

*Commentaires sur le processus relatif aux communications
des citoyens*

Mémoire
du
Centre québécois du droit de l'environnement



Présenté à la *Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de
l'environnement*

rédigé
par Hervé Pageot

Le 22 septembre 2000

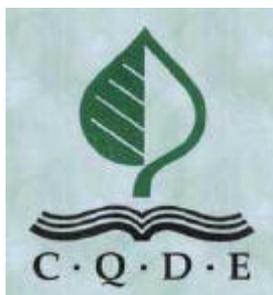
©2000

Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE)
460, Ste Catherine Ouest, bureau 805
Montréal, Québec
H3B 1A7
Tél : 514-861-7022
Tpix : 514-861-8949
Courriel : cqde@cqde.org

Reproduction d'extrait de ce document avec citation de la source.

***Commentaires sur le processus relatif aux communications
des citoyens***

**Mémoire
du
Centre québécois du droit de l'environnement**



Présenté à la *Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de
l'environnement*

*rédigé
par Hervé Pageot*

Le 22 septembre 2000

<u>PRÉSENTATION DU CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT</u>	1
<u>INTRODUCTION</u>	3
<u>I. ANALYSE DES CRITÈRES DÉGAGÉS PAR LA COMMISSION POUR L'APPLICATION DES ARTICLES 14 ET 15</u>	4
<u>A/ L'ÉTAPE DE LA RÉCEPTION : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 14 (1) PAR LE SECRÉTARIAT</u>	4
<u>1. Le paragraphe 1 : « Le Secrétariat pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement »</u>	5
a) <u>La définition de la notion de « législation de l'environnement »</u>	5
b) <u>L'application efficace de sa législation de l'environnement</u>	6
<u>2. « c) offre suffisamment d'information pour permettre au Secrétariat d'examiner la communication, notamment les preuves documentaires sur lesquelles peut être fondée l'allégation; »</u>	8
<u>3. « e) indique que la question a été communiquée par écrit aux autorités compétentes de la Partie, et, s'il y a lieu, fait état de la réponse de la Partie; »</u>	8
<u>B/ L'ANALYSE DE LA COMMUNICATION : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 14 (2) PAR LE SECRÉTARIAT</u>	9
<u>1- Les deux premiers critères : Les notions de « préjudice subi » et de « questions dont l'étude approfondie serait propice à la réalisation de l'Accord »</u>	9
<u>2. L'exigence de l'exercice des recours privés offerts par la Partie</u>	10
<u>C/ L'INTERVENTION DE L'ÉTAT EN CAUSE : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 14 (3)</u>	11
<u>D/ LA CONSTITUTION D'UN DOSSIER FACTUEL</u>	13
<u>II. L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE DES ARTICLES 14 ET 15 EN QUESTION</u>	14
<u>A/ INEFFICACITÉ DUE AUX DÉLAIS DANS LA PROCÉDURE</u>	14
<u>B/ LE RÔLE INJUSTIFIÉ DU CONSEIL</u>	14
<u>C/ RÉFLEXION SUR L'EFFICACITÉ DES SANCTIONS : LES RAPPORTS FACTUELS</u>	14
<u>D/ LIENS AVEC L'ALÉNA ET LA ZLEA</u>	15
<u>CONCLUSIONS</u>	16

Présentation du Centre québécois du droit de l'environnement

Le *Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE)* est une association personnalisée dont la mission est de promouvoir le droit de l'environnement comme outil de protection de la santé publique et du patrimoine collectif. Fondé en 1989, le CQDE a développé une expertise en droit de l'environnement dans les matières suivantes:

- Analyse juridique de la législation et de la réglementation;
- Formation sur les normes environnementales et les droits du public;
- Recherches juridiques sur les instruments publics de protection de l'environnement.

Plus particulièrement, le CQDE poursuit les objectifs suivants:

- Favoriser la concertation entre les intervenants de différentes disciplines en matière d'environnement, de manière à développer le droit de l'environnement dans le respect des objectifs de conservation et d'amélioration des milieux de vie;
- Promouvoir la participation du public aux processus décisionnels en matière d'environnement notamment dans l'élaboration et l'application des normes et des politiques environnementales et dans les évaluations d'impacts des projets de développement;
- Proposer des moyens adéquats pour faciliter l'accès des citoyens à la justice en cette matière.

La poursuite de ces objectifs s'effectue principalement six axes :

Premièrement, le CQDE participe aux consultations gouvernementales relatives à la réforme législative et réglementaire. Ce volet a donné lieu à plus de vingt mémoires et analyses juridiques à l'attention de commissions parlementaires, du Sénat et des ministres concernés.

Deuxièmement, le CQDE tient des conférences en droit de l'environnement à l'attention des professionnels en environnement et du grand public. Il peut s'agir de cours sur des questions intéressant le grand public, de séminaires sur des questions juridiques pointues ou de déjeuners-causerie sur les aspects juridiques de grands dossiers d'actualité.

