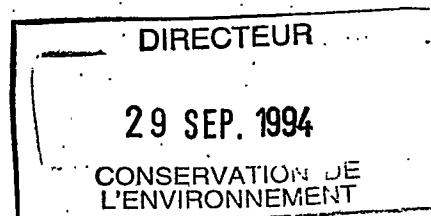
et de l'éditeur,

*The Law Book Company Ltd.
44-50 Waterloo Road
North Ryde
New South Wales, 2113
Australie*

* Note de l'auteur : la Loi citée était en vigueur en août 1993.
Je tiens à remercier la Faculté de droit de l'*University of Calgary* de m'avoir reçu au début de 1993 afin que je puisse chercher les renseignements nécessaires à la rédaction du présent article. Je veux aussi remercier Steven Kennett de l'Institut canadien du droit des ressources et le professeur associé Rob Fowler de la *University of Adelaide Law School* pour leurs commentaires utiles sur un avant-projet du présent article.



Papier recyclé à 100%
fait de fibres post-consommation
— Marque officielle d'Environnement Canada



© Ministre des Approvisionnements et Services 1994

n° de catalogue : En 40-224/21-1994

ISBN : 0-662-61211-6

KE
3619
R491
1994
No. 17

36150174
MQ 117102

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
1. Fondement constitutionnel de la gestion de l'environnement	2
• Répartition fédérale des pouvoirs législatifs	2
• Évolution de la perception des responsabilités gouvernementales en matière d'environnement	3
• Pouvoirs propriétaires du gouvernement	3
• Pouvoirs législatifs fédéraux en matière de réglementation environnementale	3
• Étendue des pouvoirs législatifs fédéraux	4
• Compétences extraterritoriales	4
• Délégation de pouvoirs	4
• Résumé	5
• Possibilité de réforme constitutionnelle en matière d'environnement	6
2. Législation environnementale du Commonwealth et du Dominion	6
3. Infrastructure actuelle de la gestion nationale de l'environnement	7
• Conseils ministériels	7
- Australie	7
- Canada	8
• Ententes intergouvernementales	9
- Australie	9
• NSESD - Élaboration de politiques	10
• Entente intergouvernementale sur l'environnement	11
• Ententes nationales en matière d'évaluation environnementale	13
- Canada	15
• Élaboration de politiques et tables rondes	15
• Déclaration sur la collaboration intergouvernementale	16
• Ententes sur l'évaluation environnementale	16
4. Répercussions juridiques	18
• Application juridique des ententes	19
- Principes généraux pour l'application des ententes intergouvernementales	19
• L'entente est-elle valide ?	20
• La méthode de mise en oeuvre de l'entente modifie la loi	20
• La méthode de mise en oeuvre de l'entente ne modifie pas la loi	21
- Applicabilité des ententes	23
• Ententes stratégiques	23
• Ententes multilatérales	23
• Ententes bilatérales d'accréditation	25
• Mise en oeuvre valide des ententes	27
- Répercussions juridiques des ententes de collaboration	27
- Validité des accords d'accréditation	28
- Pouvoir juridique de collaboration en matière d'évaluation environnementale	33
• Dispositions juridiques en Australie	33
• Dispositions juridiques au Canada	36
5. Mécanismes de gestion fédérale de l'environnement	39



Collaboration intergouvernementale fédérale en matière de gestion de l'environnement : comparaison de l'évolution en Australie et au Canada

L'Australie et le Canada, deux États fédéraux, ont récemment connu des conflits et une évolution dans le domaine de la collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement. Le présent document est une étude comparative de l'infrastructure naissante de collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement, sous forme de conseils ministériels nationaux et, surtout, d'ententes intergouvernementales. L'auteur analyse les conséquences juridiques de ces ententes, du point de vue de leur applicabilité et de leur validité, et en arrive à la conclusion que le modèle qui se fait jour repose sur un leadership national associé à une gestion régionale prédominante.

INTRODUCTION

Depuis que la Commission mondiale de l'environnement et du développement a publié, en 1987, son rapport intitulé *Notre avenir à tous*¹, l'Australie et le Canada ont entrepris de vastes programmes nationaux de consultation et de planification afin de relever le défi du développement durable. Les deux pays sont confrontés à un défi assez semblable. Ils s'emploient à maintenir la croissance de leurs économies respectives, qui reposent principalement sur les ressources naturelles, tout en s'efforçant de mettre en oeuvre des lois qui favorisent la protection de l'environnement. L'élargissement du rôle de leurs gouvernements centraux (le Commonwealth d'Australie et le Dominion du Canada) dans le domaine de la protection de l'environnement, et les conflits qui s'ensuivent avec des Provinces et des États qui ont toujours exercé un pouvoir constitutionnel sur la gestion des ressources naturelles et environnementales, constitue un trait particulier de leurs efforts respectifs. Dans les deux pays, les régimes constitutionnels fédéraux ajoutent une dimension supplémentaire et complexe à la quête du développement durable. Les méthodes adoptées par les deux pays pour régler la question constitutionnelle sont, en fait, des processus renouvelés de collaboration intergouvernementale.²

Le présent document a pour but de décrire et d'analyser ces processus renouvelés de collaboration intergouvernementale afin de voir quels modèles sont peut-être en train de se définir dans la gestion fédérale des questions environnementales. À cette fin, et à l'égard de chaque pays,

- (1) je signalerai certaines propositions constitutionnelles fondamentales qui sous-tendent la collaboration intergouvernementale;
- (2) je soulignerai les types de législation environnementale aujourd'hui en vigueur dans le Commonwealth d'Australie et dans le Dominion du Canada;

- (3) je décrirai l'infrastructure naissante de collaboration fédérale en matière de gestion de l'environnement, particulièrement les nouvelles ententes intergouvernementales relatives à l'évaluation environnementale;
- (4) j'analyserai les conséquences juridiques de ces ententes intergouvernementales, surtout les ententes relatives à l'évaluation environnementale; et
- (5) j'essaierai de résumer certains modèles de gestion fédérale de l'environnement à partir de l'analyse comparative de la situation en Australie et au Canada.

1. FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA GESTION DE L'ENVIRONNEMENT

Il existe un certain nombre de documents³ sur la répartition fédérale des pouvoirs constitutionnels en matière d'environnement, en Australie et au Canada, et je n'ai nullement l'intention d'en refaire ici l'analyse. En fait, je souhaite en extraire certaines propositions fondamentales relatives à la répartition fédérale des pouvoirs législatifs, afin de fournir une base à la compréhension de l'analyse comparative de la collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement en Australie et au Canada. Je commenterai aussi brièvement la possibilité d'une réforme constitutionnelle en matière d'environnement.

Répartition fédérale des pouvoirs législatifs

Les constitutions australienne et canadienne prévoient toutes deux une répartition fédérale des pouvoirs législatifs, mais elles utilisent des formules différentes pour y parvenir. La constitution australienne laisse le plein pouvoir législatif aux parlements des États dans presque tous les domaines, tout en attribuant des pouvoirs concurrents précis et certains pouvoirs exclusifs au Parlement du Commonwealth. Une loi valide du Commonwealth primera sur une loi contradictoire adoptée par un État; autrement, les lois du Commonwealth et des États s'appliquent conjointement.⁴

La constitution canadienne confère des pouvoirs exclusifs précis à la fois au Parlement du Canada et aux assemblées législatives provinciales, et elle attribue au Parlement un pouvoir universel l'habilitant à légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Il peut arriver qu'une loi provinciale ou du Dominion visant en fait un domaine de pouvoir exclusif de son propre palier de gouvernement influe sur un domaine du pouvoir exclusif de l'autre palier de gouvernement, mais si les lois sont incompatibles, une loi valide du Dominion aura priorité sur la loi provinciale contradictoire. Des lois qui se recoupent et qui ne sont pas incompatibles s'appliquent conjointement.

Évolution de la perception des responsabilités gouvernementales en matière d'environnement

Les constitutions des deux pays ne précisent pas les compétences en matière d'environnement, mais la constitution canadienne a été modifiée en 1982 afin de conférer aux provinces le pouvoir législatif exclusif dans le domaine de la conservation et de la gestion des ressources naturelles. On a toujours pensé, en Australie et au Canada, que les États et les provinces détenaient le pouvoir de réglementer l'utilisation des terres et, en langage d'aujourd'hui, de l'environnement. Cette perception traditionnelle a grandement changé au cours des vingt dernières années, et on reconnaît maintenant que les parlements de l'Australie et du Canada peuvent exercer des pouvoirs constitutionnels importants à des fins de protection de l'environnement. Comme l'explique le professeur Crawford au sujet de l'Australie :

«les pouvoirs publics en matière d'environnement sont maintenant partagés entre le Commonwealth et les États à un point tel que, sans modification officielle de la Constitution, cette situation semble irréversible.»⁵

On pourrait tenir les mêmes propos au sujet de la répartition fédérale des pouvoirs en matière d'environnement dans la constitution canadienne.

Pouvoirs propriétéls du gouvernement

En vertu des deux constitutions, les deux paliers de gouvernement possèdent des pouvoirs propriétéls sur les biens publics appartenant à leur propre palier de gouvernement. Cependant, les provinces et les États profitent toujours du fait d'avoir hérité de la plupart des terres publiques côtières provenant des colonies lors de leur fédération, ce qui leur confère des pouvoirs importants en matière de gestion de l'environnement. Les gouvernements centraux d'Australie et du Canada possèdent la presque totalité des ressources extracôtières qui reviennent aux pays en vertu du droit international.

Pouvoirs législatifs fédéraux en matière de réglementation environnementale

Les parlements du Canada et de l'Australie possèdent des pouvoirs législatifs applicables à la gestion de l'environnement, les plus importants touchant aux domaines suivants :

***Australie* —**

- commerce extérieur et entre les États;
- entreprises étrangères, commerciales et financières;
- affaires extérieures;
- territoires;
- fiscalité (y compris le pouvoir exclusif de percevoir des droits de douanes et d'accise);
- pouvoir de dépenser, soit par des subventions conditionnelles aux États, soit par des subventions à toute personne à des fins nationales;
- réglementation spéciale pour des personnes de toute race, y compris les autochtones; et
- pouvoir législatif national implicite.

Canada —

- droit pénal;
- pêche intérieure et littorale;
- navigation et transports maritimes;
- entreprises et travaux interprovinciaux;
- fiscalité;
- pouvoir de dépenser, par des subventions conditionnelles aux provinces;
- commerce international et interprovincial;
- autochtones et réserves indiennes; et
- pouvoir global de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada dans des situations d'urgence ou d'intérêt national.

Étendue des pouvoirs législatifs fédéraux

En vertu des constitutions du Canada et de l'Australie, ces divers aspects du pouvoir législatif peuvent servir à réglementer l'environnement. Aux termes de chacune des constitutions, l'étendue du pouvoir législatif fédéral sur une activité ayant des conséquences pour l'environnement varie selon que cette activité relève directement du pouvoir législatif fédéral ou qu'elle n'a que des effets indirects sur un domaine de compétence fédérale. Dans le premier cas, si la loi concerne une activité qui relève directement du pouvoir fédéral, l'objectif fondamental de la loi est sans rapport avec sa validité, et les compétences en matière de réglementation environnementale de cette activité relèvent des deux parlements fédéraux.⁶ Par contre, lorsque la loi vise une activité qui ne relève pas du pouvoir fédéral, elle ne sera valide que si l'activité est réglementée afin d'en contrôler les conséquences pour le domaine de compétence en question.⁷ Dans ces situations, les deux parlements ne sont habilités à réglementer les facteurs environnementaux de l'activité que de manière restreinte.

Compétences extraterritoriales

La situation varie légèrement d'un pays à l'autre pour ce qui est de l'adoption de lois relatives aux zones maritimes extracôtières et à leur effet extraterritorial. En Australie, le pouvoir du Parlement du Commonwealth prime en ce qui concerne les lois relatives aux zones maritimes extracôtières, mais les États peuvent adopter des lois ayant un effet extraterritorial (y compris dans la zone extracôtière) s'il existe un lien raisonnable entre le sujet de la réglementation et l'État. Les États ont aussi les pleins pouvoirs législatifs sur les trois premiers milles nautiques au-delà de la laisse de basse mer, communément appelés les «eaux côtières».⁸ Au Canada, le Parlement détient le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux régions extracôtières et aux questions ayant des effets interprovinciaux. Il semble que les provinces ne possèdent que des pouvoirs assez restreints quant à la réglementation de questions ayant une incidence extraterritoriale, et probablement moins que n'en ont les États australiens.⁹

Délégation de pouvoirs

La délégation de pouvoirs d'un palier de gouvernement à un autre pourrait être une façon de franchir ces obstacles. Le paragraphe 51(37) de la Constitution australienne autorise expressément les États à déléguer des pouvoirs au

Commonwealth; la délégation de pouvoirs du Commonwealth aux États n'est pas vraiment nécessaire étant donné que la plupart des pouvoirs législatifs du Commonwealth peuvent être exercés simultanément par les parlements des États. Il existe un certain nombre de situations où le Parlement du Commonwealth a délégué son autorité administrative à une autorité conjointe créée par le Commonwealth et des États, ou à l'administrateur d'un État.¹⁰ Malgré certains doutes initiaux quant à la validité de ces ententes,¹¹ il ne semble faire aucun doute que la Constitution permet au Commonwealth et aux États de collaborer dans l'exercice de leurs fonctions en se déléguant mutuellement des pouvoirs, ou à une autorité commune,¹² en vertu de leurs droits administratifs.

Au Canada, le Parlement du Dominion et les assemblées législatives provinciales ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs législatifs en vue d'accroître l'étendue des pouvoirs de l'autre palier de gouvernement. Cependant, ils peuvent déléguer leur autorité législative en incorporant à leur propre législation la loi de l'autre palier de gouvernement, même la loi modifiée de temps à autre. Les deux paliers de gouvernement peuvent aussi déléguer leur autorité administrative à une entité administrative créée par l'autre palier de gouvernement.¹³

Résumé

Cette brève comparaison des cadres constitutionnels de l'Australie et du Canada en matière de gestion de l'environnement ne me permet pas de déterminer si le Commonwealth de l'Australie jouit d'une autorité constitutionnelle plus grande en matière d'environnement que le Dominion du Canada, ou si c'est l'inverse.¹⁴ Le Parlement du Commonwealth possède des pouvoirs étendus dans le domaine des affaires extérieures; il peut légiférer afin de mettre en oeuvre des traités internationaux conclus par le Commonwealth sans obtenir l'assentiment des États, ce qui n'est pas le cas du Parlement du Dominion. Cependant, ce dernier détient des pouvoirs législatifs que le Parlement australien n'a pas, notamment en ce qui concerne les eaux intérieures, les eaux navigables et le pouvoir universel d'adopter, relativement à des questions d'intérêt national, des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.¹⁵ Le Parlement du Commonwealth ne peut utiliser son pouvoir législatif implicite pour adopter des lois coercitives régissant des questions qui relèvent des pleins pouvoirs législatifs résiduels des parlements des États. En résumé, on peut formuler trois affirmations au sujet du pouvoir constitutionnel en matière d'environnement de l'Australie et du Canada :

- (1) dans chaque pays, il y a partage du pouvoir entre les gouvernements central et régionaux;
- (2) bien que, selon certaines interprétations constitutionnelles récentes, les gouvernements fédéraux aient probablement le pouvoir d'étendre la portée de la réglementation fédérale en matière d'environnement, les gouvernements régionaux conserveront des pouvoirs importants, sinon prioritaires, pour ce qui est des décisions relatives à l'utilisation des terres et à la gestion de l'environnement;¹⁶ et

- (3) seule la collaboration intergouvernementale permettra une gestion complète et intégrée de l'environnement, et ce, dans les deux pays.

Possibilité de réforme constitutionnelle en matière d'environnement

Au cours des dernières années, d'aucuns ont demandé, en Australie et au Canada, que l'on modifie la constitution fédérale afin de clarifier les compétences gouvernementales en matière d'environnement. La plupart du temps, on préconise d'accroître les pouvoirs de l'État fédéral, voire de lui conférer un pouvoir explicite en matière de gestion de l'environnement. Certains demandent que des pouvoirs exclusifs soient accordés en la matière aux gouvernements régionaux (États et provinces). Dans les deux pays, ces demandes de modifications importantes à la Constitution sont rejetées parce que l'on estime qu'il est impossible de conférer un pouvoir national en matière d'environnement en termes suffisamment précis.¹⁷ L'opinion prédominante, à ce sujet, est que les considérations environnementales sont omniprésentes, qu'elles touchent à un grand nombre de préoccupations gouvernementales et qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une séparation nette des pouvoirs. Ce n'est pas en attribuant la compétence exclusive sur l'environnement à un palier de gouvernement que l'on parviendra à une gestion intégrée de l'environnement, pense-t-on. La collaboration intergouvernementale constitue donc la seule méthode d'intégration de cette gestion.

2. LÉGISLATION ENVIRONNEMENTALE DU COMMONWEALTH ET DU DOMINION

La nécessité accrue de collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement est apparue au cours des vingt dernières années, à mesure que les parlements et gouvernements nationaux de chaque pays ont fait valoir leurs pouvoirs constitutionnels dans ce domaine. Un bref examen des types de textes législatifs fédéraux pertinents en matière d'environnement aide à comprendre l'évolution récente de la collaboration intergouvernementale.

Les lois du Commonwealth d'Australie¹⁸ qui concernent directement la gestion de l'environnement comprennent des textes visant les aspects suivants :

- évaluation environnementale et évaluation des ressources;
- prévention de la pollution marine;
- gestion des ressources marines fauniques;
- exploitation des hydrocarbures et des minéraux extracôtiers;
- protection du patrimoine national et mondial;
- supervision des quarantaines;
- protection de la couche d'ozone;
- notification et enregistrement des produits chimiques;
- protection des parcs nationaux, de la faune et de la flore;
- exploitation de l'énergie nucléaire;
- mesures budgétaires pour la gestion de l'environnement, y compris incitations fiscales et crédits; et
- gestion des ressources et du territoire antarctique australiens.

