

La mise en oeuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada : concertation ou coercition ?

Hélène Trudeau and Suzanne Lalonde

Volume 34, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027237ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027237ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Trudeau, H. & Lalonde, S. (2004). La mise en oeuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada : concertation ou coercition ? *Revue générale de droit*, 34(1), 141–197. <https://doi.org/10.7202/1027237ar>

Article abstract

Canada's participation in the *Kyoto Protocol* has been a source of real tension between the federal government and the provinces, particularly with regards to the thorny issue of its implementation. Does the fight against global warming fall within the area of federal responsibility or is it within the ambit of provincial legislative powers? Given the likely provincial opposition to any unilateral implementation of the *Kyoto Protocol* by the federal government, it is important to consider other possible avenues if Canada is to fulfill its international obligations with respect to the reduction of greenhouse gas emissions. One of these options, which has thus far been favored, has been to focus on cooperative federal-provincial mechanisms. The other option, which will almost certainly come into play in the event that collaborative efforts fail, would be to resort to coercion, leading undoubtedly to adjudication of the constitutional question before the courts.

This article begins by exploring the potential outcome of federal-provincial cooperation on the question of implementation, highlighting both the possibilities and the limitations of such an approach. To do so, certain classic mechanisms are examined such as the federal reserve, the framework agreement and the federal clause. As well, reference is made to previous successful instances of federal-provincial collaboration in the implementation of international treaties, most notably the *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer* (1987). The second part of the article is then devoted to an analysis of the division of constitutional powers within Canada with respect to the environment. In light of Parliament's power over criminal matters and on the basis of the national dimensions or national concern theory, the authors conclude that legislative measures aimed at contributing to the worldwide fight against global warming should come within the federal government's preponderant and concurrent power.

La mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada : concertation ou coercition?*

HÉLÈNE TRUDEAU

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

SUZANNE LALONDE

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

L'intégration du Protocole de Kyoto au Canada suscite de vives tensions entre le gouvernement fédéral et les provinces, notamment en raison de l'incertitude qui entoure l'épineuse question du partage des compétences législatives pour assurer sa mise en œuvre. La lutte contre le réchauffement climatique global est-elle une matière de compétence fédérale ou une matière de compétence provinciale? Devant l'opposition prévisible de certaines provinces à la mise

ABSTRACT

Canada's participation in the Kyoto Protocol has been a source of real tension between the federal government and the provinces, particularly with regards to the thorny issue of its implementation. Does the fight against global warming fall within the area of federal responsibility or is it within the ambit of provincial legislative powers? Given the likely provincial opposition to any unilateral implementation of the Kyoto Protocol by the federal government, it is important to

* Le présent article constitue une version retravaillée de deux textes d'allocation présentés dans le cadre d'un séminaire tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 4 novembre 2002 et intitulé « La mise en œuvre de Kyoto : à quel prix? ». Dans la réalisation de leurs travaux, les auteures ont pu bénéficier du soutien financier du Fonds George Stellari de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et du Conseil international d'études canadiennes. Les auteures tiennent à remercier leur collègue Jean Leclair pour sa relecture attentive du texte et ses commentaires judicieux. Elles remercient également Madame Suzanne Lamarre pour son assistance dans la réalisation de la recherche.

en œuvre unilatérale du Protocole de Kyoto par le gouvernement fédéral, il y a lieu d'envisager les deux voies possibles pour l'État canadien soucieux de respecter ses engagements internationaux en matière de diminution d'émissions de gaz à effet de serre. Ces deux voies sont celles de la concertation, option privilégiée jusqu'à maintenant, et celle de la coercition, qui surviendra en cas d'échec de la coopération, et qui pourra conduire à un arbitrage de la question constitutionnelle devant les tribunaux.

Le présent texte explore d'abord l'avenue de la coopération fédérale-provinciale, en soulevant à la fois les possibilités et les limites qui la caractérisent. Sont ainsi présentées les techniques classiques de la réserve fédérale, de l'accord-cadre et de la clause fédérale et les expériences plus concluantes de la collaboration fédérale-provinciale dans la mise en œuvre de certains traités internationaux, notamment le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987). La deuxième

consider other possible avenues if Canada is to fulfill its international obligations with respect to the reduction of greenhouse gas emissions. One of these options, which has thus far been favored, has been to focus on cooperative federal-provincial mechanisms. The other option, which will almost certainly come into play in the event that collaborative efforts fail, would be to resort to coercion, leading undoubtedly to adjudication of the constitutional question before the courts.

This article begins by exploring the potential outcome of federal-provincial cooperation on the question of implementation, highlighting both the possibilities and the limitations of such an approach. To do so, certain classic mechanisms are examined such as the federal reserve, the framework agreement and the federal clause. As well, reference is made to previous successful instances of federal-provincial collaboration in the implementation of international treaties, most notably the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1987). The second part of the article is

partie du texte est consacrée à une analyse de la répartition des compétences constitutionnelles en matière environnementale au Canada. Aux termes d'une étude des compétences du Parlement en matière de droit criminel et en vertu de la théorie des dimensions nationales, le présent texte établit que les mesures législatives ayant pour finalité de contribuer à la lutte mondiale contre le réchauffement climatique devraient relever de la compétence prépondérante et concurrente du gouvernement fédéral.

then devoted to an analysis of the division of constitutional powers within Canada with respect to the environment. In light of Parliament's power over criminal matters and on the basis of the national dimensions or national concern theory, the authors conclude that legislative measures aimed at contributing to the worldwide fight against global warming should come within the federal government's preponderant and concurrent power.

SOMMAIRE

Introduction.....	144
1. Le bon scénario : un plan de mise en œuvre fédéral-provincial ...	151
1.1 Les techniques utilisées pour ménager les compétences provinciales.....	152
1.1.1 La réserve fédérale	153
1.1.2 L'accord-cadre	153
1.1.3 La clause fédérale	154
1.2 Les possibilités offertes par la coopération fédérale-provinciale.....	160
1.2.1 Les Protocoles relatifs aux droits de la personne	160
1.2.2 Le Protocole de Montréal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone	162
1.2.3 L'Accord de libre-échange nord-américain	163
1.2.4 La coopération en matière environnementale	167

2. L'échec des négociations : vers une mise en œuvre unilatérale du Protocole	171
2.1 La solution commode : la compétence fédérale sur le droit criminel	172
2.1.1 Les GES sont-ils des substances toxiques?.....	173
2.1.2 Le droit criminel comme fondement des mesures de protection du climat mondial : le pour et le contre	177
2.2 La solution logique : la compétence fédérale en vertu de la théorie des dimensions nationales	182
Conclusion	195

INTRODUCTION

La décision du gouvernement canadien de ratifier le *Protocole de Kyoto*¹ en décembre 2002 a été entourée de débats vigoureux et musclés². L'autorité du gouvernement fédéral pour procéder à la ratification de ce traité international n'a pas pour autant fait l'objet de contestations sérieuses, les règles du jeu ayant été confirmées à cet égard à l'occasion d'une affaire vieille de trois générations et qui n'a jamais été démentie depuis³. Il en va autrement lorsqu'il s'agit d'identifier l'autorité compétente pour assurer la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* en droit canadien. Dans l'*Avis sur les Conventions de travail*⁴, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres a établi qu'un traité international ne peut être mis en œuvre que par l'autorité législative compétente sur la

1. *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 37 I.L.M. 32.

2. Le premier ministre du Canada, monsieur Jean Chrétien, avait décidé de soumettre le processus de ratification à un vote de la Chambre des communes pour lui donner une plus grande légitimité, bien que ce vote ne fût pas nécessaire. Voir : A. TURMEL, « Changements climatiques au Canada et au Québec : quels défis pour le droit de l'environnement? », dans Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 73, 100-101.

3. Voir les décisions de la Cour suprême, puis du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres dans *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario*, [1936] R.C.S. 461 et [1937] A.C. 326 (ci-après *Avis sur les Conventions de travail*).

4. *Ibid.*

matière faisant l'objet de ce traité. La lutte contre le réchauffement climatique global est-elle une matière de compétence fédérale ou une matière de compétence provinciale? Cette question suscite les passions dans le paysage constitutionnel canadien et il y a tout lieu de penser qu'elle demeurera d'actualité encore longtemps.

L'opposition de l'Alberta à la mise en œuvre unilatérale du *Protocole de Kyoto* par le gouvernement fédéral est connue⁵. Cette opposition se fonde principalement sur une lecture de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶ qui donne entre autres un pouvoir entier aux provinces en ce qui a trait à la gestion de leurs ressources naturelles. Un auteur résume ainsi le débat constitutionnel tel qu'il se pointe à l'horizon :

[I]t appears likely that the constitutional authority for the federal government to control GHG emissions will be challenged by the provinces. [...] While not surprising, Alberta's vocal opposition to the Kyoto Protocol has only been increasing in recent months as the federal government initiates provincial Kyoto consultations. [...] The source of Alberta's provincial authority over oil and gas resources is the same authority accorded to all provinces for jurisdiction over their respective resources — s. 92A(1) of the Constitution Act, 1867. [...] In addition, the authority for provincial environmental initiatives has historically been held to be the enumerated power over “property and civil rights”. These provincial powers will likely form the basis of an important future federal-provincial debate. While it cannot be disputed that Parliament has the international legal status to ratify the Kyoto Protocol, the legislative authority to force the necessary emission reductions at home is not as clear. [...] The resolution of this constitutional dispute will likely be a source of considerable scholarly interest in the years to come.⁷

Il faudra vraisemblablement attendre encore des mois, si ce n'est des années, avant de connaître la nature et la portée

5. Pour connaître la position du gouvernement albertain à l'endroit du *Protocole de Kyoto*, consulter le site du gouvernement à : <http://www.gov.ab.ca/home/kyoto/Display.cfm?id=5> (consulté le 9 octobre 2003).

6. R.-U., 30-31 Vict., c. 3.

7. P. BARTON, « Economic Instruments and the Kyoto Protocol : Can Parliament Implement Emissions Trading Without Provincial Co-operation? », (2002) 40 *Alta. L. Rev.* 417, 420, 421 et 446.

exactes des différentes mesures législatives qui seront mises en place pour atteindre les objectifs fixés pour le Canada. Rappelons que lors des négociations internationales ayant mené à la conclusion du *Protocole de Kyoto*, le Canada s'est engagé à réaliser une réduction de 6 % des émissions de gaz à effet de serre (GES) au pays, par rapport au niveau de 1990, résultat à atteindre entre 2008 et 2012⁸. Les documents de travail rendus disponibles à ce jour par le gouvernement fédéral laissent entendre qu'un système interne d'échanges de crédits d'émission de GES constituera vraisemblablement l'instrument législatif privilégié, le recours à la taxation pouvant aussi être envisagé de façon complémentaire⁹.

En dépit des incertitudes qui subsistent quant aux moyens qui seront pris en droit interne canadien pour respecter ces engagements internationaux, le présent texte tente d'apporter un début de réponse à la question suivante : les règles relatives au partage des compétences législatives dans le contexte du fédéralisme canadien sauront-elles s'ajuster aux impératifs posés par la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto*?

8. L'article 3(1) du *Protocole de Kyoto* se lit comme suit : « Les Parties visées à l'Annexe I font en sorte, individuellement ou conjointement, que leurs émissions anthropiques agrégées, exprimées en équivalent-dioxyde de carbone, des gaz à effet de serre indiqués à l'Annexe A ne dépassent pas les quantités qui leur sont attribuées, calculées en fonction de leurs engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions inscrits à l'Annexe B et conformément aux dispositions du présent article, en vue de réduire le total de leurs émissions de ces gaz d'au moins 5 % par rapport au niveau de 1990 au cours de la période d'engagement allant de 2008 à 2012. ». L'Annexe B au *Protocole* exprime en pourcentage les engagements chiffrés de limitation ou de réduction des émissions de GES souscrits par une quarantaine d'États (les États industrialisés et les États en transition vers une économie de marché). Sur le *Protocole de Kyoto*, voir : J.T. BRYCE, « Controlling the Temperature : An Analysis of the Kyoto Protocol », (1999) 62 *Sask. L. Rev.* 379; M. PÂQUES, « Les valeurs portées par la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques et le Protocole de Kyoto », (1999) *Actualités du droit* 205. Sur le réchauffement climatique en général, voir : R. CHURCHILL, D. FREESTONE, *International Law and Global Climate Change*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, p. 447.

9. Les initiatives qu'entend prendre le gouvernement fédéral pour réduire les émissions de GES au Canada dans la première période d'engagement fixée par le *Protocole de Kyoto* ont été présentées dans le *Plan du Canada sur les changements climatiques*, 21 novembre 2002, disponible à : http://changementsclimatiques.gc.ca/plan_du_canada/plan/index.html (consulté le 8 octobre 2003). Les mesures prises jusqu'à maintenant par le gouvernement fédéral pour lutter contre les changements climatiques sont résumées dans : A. TURMEL, *op. cit.*, note 2, p. 100-104.

Au Canada, le pouvoir de légiférer est réparti entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales sur la base de compétences énumérées mutuellement exclusives reconnues à l'un et à l'autre ordre de gouvernement¹⁰. La protection de l'environnement comme matière unique n'est attribuée ni au gouvernement central, ni aux provinces; il s'agit plutôt d'une matière diffuse pour laquelle chaque ordre de gouvernement s'avère en partie compétent, en vertu de pouvoirs législatifs spécifiques qui lui ont été assignés par le texte de la Constitution. De façon générale, il est reconnu que les provinces détiennent l'autorité de base pour assurer la préservation de la qualité de l'environnement sur leur territoire, en raison des compétences qui leur sont accordées en matière de gestion des ressources naturelles¹¹, de propriété et de droit civil¹² et à l'endroit des matières locales¹³ notamment. Traditionnellement, les pouvoirs fédéraux ont été considérés beaucoup plus limités, puisque fondés essentiellement sur des compétences accessoires, par exemple en matière de pêcheries, de navigation, de chemins de fer ou de transport interprovincial¹⁴.

Il devient cependant de plus en plus évident que l'ordre fédéral sera appelé à jouer un rôle croissant en ce qui a trait à la protection de l'environnement. D'une part, l'interprétation maintenant donnée par la Cour suprême du Canada à la compétence en matière de droit criminel justifie des interventions

10. Voir en général, sur la répartition des compétences législatives au Canada dans le domaine de la protection de l'environnement : D. GIBSON : « Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada », (1973) 23 *U. of T. L.J.* 54; R. NORTHEY, « Federalism and Comprehensive Environmental Reform : Seeing Beyond the Murky Medium », (1989) 29 *Osgoode Hall L.J.* 127; M. WALTERS, « Ecological Unity and Political Fragmentation : The Implications of the Brundtland Report for the Canadian Constitutional Order », (1991) 29 *Alta. L.Rev.* 420; J. LECLAIR, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada », (1996) 21 *Queen's L.J.* 37; J. LECLAIR, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement », (1996) 27 *R.G.D.* 137; E.A. FITZGERALD, « The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act », (1996) 30 *U.B.C.L. Rev.* 55.

11. L'article 92A(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (telle qu'amendée). L'article 109 donne de plus aux provinces la propriété des terres situées sur leur territoire, ce qui leur permet d'en assurer la conservation.