Troisièmement, le CQDE agit devant les instances judiciaires pour favoriser le développement d'une jurisprudence progressive en matière de droit de l'environnement. À cet égard, la contre-expertise du Centre en matière de droit de l'environnement est reconnue par la Cour du Québec. Le CQDE a également déposé une communication en vertu de la procédure de l'ANACDE (SEM 97-003). C'est fort de cette expérience que nous intervenons aujourd'hui afin de mettre en lumière les lacunes de cette procédure.

Quatrièmement, le CQDE développe des outils juridiques afin de promouvoir la conservation des milieux naturels par les particuliers.

Cinquièmement, le CQDE fait partie de coalitions regroupant différents intervenants de la société civile afin de faire la promotion de la protection de l'environnement. À titre d'exemple, le CQDE est membre du Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC).

Enfin, depuis 1995, le CQDE participe à des projets de coopération internationale en droit de l'environnement. À ce titre, le CQDE est engagé depuis plusieurs années dans une collaboration étroite avec un organisme chilien, l'Observatorio latinoamericano de conflictos ambientales (OLCA) de Santiago au Chili, afin de créer un support permanent de services juridiques en matière d'environnement pour les citoyens, groupes et communautés locales dans ce pays. Ainsi, afin promouvoir la participation publique au processus décisionnel et consultatif en matière d'environnement, nous fournissons aux citoyens une formation juridique environnementale qui leur permet d'aborder et de revendiquer leurs droits à une meilleure qualité de vie, de même que nous intervenons lors de modifications législatives et réglementaires en droit de l'environnement. Cette coopération nous a permis de constituer un réseau de contacts en Amérique du sud, et de suivre de très près l'application de l'Accord de coopération dans le domaine de l'environnement entre le Canada et la Chili.

Introduction

Le Centre québécois du droit de l'environnement voudrait remercier la Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de l'environnement pour son initiative de consultation du public relativement à l'historique du processus des communications des articles 14 et 15 tel qu'il est appliqué depuis sa mise en place. Cette démarche démontre la préoccupation que porte la Commission pour cette procédure, et nous sommes heureux de pouvoir participer à une telle initiative.

Conformément au document intitulé « Consultation publique du CCPM sur les questions relatives à la mise en œuvre et au développement des articles 14 et 15 de l'ANACDE – version provisoire », nous tenterons de formuler nos commentaires sur le mécanisme des communications émanant de personnes ou d'une organisation non gouvernementale. Notre démarche se basera tant sur l'expérience qu'a acquis le Centre québécois du droit de l'environnement lors du traitement de sa communication 97-003, que sur une analyse générale du traitement des communications par la Commission depuis 1995.

Nous aimerions dès à présent préciser que nous pensons toujours que la création de la Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de l'environnement était pertinente et a contribué dans une certaine mesure à renforcer la coopération environnementale entre les États. Il était très important de prévoir un mécanisme quelconque afin de s'assurer que l'instauration du gigantesque marché créé par l'ALÉNA s'effectuerait en tenant compte des répercussions environnementales. L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE) avait été signé à cette fin lors de la mise en place de l'ALÉNA. En instituant une Commission tripartite, chargée de veiller à l'application de la législation environnementale existante par les Parties signataires, il était prévu un mécanisme original de surveillance aux mains tant des Parties et que des citoyens ou groupes communautaires.

La Commission effectue selon nous un travail important en ce qui a trait à la conservation de la biodiversité, à la recherche d'indicateurs d'analyse des impacts de l'ALÉNA sur l'environnement, à l'analyse des liens entre l'environnement, l'économie et le commerce, ou encore aux différentes activités financées par le Fonds nord-américain pour la coopération environnementale. Aussi, nos critiques ne porteront pas tant sur le Secrétariat en tant que tel, qui selon nous tente d'effectuer au mieux son mandat avec les ressources limitées qui lui sont octroyées, mais sur la procédure des articles 14 et 15 même. Car, ainsi que nous l'avons déjà signalé à Dallas lors de la Réunion du Conseil du 12 juin 2000, les cinq années d'application de ce processus ont démontré certaines lacunes.

Nous tenterons de démontrer qu'il est nécessaire aujourd'hui de redéfinir le champ d'action de la Commission et surtout de repenser le mécanisme des communications des articles 14 et 15 de l'ANACDE. Pour ce faire, nous analyserons dans un premier temps l'application de la procédure par la commission, puis nous mettrons en lumière ses principales lacunes pour enfin avancer des solutions concrètes.

I. Analyse des critères dégagés par la Commission pour l'application des articles 14 et 15

Depuis 1995, la Commission a reçu 28 communications¹, dont onze sont encore en cours d'analyse. Seulement deux rapports factuels ont été rédigés sur les 17 communications qui ont été traitées. Au fil des ans et des communications, le Secrétariat a élaboré une sorte de jurisprudence de l'application des articles 14 et 15 de l'ANACDE.