D'autres lois, comme celles régissant le commerce international et les investissements étrangers, peuvent servir à la protection de l'environnement:

Les lois du Dominion du Canada qui concernent directement la gestion de l'environnement comprennent des textes visant les aspects suivants :

- évaluation environnementale et état du contrôle environnemental;
- mesures de contrôle relatives à la pollution de l'eau et à la pollution atmosphérique internationale;
- notification, enregistrement et réglementation des produits chimiques, y compris les substances qui appauvrissent la couche d'ozone;
- pollution marine;
- commerce interprovincial et international des ressources énergétiques;
- énergie nucléaire;
- exploitation des hydrocarbures extracôtiers;
- gestion des matières et produits dangereux;
- pêches;
- protection de la faune et de la flore;
- cours d'eau internationaux et oiseaux migrateurs;
- mesures budgétaires, y compris des mesures fiscales et des crédits; et
- gestion du territoire arctique et de ses ressources.

D'autres lois concernant les terres indiennes, les eaux navigables et le Code criminel peuvent aussi s'appliquer à la protection de l'environnement.

3. INFRASTRUCTURE ACTUELLE DE LA GESTION NATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

Comme dans d'autres domaines de la gestion des affaires publiques, la collaboration fédérale en matière d'environnement se fait au moyen de deux principaux mécanismes, soit les conseils ministériels et les ententes intergouvernementales, et ce, en Australie comme au Canada. Ces mécanismes de « fédéralisme administratif »,¹⁹ qui sont généralement créés par le pouvoir exécutif, servent à partager des renseignements et à coordonner la formulation des politiques. D'ordinaire, mais pas obligatoirement, la mise en oeuvre des décisions des conseils ministériels et des ententes intergouvernementales dépend de ce que les gouvernements respectifs exercent leurs pouvoirs exécutifs conformément aux principes adoptés par les conseils ou stipulés dans les ententes. En Australie, cependant, les activités récentes menées dans le cadre du fédéralisme administratif laissent apparaître des efforts plus soutenus en faveur de lois uniformes et complémentaires portant création d'un organisme intergouvernemental aux fins de leur mise en oeuvre.²⁰ Au Canada, en revanche, il semble exister une tradition plus solide de base législative précise et de soutien administratif aux ententes intergouvernementales dans le cadre de l'application des lois distinctes existantes de chaque palier de gouvernement.²¹

Conseils ministériels

Australie

Il existe actuellement 43 conseils ministériels australiens chargés de diverses préoccupations d'ordre public et juridique.²² Siègent habituellement à ces

conseils les ministres intéressés de chaque État et Territoire, ainsi que du Commonwealth, et ils sont secondés dans leur travail par un comité de cadres supérieurs, constitué avec le même souci de représentativité. La Nouvelle-Zélande est également représentée à certains de ces conseils. Le «Council of Australian Governments», récemment nommé, chapeaute le tout; y siègent les chefs de chacun des gouvernements du Commonwealth, des États et des territoires, ainsi que le président de l'Australian Local Government Association.

L'Australian and New Zealand Environment and Conservation Council (ANZECC)²³ est le conseil qui s'intéresse le plus à la gestion de l'environnement. D'autres conseils ministériels ont des responsabilités connexes, à savoir :

- The Agricultural Council of Australia and New Zealand
- The Australian & New Zealand Fisheries and Aquaculture Council
- The Australian Forestry Council
- The Australian Industry and Technology Council
- The Australian & New Zealand Minerals and Energy Council
- The Australian Soil Conservation Council
- The Australian Transport Advisory Council
- The Australian Water Resources Council
- The Planning Ministers' Conference.

Les décisions de l'ANZECC sont prises par consensus, en reconnaissance de sa représentativité. La plus grande partie de ses débats se déroulent à huis clos, bien qu'il ait récemment entrepris une plus grande consultation publique sur les sujets qu'il traite.²⁴ Il se réunit quelques fois par année.

En plus de ces conseils ministériels nationaux, il existe aussi le Great Barrier Reef Ministerial Council et le Murray-Darling Basin Ministerial Council, qui s'occupent de régions-ressources relevant de plusieurs juridictions. Le Murray-Darling Basin Ministerial Council découle d'une entente approuvée par des lois du Commonwealth et des États intéressés.²⁵ Ces deux conseils ministériels sont secondés par les autorités du Commonwealth et des États.²⁶ Il se peut que ces ententes fournissent une sorte de modèle pour la création de futurs conseils ministériels. Des lois sont aujourd'hui à l'étude afin de créer un conseil ministériel qui portera le nom de National Environmental Protection Authority et dont le rôle sera de définir des mesures nationales pour la protection de l'environnement.

Canada

Le Canada, comme l'Australie, s'est doté de divers conseils ministériels auxquels siègent les ministres intéressés des gouvernements du Dominion, des provinces et des territoires. De la même façon, ces conseils sont appuyés par des comités de cadres supérieurs et ils remplissent leur rôle avec l'aide d'un secrétariat et de différents sous-comités et groupes de travail. Le Conseil canadien des ministres de l'Environnement (CCME) (anciennement Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement) est, naturellement, celui à qui reviennent les principales responsabilités en matière de gestion nationale de l'environnement.²⁷ D'autres conseils ministériels ont des responsabilités connexes, à savoir :

- Le Conseil des ministres de l'Agriculture
- Le Conseil fédéral-provincial des ministres de l'Énergie
- Le Conseil canadien des ministres des Forêts
- Le Conseil des ministres des Parcs
- Le Conseil canadien des ministres de la Faune

Le CCME a pour but d'aider les gouvernements à faire face à des problèmes nouveaux, à définir des stratégies nationales en matière d'environnement et à élaborer des plans à long terme. Il se réunit régulièrement, au moins deux fois par an. Tous ses membres sont égaux et il y a permutation annuelle de la présidence. Les travaux, qui sont gérés par les comités de soutien constitués de fonctionnaires, sont décrits dans son rapport d'activités annuel.²⁸

Ententes intergouvernementales

Souvent, le programme d'élaboration des ententes intergouvernementales semble être davantage dicté par l'inspiration et l'opportunisme politiques que par un calendrier logique et planifié avec soin d'élaboration de stratégies et de lois. J'essaierai néanmoins de décrire méthodiquement les ententes intergouvernementales les plus importantes conclues en Australie et au Canada entre 1989 et 1992, en attribuant un semblant de pouvoir et de structure hiérarchiques aux diverses ententes.

J'inclus dans l'examen des ententes intergouvernementales une description des orientations stratégiques nationales qui résultent de processus de consultation publique sur la gestion nationale de l'environnement. Cependant, les principales ententes intergouvernementales sont des documents plus formels rédigés par les bureaucraties gouvernementales et conçus pour orienter l'administration systématique du gouvernement. Les deux types de documents se chevauchent très souvent, de sorte qu'il est parfois difficile de savoir où l'élaboration de décisions prend fin et où la procédure administrative commence, surtout en Australie. Le passage des décisions à la procédure administrative devient plus évident lorsque les pouvoirs et les procédures en matière de collaboration intergouvernementale font l'objet d'une législation afin de conférer validité et certitude à leur application. En ce qui concerne la gestion de l'environnement du moins, le Canada a récemment assuré une plus grande certitude juridique que l'Australie quant aux processus de collaboration intergouvernementale.

Australie

Le 7 décembre 1992, le Council of Australian Governments approuvait la *National Strategy for Ecologically Sustainable Development* (la NSESD). Autrement dit,

«le Conseil a décidé que l'élaboration future de tous les programmes et politiques pertinents, plus particulièrement ceux qui ont une portée nationale, se fera dans le cadre de la NSESD et du Intergovernmental Agreement on the Environment, entré en vigueur le 1^{er} mai 1992».²⁹

Résultat d'un vaste processus de consultation publique et de décisions à l'échelle nationale, la NSESD «définit le cadre stratégique global dans lequel les gouvernements participeront au processus décisionnel et à l'adoption de mesures qui permettront d'assurer un développement écologique durable en Australie».³⁰ De fait, la Stratégie «guidera les gouvernements dans leurs stratégies et leurs décisions, plus précisément dans les secteurs clés de l'industrie qui dépendent de l'utilisation de ressources naturelles».³¹ Cependant, la Stratégie elle-même précise que sa mise en oeuvre dépendra «des priorités et des contraintes budgétaires de chaque instance».³²

L'*Intergovernmental Agreement on the Environment* (l'IGAE) est une entente pseudo-juridique (on serait tenté de dire pseudo-constitutionnelle) à laquelle ont adhéré tous les gouvernements de l'Australie, tous ceux représentant le Commonwealth, les États et les territoires importants (le Territoire du Nord et le Territoire de la Capitale australienne)³³ et le président de l'Australian Local Government Association. Elle résulte de négociations bureaucratiques serrées, et son texte officiel porte la signature des premiers ministres des gouvernements. Elle énonce certains principes et procédures fondamentaux de la collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement, et vise à constituer un document de travail pour l'administration gouvernementale.

La NSESD et l'IGAE constituent les documents fondamentaux dans l'ensemble toujours croissant des déclarations de principes et des ententes intergouvernementales issues de nombreuses années de pourparlers gouvernementaux et de consultations publiques. La NSESD fait mention de certains projets connexes (comme la National Greenhouse Response Strategy et le National Forest Policy Statement), qu'elle qualifie d'importants dans la réalisation de l'objectif global de la NSESD. L'IGAE envisage expressément la formulation de nouveaux accords et ententes, à la fois bilatéraux et multilatéraux, sur des questions précises traitées dans ses annexes, y compris l'évaluation des incidences environnementales.³⁴ L'IGAE prévoit aussi l'application d'autres accords et ententes gouvernementaux existants jusqu'à ce qu'ils soient modifiés conformément à l'Accord.³⁵ Elle précise quelles procédures suivre pour l'approbation gouvernementale de stratégies nationales visant à lutter contre l'effet de serre³⁶ et à préserver la biodiversité de l'Australie,³⁷ ce qui provoque évidemment un certain chevauchement entre les processus bureaucratique et public d'élaboration de décisions.

L'IGAE et le projet d'entente sur l'évaluation environnementale seront décrits plus loin. D'abord, je tiens à décrire le processus d'élaboration de politiques intergouvernementales.

NSESD — Élaboration de politiques

L'idée de la NSESD repose sur la Stratégie mondiale de la conservation de 1980, sur l'Australian National Conservation Strategy de 1983 et sur le rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement, intitulé *Notre avenir à tous*. La stratégie elle-même constitue la synthèse d'un processus lancé en juin 1990 par le gouvernement du Commonwealth avec la publication d'un document de travail. Ensuite, mandat a été donné à neuf groupes de travail sur l'ESD d'étudier la durabilité dans des secteurs clés de l'industrie et de rendre

compte de leurs conclusions. En tout, si l'on compte deux autres rapports sur l'effet de serre et des questions intersectorielles, les groupes de travail ont formulé plus de cinq cents recommandations qui ont été adoptées en novembre 1991, lors d'une réunion des chefs des gouvernements australiens, comme base d'un processus de consultation publique qui a conduit à l'approbation de la NSESD. Une ébauche de la Stratégie a été présentée au public en 1992, avant son approbation finale par le Council of Australian Governments, en décembre 1992.

Le jour même de l'adoption de la NSESD, le Council of Australian Governments a aussi adopté deux autres stratégies nationales, à savoir : la National Greenhouse Response Strategy (prévue par l'IGAE) et le National Forest Policy Statement. De plus, la NSESD renvoie à certains autres projets en cours d'élaboration, soit la National Waste Minimisation and Recycling Strategy et la Commonwealth Major Projects Facilitation Initiative. La NSESD elle-même envisage la définition et la mise en oeuvre de nombreux projets et stratégies nationaux (dont beaucoup existent déjà) relatifs à la gestion de l'environnement dans presque tous les secteurs de l'économie (agriculture, pêches, foresterie, fabrication, exploitation minière, urbanisme et planification des transports, tourisme, et production et consommation de l'énergie); ainsi qu'à des questions intersectorielles, par exemple : des aspects précis des procédures d'élaboration et de processus décisionnels en matière d'environnement. En fait, la Stratégie fait constamment référence à la mise en oeuvre des principes et des procédures de l'IGAE, ce qui fait ressortir un autre chevauchement entre elles. En résumé, la NSESD propose un répertoire de l'infrastructure en pleine évolution de la gestion nationale de l'environnement.

Il serait inutile de décrire la NSESD en détail parce que le document expose principalement des généralités qui éclaireront sur le fond la gestion générale des questions relatives à l'environnement. Il serait préférable de fournir le détail de l'IGAE, car elle prescrit des procédures et des principes plus concrets en vue de la collaboration intergouvernementale entre les gouvernements du Commonwealth et des États dans l'exercice de leurs pouvoirs et obligations juridiques. L'examen du projet d'entente sur l'évaluation environnementale, qui porte aussi sur les processus de collaboration intergouvernementale, permettra de mieux comprendre les conséquences de l'IGAE.

Entente intergouvernementale sur l'environnement

L'IGAE prévoit une collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement :

- (1) elle définit les rôles («responsabilités et intérêts») des trois paliers de gouvernement; Commonwealth, États et gouvernements locaux;
- (2) elle établit le cadre dans lequel il sera tenu compte des intérêts d'un gouvernement dans l'exécution des responsabilités d'un autre gouvernement; et
- (3) elle élabore, dans un ensemble d'annexes à l'Accord, des protocoles relatifs à des domaines précis de la gestion et de la politique

environnementales, à savoir : la collecte et le traitement des données, les processus d'approbation et de décision en matière d'utilisation des terres, l'évaluation des incidences environnementales, les mesures de protection de l'environnement (par exemple, des lignes directrices et des normes de lutte antipollution), le changement climatique, la biodiversité, la protection du patrimoine et la conservation de la nature.

L'IGAE ne définit ni «responsabilités» ni «intérêts». Néanmoins, à partir de l'utilisation des termes dans le document, on pourrait définir «responsabilités» comme sujet ou domaine de compétence constitutionnelle directe établi et reconnu. «Intérêts» correspondrait à des sujets pouvant avoir un effet accessoire et indirect sur des sujets relevant de la compétence directe. Il est convenu que les responsabilités et les intérêts du Commonwealth concernent la politique étrangère et les obligations internationales, les effets environnementaux qui dépassent les compétences maritimes d'un État ou empiètent sur celles de l'Australie, ainsi que la facilitation de l'élaboration coopérative de lignes directrices et de normes environnementales nationales.³⁸ Chaque État est réputé responsable de l'élaboration du cadre législatif et administratif relatif à la gestion des ressources naturelles et de l'environnement à l'intérieur de ses frontières. Les États ont à la fois une responsabilité et un intérêt dans la définition de normes environnementales nationales, ainsi qu'un intérêt dans l'adoption d'une position australienne par rapport à des ententes internationales relatives à l'environnement.

Il est évident qu'il peut y avoir chevauchement entre les intérêts d'un gouvernement et les responsabilités d'un autre. Dans ces cas, l'IGAE prévoit un mécanisme qui permettra de tenir compte des intérêts du premier dans l'exécution des responsabilités du second. Le mécanisme repose sur la notion de «pleine foi dans les résultats des systèmes, des pratiques, des procédures et des processus acceptés ou approuvés mutuellement», ce qui signifie³⁹ :

«... que le Commonwealth et les États agissant conformément aux lois en vigueur dans leurs instances accepteront les résultats du système, des pratiques, des procédures et processus [approuvés ou acceptés] ... et fonderont leurs décisions sur ces mêmes résultats».

Avoir pleine foi permet toutefois au Commonwealth et aux États de tenir compte de circonstances imprévisibles, de l'exécution imparfaite des processus ou de facteurs autres que ceux faisant partie du système, de la pratique, de la procédure ou du processus tels qu'ils avaient été acceptés. Le processus d'acceptation repose sur une entente et sur des négociations intergouvernementales visant à définir les intérêts et les responsabilités respectifs du Commonwealth et des États, et à accepter la procédure ou le système de l'autre, ou une procédure et un système modifié comme fondement de l'exercice du pouvoir décisionnel de chaque gouvernement.⁴⁰

Bien que ce mécanisme constitue probablement la clé du cadre de l'IGAE pour la collaboration intergouvernementale, le document énonce aussi certains

principes et points de vue reconnus en matière de gestion de l'environnement.⁴¹ Les seconds reconnaissent qu'il est nécessaire d'intégrer le processus décisionnel en matière d'environnement et d'économie, et qu'il y a interdépendance entre le bien-être économique et le bien-être environnemental. Quant aux principes, les voici :

- (1) *principe des précautions*—lorsqu'il existe des risques de dommages graves ou irréversibles à l'environnement, l'absence d'une certitude scientifique totale ne devrait pas être invoquée pour remettre à plus tard des mesures visant à prévenir une dégradation de l'environnement;
- (2) *équité entre les générations*—la génération actuelle doit faire en sorte que la santé, la diversité et la productivité de l'environnement soient maintenus ou améliorés au profit des générations à venir;
- (3) *conservation de la biodiversité et de l'intégrité écologique*—l'IGAE ne définit pas ce principe, elle ne fait que le citer comme étant une «préoccupation fondamentale»;⁴² et
- (4) *mécanismes améliorés d'évaluation, d'établissement des prix et de stimulation*—soit une meilleure inclusion des coûts et des stimulants économiques dans la réglementation environnementale.

Il m'est impossible d'examiner ici la totalité des annexes de l'IGAE. Je ne décrirai que l'annexe 3, Évaluation des incidences environnementales, qui énonce des principes convenus quant aux procédures d'évaluation environnementale que doivent adopter tous les gouvernements. Les principes concernent des sujets tels que la portée de l'évaluation environnementale, son application aux secteurs privé et public et la divulgation de l'information au public. Ils prévoient aussi des critères devant guider dans les évaluations environnementales. L'annexe propose, de plus, que le Commonwealth et les États négocient :

- une entente multilatérale générale afin d'éviter des chevauchements d'évaluations environnementales; et
- des ententes bilatérales pour l'approbation et l'accréditation des processus d'évaluation des incidences environnementales, que l'évaluation soit effectuée à des fins générales ou précises.