12. L'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

13. L'article 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

14. Voir les diverses compétences énumérées à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 6.

de plus en plus importantes du législateur fédéral dans ce secteur¹⁵. D'autre part, les situations de pollution qui mettent en scène des « causes externes » (la source de la pollution est à l'extérieur de la province) ou des « effets externes » (la pollution générée à l'intérieur de la province migre à l'extérieur de celle-ci) se révèlent de plus en plus fréquentes, compte tenu de l'unicité que présente l'environnement et du fait que cet environnement ne se soucie certes pas des limites, catégories ou frontières établies par l'être humain. Il va de soi que ces situations d'« extranéité » devraient en principe relever de la compétence fédérale¹⁶ qui pourrait découler, dans la plupart des cas, de l'application de la théorie des dimensions nationales¹⁷. En quelque sorte, les effets et causes externes toujours croissants font éclater le mythe voulant que les provinces apparaissent toujours comme les plus compétentes en matière de protection de l'environnement.

C'est d'ailleurs dans ce contexte bien précis d'« effets externes » que s'inscrit la problématique du réchauffement climatique mondial, qui présente une dimension globale et planétaire certaine. La fragmentation de l'autorité législative qui résulte à l'heure actuelle des règles du fédéralisme canadien apparaît particulièrement mal adaptée à la résolution des problèmes environnementaux globaux. Ceux-ci se manifestent à l'échelle de la planète ou encore affectent une

15. Voir nos développements, *infra*, p. 172 et suiv.

16. Le professeur Walters qualifie dans la langue anglaise ces situations d'extranéité de « spillovers ». Il explique : « [T]he « spillover » theory of federalism is simply the idea that local constituencies deal with local issues and national constituencies deal with national issues. [...] Jurisdiction over resource management can be premised upon the resources' supposed « spatial quality » — that is, the allocation of authority as between local or national constituencies would simply depend upon the « territorial ramifications » of the resource. ». Voir : M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10, p. 443.

17. Voir nos développements, *infra*, p. 182 et suiv. La théorie des dimensions nationales est fondée sur le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde au législateur fédéral le pouvoir « de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et de la bonne administration du Canada, sur toute matière ne rentrant pas dans les catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces ». Le professeur Walters est d'avis que cette clause « paix, ordre et bon gouvernement » (POGG en anglais) permet au gouvernement fédéral de légiférer à l'endroit des problèmes environnementaux qui « débordent » des frontières des provinces. Il constate : « The POGG clause is capable of capturing in a legal, constitutional sense the « spatial quality » of the environmental effects of resource management. [...] It is, in short, the legal incarnation of the spillover theory of federalism, the constitutional vehicle for this theory's operation in law. ». *id.*, p. 442.

ressource commune à tous, comme la mer ou la haute atmosphère. Ils nécessitent donc une réglementation véritablement communautaire qui se fera au niveau mondial¹⁸. En droit interne, le ou les niveaux d'autorité compétents devraient être ceux qui s'avèrent les plus à même de contribuer efficacement à la lutte globale. À cet égard, le critère déterminant nous apparaît être davantage lié aux caractéristiques physiques ou géographiques du problème qu'à la matière visée.

Ainsi, dans un État fédéral comme le Canada, on peut facilement concevoir que les niveaux d'autorité compétents pour régler les problèmes de pollution atmosphérique locaux soient les gouvernements provinciaux et municipaux. Par contre, la présence de la situation d'« extranéité » qui caractérise la lutte contre le réchauffement climatique mondial devrait normalement favoriser l'attribution de la compétence de légiférer au gouvernement fédéral. En effet, seul le gouvernement central peut avoir l'autorité nécessaire pour imposer sur l'ensemble du territoire national les mesures qui auront été jugées nécessaires dans le cadre des négociations internationales. L'omission d'une autorité provinciale d'adopter des mesures de lutte appropriées aurait des effets néfastes à l'extérieur du territoire provincial, affectant négativement les conditions climatiques mondiales et entravant les possibilités pour l'État central de remplir les engagements contractés sur la scène internationale. C'est principalement en raison de cette « incapacité provinciale » à correctement envisager l'ensemble de la situation que la compétence fédérale devrait être reconnue.

À l'égard d'une problématique environnementale donnée, un autre paramètre tout aussi fondamental doit toutefois être pris en considération dans le débat relatif à la répartition des compétences législatives au Canada. En effet,

18. Voir : A.-C. AMAN Jr., « The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer : Providing Prospective Remedial Relief for Potential Damage to the Environmental Commons », dans F. FRANCIONI, T. SCOVAZZI, *International Responsibility for Environmental Harm*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1991, p. 185, aux pages 188-189. Voir aussi : A.E. BOYLE, « International Law and the Protection of the Global Atmosphere : Concepts, Categories and Principles », dans R. CHURCHILL, D. FREESTONE, *International Law and Global Climate Change*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1991, p. 7.

pour assurer le respect de la nature fédérale du régime constitutionnel, il est important de minimiser l'empiètement sur des intérêts provinciaux ou des compétences provinciales. Si la solution apportée au problème environnemental nécessite surtout une réglementation d'entreprises et de secteurs d'activités qui sont du ressort provincial, il apparaîtrait légitime que la compétence de légiférer soit dès lors reconnue aux provinces.

Or, dans l'optique du fédéralisme canadien, la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* constituera nécessairement un tour de force, puisqu'une évaluation sommaire de la situation a tôt fait de révéler que les deux paramètres définis précédemment (la situation d'« extranéité » et l'étendue des compétences provinciales affectées) se trouvent en totale opposition. Eu égard à la capacité provinciale de légiférer, le réchauffement climatique mondial comporte en effet une forte présence d'« effets externes », alors que l'atteinte de l'objectif de réduction de 6 % des émissions de GES consenti par le Canada¹⁹ nécessitera éventuellement la réglementation massive d'industries et d'activités qui se situent sur le territoire des provinces et qui relèvent normalement de la compétence provinciale. De sorte que si la compétence pour légiférer en la matière était reconnue exclusivement à l'un ou à l'autre ordre de gouvernement, il est fort possible que devront être sacrifiés ou l'objectif environnemental recherché ou le fragile équilibre constitutionnel canadien.

Y a-t-il moyen d'éviter l'impasse? Peut-on envisager des modalités de mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* qui garantissent à la fois le respect du fédéralisme canadien et l'atteinte de l'objectif recherché en ce qui a trait à la protection du climat?

Nous étudierons cette question à la lumière de deux scénarios, le bon étant celui au terme duquel les provinces et le gouvernement fédéral s'entendent quant à un plan concret de mise en œuvre de Kyoto (1), et le mauvais résultant de l'échec des provinces et du fédéral d'élaborer un tel plan (2).

19. La cible à atteindre pour le Canada ne concerne que la première période d'engagement, entre 2008 et 2012. Or, le *Protocole de Kyoto* prévoit qu'il y aura d'autres périodes d'engagement, qui entraîneront vraisemblablement pour le Canada des réductions encore plus marquées. Voir à cet effet l'article 3(9) du *Protocole*.

1. LE BON SCÉNARIO : UN PLAN DE MISE EN ŒUVRE FÉDÉRAL-PROVINCIAL

Comme nous l'avons constaté dans nos remarques introductives, il ne semble pas y avoir de voie toute tracée en ce qui a trait à la répartition des compétences législatives au Canada à l'endroit du problème du réchauffement climatique mondial. D'une part, l'étendue géographique du problème pointe vers la reconnaissance d'une compétence fédérale, alors que d'autre part, l'importance et la portée des mesures qui pourraient éventuellement être prises au Canada font craindre des empiétements majeurs sur les champs de compétence provinciaux. Dans de telles conditions, la prudence est de mise sur la scène constitutionnelle et c'est sans doute ce qui explique l'attitude du gouvernement fédéral à rechercher la plus grande implication possible des provinces dans le processus de mise en œuvre du *Protocole de Kyoto*²⁰.

Il ne faut pas oublier que dans le contexte constitutionnel canadien, on joue souvent quitte ou double : le recours aux tribunaux pour assurer une répartition des compétences législatives conforme à la « norme » constitutionnelle se solde généralement par la consécration d'un « vainqueur » au détriment d'un « perdant »²¹. Ceci explique qu'à l'endroit de problématiques controversées pour lesquelles la question du partage des compétences législatives demeure confuse²², le pragmatisme se révèle être l'arme la plus efficace, pour l'un comme pour l'autre ordre de gouvernement. Ce pragmatisme peut par exemple conduire le gouvernement fédéral à revendiquer, sur la scène internationale, des façons de ménager les compétences et les susceptibilités provinciales, tout en évitant de mettre en jeu sa propre responsabilité internationale. Nous évoquerons ces diverses techniques dans une première section et nous verrons si elles peuvent s'avérer être d'une quelconque utilité dans la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada (1.1). Le pragmatisme canadien peut aussi

20. Voir à cet effet P. BARTON, *loc. cit.*, note 7.

21. Voir M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10, p. 449.

22. La protection de l'environnement constitue sûrement à cet égard un des exemples les plus évidents.

se traduire par la recherche d'une réelle collaboration fédérale-provinciale dans l'application d'un traité (1.2), ce que nous pouvons éminemment souhaiter dans l'intégration au Canada des instruments internationaux relatifs à la lutte contre le réchauffement climatique.

1.1 LES TECHNIQUES UTILISÉES POUR MÉNAGER LES COMPÉTENCES PROVINCIALES

De façon générale, l'*Avis sur les Conventions de travail*²³ n'a pas empêché le pouvoir exécutif fédéral de gérer efficacement ses relations internationales malgré les contraintes qu'il s'est vu imposer par le Conseil privé. Cette efficacité est principalement due au fait que le gouvernement fédéral profite généralement de l'étape entre la signature d'un traité et la procédure de ratification pour analyser et évaluer le contexte global de la politique domestique canadienne. Par le biais de discussions et de négociations avec les provinces et les territoires, le pouvoir exécutif fédéral s'assure alors de la collaboration des provinces et des territoires préalablement à l'engagement définitif de l'État dans son ensemble²⁴. Cependant, la bonne entente entre d'une part, le gouvernement fédéral, et d'autre part, les provinces et les territoires n'étant pas toujours possible, il y a eu des situations où les négociations sur la ratification et la mise en œuvre d'un traité n'ont pas été couronnées de succès. Face à de telles situations, diverses techniques tolérées par le droit international ont été utilisées pour permettre à l'État fédéral d'éviter la contrainte constitutionnelle découlant de la coexistence de plusieurs organes législatifs complémentaires et parfois aussi concurrents, et ainsi assurer la mise en œuvre des traités qu'il a signés. Reste à voir si ces solutions pratiques peuvent jouer un rôle en ce qui a trait à la mise en œuvre du *Protocole de*

23. *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario*, précité, note 3.

24. J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 163; voir aussi J. CURRIE, *Public International Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 213.

Kyoto. Nous verrons successivement les techniques de la réserve fédérale (1.1.1), de l'accord-cadre (1.1.2) et de la clause fédérale (1.1.3).

1.1.1 La réserve fédérale

Cette technique consiste à assortir l'adhésion à un traité d'une réserve limitant la responsabilité de l'État eu égard aux obligations qui ne relèvent pas du champ des compétences fédérales²⁵. Elle a déjà été utilisée par le Canada lorsqu'il a adhéré en 1957 à la *Convention sur les droits politiques de la femme*²⁶. Cette réserve fédérale était explicitement autorisée par l'article 7 (VII) de la *Convention sur les droits politiques de la femme* qui confère aux États le droit de formuler des réserves au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion. Ce n'est cependant pas le cas du *Protocole de Kyoto* dont l'article 26 déclare sans équivoque qu'aucune réserve ne peut être faite²⁷. La technique de la réserve fédérale n'aurait donc pas pu permettre au Canada, quand bien même l'eut-il voulu, de ménager les compétences provinciales en ce qui concerne le *Protocole de Kyoto*.

1.1.2 L'accord-cadre

Le gouvernement fédéral a, à l'occasion, conclu un traité avec un État étranger dans un domaine qui relève des compétences provinciales et a par la suite autorisé les provinces à conclure des ententes directement avec ce même État mais à l'intérieur des limites tracées par le traité-cadre²⁸. L'exemple d'application typique de ce mécanisme est l'Accord culturel

25. Voir J. CURRIE, *op. cit.*, note 24, p. 214.

26. *Convention sur les droits politiques de la femme*, 20 décembre 1952, 193 R.T.N.U. 135. La réserve formulée par le Canada au moment de son adhésion se lit comme suit : « Étant donné que, selon le régime constitutionnel en vigueur au Canada, la compétence législative en matière de droits politiques est répartie entre les provinces et le gouvernement fédéral, le gouvernement canadien se trouve dans l'obligation, en adhérant à cette convention, de formuler une réserve au sujet des droits qui relèvent de la compétence législative des provinces. ».

27. « Aucune réserve ne peut être faite au présent Protocole », *Protocole de Kyoto, précité*, note 1, art. 26.

28. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 171.

entre le Canada et la France²⁹ conclu en 1965 et qui subséquentement a été suivi, entre autres, de l'*Entente sur la coopération culturelle entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République française*³⁰. Mais il est clair que ni la *Convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques* ni le *Protocole de Kyoto* ne se prêtent à un arrangement de ce type, principalement pour deux raisons. D'abord, non seulement la compétence constitutionnelle au sujet de l'environnement chevauche les champs fédéral et provincial, les aspects du droit de l'environnement qui pourraient être de compétence exclusive pour l'un ou l'autre des ordres de gouvernement ne font pas encore l'objet d'unanimité³¹. On conçoit alors mal comment le gouvernement fédéral pourrait autoriser les provinces à signer des traités avec d'autres États si le sujet de ces traités ne peut pas encore, à l'heure actuelle, être parfaitement circonscrit. Ensuite, la question environnementale principale soulevée par le *Protocole de Kyoto* est d'une telle complexité que la réussite de sa mise en œuvre dépend intimement de l'étendue du territoire sur lequel l'entité responsable peut exercer un contrôle. Permettre aux provinces de conclure des ententes indépendantes nuirait donc à l'accomplissement des objectifs établis par ce traité.

1.1.3 La clause fédérale

Dans la mesure où des droits et obligations reconnus par un traité relèvent des compétences provinciales pour leur mise en œuvre, on peut aisément comprendre la réticence de l'autorité fédérale à ratifier ce traité si elle n'a pas l'appui total des gouvernements provinciaux puisque dans une telle situation c'est la responsabilité internationale de

29. *Accord culturel entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République Française*, 17 novembre 1965, [1965] R.T.Can., n° 21. Voir aussi l'*Accord de sécurité sociale* conclu entre le Canada et l'Italie, 17 novembre 1977, [1979] R.T.Can., n° 2 et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'URSS sur la coopération entre les provinces canadiennes et les républiques de l'URSS*, 20 novembre 1989, [1989] R.T.Can. 1989, n° 28.

30. *Entente sur la coopération culturelle entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République française*, 24 novembre 1965, R.E.I.Q. (1965 : 2).

31. Voir nos développements, *infra*, partie 2.

l'État fédéral (dans le cas qui nous préoccupe, le Canada) qui risque d'être mise en cause. En effet, l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* indique bien clairement qu'un État ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité³². La clause fédérale permet justement de contourner ces contraintes du droit interne car elle a pour effet « d'amputer des obligations internationales de l'État fédératif toutes les dispositions du traité qui tombent dans le champ des prérogatives provinciales »³³.