D'une manière générale, la Commission procède par étape dans l'analyse des communications qui sont déposées par des organisations non gouvernementales ou des personnes. Nous suivons ici cette démarche et reprenons une à une ces étapes afin de formuler certains commentaires sur les critères d'analyse dégagés.

A/ l'étape de la réception : l'application de l'article 14 (1) par le secrétariat

Toute communication reçue par le Secrétariat est examinée selon l'article 14 (1). Cet article prévoit que :

Article 14(1) : Le Secrétariat pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement, s'il juge que cette communication :

- a) est présentée par écrit, et dans une langue désignée par la Partie dans une notification au Secrétariat;*
- b) identifie clairement la personne ou l'organisation dont elle émane;*
- c) offre suffisamment d'information pour permettre au Secrétariat d'examiner la communication, notamment les preuves documentaires sur lesquelles peut être fondée l'allégation;*
- d) semble viser à promouvoir l'application de la législation plutôt qu'à harceler une branche de production;*
- e) indique que la question a été communiquée par écrit aux autorités compétentes de la Partie, et, s'il y a lieu, fait état de la réponse de la Partie; et*
- f) est déposée par une personne ou une organisation résidant ou établie sur le territoire d'une Partie.²*

L'article 14 (1) dégage ainsi six critères principaux auxquels doit obligatoirement satisfaire la communication afin d'être déclarée recevable par la Commission³. Si certains ne posent

¹ *Rapport de la directrice exécutive*, Commission de coopération dans le domaine de l'environnement, juin 2000, p.3-12. Ces informations ont été complétées à partir du site officiel de la Commission (<http://www.cec.org>) et sont à jour au 15 septembre 2000.

² *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement de Etats-Unis du Mexique*, 1993, entré en vigueur le 1 janvier 1995, (ci-après dénommé ANACDE).

³ Ceci est confirmé par les lignes directrices :

pas de problèmes particuliers, comme les alinéas a), b) et f), d'autres méritent que nous nous y attardons. La Commission ne manque pas de rappeler que « l'article 14 (1) n'a pas pour objet de faire porter le fardeau de la preuve aux auteurs »⁴. Nous appuyons cette position, car cette étape ne doit pas être un mur infranchissable pour les auteurs d'une communication, mais seulement un instrument qui permet à la Commission d'écarter les communications frivoles ou qui ne tombent pas sous la coupe de l'ANACDE. Malheureusement, le secrétariat se montre trop souvent laconique dans ses analyses, et il est parfois impossible de déterminer comment les articles 14 et 15 ont été appliqués.

1. Le paragraphe 1 : « Le Secrétariat pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement »

Ce paragraphe renvoie essentiellement à deux définitions : celles de « législation de l'environnement », et celle de « omission d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement ».

a) La définition de la notion de « législation de l'environnement »

La définition de la « législation de l'environnement » se trouve à l'article 45 (2) a) de l'ANACDE⁵. Conformément à cet article, le Secrétariat retient une définition relativement large de cette notion lors de la réception des communications⁶. Nous sommes en accord avec cette définition. Néanmoins, la question des traités et accords internationaux en matière d'environnement laisse subsister quelques questions. Le Secrétariat s'est vu deux fois

« 4.1 Le Secrétariat ne peut examiner une communication sur les questions d'application que si elle satisfait aux critères énoncés au paragraphe 14(1) de l'Accord, comme le précisent les présentes lignes directrices. »

Lignes Directrices relatives aux communications sur les questions d'application visées aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, Juin 1999, Montréal, Commission de coopération dans le domaine de l'environnement.

⁴ SEM 98-007 *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 06 mars 2000, p.5

⁵ Article 45(2) :

« a) **«législation de l'environnement»** désigne toute loi ou réglementation nationale, ou toute disposition d'une telle loi ou réglementation, dont l'objet premier est de protéger l'environnement ou de prévenir toute atteinte à la vie ou à la santé des personnes, en assurant

- (i) la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, de la décharge ou de l'émission de substances polluantes ou de nature à souiller l'environnement,
- (ii) le contrôle des produits chimiques, des substances, des matières et des déchets toxiques ou écologiquement dangereux, et la diffusion d'informations à ce sujet, ou
- (iii) la protection de la flore et de la faune sauvages, y compris les espèces menacées d'extinction, de leur habitat et des zones naturelles faisant l'objet d'une protection spéciale à l'intérieur du territoire de la Partie, et qui ne concerne pas directement la santé ou la sécurité au travail.

b) Il demeure entendu que l'expression **«législation de l'environnement»** ne vise aucune loi ou réglementation nationale, ou disposition d'une telle loi ou réglementation, dont l'objet premier est de gérer la récolte ou l'exploitation commerciales, la récolte de subsistance ou la récolte par les populations autochtones des ressources naturelles.