Ententes nationales en matière d'évaluation environnementale

En novembre 1992, l'ANZECC a soumis au public deux projets de documents relatifs à l'évaluation environnementale en Australie, soit «Basis for a National Agreement on Environmental Impact Assessment» (projet d'entente sur l'évaluation environnementale)⁴³ et «Guidelines and Criteria for Determining the Need for and Level of Environmental Impact Assessment in Australia» (lignes directrices et critères). Ces ententes traduisent deux aspects de la collaboration intergouvernementale en matière d'évaluation gouvernementale, soit :

- (1) *l'harmonisation* de la pratique de l'évaluation environnementale dans chaque instance, et

(2) *la coordination* de l'évaluation des propositions influant sur plus d'une instance.

Le projet d'entente sur l'évaluation environnementale constitue l'ébauche d'une entente multilatérale visant à fournir un cadre général pour l'administration de l'évaluation environnementale lorsque des propositions mettent en présence plus d'un signataire, soit les gouvernements du Commonwealth et des États. Le projet d'entente vise, entre autres, ceci : «s'assurer, du mieux que l'on peut, qu'un seul processus d'évaluation environnementale est entrepris pour chaque projet». ⁴⁴ Conformément au mécanisme proposé par l'IGAE, le projet d'entente prévoit que, lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre qu'une proposition ayant des effets importants sur l'environnement exige l'approbation de plus d'une partie, les parties

«détermineront la forme appropriée d'évaluation coopérative ... conformément au projet d'entente et en tenant compte des objectifs de cet Accord et des exigences législatives de chaque instance». ⁴⁵

Les principales dispositions du projet d'entente prévoient que l'on tienne compte des intérêts dans les situations mettant en cause les intérêts du Commonwealth et des États ⁴⁶ ou simplement les intérêts concurrents de divers États. ⁴⁷ Dans chaque cas, les parties peuvent convenir d'une évaluation dirigée par l'une des parties ou d'une évaluation commune, pour lesquelles des procédures de collaboration sont prévues dans le projet d'entente. De plus, une clause prévoit que la modification négociée du processus d'évaluation doit satisfaire aux exigences juridiques de la partie accréditive, et que cette dernière s'engage à donner entièrement foi et crédit au processus approuvé. Enfin, le projet d'entente considère les annexes de l'Accord qui traitent, entre autres, des différences législatives entre les parties. ⁴⁸

L'annexe au projet d'entente stipule que l'entrée en vigueur de l'Accord annulera les diverses ententes bilatérales existant entre les États et le Commonwealth en matière d'évaluation environnementale. ⁴⁹ Ainsi, la nouvelle entente multilatérale remplacera les anciennes ententes bilatérales. Jusqu'à maintenant, aucun progrès n'a été accompli dans la négociation de nouvelles ententes bilatérales relatives à l'accréditation des processus d'évaluation environnementale. ⁵⁰

Les lignes directrices et les critères ont pour but de guider les autorités chargées de l'évaluation dans leurs décisions et d'aider les promoteurs à comprendre ces mêmes décisions. Les facteurs à prendre en compte sont les suivants :

- la nature du milieu récepteur;
- les incidences possibles du projet;
- la capacité du milieu à s'adapter au changement;
- la sûreté des prévisions en matière d'incidences;
- l'existence d'un cadre de planification ou d'action, ou d'autres procédures;
- d'autres processus d'approbation juridiques; et
- le niveau d'intérêt de la population.

Allant plus loin, les lignes directrices et les critères proposent des éléments à prendre en considération par rapport à chacun des facteurs susmentionnés. Le document exprime l'espoir que «l'adoption de ces critères dans toute l'Australie signifiera que toutes les instances suivront une approche cohérente».

Canada

Au cours des dernières années, le Canada a lui aussi entrepris d'importants processus nationaux de consultation publique et de négociation intergouvernementale afin d'élaborer une stratégie nationale de développement durable, «*Le Plan vert*», et une série d'ententes et d'arrangements intergouvernementaux relatifs à la gestion de l'environnement. Bien qu'il existe beaucoup de similitudes entre l'évolution en Australie et au Canada dans ce domaine, on relève des différences très importantes. L'une des principales différences est que le Canada est allé plus loin, c'est-à-dire a défini des bases juridiques précises pour la collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement, particulièrement en ce qui a trait à l'évaluation environnementale.

Élaboration de politiques et tables rondes

Le processus d'élaboration de stratégies était engagé même avant la publication du rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement. Après une visite de la Commission au Canada en mai 1986, le Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement (comme il s'appelait alors) a créé le Groupe de travail national sur l'environnement et l'économie (le Groupe de travail) qu'il a chargé d'entamer un dialogue national sur l'intégration de la gestion économique et environnementale. Dans son rapport publié en septembre 1987,⁵¹ le Groupe de travail demandait l'établissement d'un cadre national afin d'élaborer des politiques de développement durable. Il recommandait, entre autres, d'organiser des tables rondes nationales et provinciales sur l'environnement et l'économie auxquelles participeraient des décideurs principaux du gouvernement, des universitaires et des groupes d'étude, afin d'orienter le débat national vers des questions d'ordre économique et environnemental.⁵² Depuis, des tables rondes ont été organisées aux paliers national, provincial, territorial et municipal. À l'échelle nationale, la Table ronde constitue maintenant une entité juridique.⁵³ Il ne s'agit pas d'un nouvel organisme gouvernemental de prise de décisions, et on peut la décrire comme un réseau communautaire éducatif et consultatif qui vise à mieux faire comprendre au public ce qu'est le développement durable et à faciliter l'élaboration de politiques publiques.⁵⁴ L'énoncé juridique de la mission de la Table ronde nationale est le suivant :

«jouer un rôle de 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...»⁵⁵

Le Groupe de travail recommandait aussi que les gouvernements canadiens préparent des stratégies de développement durable, d'abord à l'échelon territorial et provincial, puis à l'échelon national. Au début de 1990, le gouvernement

fédéral a institué un vaste processus de consultation publique qui a conduit, au cours de la même année, à la rédaction du «*Plan vert*», qui est la stratégie du gouvernement du Canada pour réaliser un développement durable. Le Plan est un catalogue des projets gouvernementaux (dont beaucoup sont déjà en cours) en matière de lutte antipollution (assainissement de l'air, de l'eau et des sols), d'exploitation durable des ressources renouvelables (forêts, terres agricoles, pêches), de protection du patrimoine, de problèmes environnementaux internationaux et de processus publics et gouvernementaux. Le *Plan vert* examine le partenariat fédéral-provincial-territorial et cite certaines initiatives gouvernementales précises du CCME, ainsi que la disposition prévoyant l'officialisation des ententes intergouvernementales en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1988) et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* alors proposée.⁵⁶

Déclaration sur la collaboration intergouvernementale

Un des grands projets du CCME a été la publication, en mars 1990, de la *Déclaration sur la collaboration intergouvernementale en matière d'environnement*. Le préambule de la Déclaration reconnaît que les deux paliers de gouvernement ont le pouvoir et l'obligation constitutionnels de régler les questions relatives à l'environnement. La Déclaration énumère ensuite certains principes et objectifs de la collaboration intergouvernementale, qui reflètent deux principales préoccupations :

- (1) *l'harmonisation* des programmes et des règlements en matière d'environnement et la définition de normes et d'objectifs environnementaux cohérents à l'échelle nationale; et
- (2) *la coordination* des questions relatives à la gestion de l'environnement qui ont des incidences intergouvernementales et transfrontalières.

La Déclaration envisage d'atteindre ces objectifs grâce aux moyens suivants :

- (1) action coopérative par le biais du CCME;
- (2) élaboration d'ententes bilatérales et d'ententes sur des points précis; et
- (3) révision par chaque instance de ses «procédures et lois et règlements en matière d'environnement afin d'améliorer sa capacité de collaborer sur des questions intergouvernementales».

Parmi les problèmes à résoudre nommés dans la Déclaration figure «l'harmonisation de l'évaluation environnementale et des procédures d'examen entre les instances».

Ententes sur l'évaluation environnementale

En mai 1991, le CCME approuve un document intitulé *Principes de collaboration pour l'évaluation environnementale*. Ce document fournit un ensemble de principes d'évaluation environnementale à appliquer pour atteindre les deux objectifs intergouvernementaux susmentionnés : harmoniser la réglementation en matière d'environnement afin d'assurer une application

cohérente aux projets où qu'ils soient réalisés dans le pays, et intégrer des procédures d'évaluation environnementale lorsque l'évaluation coopérative est nécessaire. D'après un principe fondamental énoncé dans le document, les décisions faisant suite à une évaluation environnementale seront prises par chaque instance dans les limites de sa compétence législative et ne seront pas déléguées à une autre instance.⁵⁷ Le corps du document énumère deux ensembles de principes; le premier est un ensemble d'éléments communs permettant d'assurer la cohérence et l'efficacité de toute une évaluation environnementale,⁵⁸ le deuxième est un ensemble de mécanismes de collaboration visant à faciliter la collaboration fédérale-provinciale et interprovinciale dans le cadre des évaluations environnementales.⁵⁹ Il est possible, entre autres mécanismes de collaboration, d'utiliser le processus d'une autre instance ou un processus commun pour recueillir les renseignements nécessaires aux gouvernements dans les processus décisionnels, ainsi que des ententes bilatérales entre instances pour établir les «principes et protocoles de collaboration d'ordre général ou liés à un sujet précis».

En novembre 1992, le CCME approuve le *Projet de cadre sur l'harmonisation des évaluations environnementales*. Ce *Projet de cadre* fournit un modèle d'entente bilatérale entre le Canada et une province ou un territoire en vue d'une collaboration pour l'évaluation environnementale de projets dans lesquels les deux parties ont un «intérêt».⁶⁰ «Intérêt» signifie «pouvoirs, devoirs et responsabilités de chaque partie». Le *Projet de cadre* prévoit que les parties adopteront un processus de consultation afin de définir, dès le début du projet, les intérêts de chaque partie et l'importance de son engagement dans la procédure d'évaluation, de façon à respecter ces intérêts.⁶¹ Le document établit ensuite les procédures de collaboration à adopter, surtout pour les commissions d'examen, qui feront l'objet d'une entente particulière. Le *Projet de cadre* prévoit également, sans le dire explicitement, que chaque partie prendra toujours sa propre décision après une évaluation et qu'elle assumera séparément la responsabilité du contrôle de l'observation de toute condition d'approbation pouvant être dictée. Il y a une omission notable dans le *Projet de cadre*. En effet, on n'y réitère pas le principe selon lequel toute procédure de collaboration doit satisfaire aux exigences juridiques des procédures de chaque partie.

Le 6 août 1993, les ministres de l'Environnement du Canada et de l'Alberta signent une «Entente relative à la collaboration en matière d'évaluation environnementale».⁶² L'entente entre le Canada et l'Alberta respecte le projet d'entente cadre en ceci qu'elle vise à atteindre les mêmes objectifs, mais les détails diffèrent. «Intérêt» se définit comme étant «les pouvoirs, les devoirs et les fonctions dont l'exercice nécessite une évaluation environnementale». Cela semble restreindre l'intérêt par rapport à une situation où le gouvernement compétent ne possède pas seulement le pouvoir constitutionnel relativement à un projet, mais également l'obligation de l'évaluer.⁶³ Aux termes de l'Entente, il peut y avoir évaluation conjointe lorsque les deux parties déterminent qu'elles ont un intérêt dans le projet. Lorsqu'une partie n'a pas d'intérêt dans un projet évalué par l'autre partie, elle peut demander à participer à l'évaluation. La différence essentielle entre ces deux situations semble être que les exigences juridiques et opérationnelles des deux parties doivent être satisfaites dans le cas

d'une évaluation conjointe, tandis que seules les exigences de la partie intéressée doivent être satisfaites lorsque l'autre demande à participer à une évaluation. Il existe deux autres différences importantes dans l'Entente Canada-Alberta. D'abord, dans le cas d'une évaluation commune, les parties conviennent de coordonner leurs responsabilités respectives afin de contrôler les conditions d'approbation.⁶⁴ Ensuite, l'Entente Canada-Alberta prévoit la conclusion d'ententes auxiliaires par les chefs des organismes environnementaux respectifs du Canada et de l'Alberta relativement à diverses questions traitées dans l'Entente, comme les commissions conjointes d'examen, les fonctions désignées et les procédures de notification, les lignes directrices servant à déterminer la portée de l'examen d'un projet, et un cadre pour des ententes particulières à des projets. Des ententes auxiliaires ont déjà été élaborées pour ce qui est des commissions conjointes d'examen, des procédures de notification et des fonctions désignées.

Il y a un dernier point à signaler au sujet du *Projet de cadre* et de l'Entente Canada-Alberta; à savoir : les deux documents prévoient qu'une partie peut déléguer (supposément à l'autre partie) la responsabilité du déroulement des procédures d'évaluation environnementale. La clause de délégation stipule :

«Lorsque la législation permet la délégation de l'un ou de tous les aspects du processus d'évaluation environnementale, l'une ou l'autre des parties peut demander à l'autre de négocier en vue de procéder à cette délégation.»⁶⁵

Cette clause semble renvoyer à la législation des évaluations environnementales qui permet à une instance de déléguer sa responsabilité par rapport à un processus d'évaluation, du moins en partie, à une autre instance ou autorité de cette instance, afin d'éviter que deux instances ou plus n'effectuent une évaluation commune. Ce type de législation est examiné plus loin.

4. RÉPERCUSSIONS JURIDIQUES

La section 3 du présent document nous permet de distinguer trois types d'ententes utilisées en Australie et au Canada en ce qui a trait à la collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement :

- (a) approbation gouvernementale d'énoncés de principe;
- (b) ententes intergouvernementales multilatérales créant un cadre pour l'harmonisation et la coordination de la gestion de l'environnement; et
- (c) ententes intergouvernementales bilatérales pour l'accréditation de procédures d'évaluation environnementale.

Quelles sont les répercussions juridiques de ces divers types d'entente ? Ont-elles une valeur ? Qui peut les appliquer ? Les ententes communes proposées peuvent-elles être mises en oeuvre de façon valide ?

Application juridique des ententes

Afin de répondre à ces questions, je propose :

- (1) de souligner certains principes généraux au sujet de la caractérisation juridique des ententes intergouvernementales; et
- (2) d'appliquer ces principes afin de déterminer l'applicabilité de ces ententes intergouvernementales.

Principes généraux pour l'application des ententes intergouvernementales

On s'entend généralement pour dire que les ententes intergouvernementales sont des instruments de politique qui n'ont pas été conçus pour avoir des conséquences juridiques ou dont l'application ne peut être imposée par un tribunal. Ce point de vue mérite une analyse. La Cour suprême du Canada a démontré qu'elle est prête à considérer que les ententes intergouvernementales peuvent faire l'objet de poursuites lorsqu'il existe «un élément juridique suffisant pour justifier une décision d'un tribunal».⁶⁶ La High Court d'Australie a elle aussi eu l'occasion de trancher des problèmes relatifs à des ententes intergouvernementales et elle a décidé que certaines peuvent faire l'objet de poursuites⁶⁷ et d'autres pas.⁶⁸ De plus, il est possible qu'un tribunal décide que différentes questions découlant d'une même entente peuvent donner motif à une action, selon la nature des questions.⁶⁹

Le point de vue général selon lequel les ententes intergouvernementales ne peuvent être débattues devant les tribunaux donne une idée fautive de l'éventail de méthodes qui permettent aux gouvernements de mettre leurs ententes en vigueur. Une analyse comparative des ententes intergouvernementales australiennes et canadiennes a permis de cerner six méthodes⁷⁰ :

- (1) entente sans fondement juridique;
- (2) ententes permises par la législation afin d'éliminer tout doute à propos de leur validité et du pouvoir de les élaborer;
- (3) ententes ratifiées par la législation afin de transformer les obligations contractuelles en obligations juridiques;
- (4) ententes ratifiées de façon à leur donner force de loi, modifiant ainsi toute loi incompatible;
- (5) ententes qui, bien qu'elles ne soient pas ratifiées ou qu'on ne leur ait pas donné force de loi, sont mises en oeuvre par une nouvelle législation; et
- (6) ententes auxquelles on attribue un statut constitutionnel.

Le caractère exécutoire de ces ententes dépend des réponses à trois questions :

- (a) L'entente est-elle valide ?
- (b) La méthode de mise en oeuvre de l'entente modifie-t-elle la loi ?

- (c) Si la méthode de mise en oeuvre de l'entente ne modifie pas la loi, les parties souhaitaient-elles que l'entente crée des obligations juridiques ?

L'entente est-elle valide ?

Il existe habituellement peu de doutes quant à la validité d'une entente, étant donné que la législation appuie toutes les méthodes susmentionnées, sauf la première. Dans le cas d'ententes administratives non appuyées par la législation, l'État peut indéniablement passer des marchés sans avoir de pouvoir juridique explicite.⁷¹ Les principaux fondements d'une poursuite relative à la validité d'une entente découleront du fait que l'une ou l'autre des parties a agi sans pouvoir constitutionnel⁷² ou qu'elle n'a pas respecté une procédure prescrite par la loi pour conclure l'entente.⁷³ Ces arguments pourraient être invoqués par les gouvernements parties à l'entente ou par des tiers.