Le professeur Arbour décrit succinctement les effets de la clause fédérale par rapport aux obligations souscrites par l'État :

En ce qui concerne les articles dont l'application relève des assemblées législatives provinciales, le gouvernement fédéral assume tout au plus, aux termes de cette clause, l'obligation de porter le traité à la connaissance des gouvernements provinciaux en invitant ces derniers à donner suite au traité, si possible. En ce qui concerne les articles de la convention dont la mise en œuvre relève de l'action législative du Parlement fédéral, les obligations de l'État canadien demeurent identiques à celles souscrites par les autres États.³⁴

Ce genre de clause figure par exemple à l'article 37 de la *Convention relative au statut des apatrides*³⁵ et à l'article 19

32. « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46. », *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 *R.T.N.U.* 354.

33. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 167-168; voir aussi J.H. CURRIE, *op. cit.*, note 24, p. 214 et D. SALMON-MATHY, « Introduction et exécution des traités internationaux », dans INSTITUT DE SOCIOLOGIE, *Les États fédéraux dans les relations internationales — Actes du colloque de Bruxelles*, 26-27 février 1982, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 425, à la page 436.

34. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 168.

35. *Convention relative au statut des apatrides*, 28 septembre 1954, 360 *R.T.N.U.* 130, art. 37 « Clause fédérale » : « Dans le cas d'un État fédératif ou non unitaire, les dispositions ci-après s'appliqueront : a) En ce qui concerne les articles de cette Convention dont la mise en œuvre relève de l'action législative du pouvoir législatif fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront, dans cette mesure, les mêmes que celles des parties qui ne sont pas des États fédératifs; b) en ce qui concerne les articles de cette Convention dont l'application relève de l'action législative de chacun des États, provinces ou cantons constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives,

de la *Constitution de l'Organisation internationale du travail*³⁶. Mais comme le souligne le professeur Arbour, la clause fédérale, dans sa forme classique, ne constitue certainement pas une solution idéale du point de vue du droit interna-

le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États, provinces ou cantons; c) Un État fédératif partie à cette Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par le Secrétaire général des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition. ». La *Convention sur le recouvrement d'aliments à l'étranger*, 20 juin 1956, 268 R.T.N.U. 32 contient une clause fédérale identique à son article 11.

36. *Constitution de l'Organisation internationale du travail*, 11 Martens (3^e) 638, à l'article 19, paragraphe 7 : « Dans le cas où il s'agit d'un État fédératif, les dispositions suivantes seront appliquées : a) à l'égard des conventions et des recommandations pour lesquelles le gouvernement fédéral considère que, d'après son système constitutionnel, une action fédérale est appropriée, les obligations de l'État fédératif seront les mêmes que celles des Membres qui ne sont pas des États fédératifs; b) à l'égard des conventions et des recommandations pour lesquelles le gouvernement fédéral considère que, d'après son système constitutionnel, une action de la part des États constituants, des provinces ou des cantons est, sur tous les points ou sur certains points, plus appropriée qu'une action fédérale, ledit gouvernement devra : i) conclure, en conformité avec sa Constitution et les Constitutions des États constituants, des provinces ou des cantons intéressés, des arrangements effectifs pour que ces conventions ou recommandations soient, au plus tard dans les dix-huit mois suivant la clôture de la session de la Conférence, soumises aux autorités appropriées fédérales, ou à celles des États constituants, des provinces ou des cantons en vue d'une action législative ou de toute autre action; ii) prendre des mesures, sous réserve de l'accord des gouvernements des États constituants, des provinces ou des cantons intéressés pour établir des consultations périodiques, entre les autorités fédérales d'une part et les autorités des États constituants, des provinces ou des cantons d'autre part, en vue de développer à l'intérieur de l'État fédératif une action coordonnée destinée à donner effet aux dispositions de ces conventions et recommandations; iii) informer le Directeur général du Bureau international du Travail des mesures prises en vertu du présent article pour soumettre ces conventions et recommandations aux autorités appropriées fédérales, des États constituants, des provinces ou des cantons, en lui communiquant tous renseignements sur les autorités considérées comme autorités appropriées et sur les décisions de celles-ci; iv) au sujet de chacune de ces conventions qu'il n'aura pas ratifiées, faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des intervalles de temps appropriés selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de la législation et de la pratique de la fédération et des États constituants, des provinces ou des cantons concernant la question qui fait l'objet de la convention, en précisant dans quelle mesure il a été donné ou l'on se propose de donner effet aux dispositions de la convention par voie législative, par voie administrative, par voie de contrats collectifs ou par toute autre voie; v) au sujet de chacune de ces recommandations, faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des intervalles de temps appropriés, selon ce que décidera le Conseil d'administration,

tional³⁷. Elle peut même être un facteur de déséquilibre de ce droit puisque les autres États parties ne peuvent jamais « arriver à prendre la mesure exacte des obligations souscrites par l'État fédéral »³⁸. C'est pourquoi, depuis les années 1970, une évolution importante se dessine en vue d'apporter un peu plus de précision juridique à ce mécanisme pourtant fort profitable aux États. Cette innovation consiste à permettre à un État fédéral de s'engager conformément au traité international mais pour une fraction de son territoire seulement.

Cette technique se fonde sur l'article 29 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui déclare qu'un traité lie chacun des États à l'égard de l'ensemble de son territoire à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité³⁹. Ce mécanisme a récemment été mis à contribution par l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*⁴⁰.

En vertu de l'ANACE, le Canada, les États-Unis et le Mexique se sont engagés à promouvoir le développement durable, encourager les politiques et les pratiques de prévention de la pollution et améliorer l'observation des lois et règlements sur l'environnement⁴¹. Or cette obligation de veiller au respect des lois environnementales vise autant les lois fédérales canadiennes, américaines et mexicaines que les lois des diverses entités fédérées au Canada, aux États-Unis et au Mexique⁴². Afin d'éviter que les contraintes de son système constitutionnel ne mettent en cause sa responsabilité inter-

sur l'état de la législation et de la pratique de la fédération et de ses États constituants, de ses provinces ou de ses cantons concernant la question qui fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure il a été donné ou l'on se propose de donner effet aux dispositions de la recommandation et en indiquant quelles modifications de ces dispositions semblent ou pourront sembler nécessaires pour les adopter ou les appliquer. ». Voir aussi H.A. LEAL, « Federal State Clauses and the Conventions of The Hague Conference on Private International Law » (1984) 8 *Dal. L.J.* 257.

37. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 168.

38. *Id.* Voir aussi J. CURRIE, *op. cit.*, note 24, p. 214.

39. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précitée, note 32, art. 29.

40. *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, 32 *I.L.M.* 1480 [ci-après l'ANACE].

41. Le texte de l'ANACE peut être consulté au site suivant sous la rubrique « Vue d'ensemble » : http://www.naaec.gc.ca/fra/agreement/agreement_f.htm (consulté le 25 septembre 2003).

42. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 169.

nationale, le Canada a réussi à négocier l'ajout de l'Annexe 41 qui précise l'étendue de ses engagements. L'article premier de l'Annexe 41 prévoit :

À la date de signature du présent accord ou de l'échange de notifications écrites prévu à l'article 47, le Canada listera dans une déclaration toutes provinces pour lesquelles il devra être lié sur les questions relevant de leur compétence. La déclaration prendra effet dès sa signification aux autres Parties et n'aura aucune incidence sur la répartition interne des pouvoirs au Canada. Le Canada notifiera aux autres Parties, six mois à l'avance, toute modification à sa déclaration.⁴³

Par le biais de l'Annexe 41, le gouvernement fédéral a donc signalé son intention d'encourager les provinces canadiennes à participer à l'Accord sans toutefois prendre d'engagement formel en leur nom.

L'Annexe 41 reflète évidemment le fait que la protection de l'environnement est, au Canada, une matière où il y a concurrence des compétences législatives fédérales et provinciales⁴⁴. En effet, l'omission d'appliquer systématiquement et efficacement une loi ou un règlement environnemental peut être aussi bien le fait d'une province que celui du gouvernement fédéral. Or, s'il y avait manquement de la part d'une province, en l'absence de l'Annexe 41, le gouvernement fédéral aurait été impuissant à remédier à la situation puisque l'administration de la justice à l'intérieur d'une province demeure une compétence provinciale. Il aurait donc été fort risqué pour le gouvernement fédéral de s'engager vis-à-vis de ses deux partenaires alors qu'il ne possédait pas la compétence constitutionnelle nécessaire pour veiller au respect de ses engagements sur l'ensemble du territoire canadien⁴⁵.

Chacune des provinces canadiennes doit donc décider pour elle-même si elle adhère ou non à l'ANACE en vertu d'un Accord intergouvernemental canadien⁴⁶ conclu en 1994,

43. ANACE, *précité*, note 40, p. 1497.

44. Voir *infra*, partie 2.

45. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 169-170.

46. *Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord Nord-Américain de coopération dans le domaine de l'environnement* [ci-après AIC], disponible à : http://www.naaec.gc.ca/fra/implementation/cia_f.htm (consulté le 24 septembre 2003).

qui définit le rôle des provinces canadiennes au sein de l'ANACE. Cet accord est entré en vigueur en août 1995, après que l'Alberta devint la première province à signer l'accord intergouvernemental. Suivirent le Québec et le Manitoba, en décembre 1996 et en janvier 1997 respectivement. À la fin de l'année 2002, aucune des 7 autres provinces ne s'était jointe aux trois premières⁴⁷.

La technique de la clause fédérale a la grande vertu d'éviter tout empiètement de gouvernance entre les compétences fédérales et provinciales. Mais à la lumière de l'expérience de l'ANACE, il est clair que cette technique n'entraînera pas nécessairement la collaboration des entités fédérées à l'endroit d'obligations qu'elles n'ont pas elles-mêmes négociées. L'utilisation de la clause fédérale semble donc difficilement conciliable avec la finalité du langage de la Convention sur les changements climatiques et du *Protocole de Kyoto* dont le succès de la mise en œuvre dépend directement de l'étendue du territoire où les obligations internationales qui y sont décrites seront effectivement respectées.

Et en effet, le *Protocole de Kyoto* ne contient pas, à l'heure actuelle, de clause fédérale, ni dans sa forme classique ni dans sa version territoriale. Sans doute ce genre de concession est-il plus facilement négocié entre partenaires nord-américains, tous des États fédéraux, qu'au sein de la communauté internationale où les dispositions constitutionnelles des États s'avèrent plus variées. Cependant, rien n'empêcherait en théorie que soit ajoutée une telle clause puisque l'article 20(1) du *Protocole de Kyoto* prévoit le droit pour toute partie de proposer des amendements. Mais en pratique, il serait fort étonnant qu'un tel amendement recueille l'assentiment nécessaire des trois quarts (3/4) des Parties votantes, d'autant plus qu'il est prévu à l'article 24(2), que toute organisation régionale d'intégration économique qui devient Partie au *Protocole* sans qu'aucun de ses États membres y soit Partie est liée, malgré cela, par toutes les obligations découlant du *Protocole*.

47. L'Alberta a signé l'AIC le 15 août 1995, le Québec le 26 décembre 1996 et le Manitoba le 21 janvier 1997.

De plus, si une clause fédérale était ajoutée aux instruments internationaux qui visent à contrer le réchauffement climatique, le déséquilibre qui en résulterait entre les obligations des différentes parties au *Protocole* (selon qu'elles soient un État fédéral, un État non fédéral ou une organisation régionale d'intégration économique) pourrait mettre en péril l'équité et la légitimité même du droit international.

1.2 LES POSSIBILITÉS OFFERTES PAR LA COOPÉRATION FÉDÉRALE-PROVINCIALE

Dans son espoir de réconcilier ses obligations internationales et nationales, le Canada devra tenter sa chance sur une avenue autre que celles prévues par le droit international et se tourner davantage vers la coopération fédérale-provinciale⁴⁸. Nous étudierons d'abord quelques cas de réussite de la coopération fédérale-provinciale dans la mise en œuvre de traités internationaux. Nous verrons successivement les cas des *Protocoles relatifs aux droits de la personne* (1.2.1), du *Protocole de Montréal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone* (1.2.2) et de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) (1.2.3). Nous traiterons finalement brièvement de la coopération fédérale-provinciale en matière environnementale et des difficultés particulières que soulève le *Protocole de Kyoto* à cet égard (1.2.4).

1.2.1 Les Protocoles relatifs aux droits de la personne

L'adhésion du Canada aux Pactes internationaux — Pacte sur les droits civils et politiques⁴⁹ et Pacte sur les droits écono-

48. Notons ici que des exemples d'une telle coopération existent dans d'autres États fédéraux lorsque des traités touchant autant les compétences des États fédérés que celles de l'État fédéral sont en jeu. C'est ainsi qu'en Belgique le gouvernement fédéral annonce ses intentions de négociation d'un traité à la Conférence interministérielle des Affaires étrangères dès qu'un tel traité touche les compétences des communautés et/ou des régions, et inversement. Voir à ce sujet A. ALEN, P. PEETERS, « Federal Belgium within the International Legal Order : Theory and Practice », dans K.C. WELLENS (dir.), *International Law : Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 123, aux pages 124-130.

49. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 107.

miques⁵⁰ — est un exemple particulièrement intéressant de la forme que peut prendre la coopération fédérale-provinciale. En effet, une entente formelle fédérale-provinciale sur les modalités et mécanismes de participation des provinces à la mise en œuvre des Pactes a été adoptée avant que l'exécutif fédéral ne donne son consentement définitif à ces accords.

Cette entente, adoptée lors de la première conférence des ministres chargés des droits de la personne en décembre 1975, prend acte des engagements suivants des provinces et du gouvernement fédéral :

- donner suite aux Pactes, non seulement en ce qui a trait à leur mise en œuvre mais aussi en ce qui concerne le respect des engagements qui y sont souscrits;
- créer un Comité permanent fédéral-provincial-territorial de fonctionnaires chargés d'assurer le respect des droits de la personne;
- prévoir et assurer la participation des provinces dans le cadre de la délégation canadienne aux réunions des Parties contractantes; et
- reconnaître le rôle central des provinces dans la préparation et la présentation des rapports qui doivent être soumis au Comité des droits de l'Homme établi par les Pactes⁵¹.

Cette coopération, qui a permis de lever les obstacles à l'adhésion du Canada aux Pactes internationaux⁵² et au Protocole facultatif⁵³, se poursuit aujourd'hui à travers des conférences périodiques au niveau ministériel mais surtout par des réunions du Comité permanent fédéral-provincial-territorial. Ce Comité est en effet un participant au processus d'élaboration des traités en droit de la personne et est associé au travail du gouvernement fédéral autant aux stades de l'adhésion et de

50. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 943 R.T.N.U. 13.

51. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 24, p. 174-175. Voir aussi pour le texte complet de l'entente, D. TURP, « Le Comité permanent fédéral-provincial-territorial des fonctionnaires chargés des droits de la personne et sa participation à la mise en œuvre des traités », [1984-1985] A.C.D.P. 77, p. 133-136.

52. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 49 et *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité, note 50.