c) La question de savoir si une disposition donnée relève des alinéas a) et b) dépendra de l'objet premier de la disposition en cause, et non pas de l'objet premier de la loi ou de la réglementation dont elle fait part. »

Article 45 (2), ANACDE, *précité*, note 2

⁶ Voir par exemple les liens entre le code pénal fédéral, la Loi sur l'extradition internationale, et la Loi générale sur l'équilibre écologique et la protection de l'environnement. SEM 98-007, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 06 mars 2000, p.6

confronté au problème sans pour autant donner de réponse précise⁷. Les conventions internationales en matière d'environnement doivent-elles être considérées comme législation de l'environnement au sens de l'ANACDE? Le Secrétariat devrait répondre affirmativement à cette question en complétant sa définition de la législation de l'environnement à l'article 45 de l'Accord.

b) L'application efficace de sa législation de l'environnement

Cette notion en revanche demeure plus problématique. L'article 45 nous apporte quelques précisions, qui ne répondent pas toutefois à toutes les questions⁸. De prime abord, l'action de la commission est limitée à la non-application de la législation et non pas à la non-effectivité de la législation. Cette nuance, mainte fois réaffirmée par le Secrétariat⁹, est une des principales limites de l'Accord. Nous y reviendrons ultérieurement.

Deuxièmement, il semble que le Secrétariat favorise les communications qui portent sur des omissions systématiques au lieu de ne porter que sur une omission alléguée d'assurer l'application efficace de la législation n'impliquant qu'un seul incident¹⁰. Cette solution n'a toutefois pas été retenue à chaque fois. Il serait intéressant que le Secrétariat élabore un peu plus sur ce point.

Troisièmement, la procédure ne peut être déclenchée que lors de la non-application d'une législation qui est en vigueur lors du dépôt de la communication. Ainsi, s'il y a eu non-application d'une loi, mais que cette dernière ait été remplacée par une nouvelle, la communication sera rejetée. Cette hypothèse s'est présentée par exemple lors de l'analyse de la communication SEM 97-004. Dans ce cas précis, selon la Commission, la communication arrivait trop tard, soit trois ans après les faits. Il n'y avait pas de concomitance entre l'infraction et la plainte. Le secrétariat faisait de plus remarquer que la loi avait été changée, et n'était donc plus en vigueur¹¹. Le secrétariat semble donc introduire un délai de prescription pour le délai de dépôt des communications. Ce délai est très contestable, car il empêche de se servir de la procédure des communications pour obtenir de l'information sur les démarches effectuées par la Partie pour corriger cette infraction.

⁷ Voir : SEM 00-004, SEM 00-004, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) et (2) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 08 mai 2000, p.10

Également, SEM 97-005, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 26 mai 1998

⁸ « Article 45 :

1. Aux fins du présent accord :

(...)

Une Partie n'aura pas omis d'assurer «**l'application efficace de sa législation de l'environnement**» ou de se conformer au paragraphe 5(1) dans un cas particulier où l'action ou l'omission d'organismes ou de fonctionnaires de cette Partie :

a) constitue un exercice raisonnable de leur pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les enquêtes, les poursuites, la réglementation ou des questions liées à l'observation des lois; ou

b) résulte d'une décision, prise de bonne foi, d'affecter les ressources disponibles au règlement d'autres problèmes environnementaux considérés comme ayant une priorité plus élevée.(...) »

Article 45, ANACDE, *Précité*, note 2

⁹ Par exemple : SEM 00-004, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) et (2) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 08 mai 2000, p.8

¹⁰ SEM 97-006, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 19 juillet 1999, p.12

¹¹ SEM 97-004, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) et (2) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 26 mai 1997.

Le secrétariat nuance cependant cette position. Loin de reconnaître un effet rétroactif à l'ANACDE, il rappelle cependant dans d'autres décisions « que des faits antérieurs à l'ANACDE peuvent générer des obligations qui continuent d'exister après cette date et que certains aspects de ces obligations puissent être pertinents à l'identification de faits relatifs à la question de savoir si une omission d'assurer l'application efficace de la législation de l'environnement existe actuellement »¹². Si nous sommes en accord avec cette dernière position, nous nous opposons avec force à la solution retenue par le Conseil selon laquelle une communication portant sur une non-application d'une législation de l'environnement ne peut conduire à la constitution d'un dossier factuel pour la raison que cette législation a été remplacée pendant la période de traitement de cette communication¹³. Surtout lorsque les délais de traitement de la communication dépassent trois ans en raison notamment des lenteurs de la Partie en cause. Rien ne prouve en effet que la nouvelle législation ait corrigé la situation d'un point de vue environnemental. Il est également pertinent de savoir pourquoi l'ancienne législation n'était pas appliquée. Cette solution pénalise également les auteurs de la communication qui ont effectué leur démarche dans des délais raisonnables afin de faire corriger la non-application.