L'argument relatif à la procédure a peu de chance de succès, comme le démontre la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la cause *Canada (procureur général) c. la Saskatchewan Water Corporation*.⁷⁴ Cette dernière affirmait que l'entente signée avec le ministre fédéral n'était pas valide parce qu'elle n'avait pas été approuvée par le gouverneur en conseil comme l'exige la loi fédérale relative aux ententes entre le ministre fédéral et le gouvernement de toute province «concernant l'application de programmes relevant du ministre». Le tribunal a déclaré que cette entente ne concernait pas un «programme» et qu'elle ne nécessitait pas d'approbation en vertu de la loi. Il a également déclaré ceci :

«L'efficacité de cette défense doit être sérieusement mise en doute. Il convient de signaler que l'entente du 26 janvier a rapporté à l'entreprise la somme de 8 millions de dollars. Devrait-on maintenant lui permettre de s'attaquer à la transaction afin de lui éviter de remplir sa part du marché ... Un tribunal examinera tout avec soin pour éviter une injustice qui découlerait d'une tentative de qualifier une transaction d'*ultra vires*...»⁷⁵

Les tribunaux australiens adopteraient probablement un point de vue semblable si l'on tentait d'invalider une entente pour des motifs de procédure.⁷⁶

La méthode de mise en oeuvre de l'entente modifie la loi

Si la méthode de mise en oeuvre d'une entente modifie la loi, l'entente devient exécutoire par contrat et obligation juridique. La première et la deuxième méthodes ne modifieront pas la loi et l'entente ne sera exécutoire en vertu du droit contractuel que selon l'interprétation que l'on fera des modalités de l'entente (voir ci-dessous). Les troisième, quatrième, cinquième et sixième méthodes modifieront la loi, mais les ententes seront exécutoires à des degrés différents. Les troisième, quatrième et cinquième méthodes s'appliqueront contre l'administration, même lors de poursuites civiles de tiers, si les modalités de l'entente mise en oeuvre par la législation créent des droits et obligations publics ou des droits privés. Cependant, l'application judiciaire des ententes prévues par la loi peut être évitée par des lois ultérieures, étant donné que les ententes et les lois de mise en oeuvre ne fourniront probablement pas de moyen

ni de méthode de modification de la loi de mise en oeuvre elle-même.⁷⁷ La sixième méthode de mise en oeuvre des ententes les rendrait applicables contre l'administration et la législature, selon leurs modalités et la position sociale de la personne qui intente la poursuite.⁷⁸

La mise en oeuvre d'ententes intergouvernementales appuyées par la législation peut devenir davantage une question d'interprétation de la législation que des modalités de l'entente. Deux situations peuvent se présenter : une entente conclue en vertu d'une autorisation législative, et une autre mise en oeuvre par la législation. Une entente conclue en vertu d'une autorisation législative ne pourrait servir à contourner les exigences de la loi.⁷⁹ De même, la législation mettant en oeuvre une entente peut en comprendre les modalités de façon à en exiger le respect dans le cadre de l'application de la législation.⁸⁰ Même si la législation ne comprend pas précisément les modalités de l'entente, des renvois à la loi peuvent permettre au tribunal d'examiner les modalités de l'entente afin d'éclaircir des points ambigus dans le texte de loi. L'un des effets importants de l'application de la législation à l'appui est que des tiers, à la condition d'avoir qualité pour agir, peuvent chercher à obtenir l'application des ententes en engageant des poursuites en droit administratif, sans avoir à affronter des problèmes de lien contractuel pour appliquer l'entente.⁸¹

La méthode de mise en oeuvre de l'entente ne modifie pas la loi

L'application à titre de contrat des ententes administratives non autorisées explicitement par la loi, de même que de celles simplement approuvées par la loi (c'est-à-dire la première et la deuxième méthodes de mise en oeuvre) vaudra selon que les parties avaient ou non l'intention de créer des obligations juridiques en signant l'entente. Il ressort d'analyses canadiennes⁸² quatre points à prendre en considération pour savoir si une entente s'applique.

- (1) *Le degré de formalité de l'entente*—s'agit-il seulement d'un accord politique entre deux paliers de gouvernement au sujet de la façon dont ils exerceront leurs pouvoirs, ou l'entente a-t-elle été confirmée par la législation ?
- (2) *La teneur est-elle «politique» ou «commerciale» ?*— L'entente est-elle de nature politique relative à l'exercice des pouvoirs gouvernementaux ou de nature commerciale touchant à la fourniture de produits et de services en échange d'une somme d'argent ?
- (3) *Le langage utilisé*—le langage est-il typique de celui employé dans les contrats de droit privé ou de celui exprimant des entreprises générales ou souhaitables ?
- (4) *Le mécanisme de règlement des différends*—une entente qui prévoit le règlement des différends entre les ministres eux-mêmes a beaucoup moins de chance d'être interprétée comme exécutoire qu'une entente qui précise que le règlement des différends se fera par l'intermédiaire d'une personne indépendante, comme un arbitre ou un tribunal particulier.

La cause *Canada (procureur général) c. la Saskatchewan Water Corporation*⁸³ est un exemple d'entente administrative mise en oeuvre sans législation à l'appui. Dans ce cas, la Cour d'appel de la Saskatchewan a émis une injonction interlocutoire afin d'empêcher la Water Corporation, une société d'État de la Saskatchewan, de poursuivre les travaux d'un barrage en violation d'une entente présumée entre l'entreprise et le ministre fédéral de l'Environnement. Le tribunal a reproduit toute l'entente dans son jugement. En effet, celle-ci contenait certains des indices du statut juridique susmentionné, soit les obligations juridiques et le langage traditionnel des contrats, notamment une déclaration du ministre fédéral qui s'engageait à verser une indemnité à l'entreprise si elle interrompait la construction du barrage.⁸⁴

La cause *South Australia c. le Commonwealth*⁸⁵ constitue un exemple d'entente administrative qui n'a pas été appliquée. Cette affaire célèbre avait pour objet la tentative de l'Australie méridionale de faire respecter la Railways Standardization Agreement de 1949 entre l'Australie méridionale et le Commonwealth. L'entente avait été ratifiée par des lois du Commonwealth et de l'Australie méridionale, qui avaient approuvé l'entente et autorisé son application, ne lui laissant qu'une valeur contractuelle.⁸⁶ L'entente prévoyait l'exécution des travaux de construction par l'État et le Commonwealth, le financement devant être assuré pour la plus grande part par le Commonwealth, mais elle précisait que l'ordre et le calendrier des travaux devaient être déterminés par une entente entre les représentants gouvernementaux et, dans le cas où ils n'arriveraient pas à s'entendre, entre les ministres de l'État et du Commonwealth. Après que l'État et le Commonwealth eurent tous deux entrepris certains travaux, le Commonwealth a refusé de poursuivre les travaux sur l'ordre de l'État. Ce dernier a essayé d'obtenir un jugement indiquant que le Commonwealth violait l'entente en refusant de poursuivre les travaux. La High Court a rejeté la demande, car selon elle, du point de vue de la mise en oeuvre, il n'existait qu'une entente au sujet de la volonté de s'entendre, mais aucune intention de créer des liens juridiques.

Les différents juges dans cette affaire ne s'entendaient pas sur la valeur à accorder aux divers arguments. Les juges McTiernan, Taylor et Windeyer étaient prêts à déclarer que l'entente ne constituait qu'un accord politique qui ne créait pas d'obligation juridique. Les juges Dixon (le juge Kitto étant du même avis), Menzies et Owen préféraient fonder leur décision sur la raison «plus précise» que d'après les déclarations de l'Australie méridionale, il n'était pas certain qu'une entente existait. Les juges Dixon et Menzies ont précisé que l'entente pourrait donner lieu à certaines obligations à caractère exécutoire.⁸⁷

D'aucuns prétendent que la High Court d'Australie et la Cour suprême du Canada seraient prêtes à appliquer certaines obligations faisant partie d'ententes intergouvernementales, qui pourraient être qualifiées, de façon générale, d'«ententes politiques» ou d'ententes relatives à l'exercice du pouvoir politique. Ces obligations peuvent découler d'ententes conclues au moment de l'application de dispositions intergouvernementales d'ordre plus général, ou lorsque l'une des parties s'acquitte d'une tâche qu'elle avait acceptée en signant une entente intergouvernementale. Ces possibilités seront examinées plus bas, dans la description des ententes bilatérales.

Applicabilité des ententes

Nous pouvons maintenant appliquer ces commentaires généraux afin d'évaluer l'applicabilité des ententes décrites à la section 3.

Ententes stratégiques

Il est évident que les documents de politique nationale, le NSESD australien et le *Plan vert* canadien, ne visent nullement à créer des obligations juridiques et n'en entraînent aucune. La formulation de ces documents est fort différente de celle d'une entente légalement applicable. En fait, le *Plan vert* ne constitue même pas une entente officieuse; il ne s'agit que d'un énoncé de politique fédérale qui fait mention d'une collaboration avec les provinces dans certains domaines. Les conditions énoncées dans les documents australien et canadien constituent des engagements souhaitables et généraux au sujet de l'exercice futur du pouvoir politique. Elles constituent des stratégies d'élaboration de stratégies, et les seules sanctions relatives à leur mise en oeuvre sont de nature politique. De plus, elle n'ont aucune valeur dans l'exercice des pouvoirs légaux du gouvernement.

Ententes multilatérales

Les ententes multilatérales sont l'IGAE et les projets d'ententes nationales sur l'évaluation environnementale, pour l'Australie, et la Déclaration sur la collaboration intergouvernementale en matière d'environnement, les Principes de collaboration pour l'évaluation environnementale et le *Projet de cadre d'harmonisation des évaluations environnementales*, pour le Canada. Les ententes canadiennes et australiennes feront l'objet d'un examen distinct.

Ententes australiennes. — À première vue, l'IGAE et le projet d'entente sur l'évaluation environnementale australiens ont un caractère assez officiel. Les documents se veulent des ententes entre le Commonwealth et les États, chacun étant identifié. Les documents comportent des préambules, des dispositions relatives à l'interprétation et des clauses rédigées avec soin, ainsi que des échéanciers précis. L'IGAE comporte une clause de signature formelle et les signatures des chefs de chacune des parties gouvernementales à l'entente. Le projet d'entente sur l'évaluation environnementale ne comprend évidemment pas de clause de signature. Tandis que l'IGAE envisage la mise en oeuvre de la législation relative à la détermination de mesures nationales de lutte antipollution, elle prévoit, de façon générale, l'application de l'Entente dans les limites du cadre de la législation existante. Le projet d'entente sur l'évaluation environnementale prévoit explicitement sa mise en oeuvre dans le cadre de la législation existante. Il est donc possible d'affirmer que, dans la plupart des cas, les ententes ne seront pas précisément mises en oeuvre par une législation d'appui, bien que certains des engagements pris puissent laisser entrevoir une réforme législative dans certains domaines de compétence.

La nature véritable des ententes apparaît lorsque l'on examine leur teneur et le langage utilisé. Il est évident que l'IGAE ne vise qu'à servir de «condensé politique» fournissant un cadre de collaboration pour l'administration des pouvoirs gouvernementaux truffé de considérations générales.⁸⁸ L'application des ententes bilatérales entre le Commonwealth et les États constitue un aspect clé de ce cadre de collaboration, ententes qui

contiennent bon nombre d'engagements en vue de s'entendre. À d'autres égards, les dispositions de l'IGAE ne sont que des lignes directrices; par exemple, les principes et les considérations que les parties doivent utiliser comme lignes directrices dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs législatifs et administratifs. L'IGAE précise aussi une méthode de règlement des différends, soit le renvoi à des conseils ministériels.⁸⁹

Le projet d'entente sur l'évaluation environnementale est une sorte d'entente cadre semblable relative à l'exercice des pouvoirs administratifs en matière d'évaluation environnementale. Il comprend des énoncés d'objectifs (éviter le chevauchement des processus, consulter et partager l'information), ainsi que des énoncés de procédures (notification et échange de renseignements). Toutefois, les principales clauses du projet d'entente prévoient des négociations plus approfondies et des accords dans des cas de processus d'évaluation effectués par un État ou par le Commonwealth. La mise en oeuvre du projet d'entente, si les divers gouvernements l'acceptent, dépendra de la volonté et des sanctions politiques.

Les lignes directrices et les critères constituent tout simplement, comme leur nom le laisse entendre, un énoncé de lignes directrices relatives à l'exercice du pouvoir administratif. Rien dans la présentation du document n'indique même une volonté de créer des obligations juridiques.

Ententes canadiennes. — Les ententes canadiennes sont moins formelles que les ententes australiennes. Bien que chacune contienne un préambule et des dispositions précises, le nom des parties à l'entente n'est pas mentionné et il n'existe aucune clause de signature. Tous les documents sont brefs, et on n'y retrouve pas la qualité générale de la structure conceptuelle des ententes australiennes.

En ce qui a trait à la teneur, la *Déclaration sur la collaboration intergouvernementale en matière d'environnement* se définit dans sa propre rubrique contextuelle comme un «cadre de collaboration intergouvernementale efficace pour les questions environnementales». La Déclaration privilégie des principes de collaboration tels que la notification et la consultation, le partage de l'information et l'harmonisation des lois et des règlements environnementaux, et exprime ensuite la volonté commune des parties de s'efforcer de conclure des ententes relatives à un ensemble d'entreprises communes en matière de gestion de l'environnement, y compris l'élaboration d'ententes bilatérales. La Déclaration exprime uniquement des aspirations politiques.

Les *Principes de collaboration pour l'évaluation environnementale* constituent simplement une entente cadre plus précise. Tous les engagements ne sont que des souhaits communs, formulés comme ce que les parties «devraient» faire. Ces principes n'ont pas été énoncés afin d'avoir des conséquences juridiques.

Enfin, le *Projet de cadre d'harmonisation de l'évaluation environnementale*, comme son nom le laisse entendre, ne vise nullement à créer par lui-même des obligations entre les parties. La véritable question qui se pose est la suivante : quelle est la conséquence juridique d'une entente bilatérale

conclue d'après le modèle d'une entente cadre, comme l'*Entente Canada-Alberta pour l'harmonisation des évaluations environnementales* ? (Il convient de signaler que ce type d'entente bilatérale remplit les mêmes fonctions que le projet d'entente australien sur l'évaluation environnementale a pour objectif de remplir à titre d'entente multilatérale, raison pour laquelle il est traité dans la rubrique des ententes cadres multilatérales.) L'entente bilatérale entre le Canada et l'Alberta nomme les parties et contient une clause de signature qui a été exécutée par les représentants des gouvernements respectifs. Cependant, l'entente porte principalement sur les procédures relatives à l'exercice des pouvoirs gouvernementaux. De plus, elle prévoit que si les parties ne peuvent s'entendre sur une évaluation environnementale commune, chaque partie demeure libre de procéder à sa propre évaluation. Les principes de collaboration énumérés dans le *Projet de cadre et l'Entente Canada-Alberta* préconisent des négociations plus approfondies et une entente sur les évaluations des différents projets. Une telle entente bilatérale restera donc une entente cadre sur l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, et sa mise en oeuvre dépendra de la volonté et des ententes politiques.⁹⁰

Ententes bilatérales d'accréditation

L'étape suivante du processus de collaboration intergouvernementale est une entente bilatérale entre gouvernements centraux et régionaux (ou, moins couramment, entre gouvernements régionaux) pour l'accréditation des procédures d'évaluation environnementale. L'accord d'accréditation précisera les procédures d'évaluation à suivre pour l'exercice des pouvoirs décisionnels respectifs des gouvernements. Conformément aux ententes cadres multilatérales, ces accords d'accréditation auront pour résultat l'adoption d'un seul ensemble de procédures d'évaluation conduisant à la décision ultime fondée sur l'évaluation rendue par chaque gouvernement. L'accord d'accréditation peut approuver une procédure modifiée parmi les procédures existantes de l'un ou l'autre palier de gouvernement de façon à satisfaire les exigences juridiques et administratives des deux paliers de gouvernement. Il peut aussi affirmer que les procédures d'évaluation existantes de l'un des paliers de gouvernement satisfont aux exigences juridiques d'évaluation de l'autre palier. Enfin, il peut être formulé de façon à s'appliquer de façon globale (à toutes les propositions faisant partie de son champ d'application) ou particulière (à un projet précis); dans les deux cas, son application dépassera la simple application à des processus gouvernementaux. En effet, elle aura pour but de fournir des procédures applicables à des tiers, soit des promoteurs présentant des projets d'aménagement et des membres du public qui désireraient participer aux procédures d'évaluation.

Des exemples de ce type d'accord d'accréditation existent déjà au Canada et en Australie, bien qu'on ne les nomme pas forcément ainsi. L'*Entente Canada-Alberta pour l'harmonisation des évaluations environnementales* prévoit des ententes auxiliaires qui sont en fait des accords d'accréditation. Deux de ces accords ont déjà été conclus, soit les ententes susmentionnées relatives aux commissions d'examen, aux fonctions désignées et aux procédures de notification. Elles couvrent certes des aspects de la communication

intergouvernementale et elles ne se limitent pas à l'accréditation de procédures, mais cela n'empêche pas de les qualifier d'accords d'accréditation généraux de par leur teneur. L'Entente Canada-Alberta prévoit aussi des accords d'accréditation propres à des projets. En Australie, aucun progrès n'a été réalisé jusqu'à maintenant relativement à des accords d'accréditation pour l'évaluation environnementale, mais de nombreux accords d'accréditation propres à des projets ont été conclus.⁹¹ Nous examinerons plus loin un accord de ce type visant l'exploitation minière de la rivière McArthur.

Nous examinerons également certains problèmes juridiques liés à la mise en oeuvre de ces accords d'accréditation. Pour l'instant, je souhaite seulement déterminer s'ils seront applicables légalement. Je ne formulerai que certains commentaires généraux tirés de la jurisprudence dans ce domaine. Le présent projet de recherche ne vise pas à examiner les innombrables ententes intergouvernementales relatives à des projets précis, que l'on pourrait qualifier d'accords d'accréditation, afin d'évaluer la nature légale de leurs modalités.

Premièrement, le droit permet aux deux paliers de gouvernement de conclure des ententes légalement obligatoires.⁹² Les facteurs à examiner pour en connaître la force exécutoire sont énumérés plus haut. On pourrait dire qu'il est plus probable que des gouvernements concluent des accords d'accréditation propres à des projets qui sont légalement applicables parce qu'ils visent des circonstances précises et peuvent avoir des conséquences financières importantes. On en trouve un exemple dans la cause *Citizens Airport Association Inc c. Maritime Services Board*,⁹³ entre l'État de la Nouvelle-Galles du Sud, le Commonwealth et le Federal Airports Corporation, au sujet de la construction de la troisième piste de l'aéroport Kingsford Smith de Sydney. L'entente ne concernait pas l'évaluation environnementale du projet, mais son traitement inconditionnel comme document juridique par le tribunal demeure valide pour l'interprétation d'autres ententes intergouvernementales qui touchent l'évaluation environnementale de projets précis. On peut aussi en déduire qu'un accord général d'accréditation est valide parce qu'il a pour but de préciser des procédures relatives à des tiers et qui peuvent être invoquées par ces mêmes tiers.