53. *Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 216.

l'amendement des traités, qu'à celui de la dénonciation si nécessaire. Il prépare des observations sur les projets de conventions et déclarations et prend part, par l'intermédiaire de ses membres, à la négociation de ces conventions et déclarations dans les forums internationaux. La preuve est donc faite qu'il est possible, et nous dirions même bénéfique, d'établir une coopération solide entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement dès la phase embryonnaire de formation d'obligations internationales si ces obligations relèvent des compétences dont les gouvernements provinciaux ont, de manière complète ou partielle, constitutionnellement la charge.

1.2.2 Le Protocole de Montréal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone⁵⁴

Un autre exemple de cette coopération réside dans la mise en œuvre du *Protocole de Montréal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone*. À la suite de la ratification de ce protocole⁵⁵, qui porte sur la réduction et l'élimination des substances appauvrissant la couche d'ozone⁵⁶, nous avons assisté au Canada à la mise en place, en 1989, d'un groupe de travail fédéral-provincial⁵⁷. Composé de représentants des ministères provinciaux et fédéral de l'Environnement et présidé par Environnement Canada, ce groupe conseille les autorités compétentes sur les orientations à suivre eu égard à la protection de la couche d'ozone et par le fait même contribue à s'assurer que les obligations internationales du Canada

54. *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3. Ce Protocole avait été précédé d'un premier traité international reconnaissant l'existence du phénomène d'amincissement de la couche d'ozone et appelant à la mobilisation scientifique et politique internationale pour tenter d'apporter une solution, soit la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 22 mars 1985, 1513 R.T.N.U. 293.

55. Depuis sa ratification, le *Protocole de Montréal* a subi certains amendements. Ces amendements visent à quantifier les réductions et l'élimination de la production mondiale de produits appauvrissant la couche d'ozone de même qu'à fixer les échéanciers pour ces réductions et éliminations. Voir à ce sujet le site web du ministère de l'environnement du Québec à : http://www.menv.gouv.qc.ca/air/saco_strategie/, dans la section 1 « Introduction » (consulté le 25 septembre 2003).

56. Ci-après SACO.

57. D'abord appelé Groupe de travail fédéral-provincial sur l'harmonisation des mesures de contrôle des SACO, ce groupe est maintenant connu sous la simple appellation GTFP.

soient respectées. En 1997, ce groupe a participé à l'élaboration du *Plan d'action national canadien pour le contrôle environnemental des substances appauvrissant la couche d'ozone (SACO) et leurs halocarbures de remplacement*⁵⁸. Ce plan d'action a été mis à jour en 2001.

En 1994, le GTFP était sollicité par le Comité national de coordination des questions atmosphériques dans le but que soient entreprises des « consultations publiques afin de trouver des mesures appropriées pour renforcer le programme canadien de protection de la couche d'ozone »⁵⁹. On retrouve ici une parfaite application de la coopération fédérale-provinciale dans un domaine où la compétence constitutionnelle n'est pas clairement départagée et pour lequel les initiatives législatives et/ou réglementaires doivent être concertées. Contrairement aux ententes qui ont été conclues pour les Pactes internationaux⁶⁰ et leurs Protocoles additionnels⁶¹, les consultations fédérales-provinciales au sujet de la mise en œuvre du *Protocole de Montréal* ont eu lieu après la ratification de celui-ci par le gouvernement canadien.

1.2.3 L'Accord de libre-échange nord-américain⁶²

En ce qui concerne le commerce, matière législative pour laquelle la ligne de démarcation entre ce qui relève de l'autorité provinciale (le commerce intraprovincial) et ce qui relève de l'autorité fédérale (le commerce interprovincial et international) demeure confuse, les intérêts disparates des provinces entre elles, et entre les provinces et le gouvernement fédéral représentent des embûches supplémentaires qui peuvent

58. Canada, Conseil canadien des ministres de l'environnement, *Plan d'action national canadien pour le contrôle environnemental des substances appauvrissant la couche d'ozone (SACO) et leurs halocarbures de remplacement*, CCME PN 1315, mai 2001, disponible à : http://www.ccme.ca/assets/pdf/nap_update_f.pdf. (consulté le 28 octobre 2003).

59. *Id.*, p. 1.

60. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 49 et *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité, note 50.

61. *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 53 et *Deuxième Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 29 décembre 1989, A.G. Rés. 44/128 (1989).

62. *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, [1994] R.T.Can., n° 2 [ci-après ALÉNA].

jusqu'à un certain point empêcher la conclusion d'une entente formelle globale avec les provinces avant la ratification d'un traité international. C'est ce qu'on a pu constater dans le cas de l'ALÉNA qui a été ratifié par le Canada nonobstant l'absence d'engagement formel des provinces de respecter toutes les obligations de cet accord. De plus, il n'y a dans cet accord aucune clause fédérale et la responsabilité internationale du Canada n'est dès lors limitée que par quelques exceptions, qui devront avoir été prévues explicitement dans l'Accord : « Les Parties feront en sorte que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, notamment, sauf disposition contraire, en ce qui concerne leur observation par les gouvernements des États et des provinces »⁶³. Certes, l'ALÉNA comprend aussi une option de retrait de l'accord⁶⁴, mais puisque notre propos vise à examiner des méthodes de mise en œuvre efficaces, ce mécanisme ne présente guère d'intérêt.

Comment la responsabilité de l'État canadien est-elle donc ici protégée compte tenu du fait que les provinces doivent incorporer de nombreuses dispositions de l'Accord dans leur législation? Il faut tout d'abord signaler que des consultations publiques ont eu lieu avant la signature de l'Accord⁶⁵ et que les provinces ont été impliquées, du moins avec le gouvernement fédéral canadien, pendant les négociations⁶⁶. Cependant, à la suite de la ratification de l'Accord par le Canada, certaines contestations publiques ont eu lieu et au moins deux provinces, la Colombie-Britannique et l'Ontario, ont menacé le gouvernement fédéral de poursuites judiciaires mais y ont renoncé par la suite⁶⁷. Depuis cette époque, les dispositions de l'ALÉNA sont entrées en vigueur, les deux

63. *Id.*, art. 105 (nous soulignons).

64. *Id.*, art. 2205 : « Une Partie pourra se retirer du présent accord six mois après avoir signifié un avis écrit de retrait aux autres Parties. Si une Partie se retire de l'accord, celui-ci demeurera en vigueur pour les Parties subsistantes. ».

65. R. HOWSE, « Nafta and the Constitution : Does Labour Conventions Really Matter Anymore », [1994-1995] *Revue d'études constitutionnelles* 54, p. 58.

66. Sans avoir accès directement aux négociations, les provinces ont à tout le moins pu discuter avec le gouvernement fédéral de leurs préoccupations. Voir T.H. STROM, P. FINKLE, « Treaty Implementation : The Canadian Game Needs Australian Rules », (1993) 25 *R.D. Ottawa* 39, p. 42.

67. R. HOWSE, *loc. cit.*, note 65, p. 58.

provinces contestataires n'ont pas répété leur menace et il y a à tout le moins apparence d'entente entre les provinces et le gouvernement fédéral. Dans les faits, la coopération provinciale s'est révélée à travers deux processus : soit l'acceptation formelle de l'Accord, soit l'assujettissement forcé aux mécanismes de règlement des conflits prévus dans l'Accord.

Le Québec a choisi la première voie en adoptant la *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*⁶⁸. Ce faisant, le Québec a endossé les obligations de l'Accord, mettant en jeu sa responsabilité mais réaffirmant aussi sa mainmise sur ses propres champs de compétence : « Attendu que le Québec est seul compétent pour assurer la mise en œuvre de ces accords dans chacun des domaines de sa compétence »⁶⁹.

En ce qui a trait à la majorité des autres provinces, qui n'ont pas cru nécessaire ou n'ont pas désiré formaliser la mise en œuvre de l'Accord, leur coopération a été garantie par les mécanismes de règlement des conflits prévus dans l'Accord. En effet, bien qu'en cas de violation des obligations de l'ALENA, c'est le Canada qui fera l'objet d'une plainte, l'article 2019 encourage la partie lésée à cibler ses représailles dans le même secteur que celui à l'origine de la plainte ce qui aura généralement pour effet d'atteindre plus particulièrement la province responsable de la violation⁷⁰. Ainsi,

68. *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, L.R.Q., c. M-35.2.

69. *Id.*, Préambule.

70. ALÉNA, *précité*, note 62, art. 2019 : « 1. Si un groupe spécial détermine dans son rapport final qu'une mesure est incompatible avec les obligations découlant du présent accord ou annule ou compromet un avantage au sens de l'annexe 2004 et que la Partie visée par la plainte n'a pu s'entendre avec une Partie plaignante sur une solution mutuellement satisfaisante conformément au paragraphe 2018(1) dans les 30 jours suivant la réception du rapport final, la ou les Parties plaignantes pourront suspendre, à l'égard de la Partie visée par la plainte, l'application d'avantages dont l'effet est équivalent, jusqu'à ce que les Parties se soient entendues sur une solution du différend. 2. Pour ce qui est des avantages à suspendre en application du paragraphe 1 : a) une Partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre les avantages conférés au même secteur ou aux mêmes secteurs que le ou les secteurs touchés par la mesure ou autre question qui, selon le groupe spécial, est incompatible avec les obligations découlant du présent accord ou a entraîné l'annulation ou la réduction d'un avantage au sens de l'annexe 2004; et b) si une Partie plaignante estime qu'il n'est pas matériellement possible ou efficace de suspendre les avantages conférés au même secteur ou aux mêmes secteurs, elle pourra envisager la suspension d'avantages conférés à d'autres secteurs. ». [Nous soulignons.]

même en l'absence d'une acceptation formelle, les provinces canadiennes n'ont eu guère de choix que de se conformer aux obligations imposées par l'Accord. Mais évidemment, cette manière d'imposer la mise en œuvre d'un traité ne favorise guère l'harmonie constitutionnelle. C'est sans doute la raison pour laquelle le gouvernement fédéral a mis en place un mécanisme de consultation formel pour les négociations entourant le commerce international. Ce mécanisme a été mis en lumière lors des consultations publiques tenues de décembre 1998 à mai 1999 par le Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international⁷¹ au sujet des orientations que devrait suivre le gouvernement fédéral dans la négociation de nouvelles ententes commerciales.

Lors de son témoignage devant le Comité, John Klassen, (alors directeur général, Direction générale de la politique commerciale, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international) a expliqué que des représentants des gouvernements provinciaux et fédéral se rencontraient tous les quatre mois pour discuter de l'ensemble de la politique commerciale du Canada. Il a aussi mentionné que les provinces avaient alors accès à des documents portant sur des dossiers touchant le commerce et qu'elles étaient habituellement consultées avant leur publication. Il ne faisait aucun doute pour M. Klassen que le succès de la mise en œuvre d'ententes commerciales ne pouvait être assuré qu'en impliquant les provinces le plus tôt possible dans le processus de négociations⁷². Compte tenu de ce témoignage ainsi que des autres contributions reçues⁷³, le Comité permanent, dans sa Recommandation 8 a invité le gouvernement fédéral à :

71. Voir Canada, Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, *Le Canada et l'avenir de l'organisation mondiale du commerce : Pour un programme du millénaire qui sert l'intérêt public*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999.

72. *Id.*, p. 3-13 à 3-15.

73. Voir notamment D.L. COOK, *The Millenium Round of Multilateral Trade Negotiations : The Provinces and the Treaty Making — A Submission to the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade for the Public Hearings on Trade Negotiations under the Auspices of the World Trade Organization*, Charlottetown, 25 avril 1999, disponible à : <http://www.thunderlake.com/briefings/Jurisdiction.doc> (consulté le 28 octobre 2003).

poursuivre sa pratique qui consiste à informer et à consulter les provinces sur les questions liées à la libéralisation des échanges dans le cadre de l'OMC et des autres forum internationaux qui traitent du commerce, et de les associer aux procédures de négociations lorsque cela est souhaitable, de façon à protéger leurs intérêts dans leurs domaines de compétence, le tout dans le respect des intérêts de l'ensemble de la Fédération canadienne.⁷⁴

1.2.4 La coopération en matière environnementale

Nous avons pu constater qu'il s'établit parfois un large consensus parmi les provinces canadiennes autour d'un instrument international négocié par le gouvernement fédéral, ce qui par la suite se traduira par une volonté commune d'assurer la mise en œuvre en droit interne des mesures nécessaires au respect des obligations internationales contractées, lorsque celles-ci ressortent en tout ou en partie des champs de compétence provinciaux. Il arrive même que dans ces situations de « lune de miel » fédérale-provinciale, la question de la légitimité constitutionnelle apparaisse superflue et que dans l'enthousiasme et la bonne volonté générale, l'on procède à une répartition des « tâches » entre les autorités provinciales et fédérale qui ne puisse complètement se réclamer des dispositions normatives de la Constitution.

À cet égard, l'exemple du *Protocole de Montréal* auquel nous avons fait référence précédemment apparaît important. Ainsi qu'en fait état la *Stratégie québécoise de gestion des substances appauvrissant la couche d'ozone et de leurs produits de remplacement*⁷⁵, « il a été convenu que les mesures portant sur la production, l'importation et l'exportation des SACO relèveront du fédéral tandis que les mesures portant sur la vente, la gestion et l'utilisation des SACO dépendront principalement

74. Canada, Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, *op. cit.*, note 71, p. 3-15.

75. Disponible à : http://www.menv.gouv.qc.ca/air/saco_strategie/index.htm (consulté le 23 octobre 2003).

des provinces »⁷⁶. Il ne nous apparaît pas certain qu'une telle répartition des compétences eût pu être le résultat d'un arbitrage judiciaire. Appelé à se prononcer quant à la constitutionnalité d'une loi visant à éliminer les SACO, un tribunal serait tenu d'analyser la question sous l'angle de la répartition des compétences législatives faite aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁷, indépendamment de tout « arrangement » pouvant résulter de la coopération fédérale-provinciale⁷⁸. Ainsi que le soutient un auteur :

While cooperation between jurisdictions may be the key, the nihilistic assumption that the Constitution is rendered a mere bystander in the process is troubling [...] Of course, this conclusion of cooperative federalism does not help courts settle disputes in a litigation setting in which an « all or nothing » decision must be made.⁷⁹

Quoi qu'il en soit, dans le domaine de la protection de l'environnement, la coopération fédérale-provinciale s'est trouvée en quelque sorte institutionnalisée par la signature en 1998 de l'*Accord pancanadien sur l'harmonisation environnementale*⁸⁰ conclu sous l'égide du Conseil canadien des

76. *Id.*, Introduction, p. 3. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont adopté des règlements pour intégrer les normes internationales relativement aux substances appauvrissant la couche d'ozone. Voir par exemple, au niveau fédéral : le *Règlement fédéral sur les halocarbures*, DORS/99-255, G.C., Partie II, 1^{er} juillet 1999; modifié par DORS/2000-105, G.C., Partie II, 29 mars 2000 et le *Règlement sur les substances appauvrissant la couche d'ozone (1998)*, DORS/99-7, G.C., Partie II, 16 décembre 1998; modifié par DORS/2000-102, G.C., Partie II, 29 mars 2000; DORS/2001-2, G.C., Partie II, 3 janvier 2001; DORS/2002-100, G.C., partie II, 13 mars 2002 et au Québec le *Règlement sur les substances appauvrissant la couche d'ozone*, R.R.Q., c. Q-2, r. 23.1.