Enfin, selon le Secrétariat pour qu'il y ait non-application, l'omission doit avoir eu lieu. Une communication ne peut pas porter sur une omission à venir, qui n'est pas certaine. La démarche ne doit pas être prospective¹⁴. Nous sommes d'accord avec la Commission qu'il ne faut pas que les communications servent à déposer des plaintes frivoles. Néanmoins, certaines actions ne peuvent, d'un point de vue environnemental, être corrigées à posteriori. Il serait intéressant que le Secrétariat se prononce sur la possibilité de déposer une communication relative à la non-application imminente de la législation environnementale, dans les cas où il apparaît avec certitude, en raison d'un faisceau d'indices, que la Partie ne fera pas respecter sa législation.

¹² SEM 96-001, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 7 juin 1997

Même chose dans SEM 97-001, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 27 avril 1998

Voir aussi dans SEM 98-007, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 06 mars 2000

¹³ Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de l'environnement, *Résolution du Conseil N 00-01*, 16 mai 2000

¹⁴ SEM 00-003, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 12 avril 2000

2. « c) offre suffisamment d'information pour permettre au Secrétariat d'examiner la communication, notamment les preuves documentaires sur lesquelles peut être fondée l'allégation; »

Les lignes directrices parlent d'un exposé succinct des faits, et des preuves documentaires sur lesquelles se fonde la communication¹⁵. Bien que le Secrétariat rappelle que la communication doit inclure une documentation assez précise sans pour autant faire de ce critère une exigence stricte¹⁶, la pratique semble néanmoins plus exigeante. Le Secrétariat devrait selon nous préciser, par l'ajout d'articles dans ses lignes directrices, les exigences en matière d'information afin que des communications ne soient pas rejetées pour ce motif¹⁷.

3. « e) indique que la question a été communiquée par écrit aux autorités compétentes de la Partie, et, s'il y a lieu, fait état de la réponse de la Partie; »

Ce critère nous semble tout à fait justifié. Les Lignes directrices nous précisent que :

5.6. Le texte de la communication doit indiquer que l'affaire a été transmise par écrit aux autorités compétentes de la Partie visée et faire état de toute réponse reçue, le cas échéant. L'auteur doit joindre à sa communication une copie de toute correspondance pertinente avec les autorités compétentes, c'est-à-dire les organismes gouvernementaux qui, aux termes de la législation de la Partie visée, sont chargés d'appliquer la législation de l'environnement invoquée.¹⁸

Néanmoins, plusieurs communications ne remplissaient pas ce critère¹⁹. Selon nous cet alinéa ne devrait pas constituer une exigence très sévère, mais seulement un indice du sérieux de la démarche de l'auteur de la communication. Les délais de réponse des autorités compétentes étant souvent longs, une personne ou une organisation ne devrait pas attendre au-delà d'une période raisonnable cette réponse avant de déposer une communication. Le fait

¹⁵ « Article 5.3 : La communication doit contenir un exposé succinct des faits sur lesquels se fonde l'allégation et offrir suffisamment d'informations pour permettre au Secrétariat d'examiner ladite communication, y compris toute preuve documentaire sur laquelle celle-ci peut être fondée. »

Lignes Directrices relatives aux communications sur les questions d'application visées aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, Précité, note ??

¹⁶ SEM 00-003 : *Détermination en vertu de l'article 14(1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 12 avril 2000, p.4

¹⁷ Voir: SEM 99-001 : la pétition n'explique pas expressément la fonction des annexes dans l'argumentation concernant la présumée omission d'application de la législation sur l'environnement. Le liens entre les annexes et la pétition n'est pas clair. SEM 99-001, *Détermination du Secrétariat en vertu des articles 14 (1) et 14 (2) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 30 mars 2000, p. 4,

¹⁸ *Lignes Directrices relatives aux communications sur les questions d'application visées aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, Précité, note 3*

¹⁹ Voir par exemple : SEM 00-001 manque la mention que la question a été communiquée par écrit aux autorités compétentes, SEM 00-001, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 25 avril 2000, p.4 ; SEM 00-003 : il faut que la correspondance révèle précisément que les auteurs de la communication ont alerté les autorités concernées au sujet des questions et faits qui constitue la base de leur communication, SEM 00-003, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 12 avril 2000, p. 5; SEM 00-005 : pas de correspondance de mentionnée dans la communication, SEM 00-005, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 13 juillet 2000, p. 5

que l'autorité compétente n'ait pas répondu ne doit en aucun cas jouer contre la recevabilité de la communication.