Deuxièmement, un accord d'accréditation propre à un projet peut être mis à exécution par un promoteur agissant en tant que tierce partie si l'on peut prouver au moyen des modalités de l'accord que les parties avaient l'intention d'accorder un avantage à des tiers.⁹⁴ On pourrait affirmer qu'une modification des procédures requises, notamment un processus d'évaluation commune au lieu de deux processus distincts, peut être interprétée comme un avantage accordé au promoteur. Si la tierce partie agissait en invoquant les procédures modifiées acceptées, elle pourrait tenter une action afin d'empêcher l'un ou l'autre des paliers de gouvernement de modifier ces procédures.

Troisièmement, si une promesse relative à l'exercice de pouvoirs juridiques ne pouvait être mise à exécution par une action contractuelle, un gouvernement, ou peut-être même le promoteur, pourrait tenter d'empêcher l'abandon de la promesse en invoquant le principe de préclusion. Ce principe stipule que :

«une cour de Common Law ou d'équité peut faire ce qui doit être fait, mais sans plus, pour empêcher une personne qui s'est fondée sur une hypothèse relative à l'état actuel, passé ou futur des affaires (y compris l'état juridique des affaires), hypothèse que la partie poursuivie l'a conduite à adopter, de souffrir de préjudices résultant de la dénégation de la justesse de l'hypothèse.»⁹⁵

Ainsi, par exemple, une promesse relative à des exigences de processus, donnée dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un palier de gouvernement à l'autre palier et à un promoteur, pourrait être appliquée par un tribunal si les parties dépendant de la promesse faite souffraient de préjudices causés par le fait que la partie ayant fait la promesse tente de s'en dégager.

Mise en oeuvre valide des ententes

La légalité d'ententes intergouvernementales de collaboration a été mise en doute au Canada et en Australie. Les ententes coopératives en matière d'évaluation environnementale ont fait l'objet de nombreux litiges au Canada et sont devenues un sujet de controverse en Australie. La pratique selon laquelle le gouvernement fédéral accréditait les procédures des États ou des provinces en matière d'évaluation environnementale constituait le point critique des contestations juridiques. Afin d'évaluer la validité juridique des accords d'accréditation en matière d'évaluation environnementale prévues dans les ententes cadres de l'Australie et du Canada, j'entends :

- (1) décrire l'effet juridique pratique des accords d'accréditation en matière d'évaluation environnementale;
- (2) expliquer les problèmes juridiques qui en découlent; et
- (3) déterminer si les dispositions en matière d'évaluation environnementale au Canada et en Australie confèrent un pouvoir juridique suffisant aux accords d'accréditation.

Répercussions juridiques des ententes de collaboration

Les ententes canadiennes et australiennes prévoient des principes généraux d'harmonisation des aspects fondamentaux de leurs procédures respectives d'évaluation environnementale, ainsi que des mécanismes coopératifs de communication et de partage de l'information. La collaboration à ces égards n'a rien de remarquable puisque l'on continue de partir du principe que les deux paliers de gouvernement assumeront leurs responsabilités juridiques respectives. Cependant, les accords d'accréditation envisagés par les gouvernements vont au-delà de ces mesures générales afin d'instituer la collaboration au moyen de la variation et de la délégation des procédures d'évaluation environnementale, y compris des procédures stipulées dans la loi. Un des principaux objectifs de ces ententes coopératives est d'éviter le double emploi ou, comme l'indique le projet d'entente australien sur l'évaluation environnementale, d'assurer «dans la mesure du possible, qu'un seul processus d'évaluation environnementale soit entrepris pour tout projet donné».⁹⁶

Il est bon de répéter qu'en pratique, les ententes proposées en Australie par l'IGAE et le projet d'entente équivalent à accepter soit d'adopter des procédures

communes, qui sont en fait des versions modifiées de leurs procédures respectives afin de satisfaire les exigences des deux paliers de gouvernement, soit d'adopter des procédures déléguées, c'est-à-dire que l'un des paliers de gouvernement recourt, pour répondre à ses propres besoins, aux procédures de l'autre palier. L'IGAE et le projet d'entente prévoient tous deux que des ententes coopératives seront conclues d'un commun accord entre les deux paliers de gouvernement et qu'elles respecteront les exigences juridiques de chacun. Il convient de souligner que les deux documents font la différence entre la collaboration dans le cadre de l'exécution de procédures et l'exercice distinct du pouvoir décisionnel réel. Dans le cadre de l'évaluation environnementale, cela signifie que les deux paliers de gouvernement collaboreraient à la collecte de renseignements au sujet d'un projet, mais que chacun appliquerait de son côté cette information à l'approbation d'un projet.

L'effet pratique des ententes canadiennes est moins formellement exprimé, mais sa teneur est plutôt semblable, comme l'ont prouvé des situations récentes. Cependant, les ententes canadiennes envisagent de modifier le pouvoir légal afin d'améliorer la capacité de collaboration sur des questions d'intérêt commun. La Déclaration sur la collaboration intergouvernementale en matière d'environnement prévoit des ententes en vue de promouvoir la collaboration environnementale entre les gouvernements, de même que la révision de la législation environnementale régissant la capacité de collaborer. Les ententes cadres relatives à l'évaluation environnementale envisagent la collaboration sous la forme d'un processus commun ou d'un processus délégué, les ententes coopératives devant être conclues individuellement. Cela ressemble fort au modèle australien d'accréditation. Cependant, les ententes canadiennes prévoient des pouvoirs particuliers permettant de conclure des accords précis relatifs à des procédures communes ou déléguées. De la même façon que dans le cadre australien de collaboration, on précise que les ententes coopératives ne s'appliqueront qu'à l'exécution de procédures et non à l'exercice du pouvoir décisionnel.

En résumé, les ententes intergouvernementales de chaque pays prévoient toute une gamme d'ententes coopératives relatives aux procédures de collecte de renseignements pour l'évaluation environnementale. À une extrémité se situent une plus grande harmonisation et une communication des exigences distinctes pertinentes aux procédures. Celles qui sont exécutées conjointement, possiblement modifiées par une entente afin de convenir à chaque partie, se situent au milieu. À l'autre extrémité, il y a délégation des procédures, l'utilisation des procédures d'un gouvernement répondant aux exigences de l'autre gouvernement. Si les ententes sont conclues en vue d'être appliquées intégralement, un projet soumis à l'approbation des deux paliers de gouvernement ne devrait faire l'objet que d'une seule procédure de collecte de renseignements.

Validité des accords d'accréditation

En Australie comme au Canada, des évaluations communes ou déléguées ont posé des problèmes politiques ou juridiques, la différence entre les normes des procédures d'évaluation environnementale des diverses instances constituant la

cause fondamentale de ces problèmes. L'expérience canadienne relative au barrage de la rivière Oldman et celle de l'Australie avec l'exploitation minière de la rivière McArthur montrent comment le respect des procédures des gouvernements régionaux par le gouvernement central a créé des problèmes de légitimité politique et de validité juridique pour des décisions gouvernementales découlant de procédures déficientes d'évaluation environnementale, en raison d'exigences différentes.

La validité juridique des accords d'accréditation proposés par l'IGAE a aussi été remise en question par Rob Fowler.

«Il existe une contradiction inhérente dans la définition de «pleine foi» de l'IGAE, puisque l'obligation «d'accepter et de respecter les résultats» des systèmes ou processus de l'État (ou des systèmes ou processus du Commonwealth) se caractérise par l'exigence d'agir «conformément aux lois en vigueur dans leur instance». Cette condition formelle semble avoir pour but de régler le problème d'entrave inappropriée à la liberté d'agir administrative, en forçant l'observation des dispositions juridiques pertinentes. Pourtant, l'objectif de l'approche de la pleine foi est d'éviter le double emploi du processus décisionnel et des résultats possiblement contradictoires aux échelons du Commonwealth et des états.»⁹⁷

Bien que des problèmes d'entrave à l'exercice du pouvoir administratif puissent survenir relativement à des projets évalués en vertu d'accords d'accréditation, je soutiens respectueusement que l'entrave à l'exercice du pouvoir administratif ne constitue pas le problème essentiel de la notion d'accréditation. Comme je l'expliquais auparavant, l'accréditation devrait se limiter à l'exécution de procédures de collecte de renseignements pour l'évaluation environnementale, et non pas s'appliquer à l'exercice ultime des pouvoirs décisionnels des gouvernements respectifs. Aussi longtemps que ces pouvoirs sont exercés adéquatement par chaque palier de gouvernement conformément aux critères prescrits, s'il y a lieu, par les lois pertinentes, il ne devrait pas y avoir d'entraves aux décisions prises.

On pourrait affirmer que l'accréditation des résultats des procédures d'une autre instance signifie qu'il y aura entrave aux décisions précises quant aux procédures, par exemple, sur la nature de l'examen et les possibilités offertes au public de commenter. Cependant, il semble que le point de vue le plus évident, du moins dans le cas de l'évaluation environnementale, est que le non-respect des exigences juridiques des procédures d'évaluation provoquerait leur invalidité plutôt qu'une entrave à l'exercice du pouvoir administratif. L'analyse de la jurisprudence corrobore d'ailleurs ce point de vue.

Dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada*,⁹⁸ la Cour suprême du Canada a statué que le ministre des Transports du Canada était tenu d'appliquer le Décret fédéral sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement afin de décider s'il autorisait ou pas la province de l'Alberta à construire un barrage sur la rivière Oldman, dans le Sud-Ouest de l'Alberta. Le gouvernement fédéral n'avait pas

respecté les lignes directrices parce qu'il était d'avis qu'il s'agissait d'abord d'un projet provincial et que les procédures de la province en matière d'évaluation et de gestion de l'environnement tiendraient compte des intérêts fédéraux dans les problèmes environnementaux potentiels liés au barrage.⁹⁹ Les principaux éléments de la décision de la Cour étaient que les lignes directrices étaient a) valides et compatibles avec la législation fédérale; b) obligatoires, et non pas de simples directives administratives; et c) qu'elles s'inscrivent dans le pouvoir constitutionnel du Parlement du Canada de créer des lois relatives à ses domaines de compétence législative. Un aspect accessoire de la décision concernait la discrétion du tribunal quant à la délivrance du recours de prérogative demandé. Le Canada affirmait que l'exigence d'une évaluation environnementale fédérale serait inutilement répétitive en raison des études environnementales qui avaient été effectuées par la province. La Cour a formulé deux réponses à cet argument. Premièrement, une différence qualitative entre les procédures d'évaluation provinciales et fédérales. Les procédures provinciales offraient au public moins de possibilités de participer et n'exigeaient pas la même indépendance de la commission d'examen que les procédures fédérales.¹⁰⁰ Deuxièmement, l'application des procédures fédérales, même après que la plus grande partie des travaux de construction ait été effectuée, pourrait avoir une certaine influence sur les mesures d'atténuation pouvant être adoptées pour contrer tout effet environnemental nuisible du barrage sur des domaines de compétence fédérale.¹⁰¹ En fin de compte, le jugement constituait une condamnation sévère de la stratégie du gouvernement fédéral qui consistait à s'en remettre aux procédures provinciales pour déterminer les responsabilités fédérales.¹⁰²

L'évaluation environnementale de l'exploitation minière de la rivière McArthur dans le Territoire du Nord de l'Australie fait l'objet de critiques similaires de la part de Dawson,¹⁰³ mais n'a pas donné lieu à un litige. La proposition était la première à être appuyée par le Major Projects Facilitation Unit du Commonwealth Department of Prime Minister and Cabinet, qui désirait que l'évaluation du projet soit effectuée très rapidement. Le Commonwealth et le Territoire du Nord ont tous deux entrepris leurs procédures d'évaluation en désignant l'entreprise principale comme promoteur. La ministre de l'Environnement du Commonwealth a ensuite annoncé que la Conservation Commission of the Northern Territory (CCNT) dirigerait l'évaluation du projet, et que le processus d'évaluation du Territoire du Nord devrait respecter les exigences législatives du Commonwealth. La participation de la Commonwealth Environment Protection Agency (CEPA) a été prolongée afin qu'elle s'entende avec la CCNT au sujet des lignes directrices à suivre dans la déclaration des incidences environnementales (EIS), et de préparer un examen de l'EIS qui serait communiqué à la Ministre, si elle choisissait de ne pas exiger une évaluation plus approfondie en vertu des procédures d'évaluation du Commonwealth. Bien que la CEPA et la ministre du Commonwealth aient affirmé que les procédures d'évaluation du Territoire du Nord respectaient les exigences législatives du Commonwealth, Dawson a conclu que les procédures du Territoire du Nord relatives à la collecte de renseignements pour une évaluation environnementale étaient déficientes à cinq égards en matière de participation du public et de

responsabilité ministérielle. Elle est arrivée à la conclusion que le «respect du processus du Territoire du Nord représente l'adoption des normes les plus minimales».

En ce qui concerne les causes canadiennes relatives à l'application des procédures fédérales d'évaluation environnementale,¹⁰⁴ les tribunaux ont statué que le ministre de l'Environnement avait l'obligation de mettre à exécution l'éventail complet des exigences contenues dans les lignes directrices fédérales pour un projet faisant aussi l'objet d'une évaluation provinciale. Une mesure semblable réussirait-elle en Australie ? Il est impossible d'analyser pleinement l'applicabilité de l'*Environment Protection (Impact of Proposals) Act* de 1974 (Cth) et de ses procédures administratives¹⁰⁵ dans le présent document. Toutefois, il convient de signaler le devoir imposé aux ministres du Commonwealth

«de donner toutes les directives et de faire tout ce qui ... est en leur pouvoir—

- (a) afin d'assurer que les procédures approuvées par la présente Loi soient mises en oeuvre relativement à des questions qui relèvent du ministère dirigé par le Ministre, et que toute autorité australienne envers laquelle le Ministre a des responsabilités ministérielles respecte ces procédures et aide à leur mise en oeuvre...»¹⁰⁶

Un ministre du Commonwealth en matière d'environnement qui estime que les procédures d'évaluation d'un État ou d'un territoire répondent aux exigences du Commonwealth alors que dans les faits, elles ne sont pas aussi rigoureuses, faillit à cette obligation. En fin de compte, le succès de la contestation juridique d'un manquement du Commonwealth à agir en vertu de sa propre législation dépendra de la détermination par un tribunal d'un devoir à accomplir et de procédures juridiques à respecter.

La récente cause australienne *Tickner c. Bropho*¹⁰⁷ donne à penser que les tribunaux interpréteront de façon rigoureuse les devoirs législatifs et les exigences de principe afin de faire ressortir les objectifs d'intérêt public de ce type de législation. L'affaire concernait l'application de lois du Commonwealth et de l'État régissant la protection du patrimoine autochtone du «Old Swan Brewery» de Perth. La Cour d'appel fédérale a déclaré invalide la décision du ministre fédéral des Affaires autochtones de ne pas publier de déclarations urgentes et permanentes afin de protéger le site en vertu de l'*Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act* 1984 (Cth), après que le ministre d'État aux Affaires autochtones eut décidé, en vertu de l'*Aboriginal Heritage Act* 1972 (WA) d'autoriser la poursuite des travaux. Les articles 9 et 10 de la *Commonwealth Act* décrivent les pouvoirs du ministre en termes permissifs, autrement dit l'habilité à publier des déclarations s'il est convaincu que le secteur est un secteur autochtone important et qu'il est menacé de préjudice ou de profanation. Dans le cas d'une déclaration permanente en vertu de l'article 10, le ministre est tenu d'examiner un rapport rédigé après la publication de la demande et l'audition des personnes intéressées. Les dispositions législatives n'obligent pas explicitement le ministre à tirer des conclusions ou à publier un rapport s'il ne fait pas de déclaration. Malgré cela, le tribunal a estimé que la décision du ministre du Commonwealth n'était pas raisonnable parce qu'au moment où il l'a prise, lui et son ministère avaient les moyens de connaître la

décision de l'État de ne pas protéger les valeurs du patrimoine autochtone du secteur. Le tribunal a statué que le refus du ministre d'effectuer une demande de déclaration permanente était invalide parce qu'il n'avait pas répondu à la question primordiale à cet égard; à savoir : le secteur était-il menacé de préjudice ou de profanation, et qu'il n'avait pas obtenu de rapport relatif à la demande. Le tribunal a déclaré que le *Commonwealth Act*, dans l'ensemble, révèle un objectif important de protection du patrimoine autochtone et que le ministre du Commonwealth ne pouvait pas ignorer les demandes à cet effet. Comme l'a souligné le juge French, le *Commonwealth Act* autorise le ministre à émettre une déclaration nommant un éventail de mesures de protection, allant de la protection totale à la protection partielle ou conditionnelle, à recourir à la conciliation et aux négociations avec les parties intéressées afin de tenir compte des intérêts en présence.¹⁰⁸ La Cour voyait un objectif précis dans l'application de la loi du Commonwealth, même si la question avait déjà été examinée en vertu de la loi de l'État.

Il ressort de l'expérience de l'Australie et du Canada relativement aux ententes coopératives en matière d'évaluation environnementale que les ministres fédéraux s'entendent, officiellement ou pas, avec leurs homologues régionaux, afin que les procédures provinciales ou de l'État soient utilisées pour satisfaire leurs propres procédures imposées par la loi. Autrement dit, les gouvernements essaient de se dégager de leurs responsabilités, ce qui contrevient à un principe fondamental des systèmes constitutionnels australien et canadien : le gouvernement ne peut modifier la loi au moyen d'un contrat.