77. *Précitée*, note 6.

78. Ainsi, compte tenu de la finalité des mesures adoptées (la protection de la couche d'ozone stratosphérique située dans la haute atmosphère) et de l'étendue géographique du problème (il s'agit d'un phénomène global qui ne peut être réglé que par la collaboration de tous les États dans l'élimination des substances destructrices), le résultat d'une analyse constitutionnelle ne saurait être très différent de celui que nous proposons en deuxième partie de ce texte, et qui favorise la reconnaissance d'une compétence fédérale prépondérante basée sur les pouvoirs fédéraux en matière de droit criminel ou sur la clause *POGG*. Voir, *supra*, p. 171 et suiv.

79. M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10, p. 448.

80. Rappelons toutefois que le Québec a décidé de ne pas adhérer à cet Accord de même qu'aux ententes auxiliaires prises en vertu de celui-ci. Voir le site du CCME à : <http://www.ccme.ca/about/accomplishments.fr.html> (consulté le 24 octobre 2003).

ministres de l'Environnement (CCME). Ce Conseil travaille à promouvoir une coopération intergouvernementale efficace dans le domaine de la protection de l'environnement et doit promouvoir le développement durable au Canada⁸¹. Le CCME est formé des ministres de l'Environnement du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux et territoriaux. Ces quatorze ministres se réunissent normalement au moins une fois par année pour discuter des priorités nationales en matière d'environnement et déterminer les travaux à réaliser sous l'égide du Conseil. Les décisions au sein du Conseil sont prises par consensus seulement.

Entre les réunions du Conseil des ministres, la gestion des travaux du CCME est assurée par un comité directeur, le Comité de planification et de protection de l'environnement, formé de hauts fonctionnaires de tous les gouvernements, des sous-ministres, et d'un secrétariat permanent. Ce Comité de sous-ministres fournit des avis au Conseil des ministres sur une base continue et coordonne les projets du CCME confiés à des groupes de travail intergouvernementaux.

En 2000-2001, à la suite d'une discussion sur l'orientation future des travaux du Conseil, les ministres ont reconnu que, pour demeurer efficace en tant que principale tribune gouvernementale de discussion sur des questions environnementales d'intérêt national et international, le Conseil devait s'orienter davantage vers les politiques d'ordre général, tout en continuant de mener des travaux scientifiques et techniques. C'est ainsi que dans le plan d'activités pour la période de 2002 à 2005 on trouve sous la rubrique « domaine ciblé » une question nouvelle, « Explorer les liens entre la santé humaine et l'environnement » de même que « Discuter des éléments stratégiques de grandes questions environnementales sur le plan international ». Le résultat désiré en ce qui concerne cette dernière question est de « faciliter la participation du président du CCME dans différents forums internationaux » et de « présenter une vue d'ensemble et des avis d'experts directement aux ministres à la réunion du Conseil

81. Sous la rubrique « Quels travaux réalise le CCME » sur le site du CCME à : <http://www.ccme.ca/about/index.fra.html> (consulté le 24 septembre 2003).

en octobre »⁸². Ainsi, le Comité de planification pourrait jouer un rôle dans la confection de l'inventaire annuel, des rapports et de la cueillette de données prévus dans le *Protocole de Kyoto*, de la même façon qu'il le fait en ce qui concerne le *Protocole de Montréal*⁸³.

La coopération déjà établie en matière environnementale entre les provinces canadiennes et le gouvernement central peut-elle jouer un rôle en matière de lutte contre le réchauffement climatique? Sans doute, mais encore faudrait-il d'abord qu'il y ait consensus parmi les provinces quant à la pertinence du *Protocole de Kyoto* et quant aux modalités de son intégration. Or, les provinces se sont associées pour rejeter en bloc la démarche du gouvernement fédéral visant à ratifier le *Protocole* sans qu'ait été élaboré préalablement un « véritable plan canadien » fondé sur un certain nombre de principes⁸⁴. À l'endroit des dispositions de fond du *Protocole* et concernant la volonté de respecter celles-ci, on ne peut certes pas prétendre à l'heure actuelle qu'il y ait unanimité parmi les provinces canadiennes⁸⁵. Dans le domaine du réchauffement climatique, où les points techniques et les détails d'application dominent le portrait et où il apparaît difficile de quantifier précisément autant les impacts négatifs que positifs des obligations encourues, l'entente semble difficile à atteindre entre les provinces.

82. Sous la rubrique « Plan d'activités » sur le site du CCME à <http://www.ccme.ca/about/index.fra.html> (consulté le 24 septembre 2003).

83. Canada, Conseil canadien des ministres de l'environnement, *op. cit.*, note 58.

84. Voir la *Déclaration des provinces et des territoires sur la politique en matière de changement climatique*, signée à Halifax le 28 octobre 2002, disponible à : <http://www.menv.gouv.qc.ca/air/changement/declaration-halifax.htm> (consulté le 24 octobre 2003).

85. L'opposition de l'Alberta est connue, alors que d'autres provinces réfléchissent de façon active aux mesures d'intégration de *Kyoto*. Ainsi le Québec a entrepris les démarches nécessaires pour mettre en œuvre le *Protocole*, conformément aux dispositions de sa *Loi sur le ministère des Relations Internationales*, L.R.Q., c. M-25.1.1, art. 22.2 et 22.3. En vertu des dispositions de ces articles, la ministre a déposé le 5 décembre 2002 à l'Assemblée nationale une motion visant à approuver le *Protocole de Kyoto*. De plus, les 18, 19, 20, 22 et 25 février 2003, la Commission des transports et de l'environnement a tenu une consultation publique au sujet de la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Québec. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, « Consultation générale sur la mise en œuvre du Protocole de Kyoto au Québec » dans *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, vol. 37, n^{os} 69 à 73.

2. L'ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS : VERS UNE MISE EN ŒUVRE UNILATÉRALE DU PROTOCOLE

En cas d'échec des négociations avec les provinces, le gouvernement canadien devra considérer les possibilités qui s'offrent à lui sur le plan constitutionnel pour assurer une mise en œuvre effective du *Protocole de Kyoto*. Pour des raisons précédemment mentionnées⁸⁶, le Parlement central nous apparaît être l'autorité législative la mieux placée pour relever adéquatement, au Canada, le défi du changement climatique. Nous croyons qu'en cas de contestation judiciaire, le pouvoir unilatéral du gouvernement canadien d'adopter des mesures de mise en œuvre de Kyoto sera reconnu par les tribunaux⁸⁷. La principale question qui se pose à cet égard demeure celle de l'assise constitutionnelle des mesures adoptées. Quelles compétences législatives reconnues au Parlement par le texte de la Constitution pourraient être considérées comme les fondements légitimes de ces mesures?

Nous ne pouvons effectuer ici une analyse exhaustive de cette question et évaluer les chances de succès d'une intervention unilatérale du gouvernement fédéral en fonction de chacune des compétences législatives qui pourraient être invoquées. Un auteur a ainsi fait valoir que la compétence reconnue au gouvernement fédéral en matière de taxation⁸⁸ lui permettrait très certainement d'imposer de nouvelles taxes affectant les GES dans le but d'en limiter la consommation⁸⁹. De même, la compétence fédérale sur les échanges et le commerce⁹⁰ pourrait être le fondement d'un régime

86. Voir nos remarques en introduction, *supra*, p. 147 à 149.

87. Ainsi que nous le verrons cependant, ce pouvoir unilatéral ne devrait pas être interprété comme empêchant les provinces d'adopter des mesures complémentaires visant à protéger le climat mondial. Voir *infra*, p. 191 à 194.

88. Voir l'article 91(3) *Loi constitutionnelle de 1867* qui reconnaît au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer pour toutes les matières tombant dans la catégorie suivante : « [l]e prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation ».

89. Voir P. BARTON, *loc. cit.*, note 7, p. 444-445.

90. L'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

d'échange de crédits d'émissions de GES⁹¹, bien que ceci ne fasse pas l'unanimité chez les auteurs⁹². Sans faire ici l'éventail des mesures diverses qui pourraient être adoptées par le gouvernement fédéral pour contribuer à la lutte mondiale contre le réchauffement climatique, mentionnons que deux compétences reconnues au Parlement fédéral nous apparaissent comme particulièrement pertinentes pour satisfaire de façon générale à leur légitimité sur le plan constitutionnel : celle portant sur le droit criminel⁹³ et celle reconnue en vertu de la théorie des dimensions nationales et fondée sur la clause introductive de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁴.

Ainsi, si la solution la plus commode nous apparaît être à ce titre de privilégier la compétence fédérale sur le droit criminel (2.1), la solution la plus logique consisterait selon nous à faire prévaloir la compétence fédérale qui découle de la théorie des dimensions nationales (2.2).

2.1 LA SOLUTION COMMUNE : LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE SUR LE DROIT CRIMINEL

S'il décidait de réglementer les émanations de gaz à effet de serre, le gouvernement fédéral pourrait sans doute le faire en vertu de sa compétence sur le droit criminel, même si *a priori*, cette affirmation peut sembler étonnante. En effet, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion, dans l'affaire *R. c. Hydro-Québec*⁹⁵, de préciser que les atteintes à l'environnement constituent un mal public pouvant justifier le Parlement fédéral de recourir à la compétence sur le droit criminel qui lui est accordée en vertu de l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans cette affaire, le schéma législatif institué en 1988 par le législateur fédéral dans la *Loi cana-*

91. C'est du moins l'opinion de J.F. CASTRILLI, « Legal Authority for Emissions Trading in Canada » in *The Legislative Authority to Implement a Domestic Emissions Trading System* (Ottawa : National Round Table on the Environment and the Economy, 1999) App. 1, p. 16-17, cité dans P. BARTON, *loc. cit.*, note 7, p. 443.

92. Voir P. BARTON, *loc. cit.*, note 7, p. 440-444.

93. Voir l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

94. Voir *supra*, note 17.

95. [1997] 2 R.C.S. 213.

dienne sur la protection de l'environnement⁹⁶ pour réglementer « du berceau au tombeau » les substances toxiques a été considéré constitutionnel. Dans la nouvelle *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁹⁷ adoptée en 1999, les pouvoirs de réglementation avalisés par la Cour suprême en 1997 ont non seulement été maintenus, mais aussi précisés et enrichis de plusieurs dispositions.

Deux questions doivent être ici étudiées. Premièrement, les gaz à effet de serre comme le dioxyde de carbone, le méthane, les CFC, peuvent-ils être considérés comme des « substances toxiques » au sens de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*? (2.1.1) Deuxièmement, quel est l'intérêt d'invoquer la compétence en matière de droit criminel comme fondement des mesures de protection du climat mondial? (2.1.2)

2.1.1 Les GES sont-ils des substances toxiques?

Nous pensons que la réponse à cette question doit être affirmative. Ceci dépend dans un premier temps de la définition donnée au terme « substance » lequel signifie, selon l'article 3 de l'actuelle L.C.P.E. :

Toute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable. La présente définition vise notamment :

- a) les matières susceptibles soit de se disperser dans l'environnement, soit de s'y transformer en matières dispersables, ainsi que les matières susceptibles de provoquer de telles transformations dans l'environnement;
- b) les radicaux libres ou les éléments;
- c) les combinaisons d'éléments à l'identité moléculaire précise soit naturelles, soit consécutives à une réaction chimique;
- d) des combinaisons complexes de molécules différentes, d'origine naturelle ou résultant de réactions chimiques, mais qui ne pourraient se former dans la pratique par la simple combinaison de leurs composants individuels.

96. L.R.C. (1985), c. 16 (4^e suppl.) [ci-après L.C.P.E. (1988)].

97. *Loi visant la prévention de la pollution et la protection de l'environnement et de la santé humaine en vue de contribuer au développement durable*, L.C. 1999, c. 33 [ci-après L.C.P.E.].

Elle vise aussi, sauf pour l'application des articles 66, 80 à 89 et 104 à 115 :

e) les mélanges combinant des substances et ne produisant pas eux-mêmes une substance différente de celles qui ont été combinées;

f) les articles manufacturés dotés d'une forme ou de caractéristiques matérielles précises pendant leur fabrication et qui ont, pour leur utilisation finale, une ou plusieurs fonctions en dépendant en tout ou en partie;

g) les matières animées ou les mélanges complexes de molécules différentes qui sont contenus dans les effluents, les émissions ou les déchets attribuables à des travaux, des entreprises ou des activités.

Par ailleurs, l'environnement comprend l'« [e]nsemble des conditions et des éléments naturels de la Terre », notamment, « l'air, l'eau et le sol » et « toutes les couches de l'atmosphère »⁹⁸. De sorte que les GES constituent très certainement des « matières susceptibles de se disperser dans l'environnement » et des « combinaisons d'éléments » simples ou complexes, d'origine naturelle ou « consécutives à une réaction chimique ».

Les GES sont-ils des « substances toxiques » au sens de la Loi? La réponse encore ici devrait être affirmative puisque est toxique toute substance « qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou concentration ou dans des conditions de nature à avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement ou sur la diversité biologique »⁹⁹. Le terme « nocif » n'étant pas défini dans la Loi, sans doute faut-il lui donner son sens commun de « qui est de nature à nuire »¹⁰⁰ et constater que si les GES produisent bien un réchauffement climatique pouvant entraîner des

98. En plus des « matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants » et les « systèmes naturels en interaction [...] » : voir l'article 3 L.C.P.E. (Nos italiques.)

99. L'article 64a) L.C.P.E. Les paragraphes b) et c) prévoient réciproquement qu'est toxique une substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou dans des conditions de nature à « mettre en danger l'environnement essentiel pour la vie » et « constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaines ».

100. Le *Petit Larousse illustré*, 2001.

modifications majeures des conditions de la vie sur Terre, ceux-ci s'avèrent donc sûrement « nocifs » au sens de la Loi. Par contre, comme persiste toujours une situation d'incertitude scientifique quant aux causes du phénomène de modification du climat, on pourrait arguer que la proposition ne vise que les hypothèses de risques avérés ou prouvés à l'environnement. Sur ce point, nous pensons plutôt que puisque le législateur fédéral a explicitement intégré le principe de précaution au préambule et dans les dispositions visant l'application administrative de la Loi¹⁰¹, le terme « toxique » devrait être interprété comme désignant non seulement les substances effectivement toxiques, mais aussi celles pour lesquelles le potentiel de toxicité n'a pas encore été établi par un consensus ou une opinion majoritaire dans la communauté scientifique. Ainsi, autant les situations de risques potentiels que les situations de risques avérés seraient visées par la Loi. Dans ce contexte, les connaissances accumulées à ce jour quant au rôle joué par le dioxyde de carbone et les autres gaz dits « à effet de serre » dans le phénomène du réchauffement climatique constituent sans doute à tout le moins le « début de preuve scientifique » requis pour invoquer le principe de précaution et justifier la réglementation de ces substances dans le cadre de la L.C.P.E.¹⁰².