B/ L'analyse de la communication : l'application de l'article 14 (2) par le secrétariat

Une fois l'étape de la réception passée avec succès, le Secrétariat détermine si la communication justifie la réponse de la Partie en cause. À cette fin, l'article 14 (2) prévoit que :

Article 14(2) : Lorsqu'il juge qu'une communication satisfait aux critères mentionnés au paragraphe 1, le Secrétariat déterminera si la communication justifie la demande d'une réponse à la Partie. Lorsqu'il décidera s'il y a lieu de demander une telle réponse, le Secrétariat cherchera à déterminer :

- a) s'il est allégué qu'un préjudice a été subi par la personne ou l'organisation qui présente la communication;*
- b) si la communication, seule ou combinée à d'autres, soulève des questions dont une étude approfondie serait propice à la réalisation des objectifs du présent accord;*
- c) si les recours privés offerts par la Partie ont été exercés; et*
- d) si les faits allégués dans la communication sont tirés exclusivement des moyens d'information de masse.*

Si le Secrétariat demande une telle réponse, il transmettra à la Partie copie de la communication ainsi que de toute information complémentaire fournie avec la communication.²⁰

Le Secrétariat a appliqué cet article en regroupant plusieurs alinéas. Nous n'abordons que les critères qui ont soulevés des problèmes, ou qui ont mené au rejet de la Communication.

1-Les deux premiers critères : Les notions de « préjudice subi » et de « questions dont l'étude approfondie serait propice à la réalisation de l'Accord »

Les lignes directrices nous fournissent une précision :

7.4 En vérifiant s'il est allégué dans la communication que la personne ou l'organisation qui en est l'auteur a subi un préjudice, le Secrétariat tient compte de divers facteurs, notamment :

- a) si le préjudice allégué est imputable à la présumée omission d'assurer l'application efficace de la législation de l'environnement;*
- b) si le préjudice allégué est relié à la protection de l'environnement ou à la prévention de toute atteinte à la vie ou à la santé des personnes (mais ne concerne pas directement la santé ou la sécurité au travail), comme le prévoit le paragraphe 45(2) de l'Accord.*

²⁰ Article 14 (2), ANACDE, *Précité*, note 2

Le Secrétariat a décidé de retenir une définition large. En effet, reconnaissant que les auteurs n'ont pas subi de préjudice personnel ou particulier, il estime que l'importance naturelle et le caractère public de la ressource naturelle en question font que la communication doit être acceptée car elle aborde des questions dont l'étude approfondie serait propice à la réalisation de l'ANACDE²¹. Cette démarche a permis de juger plusieurs communications compatibles avec l'article 14 (2), en acceptant que des organisations sans but lucratif créées à des fins de protection de l'environnement puissent se servir de la procédure des communications.

2. L'exigence de l'exercice des recours privés offerts par la Partie

C'est un des points délicats de l'ANACDE. Les lignes directrices précisent :

7.5 En vérifiant si les recours privés offerts par la Partie visée en vertu de sa législation ont été exercés, le Secrétariat cherche à déterminer :

a) s'il est approprié de demander une réponse à une communication lorsque la constitution d'un dossier factuel peut chevaucher ou entraver des recours privés que l'auteur de la communication exerce ou a déjà exercés;

b) si des démarches raisonnables ont été entreprises pour exercer de tels recours avant de présenter une communication, en tenant compte du fait que, dans certains cas, il peut exister des obstacles à ces recours.

Les lignes directrices nous indiquent qu'il est préférable que les recours privés aient été exercés avant d'entamer la procédure des articles 14 et 15. Qu'est ce que sont ces recours privés? Certaines communications nous donnent des exemples. Ainsi ont été reconnus comme recours privés, une procédure devant la Court of Queen's Bench de l'Alberta²², ainsi que la procédure administrative de « denuncia popular » du Mexique²³.

Les lignes directrices néanmoins introduisent une latitude au Secrétariat dans la mesure où ce dernier doit apprécier s'il est approprié de demander une réponse à une communication lorsque la constitution d'un dossier factuel peut chevaucher ou entraver des recours privés que l'auteur de la communication a déjà exercés. Comment une communication pourrait-elle entraver des recours privés déjà exercés? Ce critère n'est pas clairement défini selon nous.

²¹ SEM 96-001 : pas de préjudice personnel ou particulier allégué, mais importance naturelle du récif et le caractère public des ressources marines. SEM 96-001, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 7 juin 1997; Voir aussi pour référence à l'article 10 (2) (i) & (j), SEM 96-004, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 27 janvier 1997. Également, SEM 99-002, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (1) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 23 décembre 1999

²² SEM 96-002, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 28 mai 1996

²³ Les recours privés ont été exercés, et sont terminés, donc la réponse de la Partie est justifiée. SEM 96-001, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 7 juin 1997

En outre, qu'en est-il si les recours privés n'ont pas été exercés? Il ne semble pas que ce manquement soit fatal pour la poursuite de la procédure. Rien n'indique le contraire tant dans l'ANACDE que dans les Lignes Directrices. En revanche, le Secrétariat ne demandera pas de réponse de la Partie si un recours privé est pendant à la communication. Cette interprétation découle clairement des textes et a été mise en application par la Commission²⁴.