Une autre cause canadienne récente fait ressortir ce point. L'affaire *Administration régionale Crie c. Canada (administrateur fédéral)*¹⁰⁹ a trait à une entente entre le Canada et le Québec en vue de modifier les exigences d'évaluation environnementale de la Convention de 1975 de la Baie James et du Nord québécois (l'entente CBJNQ) relativement aux travaux d'aménagement hydroélectrique de Grande-Baleine, qui auraient des effets sur les Cris. L'entente CBJNQ avait été signée par les gouvernements du Canada et du Québec, par deux organismes gouvernementaux et par deux groupes autochtones, soit le Grand conseil des Cris du Québec et la Société des Inuit du Nord québécois, puis ratifiée et déclarée valide par législation fédérale et provinciale. La Cour d'appel fédérale a statué qu'étant donné que l'entente CBJNQ avait été ratifiée par une loi, elle tirait «toute sa puissance légale, même en tant que contrat, des lois adoptées pour la mettre en vigueur et la valider».¹¹⁰ L'entente CBJNQ prévoyait des procédures d'évaluation environnementale fédérale et provinciale distinctes pour les aménagements touchant à des domaines de compétence relevant à la fois du fédéral et du provincial. Les parties avaient reconnu que le projet Grande-Baleine aurait des effets à la fois sur des domaines de compétence fédérale et provinciale, même si le Canada et le Québec affirmaient que le projet était principalement d'instance provinciale et que ses répercussions sur l'instance fédérale n'avait qu'une importance secondaire. L'entente CBJNQ stipulait aussi que, dans le cas des aménagements sous le 55^e parallèle, les gouvernements fédéral et provincial et l'Administration régionale Crie pourraient combiner les deux procédures d'évaluation au moyen d'une entente mutuelle, en supposant qu'une telle combinaison ne porterait aucun préjudice aux droits et garanties en faveur des Cris. Cependant, en

novembre 1990, les autorités du Canada et du Québec ont conclu une entente selon laquelle les autorités provinciales procéderaient à un examen environnemental. L'Administration régionale crie n'était pas partie à l'entente et croyait manifestement que celle-ci lui portait préjudice. Le juge Rouleau conclut que l'administrateur fédéral avait l'obligation d'entreprendre un examen environnemental fédéral indépendant et que cette obligation ne pouvait être modifiée, sauf par promulgation d'une nouvelle loi.¹¹¹ L'argument selon lequel le gouvernement fédéral avait délégué ses pouvoirs d'examen environnemental à la province a aussi été rejeté, car un pouvoir de délégation réciproque n'est valide que s'il est établi par une loi et que la délégation est explicitement réversible, conditions qui n'étaient pas respectées dans ce cas précis.¹¹²

En conclusion, je suis d'avis que les tentatives malencontreuses des gouvernements fédéraux de l'Australie et du Canada en matière de délégation aux provinces ou aux États du pouvoir décisionnel constituent une interprétation erronée de la responsabilité constitutionnelle relative à l'utilisation des terres et à l'environnement. Comme je le précisais au début du présent document, les constitutions australienne et canadienne stipulent que les compétences sont partagées entre les échelons central et régionaux des gouvernements. Donc, si une loi du Dominion ou du Commonwealth fait partie du pouvoir constitutionnel, les ministres intéressés ont l'obligation d'exécuter leurs responsabilités conformément à la loi, sans se préoccuper de savoir jusqu'à quel point les lois de la province ou de l'État peuvent régir différemment la question. Les ententes intergouvernementales visant à minimiser le double emploi et à assurer une plus grande efficacité des processus doivent respecter les exigences législatives de chaque instance, et toute modification apportée à ces exigences doit être elle-même autorisée par la loi. Bien que ces principes soient reconnus dans les ententes intergouvernementales décrites dans le présent document, ils ne sont pas toujours respectés dans le cadre de l'exécution des responsabilités législatives. Ce fait pratique souligne la nécessité de conférer un pouvoir juridique aux dispositions de collaboration proposées par les ententes intergouvernementales.

Pouvoir juridique de collaboration en matière d'évaluation environnementale

La collaboration intergouvernementale en matière d'évaluation environnementale a trait à de nombreuses composantes de la législation, qu'il est impossible d'examiner ici en totalité. En fait, nous allons continuer à nous intéresser à la collaboration en matière d'évaluation environnementale.

Dispositions juridiques en Australie

En Australie, la collaboration intergouvernementale en matière d'évaluation environnementale est peu reconnue ou appuyée par des dispositions juridiques. L'examen de la législation relative à l'évaluation environnementale révèle cette absence d'autorité législative dans le domaine des ententes intergouvernementales.

La législation des États relative à l'évaluation environnementale ne contient aucune disposition explicite concernant la collaboration intergouvernementale.¹¹³ Même les documents administratifs, comme les dispositions administratives

utilisées par l'Environmental Protection Authority of Western Australia, ne contiennent aucune déclaration au sujet de la collaboration avec le gouvernement du Commonwealth ou avec ses instances décisionnelles. Un seul État possède des dispositions dans sa législation environnementale qui pourraient servir à des fins de collaboration intergouvernementale. L'*Environmental Protection Act* de 1986 (WA) prévoit de conférer des pouvoirs de délégation au ministre, à l'Environmental Protection Authority et à l'administrateur en chef du ministère de l'environnement. Chacun peut déléguer la totalité ou une partie de ses pouvoirs et responsabilités, à «une autre personne».¹¹⁴ En supposant que la procédure requise pour la délégation soit respectée, il semble qu'il n'y ait aucun obstacle à la délégation de pouvoirs et de responsabilités à un organisme ou à un ministre du Commonwealth, bien qu'il soit peu probable que les pouvoirs de délégation soient ainsi utilisés. Ceux compris dans la législation environnementale des autres États sont trop précis pour pouvoir être utilisés dans le contexte de la collaboration intergouvernementale. Ainsi, sauf une possible exception, les États ne peuvent conclure des ententes coopératives pour l'évaluation environnementale envisagées par l'IGAE et le projet d'entente en ce domaine. La possibilité de juger ces ententes coopératives *ultra vires* dépendra du degré de prescription législative des procédures d'évaluation d'un État.

La législation du Commonwealth en matière d'évaluation environnementale, l'*Environment Protection (Impact of Proposals) Act* de 1974 (Cth), ne contient aucune disposition explicite au sujet de la collaboration intergouvernementale. Elle prévoit, par contre, la création de procédures administratives qui, elles, établissent des procédures en vue d'une telle collaboration.¹¹⁵ Les procédures de collaboration sont avant tout des mécanismes de consultation avec les États et les collectivités locales dans les domaines suivants¹¹⁶ :

- (1) l'obligation de confier à un promoteur le soin de préparer une déclaration de l'incidence environnementale ou un rapport environnemental public;
- (2) le contenu d'une déclaration de l'incidence environnementale ou d'un rapport environnemental public;
- (3) des commentaires relatifs à un projet de déclaration de l'incidence environnementale ou à un rapport environnemental public;
- (4) la remise d'une déclaration finale de l'incidence environnementale ou d'un rapport environnemental public aux personnes ayant fait des commentaires sur le projet de document; et
- (5) l'exemption des procédures administratives pour une mesure ou un ensemble de mesures proposées pertinentes.

Les procédures obligent aussi le ministre ou le ministère du Commonwealth à prendre en compte, au moment de déterminer la nécessité d'une déclaration de l'incidence environnementale ou d'un rapport environnemental public, «toute mesure d'évaluation environnementale entreprise en rapport avec la mesure proposée par un État ... ou organisme d'État...»¹¹⁷

De plus, les procédures administratives autorisent le ministre à conclure une entente avec un État ou un organisme d'État afin de faciliter l'évaluation commune d'une mesure proposée.¹¹⁸

En se référant à la description des procédures d'évaluation pour l'exploitation minière de la rivière McArthur, on pourrait affirmer que la ministre du Commonwealth a exercé ses pouvoirs en vertu de ces dispositions quand elle a décidé que l'évaluation effectuée par le Territoire du Nord rendait inutile une évaluation distincte par le Commonwealth. Cela serait exact si les procédures du Territoire du Nord respectaient les normes du Commonwealth. Les pouvoirs discrétionnaires de la ministre de s'en remettre aux procédures des États (c'est-à-dire de ne pas exiger une évaluation distincte par le Commonwealth, d'exempter une proposition de l'observation des procédures administrative ou de conclure un accord avec un État en vue d'une évaluation commune) doivent être interprétés dans le contexte global de la loi et des procédures et n'autorisaient pas la ministre à accepter des procédures d'évaluation de qualité inférieure à celles du Commonwealth. Les pouvoirs administratifs prévus par la loi ou la législation déléguée ne permettent pas aux ministres du gouvernement de modifier ou de suspendre l'application d'une loi adoptée par le Parlement. Ce principe a récemment été confirmé par la Cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud dans l'affaire *New South Wales c. Law*,¹¹⁹ au cours de laquelle le juge Kirby a cité un commentaire du juge Woodhouse de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande :

«Le principe selon lequel la législation subordonnée ne peut abroger ou modifier l'application d'une loi, sauf si le Parlement lui-même a créé un précédent, constitue un principe constitutionnel important. Il s'agit d'un principe constitutionnel, car il affirme la primauté du Parlement dans le domaine général de la législation. De plus, à titre auxiliaire, il en découle une règle d'interprétation selon laquelle les tribunaux n'accepteront pas que le Parlement consente à ce que ses propres promulgations puissent être suspendues, modifiées ou abrogées par une législation subordonnée aux mains de l'administration, à moins qu'un pouvoir direct et sans ambiguïté n'ait été explicitement formulé à cet effet, ou qu'on le considère comme une question d'intention nécessaire dans la loi en question.»¹²⁰

Les procédures et la Loi du Commonwealth stipulent clairement que les exigences des procédures du Commonwealth «devraient, dans la mesure du possible, s'appliquer à toutes les mesures proposées» qui relèvent de la compétence du Commonwealth.¹²¹ Le Commonwealth peut collaborer aux procédures d'évaluation environnementale d'un État mais pas accepter des procédures d'un État dont la qualité est inférieure à celle du Commonwealth.

Il convient de signaler un dernier point relatif au pouvoir législatif en matière d'ententes coopératives. Les pouvoirs législatifs supérieurs du Commonwealth, prévus dans la constitution pour ce qui est des questions relevant de sa compétence, signifient qu'il peut empêcher l'application des procédures d'évaluation environnementale d'un État en procédant lui-même à l'évaluation d'un projet. Ce point de vue est illustré dans l'affaire *Botany Municipal Council c. Federal Airports Corporation*,¹²² dans laquelle la High Court d'Australie a

statué que la *Environment Protection (Impact of Proposals) Act* de 1974. (Cth) «constitue un code exhaustif régissant les aspects environnementaux de mesures et de décisions prises par ou au nom du Gouvernement de l'Australie ou des autorités australiennes». Une loi d'un État qui s'applique aux mêmes mesures ou décisions du Commonwealth serait incompatible avec la Loi du Commonwealth et sans effet sur les actions ou décisions du Commonwealth. En fait, le tribunal a réaffirmé qu'il n'existe aucune objection constitutionnelle à une loi du Commonwealth sur un sujet relevant du pouvoir législatif de celui-ci et «prévoyant qu'une personne est autorisée à entreprendre une activité en dépit d'une loi d'un État qui interdit, restreint, ou réglemente cette activité». ¹²³ Cette position constitutionnelle supérieure du Commonwealth signifie que le Commonwealth peut mettre un promoteur à l'abri de procédures environnementales plus strictes d'un État lorsque le projet relève de son pouvoir constitutionnel. ¹²⁴ Une telle intention doit cependant être clairement exprimée dans la loi pertinente du Commonwealth. Néanmoins, le Commonwealth peut refuser de collaborer à l'atteinte de normes environnementales plus élevées prévues par la loi d'un État.

En résumé, on peut dire que l'orientation et le soutien juridiques relatifs à la collaboration intergouvernementale en matière d'évaluation environnementale sont maigres, mais suffisent peut-être, étant donné l'utilisation probable des ententes. Le ministre du Commonwealth a le pouvoir, en vertu des procédures administratives, d'entreprendre une évaluation commune avec un État ou de déléguer l'évaluation à un État en exemptant une proposition des procédures d'évaluation du Commonwealth, si les procédures de l'État respectent les exigences du Commonwealth. Il n'existe cependant aucun pouvoir permettant de modifier les exigences afin d'établir un régime distinct pour l'évaluation environnementale en collaboration avec un État. Il est peu probable que l'un des États puisse déléguer une évaluation à une autre instance ou modifier les exigences de ses propres lois afin d'entreprendre une évaluation commune.

L'IGAE prétend créer des procédures de réciprocité, mais en réalité, le Commonwealth s'en remet aux procédures d'un État lorsque le projet relève des compétences de l'État, et il n'utilise habituellement ses propres procédures que lorsque le promoteur est un organisme du Commonwealth ou que la proposition concerne des terres du Commonwealth. Les statistiques de l'Agence de protection de l'environnement du Commonwealth le confirment. En 1992 et 1993, le Commonwealth a réalisé huit évaluations selon ses propres procédures et participé à trente-deux autres effectuées selon les procédures des États. Une seule de ces trente-deux évaluations était une évaluation commune au Commonwealth et à un État.

Dispositions juridiques au Canada

La législation fédérale et provinciale en matière d'évaluation environnementale commence à prévoir explicitement la collaboration intergouvernementale. On trouve des dispositions allant dans ce sens dans les deux plus récentes lois adoptées au sujet de l'environnement, soit la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* de 1992 (la LCÉE) et la *Environmental Protection and Enhancement Act* de 1992 de l'Alberta (l'EP&EA de l'Alberta). ¹²⁵

La LCÉE. — La LCÉE sert de base législative à l'évaluation environnementale de projets relevant des compétences fédérales. Elle fait obligation aux «autorités responsables» fédérales de s'assurer que l'évaluation d'un projet fédéral¹²⁶ précis est effectuée avant qu'une décision irrévocable ne soit prise à son sujet.¹²⁷ Le processus d'évaluation environnementale comprend, s'il y a lieu :

- «(a) un examen préalable ou une étude approfondie et l'établissement d'un rapport;
- (b) une médiation ou un examen par une commission de révision, suivi d'un rapport; et
- (c) l'élaboration et l'application d'un programme de suivi.»¹²⁸

De plus, la LCÉE prévoit certaines règles assez précises quant au déroulement de chaque étape du processus d'évaluation environnementale; y compris des règles relatives à la collaboration d'une autorité responsable fédérale avec une «instance», qui se définit¹²⁹ comme suit :

- «(a) le gouvernement d'une province;
- (b) une autorité légale provinciale qui a des attributions relatives à l'évaluation environnementale; et
- (c) une autorité autochtone qui a des attributions relatives à l'évaluation environnementale.»

Les dispositions de la LCÉE relativement à la collaboration intergouvernementale vont du général au particulier. Il existe une disposition générale donnant au ministre le pouvoir de conclure des ententes ou des accords avec toute instance au sujet de l'évaluation environnementale ou de ses divers volets.¹³⁰ Les dispositions précises concernent les divers aspects des procédures d'évaluation.

Lorsqu'une autorité fédérale responsable est tenue d'effectuer un examen préalable ou une étude approfondie d'un projet et qu'une instance a la responsabilité ou le pouvoir d'effectuer une évaluation environnementale du projet, «l'autorité responsable peut coopérer avec l'instance pour l'évaluation environnementale d'un projet».¹³¹ De plus, l'autorité responsable d'un projet peut déléguer à une instance l'exécution totale ou partielle de l'examen préalable ou de l'étude approfondie d'un projet ou des rapports correspondants; elle peut aussi déléguer toute partie de la conception et de l'application du programme de suivi.¹³² L'autorité responsable ne peut déléguer le pouvoir décisionnel en vue d'approuver ou de rejeter le projet après examen de l'évaluation environnementale, ni exercer son pouvoir décisionnel «que si elle est convaincue que les attributions déléguées ... ont été exercées conformément à la présente Loi et à ses règlements».¹³³

En ce qui concerne l'examen par une commission, il existe des dispositions précises pour la réalisation d'un examen conjoint avec une autre instance.¹³⁴ Lorsqu'une décision fédérale a été prise en vue d'un examen par une commission et qu'une instance a la responsabilité ou le pouvoir

d'entreprendre l'évaluation de la totalité ou d'une partie du projet, le ministre fédéral est tenu «d'offrir de consulter et de coopérer avec cette autre instance à l'égard de l'évaluation des effets environnementaux du projet» et peut conclure un accord avec l'instance visée pour l'organisation d'un examen conjointement avec celle-ci et la détermination des modalités d'examen. Un tel accord doit être publié avant le début des audiences de la commission. Certaines dispositions fondamentales sont prescrites relativement à la forme de l'accord (ex. : les facteurs à examiner, les critères de nomination des membres de la commission, les pouvoirs de la commission et la possibilité de participation du public). L'évaluation d'une commission conjointe est réputée satisfaire aux exigences de la présente Loi et des règlements en matière d'évaluation environnementale effectuée par une commission d'examen.

En ce qui a trait aux projets pouvant avoir des effets environnementaux transfrontaliers négatifs importants, il existe aussi des dispositions détaillées relativement à l'évaluation coopérative par un médiateur et une commission d'examen.¹³⁵ Les effets transfrontaliers comprennent les effets sur les territoires domaniaux ou provinciaux, ou sur des terres réservées aux autochtones à l'intérieur d'une province.

L'EP&EA de l'Alberta. — Cette Loi prévoit une évaluation environnementale, de même que d'autres aspects de la protection de l'environnement. Elle énonce certains pouvoirs généraux et précis pouvant être exercés aux fins de la collaboration intergouvernementale en matière d'évaluation environnementale. De façon générale, le ministre de l'Environnement est autorisé à

«conclure des ententes au sujet de toute question relative à l'environnement avec

- (a) le gouvernement d'une autre instance ou un ministère ou organisme d'un tel gouvernement;
- (b) un organisme gouvernemental; ou
- (c) une personne».¹³⁶

De plus, le ministre peut

«déléguer à tout employé

- (a) du gouvernement ou d'un organisme gouvernemental,
- (b) Gouvernement du Canada ou d'un ministère ou organisme de ce gouvernement, ou
- (c) d'une autorité locale,

tout pouvoir conféré ou obligation imposée au ministre aux termes de la présente Loi».¹³⁷

Plus précisément, le ministre est habilité à conclure des ententes ou des accords avec les gouvernements du Canada ou des autres provinces au sujet

de l'évaluation environnementale.¹³⁸ Lorsqu'une loi canadienne ou provinciale «contient des dispositions qui visent à peu près la même fin que les dispositions correspondantes de cette Section [relative au processus d'évaluation environnementale]», le Ministre peut, relativement à une activité proposée dans le cadre de l'EP&EA, conclure une entente en vue :

- (a) de déterminer quelles facettes de l'activité sont régies par les lois de chacune des instances;
- (b) d'effectuer une évaluation environnementale commune, conformément aux dispositions de l'EP&EA ou de la loi correspondante de l'autre instance; ou
- (c) de prévoir l'adoption, par une instance ou les deux, de la totalité ou de parties du processus d'évaluation environnementale de l'autre instance, et des rapports rédigés aux termes du mandat des lois de l'autre instance dans le cadre de son processus d'évaluation environnementale.