Sans introduire ici les détails techniques concernant l'évaluation et la réglementation des substances toxiques, mentionnons que l'article 90(1) L.C.P.E. indique que « [s]'il est convaincu qu'une substance est toxique, le gouverneur en conseil peut prendre, sur recommandation des ministres, un décret d'inscription de la substance sur la liste de l'annexe 1 ». Le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil à

101. Voir le préambule, l'article 6 et l'alinéa 2(1)a) L.C.P.E., *précitée*, note 97. Le principe de précaution est cependant traduit, dans la version française de la Loi, par l'expression « principe de la prudence ».

102. D'ailleurs, dans l'évaluation de la toxicité des substances, les ministres de la Santé et de l'Environnement doivent tenir compte du principe de la prudence, en vertu de l'article 76.1 L.C.P.E. Sur la signification du principe de précaution dans le contexte de la L.C.P.E., voir H. TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2003) 28 *Queen's L.J.* 455, 479-500. Sur le principe de précaution, voir aussi la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

l'endroit des substances toxiques inscrites à la liste de l'annexe 1 est prévu à l'article 93 de la Loi, et s'étend notamment à la quantité ou à la concentration des substances rejetées dans l'environnement, à leurs conditions de fabrication, à leurs fins d'importation, de fabrication et d'utilisation, aux modalités de leur exportation et de leur importation, à l'interdiction totale ou partielle de leur utilisation, transformation ou vente, aux lieux et méthodes de leur élimination, etc.¹⁰³. L'inscription à la liste de l'annexe 1 fait suite à une recommandation des ministres de la Santé et de l'Environnement, lesquels procèdent à l'évaluation ou l'examen de substances inscrites sur la liste intérieure¹⁰⁴ pour déterminer si elles sont effectivement ou potentiellement toxiques. Ces évaluations et examens ont lieu dans l'une ou l'autre des trois situations suivantes¹⁰⁵ : la substance présente pour les particuliers au Canada un fort risque d'exposition ou encore est persistante ou bioaccumulable et présente une toxicité intrinsèque pour les êtres humains ou les organismes autres que les organismes humains (article 73), la substance fait l'objet d'une interdiction ou de restrictions importantes pour des raisons environnementales ou de santé en vertu d'une décision prise par un gouvernement au Canada ou par un gouvernement d'un État étranger membre de l'O.C.D.E. ou d'une subdivision de cet État (article 75) ou la substance figure sur la liste des substances d'intérêt prioritaire qui énumère les substances pour lesquelles les ministres de la Santé et de l'Environnement jugent prioritaire de déterminer si elles sont effectivement ou potentiellement toxiques (article 76). Lorsqu'ils ont procédé à ces évaluations ou examens, les ministres publient dans la Gazette une déclaration précisant la mesure qu'ils ont l'intention de prendre à l'endroit des substances visées¹⁰⁶, et parmi ces mesures possibles figure la recommandation d'inscription sur la liste de l'annexe 1¹⁰⁷.

103. Voir les alinéas a) à y) de l'article 93(1) L.C.P.E.

104. La liste intérieure des substances comprend environ 23 000 substances en usage au Canada, qu'elles soient fabriquées, importées ou utilisées de façon commerciale. Voir les articles 66 à 69 L.C.P.E.

105. Voir l'article 76.1 L.C.P.E.

106. Voir le paragraphe 77(1) L.C.P.E.

107. Voir l'alinéa 77(2)c) L.C.P.E.

Les GES pourraient ainsi être inscrits à la liste de l'annexe 1 et être assujettis à un régime réglementaire par exemple pour limiter leur utilisation si, après l'évaluation ou l'examen prévu dans l'une des trois situations mentionnées ci-haut, les ministres recommandent leur inscription à cette liste et si le gouverneur en conseil est convaincu, au sens de l'article 90(1) de la Loi, que ces gaz sont toxiques. Pour appuyer cette position, mentionnons que c'est en vertu des dispositions portant sur la réglementation des substances toxiques qui figurent dans la L.C.P.E. qu'ont été inscrites sur la liste de l'annexe 1 les substances qui appauvrissent la couche d'ozone et qu'ont été adoptés les règlements fédéraux pour limiter ou interdire la fabrication, l'utilisation, les importations et exportations de ces substances¹⁰⁸. Il serait d'ailleurs difficile de prétendre que le législateur fédéral ne puisse emprunter le même chemin pour contribuer à la lutte contre le réchauffement climatique, compte tenu des similitudes frappantes au niveau des effets qui existent entre le rejet des GES et les substances qui appauvrissent la couche d'ozone¹⁰⁹: effets qui se manifestent dans la haute atmosphère mais qui influencent globalement les conditions de la vie sur Terre, indistinctement d'ailleurs des lieux terrestres d'où provient l'émission de ces substances.

2.1.2 Le droit criminel comme fondement des mesures de protection du climat mondial : le pour et le contre

L'intérêt que présente la compétence fédérale en matière de droit criminel pour légitimer l'adoption de mesures de contrôle à l'endroit des GES repose essentiellement sur le fait

108. La liste des substances toxiques figurant à l'Annexe 1 de la L.C.P.E. peut être consultée au site suivant : http://www.ec.gc.ca/RegistreLCPE/subs_list/Toxicupdate.cfm (consulté le 10 octobre 2003). Les règlements fédéraux sont les suivants : le *Règlement fédéral sur les halocarbures*, DORS/99-255, G.C., Partie II, 1^{er} juillet 1999; modifié par DORS/2000-105, G.C., Partie II, 29 mars 2000 et le *Règlement sur les substances appauvrissant la couche d'ozone* (1998), DORS/99-7, G.C., Partie II, 16 décembre 1998; modifié par DORS/2000-102, G.C., Partie II, 29 mars 2000; DORS/2001-2, G.C., Partie II, 3 janvier 2001; DORS/2002-100, G.C., Partie II, 13 mars 2002.

109. D'ailleurs, certaines substances qui appauvrissent la couche d'ozone, dont les chlorofluorocarbures (CFC), sont aussi des gaz à effet de serre.

que l'exercice de cette compétence n'empêche pas les provinces de réglementer les mêmes substances, en vertu de la théorie du double aspect, en autant que les mesures provinciales ne soient pas incompatibles avec celles du Parlement¹¹⁰. Il s'agit sans doute ici d'un argument central qui a motivé la décision des juges majoritaires de la Cour suprême dans *R. c. Hydro-Québec*¹¹¹. Rappelons que dans cette affaire, les dispositions de la L.C.P.E. (1988) qui reconnaissaient au gouvernement fédéral la possibilité de réglementer les substances toxiques ont été considérées comme valablement fondées sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Le juge La Forest, qui a rédigé en l'espèce l'opinion majoritaire¹¹², s'exprime en ces termes :

[L]a compétence fédérale en matière de droit criminel n'empêche nullement les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère l'art. 92 pour réglementer et limiter la pollution de l'environnement de façon indépendante ou pour compléter les mesures fédérales. La situation ne diffère vraiment pas de celle qui a trait à la protection de la santé, dans laquelle le Parlement exerce depuis longtemps un vaste contrôle sur des matières comme les aliments et drogues au moyen d'interdictions fondées sur la compétence en matière de droit criminel. Cela n'a pas empêché les provinces de réglementer et d'interdire largement beaucoup d'activités relatives à la santé. Les deux niveaux de gouvernement travaillent souvent ensemble pour satisfaire des intérêts communs. [...] La crainte que la loi contestée en l'espèce perturbe l'équilibre fédéral-provincial me semble exagérée.¹¹³

110. Il y aurait incompatibilité entre deux normes si la mesure provinciale est, sur le plan environnemental, moins sévère que la norme fédérale, mais il n'y aurait pas incompatibilité dans la situation inverse. Ce qui signifie concrètement que le gouvernement fédéral peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, adopter des normes minimales pancanadiennes pour les substances toxiques, qui peuvent être complétées localement par des normes de protection de l'environnement plus sévères adoptées par les provinces.

111. *Précitée*, note 95. Voir aussi J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 10, p. 171.

112. Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin ont souscrit aux motifs du juge La Forest.

113. Voir *R. c. Hydro-Québec*, *précitée*, note 95, p. 299.

Néanmoins, l'élargissement de la compétence de droit criminel pour assurer la protection de l'environnement ne fait pas l'unanimité. Dans l'affaire *Hydro-Québec*, une forte dissidence rédigée par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci¹¹⁴ fait valoir qu'en l'espèce, l'octroi de la compétence au Parlement n'impose pas de limites vérifiables et empiète de façon inacceptable sur les champs de compétence provinciaux¹¹⁵.

La compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel en vertu de l'article 91(27) est assujettie à deux critères : les mesures prises doivent viser un objectif public légitime et elles doivent contenir des interdictions assorties de peines¹¹⁶. Dans l'arrêt *Hydro-Québec*, les juges de la majorité ont estimé que ces deux conditions étaient remplies¹¹⁷. Dans un premier temps, les juges dissidents sont d'avis, tout comme les juges majoritaires, que la protection de l'environnement constitue un objectif public légitime et que l'atteinte de cet objectif puisse nécessiter l'édiction de crimes par le Parlement¹¹⁸. Cependant, les juges dissidents estiment que les dispositions contestées en l'espèce ne peuvent être qualifiées de droit criminel au sens de l'article 91(27) car « [i]l ressort de la structure de la partie II de la Loi qu'elles [les dispositions] visent non pas à interdire la pollution de l'environnement, mais simplement à la réglementer »¹¹⁹. Ainsi, l'analyse des dispositions contestées de la Loi permet aux juges Lamer et Iacobucci de faire la constatation suivante :

Les interdictions, telles qu'elles existent sont accessoires au régime de réglementation, et non l'inverse. Cela laisse fortement entendre que la Loi est axée sur la réglementation plutôt que sur les interdictions. [...] Ces dispositions visent non pas à interdire les substances toxiques ou encore l'un ou l'autre

114. Les juges Sopinka et Major souscrivent aux motifs du juge en chef et du juge Iacobucci.

115. Voir *R. c. Hydro-Québec*, précitée, note 95, p. 244-266 (motifs des juges Lamer et Iacobucci).

116. Voir notamment : *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1.

117. Voir *R. c. Hydro-Québec*, précitée, note 95, p. 289 et suiv. (motifs du juge La Forest).

118. « La protection de l'environnement représente en soi une justification légitime d'une loi criminelle » : *Id.*, p. 248.

119. *Ibid.*

aspect de leur utilisation, mais simplement à contrôler la façon dont elles pourront interagir avec l'environnement.¹²⁰

Les juges minoritaires s'inquiètent également du fait que le rôle laissé aux provinces dans la gestion des substances toxiques risque d'être bien marginal. En effet, les dispositions de la L.C.P.E. permettent au gouverneur en conseil de réglementer pratiquement tous les aspects en relation avec l'utilisation d'une substance¹²¹, en autant que celle-ci puisse s'avérer, d'une façon ou d'une autre, nocive pour l'environnement. Et ceci même si la Cour suprême a précisé, dans le jugement unanime rendu en 1992 dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*¹²², que l'environnement doit demeurer un sujet de compétence partagée puisqu'il ne fait l'objet d'aucune attribution spécifique par le texte de la Constitution. Pour les juges minoritaires, « un pouvoir de réglementation systématique du genre prévu par la Loi est [...] incompatible avec la nature partagée de la compétence en matière d'environnement »¹²³. Ainsi, « on ne devrait pas permettre à un ordre de gouvernement d'investir le domaine de manière à éclipser totalement la présence de l'autre »¹²⁴.

Outre le fait que les dispositions contestées dans l'affaire *Hydro-Québec* apparaissent être de nature essentiellement réglementaire plutôt que prohibitive, la définition fort large donnée au terme « toxique » dans la L.C.P.E.¹²⁵ se révèle éga-

120. *Id.*, p. 253 et 255. Voir aussi : L.-R.N. LESCOP, « R. c. Hydro-Québec : la dénaturation du droit criminel au bénéfice de l'environnement », (1999) 33 *R.J.T.* 420.

121. À cet égard, les juges Lamer et Iacobucci constatent « l'ampleur remarquable des dispositions contestées ». Ils précisent : « Les 24 rubriques de compétence énumérées à l'art. 34 [reprises pour l'essentiel au paragraphe 93(1) de la L.C.P.E. de 1999] permettent la réglementation de tous les aspects imaginables des substances toxiques; en fait, au cas où il y aurait eu oubli, l'al. 34(1)x) prévoit la prise de règlements concernant "toute autre mesure d'application de la présente partie". Il est fort improbable, à notre avis, que le Parlement ait eu l'intention de laisser la criminalisation d'un aussi vaste domaine de comportement à la discrétion des ministres de la Santé et de l'Environnement » : *Id.*, p. 254.

122. [1992] 1 R.C.S. 3.

123. Voir R. c. *Hydro-Québec*, précitée, note 95, p. 256.

124. *Ibid.*

125. Voir *supra*, p. 179. La définition donnée au terme « toxique » dans la L.C.P.E. de 1999 (article 64) reprend la définition de la L.C.P.E. de 1988 (article 11) considérée constitutionnellement valide par la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Hydro-Québec*.

lement problématique au regard du partage des compétences législatives. Cette définition ne prévoit aucune limite minimale quant au seuil de gravité que doit présenter l'effet néfaste d'une substance sur la qualité de l'environnement avant de justifier l'exercice du pouvoir réglementaire. Elle n'impose pas non plus de restrictions de nature géographique ou territoriale, en ce sens que sont visées même les substances dont l'effet nocif ne se manifeste que localement, par exemple sur un territoire restreint dans une seule province ou encore à l'endroit d'une seule composante de l'environnement. Les dispositions de la L.C.P.E. confèrent ainsi à l'ordre fédéral la possibilité d'adopter des normes pancanadiennes à l'endroit de n'importe quelle substance qui puisse avoir un effet néfaste sur quelque composante de l'environnement que ce soit, même à l'intérieur d'une seule province. Ceci laisse potentiellement une place des plus limitées pour l'exercice des pouvoirs provinciaux à l'endroit des mêmes substances, puisqu'une province ne pourrait pas moduler à la baisse les normes nationales pour tenir compte des caractéristiques propres aux écosystèmes locaux.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel du droit, des mesures réglementaires visant la diminution des émissions de GES au Canada seraient probablement reconnues comme reposant sur la compétence fédérale en matière de droit criminel, puisque les GES peuvent être considérés comme des substances toxiques pour l'environnement. Cependant, rien n'indique en ce moment que le législateur fédéral ait l'intention d'adopter un régime classique de réglementation à l'endroit des GES. Le système mis en place sera vraisemblablement d'un type nouveau puisqu'il permettra des échanges de crédits d'émission de GES. Pourra-t-on considérer le schéma législatif adopté comme fondé sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? Rien n'est sûr à cet égard. Le législateur fédéral a prévu, dans la L.C.P.E., une disposition permettant l'adoption de règlements pour l'établissement d'un mécanisme de permis échangeables¹²⁶. Quelle compétence fédérale permettrait la mise en place de telles mesures? Une des possibilités serait de reconsidérer la com-

126. Voir l'article 326 L.C.P.E.

pétence fédérale en matière d'échanges et de commerce et d'y trouver un éventuel fondement légitime¹²⁷. Une autre possibilité, plus intéressante à notre avis, consisterait à revenir à un critère davantage géographique ou « spatial » pour asseoir la compétence fédérale en matière de lutte contre le réchauffement climatique, ce qui pourrait à notre avis se faire au moyen de la théorie des dimensions nationales.