C/ L'intervention de l'État en cause : l'application de l'article 14 (3)

Une fois que le Secrétariat a demandé une réponse à la Partie mise en cause, cette dernière peut tenter de riposter, en invoquant l'article 14 (3), et affirmer que la question fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative en instance, auquel cas la Commission interrompt les procédures. L'article 14 (3) prévoit en effet :

Article 14 (3). La Partie qui reçoit la communication devra indiquer au Secrétariat, dans un délai de 30 jours ou, dans des circonstances exceptionnelles et sur notification au Secrétariat, dans un délai de 60 jours :

- a) si la question fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative en instance, auquel cas le Secrétariat n'ira pas plus avant; et*
- b) toutes autres informations que la Partie souhaite présenter, notamment :*
 - (i) si la question a déjà fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative, et*
 - (ii) si des recours privés relativement à l'affaire sont offerts à la personne ou à l'organisation qui présente la communication, et si ces recours ont été exercés.*

Mais qu'est-ce qu'une « procédure judiciaire ou administrative »? L'article qui nous en fournit une définition :

Article 45 (3). Aux fins du paragraphe 14(3), «procédure judiciaire ou administrative» désigne :

- a) toute mesure nationale d'ordre judiciaire, quasi-judiciaire ou administratif prise par une Partie en temps opportun et en conformité avec sa législation intérieure. De telles mesures comprennent : la médiation ou l'arbitrage, le processus de délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation; le processus d'obtention d'une assurance d'observation volontaire ou d'un accord d'observation; le recours à une instance administrative ou judiciaire pour obtenir des sanctions ou des réparations; et le processus de délivrance d'une ordonnance administrative; et*
- b) une procédure internationale de règlement des différends qui lie la Partie.*

²⁴ Rejet de la communication, recours pendant devant la Court of Queen's Bench, SEM 96-002, *précité*, note 21

Cette définition réduit quelque peu la possibilité pour la Partie en cause d'invoquer l'article 14 (3) pour sa défense. Il n'y aurait pas forcément interruption automatique du processus d'étude si une question fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative en instance. Quatre critères sont mis de l'avant : la mesure doit être prise i) par une Partie; ii) en temps opportun; iii) en conformité avec la législation de la Partie; iv) comprendre une des catégories d'activités prescrites²⁵. Selon le Secrétariat, la définition de « procédure judiciaire et administrative » devrait être limitée aux « seules procédures qui aboutissent à une décision, à un jugement ou à un accord précis dans une période définie ». Il faudrait exclure « les activités qui sont d'ordre consultatif seulement, qui visent à recueillir de l'information ou qui sont fondées sur la recherche, sans objectifs précis ». En outre, quand la procédure judiciaire est terminée au moment où une Partie invoque l'article 14(3), même si elle était en cours lors du dépôt de la Communication, cela n'est pas un cas d'application de l'article 14 (3)²⁶.

Néanmoins, le Secrétariat ne considère pas que les critères prévus à l'article 45 (3) de l'ANACDE soient cumulatifs. Ainsi, même si la procédure judiciaire ou administrative n'a pas été prise par la Partie elle-même, le Secrétariat estime que l'article 14(3) peut trouver application:

“Since the current matter before the Canadian court was initiated and is being pursued by a private entity, and not a “party” as that term appears to be employed in Article 45(3)a), the Secretariat may consider other factors in its review of the submission at this stage.”²⁷

Cette interprétation nous semble très contestable. Selon nous, l'article 14 (3) a pour objectif d'interrompre la procédure, à la demande de la Partie en cause, dans le cas où elle prouve qu'elle a intenté des procédures judiciaires ou administratives en vue de corriger la situation qui a été dénoncée dans la communication. Le fait que l'auteur ait choisi de porter son action à la fois sur la scène internationale et devant les tribunaux domestiques ne devrait pas entrer en ligne de compte à cette étape de la procédure. L'État ne doit pouvoir se soustraire au rapport factuel que s'il prouve qu'il a pris des mesures concrètes pour s'assurer de l'application efficace de sa législation.

Cette solution devrait également être retenue dans l'hypothèse où une procédure internationale de règlement des différends qui lie la Partie est pendante. Mais, le secrétariat, lors de l'examen des communications réunies SEM 99-001 et SEM 00-002 a interrompu le traitement de la communication en raison d'une procédure d'arbitrage pendante en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, initiée par l'auteur de la communication et non pas par la Partie²⁸

²⁵ SEM 97-001, *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 27 avril 1998, p.8

²⁶ *Ibid.*, p. 11

²⁷ SEM 96-003, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 02 avril 1997

²⁸ SEM 99-001 et 00-002, *Détermination du Secrétariat en vertu de l'article 14 (3) de de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 30 juin 2000

D/ La constitution d'un dossier factuel

En vertu de l'Article 15, c'est le Conseil qui ordonne la constitution d'un dossier factuel au Secrétariat :

« Article 15

1. Si le Secrétariat estime que la communication justifie, à la lumière de toute réponse fournie par la Partie, la constitution d'un dossier factuel, il en informera le Conseil en indiquant ses motifs.