Le pouvoir du ministre de conclure de telles ententes est accru par le pouvoir de créer des règlements régissant des procédures d'évaluation environnementale, y compris la modification de l'application des dispositions de la Loi relativement à de telles ententes.¹³⁹

Ces dispositions de la loi canadienne en matière d'évaluation environnementale définissent assez précisément la façon dont elles appuient la collaboration intergouvernementale. Fait important, elles n'autorisent pas seulement la délégation du processus et le processus commun comme méthodes de collaboration intergouvernementale, mais aussi certaines variantes, conformément à la législation, aux procédures prescrites par la loi applicables à une instance précise. Il reste à voir de quelle façon ces dispositions s'appliqueront aux ententes intergouvernementales en cours d'élaboration.

5. MÉCANISMES DE GESTION FÉDÉRALE DE L'ENVIRONNEMENT

En 1980, Rob Fowler commentait les cinq années d'expérience précédentes en matière de collaboration intergouvernementale relative à l'évaluation environnementale en Australie.

«Jusqu'à présent, l'expérience des ententes coopératives en cours n'a pas été décourageante; en fait, elles semblent avoir fonctionné à la satisfaction de toutes les parties... Il semble que le mécanisme des ententes coopératives officieuses constitue l'approche la plus satisfaisante afin de résoudre le problème du chevauchement entre les procédures du Commonwealth et des États, et qu'il permet suffisamment de latitude pour s'adapter aux attitudes politiques changeantes de divers gouvernements. De façon globale, dans le domaine de la collaboration entre le Commonwealth et les États, il est primordial de rechercher un mélange de continuité et de souplesse; il semble que les ententes coopératives atteignent ces objectifs.»¹⁴⁰

Dans l'optique actuelle, ce commentaire peut être considéré comme une acceptation élégante de l'élaboration d'une «loi imprécise» décrite par Steven Kennett relativement aux ententes intergouvernementales canadiennes en matière d'évaluation environnementale.¹⁴¹ Cependant, comme l'a indiqué Kennett, il semble que la loi imprécise se change en loi absolue. Je pense que ce processus de changement des lois imprécises en lois absolues doit se poursuivre afin que l'on dispose de processus efficaces et précis de collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement, comme on l'a démontré dans le présent document au sujet de l'évaluation environnementale. Les instruments de loi imprécise ne disparaîtront pas de sitôt, mais ils ne constitueront pas non plus un fondement tout à fait satisfaisant pour la collaboration intergouvernementale. Ce point de vue est appuyé par une brève revue des sujets traités dans le présent document.

- 1 L'interprétation judiciaire des constitutions canadienne et australienne au cours des dix dernières années a prouvé que les pouvoirs gouvernementaux des deux pays en matière de gestion de l'environnement se partagent entre les gouvernements central et régionaux. Bien que la possibilité historique des États et des provinces d'obtenir les titres de la plupart des terres de l'État ait créé une tradition politique de contrôle du gouvernement régional sur l'utilisation des sols, il apparaît clairement que les gouvernements fédéraux de l'Australie et du Canada possèdent le pouvoir constitutionnel de jouer un rôle de meneur dans le domaine environnemental. Le rôle de meneur augmentera de plus en plus la participation des gouvernements fédéraux dans les affaires environnementales, mais il ne fera que compléter, et non remplacer, le rôle des gouvernements régionaux. La collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement deviendra même plus importante.
- 2 Le cadre de collaboration intergouvernementale en matière de gestion de l'environnement évolue. Le rôle des conseils ministériels prend de l'importance et dans certains cas, en Australie, il reçoit un fondement juridique à des fins précises. Des processus importants d'élaboration de politiques publiques en matière d'environnement ont été réalisés, surtout par les gouvernements fédéraux, sous réserve d'une approbation par les gouvernements régionaux. Les processus administratifs intergouvernementaux sont déterminés par deux types d'ententes. Il existe des ententes cadres multilatérales qui permettent à la fois d'harmoniser la réglementation environnementale dans chaque instance et de coordonner la réglementation environnementale s'appliquant à plus d'une instance. Les ententes cadres prévoient des ententes bilatérales afin de coordonner la réglementation environnementale au moyen de l'accréditation des procédures de prise de décisions (par opposition aux pouvoirs décisionnels), de façon générale ou relativement à des projets précis proposés. Les deux types d'ententes deviennent plus formels et plus précis, bien que cela soit plus vrai en Australie qu'au Canada dans le cas des ententes cadres.

- 3 Des questions subsistent au sujet de l'applicabilité des ententes et de la validité de la mise en oeuvre des accords d'accréditation proposés. Les ententes cadres multilatérales n'auraient pas force exécutoire, mais les accords d'accréditation bilatéraux, surtout ceux visant des projets précis, pourraient l'avoir s'ils proposent des ententes valides. La question principale qui se pose au sujet de la validité des accords d'accréditation porte sur le besoin de satisfaire aux exigences juridiques de chaque palier de gouvernement relativement aux procédures conjointes et déléguées. À cet égard, il devrait exister un pouvoir législatif pour les accords d'accréditation, comme le prévoit la législation canadienne en matière d'évaluation environnementale. Bien que les ententes cadres et les ententes d'accréditation donnent à penser que les accords d'accréditation respecteront les exigences légales des deux paliers de gouvernement, l'expérience démontre que les exigences du gouvernement peuvent compromettre les exigences juridiques.
- 4 Le modèle de collaboration intergouvernementale qui ressort de l'étude comparative de la réglementation environnementale est un modèle de leadership national qui s'accompagne d'une gestion régionale prédominante. Les ententes coopératives établies dans le cadre des ententes prévoient l'accréditation réciproque des procédures de prise de décisions et de l'exercice distinct des pouvoirs décisionnels. En fait, les exemples de collaboration dans les deux pays montrent que les gouvernements fédéraux respectent les procédures des États ou des provinces en matière d'évaluation environnementale. On pourrait aussi supposer que les gouvernements fédéraux ont sans doute tendance à accepter les décisions qui en découlent. Même si cela est vrai, ils disposent des moyens constitutionnels et légaux nécessaires pour établir des normes de procédure et des normes indépendantes en matière de protection de l'environnement. Quant à savoir s'ils les utiliseront, c'est une question de volonté politique.

Notes

1. Commission mondiale de l'environnement et du développement, *Notre avenir à tous*, (Oxford University Press, 1987).
2. Dans les deux pays, il existe des antécédents importants en matière de collaboration intergouvernementale relative à la gestion de l'environnement : voir, au sujet de l'Australie, *Environmental Impact Assessment and Pollution Measures in Australia* (1982) par R. Fowler et, en ce qui concerne le Canada, «Environmental Policy-Making and Administration in a Federal State: The Impact of Overlapping Jurisdiction in Canada» de O. P. Dwivedi et B. Woodrow, dans *Challenges to Federalism: Policy-making in Canada and the Federal Republic of Germany* (Queen's University, Canada, 1986), p. 273 à 276, publié par W. Chandler et C. Zollner (éd.) et «An Evaluation of Joint Environmental Impact Assessment» de M. Ross dans *Growing Demands on a Shrinking Heritage: Managing Resource Use Conflicts*, (Canadian Institute of Resources Law de Calgary, 1992), p. 322, publié sous la direction de M. Ross et J.O. Saunders.
3. Parmi les plus récents documents figurent, relativement à l'Australie, «The Constitution and the Environment» de J. Crawford, (1991) 13 Syd. LR 11, et les références énumérées en 4 de J. Crawford «The Constitution» dans *Environmental Protection and Legal Change* de T. Bonyhady (éd.) (Federation Press, 1992), et «A Brief Review of Federal Legislative Powers with Respect to Environment Protection» de R. Fowler, paru dans le n° 1 du *Australian Environmental Law News* 51; relativement au Canada, «Federal Environmental Jurisdiction after *Oldman*» (1993) de S. Kennett, dans le 38 *McGill Law Journal* 180; *Canadian Environmental Law* de R. Cotton et A. Lucas, (2e éd., Butterworths, Toronto, 1992), vol. 1, Commentary, ch. 3 «Constitutional Powers»; et «Environmental Impact Assessment in the Canadian Federal System» (1991) de J. Hanebury, 36 *McGill Law Journal* 962. On peut aussi consulter les textes reconnus sur la Loi constitutionnelle des deux pays, soit *Constitutional Law in Australia* (1991) de P. Hanks et *Constitutional Law of Canada* (3e éd. 1992) de P. Hogg.
4. Par exemple, consulter la cause *Botany Municipal Council vs Federal Airports Corporation* (1992) 175 CLR 453 dans le cadre de laquelle la High Court d'Australie a statué que la Federal Airports Corporation n'était pas une «autorité publique» en vertu de l'*Environmental Planning and Assessment Act* 1979 (NSW). Le tribunal a indiqué, remarque incidente, que l'*Environment Protection (Impact of Proposals) Act* 1974 (Cth) couvrait la régie des aspects environnementaux du processus décisionnel des organismes du Commonwealth et que la loi en matière d'évaluation environnementale de Nouvelle-Galles du Sud serait incompatible avec celle du Commonwealth si elle devait s'appliquer à un organisme fédéral.
5. J. Crawford, op. cit., 3, Syd. LR.
6. Le cas australien *Murphyores Inc Pty Ltd c. Commonwealth* (1976) 136 CLR 1 illustre bien ce principe, et il a été cité par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministère des Transports)* [1992] 2 WWR 193, aux pages 241-242, par J. La Forest.
7. Les causes canadiennes *Fowler c. la Reine* [1980] 2 SCR 213; 113 DLR (3e) 513; et *Northwest Falling Contractors Ltd c. la Reine* [1980] 2 SCR 292; 113 DLR (3e) 1 illustrent bien ce principe.
8. *Coastal Waters (State Titles) Act* de 1980 (Cth) et *Coastal Waters (State Powers) Act* de 1980 (Cth).
9. Le pouvoir plus restreint des provinces canadiennes en matière de législation des effets extraterritoriaux semble être prouvé par la comparaison de *Brownlie c. State Pollution Control Commission* (1992) 76 LGRA 419 et de *Interprovincial Co-operatives c. Manitoba* [1976] 1 SCR 477; (1975) 53 DLR (3e) 321. Voir aussi *Constitutional Law of Canada* (3e éd., 1992) de P. Hoog, p. 323 à 325, et *R c. Crown Zellerbach Canada Ltd.* [1988] 1 SCR 401, commenté par A. R. Lucas, «R c. Crown Zellerbach Canada Ltd» (1989) 23 UBC L Rev. 355
10. Consulter, par exemple, la *Petroleum (Submerged Lands) Act*, 1967 (Cth) qui crée, relativement aux ressources d'hydrocarbures extracôtiers, des autorités conjointes du Commonwealth et des ministres des États, et des autorités désignées—les ministres des États—afin d'administrer la loi du Commonwealth. Autres exemples : *Customs Act* 1908 (Cth) a. 11, *Quarantine Act* 1908 (Cth) a. 11, *Wheat Marketing Act* 1979 (Cth), *National Companies and Securities Commission Act* 1979 (Cth) et *Murray-Darling Basin Act* 1983 (Cth). De plus, le Premier ministre peut conclure des ententes avec un État ou un organisme d'État pour l'exécution par un agent du Commonwealth ou des services publics d'un État des attributions d'un agent des autres services publics, ou la prestation des services pour l'autre gouvernement : *Public Service Act* 1922 (Cth), a. 78 et 80. Des dispositions réciproques de ce type existent à l'échelon de l'État, par exemple, dans le *Public Service Act* 1978 (WA), a. 59A.

11. Voir le texte de J. E. Richardson, «The Executive Power of the Commonwealth» dans les *Commentaries on the Australian Constitution* de L. Zines (éd.), (Butterworths, 1977), p. 85-86; et de R. Cranston «From Co-operative Federalism to Coercive Federalism and Back?» (1979) 10 FL Rev. 121, p. 139 à 141.
12. Voir *The High Court and the Constitution* de L. Zines, (3e éd., Butterworths, 1992), p. 231-232, qui se fonde sur la décision de la *High Court* d'Australie dans *Re Duncan; Ex parte Australian Iron and Steel Pty Ltd.* (1983) 158 CLR 535 à 563 par le juge Mason, 552 et 553 par le juge Gibbs, 579 et 580 par le juge Brennan, et 589 par le juge Deane. Le juge Mason déclarait : «il existe un élément intégral dans la législation commune concernant un objectif conjoint selon lequel une assemblée législative, le Commonwealth ou un État, peut habiliter un organisme ou un fonctionnaire à recevoir des pouvoirs et des attributions supplémentaires qui lui seraient conférés par une autre assemblée législative». Voir aussi *Re Cam; Ex parte NSW Colliery Proprietors' Association Ltd.* (1987) 163 CLR 117, dans le cadre duquel la *High Court* a statué que de telles autorités conjointes n'étaient pas tenues d'exercer les pouvoirs découlant de la législation d'un État séparément des pouvoirs découlant de la législation du Commonwealth. Il existe toujours des doutes au sujet de la responsabilité des organismes intergouvernementaux : voir «Accountability and Access in Intergovernmental Affairs: A Legal Perspective» de C. Saunders, publié par la *University of Melbourne Law School* dans le cadre du programme *Intergovernmental Relations in Victoria*, 1985.
13. P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3e éd., 1992), ch. 14, p. 353 à 363. Voir aussi «Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia» de N. Bankes, (1991) 29 Alta L Rev., 792 à 800.
14. Il ressort d'une analyse comparative que la fédération australienne est plus centralisée que celle du Canada en matière de gestion des ressources naturelles: Richard Cullen, «The Encounters between Natural Resources and Federalism in Canada and Australia» (1990) 24 UBC L Rev. 275).
15. *R c. Crown Zellerbach Canada Ltd.* [1988] 1 SCR 401, examiné par A.R. Lucas dans l'analyse d'une cause (1989) 23 UBC L Rev. 355.
16. R. Fowler affirme avec force que le gouvernement australien a le pouvoir constitutionnel de déterminer et de mettre en oeuvre des stratégies, des normes et des procédures nationales en matière de protection de l'environnement : *Proposal for a Federal Environmental Protection Agency: A report prepared for the Australian Conservation Foundation and Greenpace Australia Ltd.*, 1991, p. 14. Un extrait de ce rapport a été publié sous le titre «Federal Legislative Powers with respect to Environmental Protection» (1993), dans *Australian Environmental Law News* 51.
17. Voir *Final Report of the Australian Constitutional Commission 1988* (AGPS, 1988) p. 757 à 767; et le *Rapport du Comité permanent sur l'environnement*, Chambre des communes, Canada, mars 1992.
18. Une liste des lois du Commonwealth relatives à l'environnement est fournie par J. Crawford dans le document «The Constitution» compris dans *Environmental Protection and Legal Change* de T. Bonyhady (éd.), (Fédération Press, 1992), p: 23.
19. C. Sharman, «Executive Federalism» dans *Intergovernmental Relations and Public Policy* publié par B. Galligan, O. Hughes et C. Walsh, (Allen & Unwin, Sydney, 1991).
20. Par exemple, *National Road Transport Commission Act 1991* (Cth) (no 8 de 1992), *National Rail Corporation Agreement Act 1992* (Cth), *Australian National Training Authority Act 1992* (Cth). Un rapport publié en 1992 signalait 22 sujets pour lesquels des lois compatibles ou complémentaires étaient à l'étude ou en cours d'élaboration : *Parliamentary Procedures for Uniform Legislation Agreements*, Report of Select Committee of the Legislative Assembly of Western Australia, 1992, p. 59. L'un des sujets pour lequel on a proposé de créer des lois complémentaires pour le Commonwealth ou les États est la création d'une National Environment Protection Authority en vertu des modalités de l'*Intergovernmental Agreement on the Environment*, mai 1992.
21. K. Wiltshire, *Planning and Federalism* (University of Queensland Press, 1986), ch. 6, «Intergovernmental Agreements». Ce sujet est aussi illustré plus loin.
22. Un examen est actuellement en cours au sujet du nombre, du rôle et de la portée de ces conseils : communiqué du Council of Australian Governments, Perth, 7 décembre 1992. Voir aussi *Environmental Law in Australia* (3e éd., 1992) de G. Bates; et *Guide to Environmental Legislation and Administrative Arrangements in Australia* (3e éd., 1993).
23. Ce Conseil constitue le regroupement de deux anciens conseils, l'*Australian Environment Council* et le *Council of Nature Conservation Ministers*.