2.2 LA SOLUTION LOGIQUE : LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE EN VERTU DE LA THÉORIE DES DIMENSIONS NATIONALES

En matière de protection de l'environnement, l'idée d'assurer une répartition des compétences législatives entre plusieurs niveaux de gouvernement en fonction de critères davantage physiques ou géographiques plutôt que purement matériels ou formels n'apparaît certes pas nouvelle. Dans le contexte canadien du moins, l'inadéquation qui existe entre les paramètres rigides fixés par la Constitution en ce qui a trait au partage des pouvoirs législatifs et le caractère fluide et imprévisible des problèmes environnementaux a été dénoncée¹²⁸. En effet, il s'avère difficile d'identifier, à partir de deux listes de matières énumérées qui établissent respectivement les compétences des ordres fédéral et provincial, l'autorité responsable pour résoudre des problèmes environnementaux qui souvent ne peuvent être utilement ramenés à des paramètres de temps et d'espace connus. Devant ces difficultés qui deviennent dans certains cas inextricables, forte est la tentation de reconnaître une certaine prééminence à la nature et d'assouplir les critères constitutionnels pour qu'ils correspondent davantage aux besoins de la cause environnementale. Cette approche nous apparaît préférable à celle qui consiste plutôt à compartimenter et à trancher les composantes de l'environnement physique, au détriment de toute logique biologique, pour satisfaire dans tous les cas à la

127. Voir *supra*, p. 171-172.

128. Voir notamment : M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10.

légitimité constitutionnelle traditionnellement recherchée dans la gestion des ressources¹²⁹.

L'apparition sur la scène environnementale internationale d'idées nouvelles dues à l'intégration des facteurs économiques, sociaux et environnementaux (le concept de développement durable) et à l'amélioration des connaissances des phénomènes de la nature (l'approche écosystémique) a certes enrichi la réflexion sur le plan constitutionnel. En matière de protection de l'environnement, il est devenu de plus en plus évident que la répartition des compétences législatives entre différents paliers de gouvernement devrait idéalement respecter les caractéristiques biologiques des écosystèmes et des ressources à protéger. Or, ceci n'est pas une tâche aisée. L'auteur Kennett fait le constat suivant :

The constitutional difficulties raised by environmental jurisdiction, however, are not simply the result of an awkward fit between "environment" as an area of government activity and the enumerated heads of power. Federalism itself is a source of tension. The integration of economic and environmental decision-making recommended by the Brundtland Report and the complex interrelationships brought to light by an ecosystem perspective on environmental issues suggest the need for a comprehensive approach to policy-making and regulation. Federalism, however, allocates responsibilities to different levels of government, thus risking fragmentation.¹³⁰

Le professeur Walters donne l'exemple de la conservation des pêcheries, qui relève au Canada de la compétence fédérale, et de l'exploitation économique des forêts, qui est de compétence provinciale. Il ne s'agit pas simplement ici d'une répartition des pouvoirs au sein d'un même niveau de gouvernement, répartition qui aurait pour effet d'attribuer à deux ministères différents, d'une part les décisions entourant la préservation du poisson, d'autre part celles concernant le

129. Ainsi que le rappelle le professeur Walters : « Just as economic development cannot be conceptualized as the price of the environment, neither can the ideal of federalism. In the long run, both the idea of economic development and the idea of federalism become empty of meaning without the presence of a physical world worth living in. » : *Id.*, p. 449.

130. S.A. KENNETT, « Federal Environmental Jurisdiction After Oldman (Case comment) », (1993) 38 *McGill L.J.* 180, p. 182.

développement économique des forêts. Le fédéralisme canadien s'avère encore plus problématique au regard de la protection de l'environnement. Le professeur Walters explique ainsi :

Special concerns arise, however, in a federal state where, in essence, the fragmentation problem acquires a further, more deep-rooted dimension. In the case of fisheries and forestry, the environmental concerns of each are often unified yet the regulation of the environmental priorities of the former are constitutionally fragmented from the regulation of economic development priorities of the latter. In short, the Constitution, which on its face allows for the break-up of environmental decisions among levels of government, may in fact frustrate the goal of sustainable development on a different score, namely, through a division of resource jurisdictions in such a way which is insensitive to the singleness and unity of ecosystems.¹³¹

Il faut par contre souhaiter que, dans l'interprétation de la Constitution, les tribunaux soient sensibles à ces facteurs. La Cour suprême du Canada s'est en partie fondée sur des critères reliés à la géographie et à l'unicité des ressources biologiques dans certains des jugements qu'elle a été appelée à rendre et qui mettent en cause la répartition des compétences législatives en matière environnementale. Les décisions rendues dans les affaires *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*¹³² et *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*¹³³ constituent à cet égard des précédents intéressants. Dans la première affaire, il a été décidé qu'une situation de pollution qui trouve naissance dans un cours d'eau qui chevauche deux ou plusieurs provinces ne peut être réglementée par l'une de celles-ci dans le but d'imposer un régime de responsabilité civile statutaire aux pollueurs situés dans une autre province. Dans cette affaire, des propriétaires d'usines situées en Saskatchewan et en Ontario avaient été poursuivis par le gouvernement manitobain, en vertu d'une loi du Manitoba qui prévoyait un droit d'action contre les pollueurs portant préjudice aux pêcheries manitobaines. Les usines avaient

131. M. WALTERS, *loc. cit.*, note 10, p. 429.

132. [1976] 1 R.C.S. 477.

133. [1988] 1 R.C.S. 401.

déversé du mercure dans des eaux s'écoulant dans les eaux manitobaines, contaminant celles-ci. La majorité de la Cour a considéré la loi provinciale *ultra vires* car une province ne peut légiférer de façon extraterritoriale. Bien qu'ils ne soient pas sur ce point parfaitement limpides, les motifs du juge Pigeon semblent être à l'effet que la réglementation de la pollution des cours d'eau interprovinciaux relève de l'autorité exclusive du gouvernement fédéral. Le juge s'est exprimé ainsi :

Entre pays souverains, des problèmes de ce genre peuvent se régler seulement par des accords internationaux comme cela s'est produit dans le cas des dommages causés aux États-Unis par la fonderie de Trail. [...] Ici, nous sommes en présence d'un problème de pollution qui n'est pas réellement de portée locale mais véritablement interprovinciale. La situation juridique n'est pas sans analogie avec celle des pipe-lines interprovinciaux qui, a-t-on décidé, n'étaient pas soumis à l'application des lois relatives au privilège de constructeur en raison de leur caractère interprovincial. [...] [À] l'égard de dommages causés par des actes posés à l'extérieur de son territoire, je ne puis partager le point de vue que l'on peut les traiter comme une matière relevant [du pouvoir législatif de la province] lorsque ces actes sont posés dans une autre province, pas plus que lorsqu'ils le sont dans un autre pays.¹³⁴

Dans *Crown Zellerbach*, la majorité de la Cour suprême a décidé que la pollution des mers, y compris celle des éten-dues d'eau salée entièrement situées sur le territoire d'une province, relève de la compétence fédérale en vertu de la clause introductive de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition fédérale contestée en l'espèce, soit l'article 4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*¹³⁵, interdisait les rejets de substances en mer, sauf ceux autorisés par un permis; pour les fins de l'application de la Loi, la « mer » incluait les eaux intérieures, à l'exception des eaux

134. *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, précité, note 132, p. 512, 514, 516.

135. S.C. 1974-75-76, chap. 55. Cette loi est aujourd'hui abrogée et remplacée par la section 3 de la Partie VII de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, précitée, note 97.

douces. Cette décision de la Cour suprême a contribué à l'élargissement de la théorie des dimensions nationales¹³⁶. Auparavant, il était généralement admis que le paragraphe introductif de l'article 91 justifiait l'octroi d'une compétence au Parlement dans deux hypothèses différentes : soit dans les situations d'urgence, soit à l'endroit de matières nouvelles qui n'existaient pas en 1867, telles que l'aéronautique et l'énergie nucléaire, et qui présentent un intérêt national. Le jugement majoritaire dans *Crown Zellerbach* a pour effet de faire relever de la théorie des dimensions nationales une autre catégorie de matières : celles qui relevaient en 1867 de l'ordre local mais qui présentent aujourd'hui un intérêt pour la nation entière. Le juge Le Dain, qui rédige l'opinion majoritaire¹³⁷, précise ainsi les critères d'application de la théorie des dimensions nationales, tant dans le cas des matières nouvelles que de celles qui ont depuis 1867 « acquis » un intérêt national :

Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;

Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière.¹³⁸

Le juge Le Dain estime que la pollution des mers satisfait au critère de l'unicité, de la particularité et de l'indivisibilité de la matière. Sur ce point, le juge fonde son opinion sur deux constatations distinctes. D'une part, il semble percevoir la dimension globale et planétaire que comporte la question

136. Voir M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) *R.D.U.S.* 1.

137. Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre et Wilson souscrivent aux motifs du juge Le Dain.

138. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 133, p. 432.

de la protection des mers, puisqu'il explique que « la pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier »¹³⁹. D'autre part, il tient compte des caractéristiques qui distinguent les eaux salées des eaux douces au niveau de leur composition et de leur action pour justifier leur traitement législatif différent et ce, même s'il n'ignore pas que « dans bien des cas, la pollution des eaux douces a pour effet de polluer les eaux de la mer dans lesquelles elles se déversent »¹⁴⁰. Cette dernière constatation amène d'ailleurs le juge à examiner de façon fort laconique le second critère d'application, à savoir l'effet compatible de cette attribution de compétence sur le partage fondamental établi par la Constitution. Il conclut sur ce point en ces termes :

[L]a distinction entre eaux salées et eaux douces, pour limiter l'application de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, satisfait [à l'autre] critère, [...] savoir que pour qu'on puisse dire qu'une matière revêt un intérêt national [...] elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale.¹⁴¹

Cette décision a fait l'objet de vives critiques en raison de l'empiétement majeur sur les intérêts provinciaux qui en découle. Dans une forte dissidence, le juge La Forest refuse de considérer la « pollution des mers », telle que mise en cause par la disposition contestée, comme une matière suffisamment distincte pour relever de la compétence fédérale en vertu de la théorie des dimensions nationales. Pour le juge, sur un plan écosystémique, la pollution de la mer ne résulte pas que des rejets de substances nocives dans les eaux salées, mais aussi de ceux dans les eaux douces qui éventuellement se déversent dans la mer¹⁴². Pour contrôler correctement la pollution des mers, il faudrait aussi limiter la pollution de l'air puisque « [à] d'importants égards, la pollution de la mer résulte des émissions atmosphériques, transportées sur de

139. *Id.*, p. 436.

140. *Id.*, p. 437.

141. *Id.*, p. 437-438.

142. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 133, p. 457.

nombreux milles avant de se déposer dans la mer »¹⁴³. Par ailleurs, le facteur territorial auquel le jugement majoritaire fait allusion, à savoir les incidences extraprovinciales et internationales de la pollution du milieu marin, n'est pas non plus suffisamment présent pour les juges minoritaires. En effet, le juge La Forest rappelle que la disposition contestée vise en l'espèce des rejets de débris de bois dans des eaux salées provinciales, que lesdits rejets sont considérés comme inoffensifs pour la qualité du milieu marin et que de surcroît, il n'est pas prouvé que cette immersion de substances a un quelconque effet sur des eaux à l'extérieur de la province¹⁴⁴. Le professeur Lucas résume en ces termes les objections relevées :

[T]he majority's application of this distinctiveness test is suspect. This is because the pervasiveness of ocean water pollution as an ecological systems matter was not fully recognized. Nor is it clear why the factor of environmental harm was given so little weight in defining the scope of federal POGG authority. The effect, in the realm of environmental protection, is to broaden the scope of POGG legislative jurisdiction while leaving the principles for limiting the provincial impact of these powers unacceptably vague.¹⁴⁵

En somme, s'il est une chose que cet arrêt de la Cour suprême démontre, c'est bien la difficulté de correctement identifier, à l'intérieur du champ plus vaste de la protection de l'environnement dans son ensemble, des matières spécifiques aux fins de la répartition des compétences législatives entre différents niveaux de gouvernement. Compte tenu des incertitudes scientifiques qui persistent et des effets multiples qui unissent les diverses formes de pollution, la « catégorisation » de matières devient une tâche extrêmement complexe, même en appliquant des critères qui tentent de respecter les caractéristiques écosystémiques ou géographiques des phénomènes de pollution.

143. *Ibid.*

144. *Id.*, p. 459.

145. A.R. LUCAS, « Case Comments : *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.* », (1989) 23 *U.B.C. Law Review* 355, p. 370.

Dans ces circonstances, la lutte contre les changements climatiques mondiaux pourrait-elle constituer une matière attribuée au législateur fédéral en vertu de la clause introductive de l'article 91 de la Constitution? Nous pensons que la réponse à cette question doit être positive, malgré les conséquences importantes que ceci peut entraîner pour la gestion et l'utilisation des ressources naturelles à l'intérieur des provinces. En fait, si la protection de l'environnement ne présente pas la particularité requise pour relever dans son entièreté de la compétence fédérale¹⁴⁶, la Cour suprême du Canada a, par contre, plusieurs fois précisé que la compétence législative à l'endroit des conséquences internationales des phénomènes de pollution devrait relever de la théorie des dimensions nationales, en raison de l'incapacité provinciale de régler efficacement ces problèmes. Ceci est manifeste tant dans l'opinion majoritaire que dans l'opinion dissidente de *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*¹⁴⁷. Ceci apparaît aussi dans la dissidence du juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*¹⁴⁸. Appelé à étudier la possibilité que la réglementation des substances toxiques prévues à la L.C.P.E. soit fondée sur la théorie des dimensions nationales, le juge en chef, qui avait souscrit à la dissidence du juge La Forest dans *Crown Zellerbach*, rejette cette hypothèse. Pour relever du pouvoir général fédéral, il aurait fallu que la définition de la « toxicité » des substances soit davantage circonscrite. Ainsi, pour le juge Lamer, la Loi aurait pu établir une limite territoriale pour ne viser que les substances qui risquent de franchir les frontières interprovinciales ou internationales¹⁴⁹. Elle aurait pu aussi restreindre son action à certains types de substances « que ce soit en fonction de leur degré de persistance et de dif-

146. À cet effet, voir *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 64.

147. *Précité*, note 133. Dans ses motifs dissidents, le juge La Forest précise d'ailleurs : « Je ne doute pas que [le gouvernement fédéral] puisse aussi, et c'est là un aspect de sa souveraineté internationale, exercer sa compétence législative pour contrôler la pollution au-delà de ses frontières » (à la page 445). Pour un auteur, les motifs du juge La Forest laissent largement ouverte la possibilité pour le gouvernement fédéral d'invoquer la clause paix, ordre et bon gouvernement en matière de protection de l'environnement lorsque sont présentes des « externalités juridictionnelles » : voir S.A. KENNETT, *loc. cit.*, note 130, p. 196-197.

148. *Précité*, note 95.