24. «Accountability and Acces in Intergovernmental Affairs: A Legal Perspective» de C. Saunders, et «Federal-Provincial Cooperation on Natural Resources: A Comparative Discussion of Problems and Solutions» de M. Crommelin, documents publiés par la *University of Melbourne Law School* dans le cadre du programme *Intergovernmental Relations in Victoria*, 1985.
25. *Murray-Darling Basin Act* 1983 (Cth), (SA), (NSW) et (Vic). Le projet de loi *Murray-Darlin Basin* 1993 (Cth) et la législation complémentaire de l'État proposent le remplacement de la Loi de 1983, tout en retenant les services du conseil ministériel et en élargissant son rôle.
26. Les autorités sont désignées par le *Great Barrier Reef Marine Park Act* de 1975 (Cth) et le *Murray-Darlin Basin Act* de 1983.
27. *Canadian Environmental Law* de R. Cotton et A. Lucas, (2e éd., Butterworths, Toronto, 1992), vol. 1, ch. 3 «Constitutional Powers», a. 3.122. Voir aussi le *Rapport annuel* du Conseil canadien des ministres de l'Environnement pour 1991-1992.
28. «Environmental Policy-Making and Administration in a Federal State: The Impact of Overlapping Jurisdiction in Canada» de P. Dwivedi et B. Woodrow dans *Challenges to Federalism: Policy-Making in Canada and the Federal Republic of Germany* de W. Chandler et C. Zollner (éd.) (Queen's University, Canada, 1986), p. 272. Voir aussi les *Rapports annuels* du CCME.
29. *National Strategy for Ecologically Sustainable Development*, Commonwealth d'Australie, décembre 1992 (AGPS), p. 14.
30. Ibid 17.
31. Ibid 17.
32. Ibid-14.
33. L'IGAE considère que le Territoire du Nord et le Territoire de la Capitale australienne font partie des «États». Je dois donc adopter cette définition dans le cadre du présent article.
34. Voir les diverses annexes de l'IGAE, en particulier l'annexe 3, relative à l'évaluation environnementale.
35. *Intergovernmental Agreement on the Environment*, 1^{er} mai 1992, a. 4 (ci-après nommé IGAE).
36. IGAE, annexe 5, Climate Change.
37. IGAE, annexe 9, Nature Conservation.
38. IGAE, a. 2.2. Les responsabilités et les intérêts du Commonwealth ne sont pas nommés séparément, mais l'on reconnaît au Commonwealth la «responsabilité de la gestion ... des ressources vivantes ou non vivantes sur les terres que le Commonwealth possède ou qu'il occupe pour sa propre utilisation».
39. IGAE, a. 1.5.
40. IGAE, a. 2.5.1 et 2.5.3.
41. IGAE, a. 3, Principles of Environmental Policy.
42. Les principes pourraient s'entendre selon les termes proposés par la Commission mondiale de l'environnement et du développement : la responsabilité des États de maintenir les écosystèmes et les processus écologiques essentiels au fonctionnement de la biosphère, de préserver la biodiversité et de respecter le principe de durabilité maximale dans l'utilisation des ressources naturelles vivantes et des écosystèmes. Commission mondiale de l'environnement et du développement, *Notre avenir à tous* (Oxford University Press, 1987), p. 348, annexe 1 du Rapport.
43. Australian and New Zealand Environment and Conservation Council, Working Group on National Environmental Impact Assesment, version 4, 2 novembre 1992, ci-après nommé le «projet d'entente sur l'évaluation environnementale». Deux autres versions ont été publiées depuis novembre 1992, mais elles ne sont pas encore disponibles.
44. Projet d'entente, cl. 4.1.1 (iv).

45. Projet d'entente, cl. 5.2.1 (iii).
46. Projet d'entente, cl.6.
47. Projet d'entente, cl. 7.
48. Projet d'entente, cl. 11.
49. Les ententes bilatérales sont celles conclues entre l'Australie méridionale et le Commonwealth, le 22 juin 1977; entre Victoria et le Commonwealth, le 6 juillet 1977; entre l'Australie occidentale et le Commonwealth, le 15 juillet 1977; entre la Tasmanie et le Commonwealth, le 18 juillet 1977; entre la Nouvelle-Galles du Sud et le Commonwealth, le 19 décembre 1983 et entre le Territoire du Nord et le Commonwealth, le 4 février 1990.
50. Communication personnelle de R. Sippe, Environmental Protection Authority of Western Australia, août 1993.
51. Rapport du Groupe de travail national sur l'environnement et l'économie, publié le 24 septembre 1987 par le Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement.
52. En 1992, les membres de la Table ronde nationale étaient les suivants : le président de l'Energy and Chemical Workers Union; la présidente-directrice générale de la Société de radio-télévision du Québec; les ministres de l'Environnement de la Saskatchewan, du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse; quatre ministres du gouvernement du Canada (Environnement; Finances; Industrie, Sciences et Technologie et Commerce international; et Énergie, Mines et Ressources); les présidents, directeurs et gestionnaires de sept entreprises; une chercheuse d'une entreprise privée et une autre d'un organisme environnemental; un chercheur principal d'un institut public de recherche; la directrice générale d'un organisme provincial de protection de l'environnement; le coordonnateur d'une association agricole provinciale; les vice-chanceliers de deux universités et quatre autres universitaires, ainsi qu'un juge d'une cour territoriale : La revue de la Table ronde nationale 1991-1992, Table ronde nationale sur l'environnement.
53. *Loi sur la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie de 1992 (C-72).*
54. La Table ronde nationale a participé à des études, à des forums éducatifs, à des programmes de formation, à des dialogues avec l'industrie en matière de gestion de l'environnement, à la publication d'aide-mémoire et de rapports, et a préparé des rapports destinés au gouvernement, y compris un rapport précisant les positions que devrait adopter le Canada au Sommet de la Terre de la CNUED tenu au Brésil en juin 1992 : voir la *Revue de la Table ronde nationale*, 1991-1992, p. 8.
55. *Loi sur la table ronde nationale sur l'environnement et l'économie de 1992*, a. 4.
56. «Le Plan vert» du Gouvernement du Canada, 1990, p. 131 à 133.
57. *Principes de collaboration pour l'évaluation environnementale*, CCME, mai 1991, cl. 4.
58. Ibid, cl. 3.
59. Ibid, cl. 6.
60. Jusqu'à présent (mars 1993), il n'existe aucun accord publié reposant sur le projet d'entente cadre.
61. *Projet cadre d'harmonisation des évaluations environnementales*, CCME, novembre 1992, cl. 2 à 5.
62. Jusqu'à présent (août 1993), une seule entente bilatérale a été conclue sur le modèle de l'entente cadre. Il semble que la Saskatchewan et Terre-Neuve soient en train de négocier des accords similaires : communication personnelle de Steven Kenneit, Canadian Institute of Resources Law, Calgary, octobre 1993.
63. L'importance de cette distinction apparaît dans la cause *Friends of Oldman River Society c. Canada* (1992) 88 DLR (4e) 1, dans le cadre de laquelle le gouvernement du Canada avait le pouvoir constitutionnel à deux égards, soit les eaux navigables et les pêches en eaux intérieures, et la responsabilité légale d'évaluer l'effet du projet par rapport à une seule question, soit les eaux navigables. Voir aussi *Eastmain Band c. Robinson* (1992) 9 CELR (NS) 257.
64. *Entente Canada-Alberta pour l'harmonisation des évaluations environnementales*, 6 août 1993, cl. 18.

65. *Projet cadre d'harmonisation de l'évaluation environnementale*, novembre 1992, cl. 14; et l'*Entente Canada-Alberta pour l'harmonisation des évaluations environnementales*, 6 août 1993.
66. *Reference re Canadian Assistance Plan; Attorney General of British Columbia c. Attorney General of Canada* (1991) 83 DLR (4^e) 297 à 310. Voir aussi *Finlay* n^o 2 [1986] 2 SCR 607. Voir aussi la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la cause *Canada (Attorney General) c. Saskatchewan Water Corporation* [1992] 4 WWR 712.
67. *Magennis Pty Ltd c. Commonwealth* (1949) 80 CLR 382; *Gilbert c. Western Australia* (1962) 107 CLR 494; *Re Duncan; Ex parte Australian Iron & Steel Pty Ltd.* (1983) 158 CLR 535; *Re Cram; Ex parte NSW Colliery Proprietors' Association Ltd.* (1987) 163 CLR 117. Il existe d'autres exemples.
68. *South Australia c. Commonwealth* (1962) 108 CLR 130.
69. Comme le juge Dixon l'a indiqué dans *South Australia c. Commonwealth* (1962) 108 CLR 130 à 141, «l'accord en question contient des dispositions qu'aucun tribunal ne pourrait entreprendre de faire appliquer précisément, ... bien que de façon générale, les entreprises de chaque gouvernement soient définies et décrites avec suffisamment de précision, et dans le cas de certaines dispositions, sur la réussite du travail entrepris, d'un côté, il est presque évident que les responsabilités financières, de l'autre côté, seraient traitées comme des obligations légales pouvant être appliquées par tout recours possible relativement à une responsabilité gouvernementale».
70. «Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia» (1991) 29 Alta L Rev 792 et «Constitutionalized Intergovernmental Agreements and Third Parties: Canada and Australia» (1992) 30 Alta L Rev 524, de N. Bankes.
71. *New South Wales c. Bardolph* (1934) 52 CLR 455. Voir le commentaire de I. Zines, *The High Court and the Constitution* (3^e éd., Butterworths, 1992), p. 219 et suivantes.
72. «Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia» de N. Bankes, (1991) 29 Alta L Rev 792 à 799-800.
73. Comme on l'a affirmé dans la cause *Canada (Procureur général) c. Saskatchewan Water Corporation* [1992] 4 WWR 712.
74. Ibid.
75. Ibid, p. 734-735.
76. Voir *ABC c. Redmore* (1989) 166 CLR 454.
77. *Reference re Canada Assistance Plan; Procureur général de la Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada* (1991) 83 DLR (4^e) 297.
78. Voir aussi *Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis*, de S. Kennett (Canadian Institute of Law, Calgary, 1991), p. 58 à 85. Il convient de signaler une proposition canadienne visant à accorder une protection constitutionnelle aux ententes intergouvernementales. L'Accord de Charlottetown d'août 1992 proposait la modification de la constitution canadienne afin de prévoir un mécanisme qui mettrait les ententes bilatérales et multilatérales approuvées par le Parlement du Canada et par les assemblées législatives provinciales ou territoriales intéressées à l'abri de modifications unilatérales. Une telle protection constitutionnelle pourrait être en vigueur pour une durée maximale de cinq ans, mais elle pourrait être renouvelée par un vote du Parlement et des assemblées législatives. La population canadienne a rejeté l'Accord de Charlottetown lors d'un référendum, en octobre 1992.
79. *Finlay c. le ministre des Finances* [Finlay n^o 3] (1990) 71 DLR (4^e) 422 (FCA) commenté dans «Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia», de N. Bankes (1991) 29 Alta L Rev 792, p. 805 à 808.
80. *Gilbert c. Western Australia* (1962) 107 CLR 494, aussi commenté par N. Bankes, ibid, 807.
81. Par exemple, *Finlay c. le ministre des Finances du Canada* (1993) 101 DLR (4^e) 567; et voir *Canada (ministre des Finances) c. Finlay* (1986) 33 DLR (4^e) 321.

82. *Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis*, de S. Kennett (Canadian Institute of Resources Law, Calgary, 1991), p. 62. *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management*, de J. Owen Saunders (Canadian Institute of Resources Law, Calgary, 1988), p. 96.
83. [1992] 4 WWR 712.
84. Voir l'analyse de S. Kennett relative à ce cas, intitulée «Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment» (1993) Alta L Rev (à venir).
85. (1962) 108 CLR 130. *Railway Gauge Standardization Case*.
86. *Railway Standardization (South Australia) Agreement Act de 1949 (Cth)* et *Railways Standardization Agreement Act de 1949 (SA)*.
87. *South Australia c. Commonwealth* (1962) 108 CLR, p. 130 à 141 par le juge Dixon (voir note 59 ci-dessus) et p. 150 par le juge Menzies.
88. Le professeur C.D. Gilbert partage ce point de vue. «Future Directions in Commonwealth Environmental Law» dans *Planning and Environment Law in Queensland*, de W. Duncan (éd.) (Federation Press, 1993), p. 73-74.
89. IGAE, a. 1.13 et 2.5.3.5.
90. «Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment» (1993) Alta L Rev (à venir), S. Kennett soutient que, si ces ententes bilatérales étaient élargies afin d'être plus précises que le projet d'entente cadre, elles pourraient rendre inutiles les ententes particulières à un projet et leur légalité pourrait être reconnue.
91. Voir le *Annual Report 1992-93* du Department of Environment, Science and Territories (Cth), dont l'annexe énumère les évaluations environnementales effectuées en 1992 et 1993.
92. *Canada (procureur général) c. Saskatchewan Water Corporation* [1992] 4 WWR 712.
93. Voir *Citizens Airport Association Inc c. Maritime Services Board* (1993) 30 NSWLR 207. L'entente avait été conclue après un transfert de propriété en vertu de l'article 78 du *Lands Acquisition Act 1989* (Cth) parce qu'elle prévoyait l'acquisition de terres appartenant à l'État par le Commonwealth, aux fins du projet.
94. *Trident General Insurance Co Pty Ltd. c. McNiece Bros Pty Ltd.* (1988) 165 CLR 107, plus particulièrement les jugements rendus par les juges Mason, Wilson et Toohey.
95. *Commonwealth c. Verwayen* (1990) 170 CLR 394 p. 413 par le juge Mason.
96. Projet d'entente sur l'évaluation environnementale, version 4, 2 novembre 1992, cl. 4.1.1. Il s'agit de l'un des objectifs de versions plus récentes du document.
97. «Implications of Resource Security for Environmental Law» de R. Fowler dans *The Challenge of Resource Security: Law and Policy*, publié par A. Gardner (éd.) (Federation Press, Sydney, 1993), p. 84.
98. Cour suprême du Canada (1992) 88 DLR (4e) 1; en appel en provenance de la Cour d'appel fédérale (1990) 68 DLR (4e) 375.
99. Il est évident que ce point de vue découle du *Agreement Concerning Environmental Impact Assessments of Projects in Alberta with Implications for Canada and Alberta*, entente conclue entre la province et le Canada en mai 1986. La clause 1 de l'entente stipule que les procédures d'évaluation environnementale de la partie à qui il incombe, de par la constitution, d'approuver un projet d'aménagement s'appliqueront.
100. (1992) 88 DLR (4e) 1 p. 17 et 53.
101. Ibid. 53.
102. Des résultats similaires ont été obtenus dans la cause *Canadian Wildlife Federation c. la Reine* [1989] 4 WWR 526, [1990] 2 WWR 69; (1990) 4 CELR (NS) 1 (FCAD). Voir les commentaires de M. Ross dans «An Evaluation of Joint Environmental Impact Assessment», dans *Growing Demands on a Shrinking Heritage: Managing Resource Use Conflicts* (Canadian Institute of Resources Law, de J.O. Saunders et M. Ross (éd.), Calgary, 1992), p.328.

103. F. Dawson, «A Major Mining Project is Fast Tracked in the Northern Territory, but at what cost?» (1993) 30 *Impact* 6.
104. *Friends of Oldman River* (note 98 ci-dessus) et *Canadian Wildlife Federation Inc c. Canada* (ministre de l'Environnement) [1989] 3 FC 309, 3 CELR (NS) 287; 4 CELR confirmé (NS) 1.
105. Voir *Environmental Law in Australia* de G. Bates, (3^e éd., Butterworths, 1992), p. 111; et *Australian Postal Corporation c. Botany Municipal Council* (1989) 69 LGRA 86.
106. *Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974* (Cth), p. 8(a).
107. Federal Court d'Australie, Appeal Court (1993) 114 ALR 409; Voir la note de l'auteur dans le n° 3 du *Australian Environmental Law News* (1993).
108. (1993) 114 ALR 409, p. 458-459 par le juge French.
109. (1991) 84 DLR (4e) 51.
110. (1991) 81 DLR (4e) 659 à 673; cité par le juge Rouleau (1991) 84 DLR (4e) 51 à 55.
111. (1991) 84 DLR (4e) 51 à 71.
112. Ibid. p. 66-67.
113. Voir *Environmental Planning and Assessment Act 1979* (NSW); *Environmental Effects Act 1978* (Vic); *Planning Act 1982* (SA); *Local Government (Planning and Environment) Act 1990* (Qld) et *State Development and Public Works Organization Act 1971* (Qld); *Environment Protection Act 1973* (Tas); *Environmental Assessment Act 1982* (NT) et *Environmental Protection Act 1986* (WA).
114. *Environmental Protection Act 1986* (WA), a. 18 à 20. Des pouvoirs de délégation semblables existent dans la *State Development and Public Works Organization Act 1971* (Qld).
115. *Environmental Protection (Impact of Proposals) Act 1974* (Cth), a. 6 à 7c.
116. *Environmental Protection (Impact of Proposals) Administrative Procedures 1987* (Cth). Cl. 3.3, 4.6, 6.4, 8.2 et 11.2 respectivement.
117. *Environmental Protection (Impact of Proposals) Administrative Procedures 1987* (Cth), cl. 3.1.2(b).
118. *Environmental Protection (Impact of Proposals) Administrative Procedures 1987* (Cth), cl. 12.2.
119. Non signalé, n° 40642 de 1992, 13 novembre 1992.
120. *Combined State Unions c. State Service Co-ordinating Committee* [1982] 1 NZLR 742 à 745.
121. *Environmental Protection (Impact of Proposals) Administrative Procedures 1987* (Cth), cl. 11.3.2, et voir l'article 5 de la Loi.
122. (1992) 175 CLR 453.
123. Ibid. p. 465. Le tribunal s'appuyait sur la cause *Australian Coastal Shipping Commission c. O'Reilly* (1962) 107 CLR 46.
124. Voir *Citizens Airport Environment Association Inc c. Maritime Services Board* (1993) 30 NSWLR 207, plus précisément le jugement Kirby. La cause *Jararius c. Forestry Commission of New South Wales* (1990) 71 LGRA 79 est un exemple d'une situation où les procédures d'évaluation environnementale d'un État étaient plus rigoureuses que celles du Commonwealth.
125. Voir aussi l'*Environment Act* du Manitoba.
126. LCÉE, a. 5.
127. LCÉE, a. 11.
128. LCÉE, a. 14.

129. LCÉE, p. 12(5).
130. LCÉE, al. 58(1)c) et d).
131. LCÉE, p. 12(4).
132. LCÉE, p. 17(1).
133. LCÉE, p. 17(1) et 17(2).
134. LCÉE, a. 40 à 42. Ces dispositions visent également des examens internationaux réalisés par des commissions conjointes.
135. LCÉE, a. 46 à 53.
136. EP&EA 1992 (Alberta), a. 20.
137. EP&EA 1992 (Alberta), a. 17.
138. EP&EA 1992 (Alberta), a. 55.
139. EP&EA 1992 (Alberta), a. 56.
140. R. Fowler, *Environmental Impact Assessment, Planning and Pollution Measures in Australia: An analysis of Australian environmental impact assessment procedures and their relationship with land-use planning and pollution control* (AGPS, Canberra, 1982), p. 271-272. Dans son premier rapport, *Environmental Protection: Adequacy of Legislative and Administrative Arrangements* (AGPS, 1979), par. 89 à 108, le House of Representatives Standing Committee on Environment and Conservation est arrivé à la même conclusion. On est arrivé à cette conclusion, même si Fowler et le Comité signalaient une opposition continue de certains gouvernements d'État aux évaluations environnementales de projets par le Commonwealth, projets qui étaient aussi évalués en vertu des lois des États.
141. S. Kennett, «Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment» (1993) *Alta L Rev* (à venir).