149. *Id.*, p. 262-263.

fusion dans l'environnement et de la sévérité de leur effet nocif»¹⁵⁰. Dans ces cas, le critère de l'incapacité provinciale aurait été facilement reconnu :

Si les dispositions contestées de la Loi portaient, en fait, uniquement sur des substances chimiques, tels les BPC, dont les effets sont diffus, persistants et sérieux, les conséquences graves de l'omission d'une province de réglementer efficacement leur rejet dans l'environnement pourraient être établies à première vue.[...] [Cependant], les substances dont les effets nocifs ne sont que temporaires et localisés sembleraient sans contredit relever de la capacité des provinces en matière de réglementation.¹⁵¹

Ces propos nous incitent à croire que des dispositions législatives qui chercheraient à limiter les émissions de GES dans l'environnement en raison des conséquences que celles-ci risquent d'entraîner pour l'équilibre climatique mondial devraient être valablement fondées sur la théorie des dimensions nationales. Le problème du réchauffement climatique, tout comme d'ailleurs celui de la protection de la couche

150. *Id.*, p. 263.

151. *Id.*, p. 263-264. Voir aussi la décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 328. La Cour était appelée à décider si les relations de travail dans les centrales nucléaires de l'Ontario relèvent du *Code canadien du travail*. Les ouvrages et entreprises « destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique » avaient été déclarés à l'avantage général du Canada en vertu de l'article 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* fédérale, et conformément à l'article 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La majorité de la Cour répondit par l'affirmative à la question de savoir si cette compétence reconnue au Parlement fédéral s'étend à la réglementation des relations de travail dans les ouvrages et entreprises qui produisent de l'énergie nucléaire. Par ailleurs, les sept juges ayant rendu la décision ont été d'accord pour reconnaître que l'énergie atomique comme matière relève également de la compétence fédérale en vertu de la clause « paix, ordre et bon gouvernement ». Dans son appréciation de cette question, le juge La Forest, au propos duquel souscrivent deux autres juges, mentionne ceci : « Il n'y a sûrement pas de doute que la production, les applications et les usages de l'énergie atomique constituent une question d'intérêt national, dont le caractère et les répercussions sont principalement extraprovinciales et internationales, et dont les caractéristiques sont suffisamment distinctes pour justifier l'exercice du pouvoir résiduel fédéral; [...] Personne n'a sérieusement contesté cette affirmation [...]. Les aspects stratégie et sécurité de l'énergie nucléaire en matière de défense nationale et la catastrophe de Chernobyl ainsi que la quasi-catastrophe de Three Mile Island liées à sa production et à son utilisation pacifiques en font bien ressortir le caractère national et unique » (p. 379).

d'ozone, sont par essence même de nature globale et transcendent toute frontière politique établie par l'être humain. Dans le cadre du partage constitutionnel canadien, toutes les mesures prises ayant pour finalité de contribuer à la lutte mondiale pour l'un ou l'autre de ces problèmes environnementaux relèvent *a priori*, à notre avis, de la compétence prépondérante du gouvernement fédéral.

Est-ce à dire que les provinces seraient empêchées d'adopter parallèlement des mesures pour limiter les émissions de GES sur leur territoire afin de contribuer à la lutte globale? Si les mesures provinciales ont pour effet de contredire, à la baisse, les standards nationaux décidés par le gouvernement fédéral, il est clair qu'elles ne sauraient prévaloir. Par contre, les provinces devraient être autorisées à mettre en place des moyens complémentaires pour réduire les émissions de GES, en tenant compte des capacités de chacune de celles-ci à le faire. Il est vrai que la reconnaissance de matières relevant de la théorie des dimensions nationales confère au gouvernement fédéral un pouvoir permanent et exclusif de légiférer à leur endroit¹⁵². À notre avis cette interprétation devrait pouvoir être modifiée par les tribunaux de manière à attribuer plutôt au Parlement fédéral une compétence prépondérante et concurrente sur la matière, qui n'empêcherait par l'exercice d'une juridiction concurrente par les provinces. Les provinces ont toujours eu une compétence de base en matière de pollution de l'air sur leur territoire. Elles devraient continuer à réglementer les divers contaminants de l'air, en respectant toutefois ce qui pourrait avoir été décidé par le gouvernement fédéral pour lutter contre les changements climatiques mondiaux.

À cet égard, un argument récemment avancé par la Cour suprême du Canada dans un tout autre contexte pourrait bien aider à clarifier la situation. Dans une affaire récente¹⁵³ mettant en cause le pouvoir des municipalités québécoises de restreindre sur leur territoire l'utilisation de pesticides, le juge L'Heureux-Dubé a entre autres invoqué dans ses motifs

152. Voir J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411, p. 446.

153. Voir 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

le principe de la subsidiarité pour justifier la validité d'un règlement municipal¹⁵⁴. Ce règlement s'avérerait plus restrictif, dans le sens de la protection de l'environnement, que les mesures fédérales et provinciales portant sur la même matière. En somme, la Cour a considéré qu'une communauté locale peut choisir un niveau de protection du milieu naturel plus élevé que les standards édictés à l'échelon national ou provincial. En ce qui concerne l'influence qu'exerce le principe de la subsidiarité sur cette décision, le juge L'Heureux-Dubé s'exprime en ces termes :

Cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population.¹⁵⁵

Le principe de la subsidiarité jouerait ainsi un rôle dans la détermination du niveau de gouvernement compétent face à un problème donné, notamment en matière environnementale. Ainsi, une question litigieuse qui peut plus facilement être réglée par l'ordre local devrait l'être au niveau des municipalités ou à la limite par la province concernée. *A contrario*, il faudrait sans doute aussi considérer que les problèmes environnementaux internationaux ou globaux devraient par contre relever prioritairement de l'ordre fédéral, qui seul peut assurer le respect d'éventuelles obligations internationales contractées dans le but d'apporter une solution. Dans l'un et

154. *Id.*, p. 249. Trois autres juges souscrivent aux motifs du juge L'Heureux-Dubé. Dans des motifs concurrents auxquels souscrivent deux autres juges, le juge Lebel n'aborde pas la question de l'application du principe de la subsidiarité. Néanmoins, en ce qui a trait à la question essentielle soulevée dans cette affaire, à savoir la reconnaissance du pouvoir des municipalités d'interdire l'utilisation non essentielle de pesticides sur leur territoire, les motifs du juge Lebel vont dans le même sens que ceux du juge L'Heureux-Dubé.

155. 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 153, p. 249. À cet égard, le juge renvoie à des propos dans le même sens tenus par le juge La Forest dans *R. c. Hydro-Québec*, précité, note 95, p. 295.

l'autre cas cependant, les autres niveaux de gouvernement devraient aussi avoir la possibilité de contribuer à la lutte globale.

Les problèmes environnementaux se révèlent de plus en plus liés entre eux et la volonté de les résoudre appelle dorénavant une collaboration à l'échelle mondiale à la fois des États et des autorités publiques mais aussi des individus et des communautés locales. Le principe de la subsidiarité reflète bien cette nécessité de pouvoir compter sur la participation de tous les acteurs potentiellement impliqués dans la gestion et l'utilisation des ressources naturelles pour affronter les problèmes qui affectent leur préservation. En effet, s'il a connu ses premières applications dans le cadre de l'élaboration progressive de l'intégration économique, politique et sociale européenne, ce principe a aussi été récupéré en droit international de l'environnement par l'expression : « Penser globalement, agir localement ». Il est peut-être en partie présent dans le principe 10 de la Déclaration de Rio (1992) qui mentionne que « [l]a meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, *au niveau qui convient* »¹⁵⁶. Il a aussi été formulé dans le Rapport Brundtland (Commission sur l'environnement et le développement) qui recommande que les autorités nationales prennent des mesures de protection de l'environnement et que les autorités locales soient habilitées à renforcer, mais non pas à libéraliser, les normes nationales¹⁵⁷.

Ainsi, le principe de subsidiarité pourrait être interprété comme favorisant l'adoption de mesures minimales de protection de l'environnement à l'échelon supérieur, étant entendu que ces mesures pourront être ajustées à la hausse à l'échelon local si nécessaire. Ce schéma de répartition des compétences législatives serait à notre avis pertinent dans le contexte constitutionnel canadien pour lutter contre les changements climatiques mondiaux, étant entendu que le gouvernement fédéral voudra à tout le moins prendre les mesures minimales qui lui permettront d'éviter toute responsabilité sur la scène

156. Nos italiques.

157. Voir : Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve, 1988, p. 262.

internationale pour un manquement aux obligations fixées par le *Protocole de Kyoto*.

Pour atteindre la cible de Kyoto et diminuer de 6 % les émanations de gaz à effet de serre au Canada, le gouvernement fédéral envisage entre autres de mettre en place un système d'échanges de droits d'émission entre les différents émetteurs de GES¹⁵⁸. Le législateur fédéral établirait pour chaque secteur d'activité concerné¹⁵⁹ un « cap », c'est-à-dire une quantité maximale totale d'émissions de GES. Cette allocation totale serait subdivisée en « parts » ou « crédits d'émission », lesquels feraient l'objet d'échanges et de transactions entre les entreprises des différents secteurs d'activité visés. Selon l'auteur Philip Barton, un tel système ménagerait les compétences provinciales tout en permettant au législateur fédéral de jouer le rôle prédominant que devrait lui reconnaître la théorie des dimensions nationales à l'endroit du problème du réchauffement climatique mondial. Cet auteur explique :

Emissions trading in a sector-by-sector approach assists in the argument that federal intrusion has ascertainable and reasonable limits. A cap is set, yet direct intrusion into any specific facilities in any given province is prevented. This could go a long way to reconciling POGG with the « property and civil rights » powers of the provinces. The resulting certainty from the allocation of reductions by sector, likely to be a source of intense federal-provincial and/or federal-industry negotiations, would allay concerns that federal powers would overwhelm the provincial power over industries within their jurisdiction. [...] [T]he POGG power presents a strong possibility for federal legislative authority to implement a GHG-trading system. As long as legislation is carefully designed with balanced federalism and “ascertainable” limits in mind, there is a good possibility that the national concern doctrine of POGG could provide the constitutional basis for instituting mandatory emission targets.¹⁶⁰

158. Voir le *Plan du Canada sur les changements climatiques*, *op. cit.*, note 9. Voir aussi A. TURMEL, *op. cit.*, note 2, p. 104-108.

159. Par exemple, l'industrie pétrolière, les pâtes et papiers, l'agriculture.

160. P. BARTON, *loc. cit.*, note 7, p. 430-431.

CONCLUSION

Le *Protocole de Kyoto* n'est pas le premier traité ratifié par le Canada dont une partie (ou la totalité) de la mise en œuvre soulève l'épineuse question de la répartition des compétences législatives entre l'État central et les provinces. Le gouvernement fédéral canadien n'est donc pas aux prises avec une situation de principe inconnue. Différentes solutions s'offrent à un État fédéral, tel le Canada, qui doit concilier le respect de ses obligations internationales avec les contraintes de son cadre constitutionnel : assortir sa signature, ratification ou adhésion d'une réserve fédérale, conclure des accords-cadres avec les autres parties contractantes, veiller à inclure une clause fédérale au traité, opter pour des négociations et une coopération fédérale-provinciale, et finalement contester judiciairement les prétentions de compétences provinciales. Nous avons vu que certains de ces moyens ne semblaient pas appropriés et n'avaient pas été envisagés au moment des négociations ayant conduit à la conclusion du *Protocole*. Pour l'État canadien soucieux de respecter ses engagements internationaux en matière de lutte contre le réchauffement climatique, il ne reste finalement que deux voies, celle de la concertation avec les provinces canadiennes ou celle de la coercition à l'endroit de celles-ci.

Toutefois, dans l'un comme dans l'autre cas, le cadre général de mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada devrait être le suivant. Le gouvernement fédéral devrait jouer un rôle essentiel et prédominant pour assurer l'atteinte des objectifs fixés, en raison du fait que le réchauffement climatique constitue un problème environnemental global qui affecte la planète entière et qui déborde nettement de la capacité provinciale d'apporter le correctif nécessaire. Par ailleurs, la reconnaissance d'un rôle dominant au gouvernement fédéral ne devrait pas empêcher les législatures d'édicter pour leur propre territoire des normes et des programmes complémentaires afin de contribuer à la résolution du problème global. La combinaison des mesures décidées aux niveaux fédéral et provincial devrait atteindre la réduction de 6 % exigée pour respecter les obligations internationales du Canada. Entre les provinces, la répartition du fardeau pour-

rait être faite selon plusieurs modèles, mais il serait sans doute approprié de tenir compte de la capacité économique de chaque province d'atteindre les objectifs de réduction, en fonction du type d'industries qui se trouvent sur son territoire et des modalités de production énergétique et d'exploitation des ressources naturelles qui la caractérisent.

Ce cadre s'avère certes imprécis et incomplet mais il nous apparaît être à tout le moins suffisant pour saisir la dynamique complexe de la mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada. L'établissement d'un tel programme d'action pourrait très bien résulter d'un exercice de coopération entre le gouvernement fédéral et les provinces. Cette coopération est bien sûr souhaitable dans les circonstances. Cependant, devant l'impasse et le refus éventuel d'une ou de plusieurs provinces d'adopter les mesures nécessaires pour assurer le respect des engagements du Canada, nous croyons que ce même cadre pourrait être établi par voie judiciaire, advenant la situation où la question de la répartition constitutionnelle des compétences législatives en la matière soit directement posée aux tribunaux.

À l'heure actuelle, l'avenir du *Protocole de Kyoto* à l'échelle internationale demeure douteux. Rappelons qu'aux États-Unis, l'administration républicaine actuelle reste réfractaire aux mesures décidées sur la scène internationale et a indiqué son refus de le ratifier. La Russie, entre les mains de laquelle se joue finalement le destin du *Protocole*¹⁶¹ est hésitante devant les coûts économiques que représente la protection du climat mondial. Quoi qu'il en soit, le Canada s'est engagé sur la scène internationale à faire sa part pour lutter contre le réchauffement climatique, phénomène qui ne disparaîtra pas de lui-même et qui appellera de nouvelles actions internationales en cas d'échec des efforts diplomatiques

161. En vertu de l'article 25 du *Protocole de Kyoto*, celui-ci entrera en vigueur « le quatre-vingt-dixième jour qui suit la date du dépôt de leurs instruments de ratification [...] par 55 Parties à la Convention au minimum, parmi lesquelles les Parties visées à l'annexe I [les États industrialisés et les États en économie de transition] dont les émissions totales de dioxyde de carbone représentaient en 1990 au moins 55 % du volume total des émissions de dioxyde de carbone de l'ensemble des Parties visées à cette annexe ». Au stade actuel, l'adhésion de la Russie ou des États-Unis s'avère nécessaire pour que la proportion de 55 % du volume total d'émissions de dioxyde de carbone dans les pays de l'annexe I soit atteinte.

actuels. Que ce soit donc dans le cadre de Kyoto ou autrement, le Canada serait fort mal venu de se défilier de ses obligations pour des raisons tenant à son organisation interne.

Suzanne Lalonde
Université de Montréal
Faculté de droit
C.P. 6128, succursale Centre-ville
MONTREAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-7207
Télec. : (514) 343-2199
Courriel : suzanne.lalonde@umontreal.ca

Hélène Trudeau
Université de Montréal
Faculté de droit
C.P. 6128, succursale Centre-ville
MONTREAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-7482
Télec. : (514) 343-2199
Courriel : helene.trudeau@umontreal.ca