2. Le Secrétariat constituera un dossier factuel si le Conseil, par un vote des deux tiers, lui en donne instruction.

(...) »

Les lignes directrices ne nous sont pas d'une grande utilité car elles ne définissent pas de critères concrets qui pourrait guider le Conseil dans sa décision. Ainsi, le Conseil peut aller à l'encontre de la recommandation du Secrétariat de constituer un dossier factuel. Le cas s'est présenté une fois sur les quatre recommandations envoyées par le secrétariat, pour la communication SEM 97-003.

Selon nous, c'est là un des problèmes majeurs de la procédure des articles 14 et 15 : celui du pouvoir discrétionnaire que possède le Conseil, qui peut passer outre la recommandation du Secrétariat de constituer un dossier factuel. Il semblerait que le Conseil dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans sa prise de décision. Cela nous amène à nous interroger en vertu de quelle justification le Conseil devrait-il avoir le dernier mot? Pourquoi le Conseil, certes organe directeur de la Commission, peut-il passer outre les conclusions du Secrétariat? Le Secrétariat n'est-il pas à même de juger de la pertinence de la constitution d'un dossier factuel, lui qui a effectué le suivi de la plainte, et qui l'a instruit pendant plusieurs années ?

En admettant que le Conseil doive jouer un rôle dans le processus de plainte, reste le problème de la position de l'État qui se trouve à la fois juge et Partie, puisque l'article 15(2) établit une majorité des 2/3 pour la constitution d'un dossier factuel. Pourquoi l'État mis en cause par une communication privée, possède-t-il encore une voix lors de ce vote? Cette procédure va à l'encontre du principe de séparation des pouvoirs. Comment pouvons-nous espérer que les décisions du Conseil soient respectées si aucune impartialité n'est garantie.

Force est de constater de plus que la motivation des décisions du Conseil est plus que laconique. À tout le moins, le Conseil devrait rendre compte d'une dissidence. Certes la Commission a décidé ces derniers temps de faire un effort de communication en imposant au Conseil de rendre public les motifs de refus. Mais cela ne règle ni la question de l'impartialité, ni celle du pouvoir du Conseil.

Enfin, le Conseil peut décider de ne pas rendre public le dossier factuel final²⁹. Selon quels critères encore une fois?

²⁹ Alinéa 15 (7) : Le Conseil pourra, par un vote des deux tiers, rendre le dossier factuel publiquement accessible, normalement dans les 60 jours suivant sa présentation.
ANACDE, *Précité*, note 2

II. L'efficacité de la procédure des articles 14 et 15 en question

Après avoir passé en revue l'application des différentes étapes de la procédures des articles 14 et 15 par la Commission, nous aimerions présenter nos remarques générales sur l'efficacité réelle de cette procédure.

A/ Inefficacité due aux délais dans la procédure

Premièrement, force est de constater que les délais de traitement de ces plaintes sont incroyablement longs. À titre d'exemple, trois ans se sont écoulés entre le dépôt de la communication et la décision du Conseil de ne pas constituer de dossier factuel dans le cas de la communication SEM 97-003. C'est un délai supérieur à ceux que l'on retrouve devant les tribunaux domestiques.

On s'aperçoit, en analysant les communications que ces délais sont le fait des Parties en cause, qui mettent des mois à répondre au Secrétariat. Les plaintes portant sur des problèmes environnementaux portent sur l'application de la législation environnementale. Or souvent, la nature de l'infraction nécessite une intervention rapide des pouvoirs publics afin d'espérer pouvoir corriger les conséquences de la pollution. Parfois, les dommages causés deviennent irrémédiables si une action rapide n'est pas entreprise à temps.

Des délais sont pourtant prescrits, mais rarement respectés. Nous recommandons en conséquence des délais stricts, afin que le traitement des communication ne dépasse pas une période d'un an.

B/ Le rôle injustifié du Conseil

Nous l'avons vu précédemment, le Conseil possède un pouvoir discrétionnaire relativement à la constitution d'un dossier factuel. Ce pouvoir de vie ou de mort sur l'issue ultime de la procédure, cette tutelle politique, est inacceptable. La Commission devrait s'affranchir du contrôle politique des représentants gouvernementaux des États en supprimant tout pouvoir décisionnel au Conseil lors de la procédure de traitement des plaintes. La Commission pourrait éventuellement créer une instance indépendante au sein de la Commission, comme un Comité de traitement des plaintes. Le Conseil n'interviendrait plus qu'à titre consultatif au sein de ce comité

C/ Réflexion sur l'efficacité des sanctions : les rapports factuels

En définitive, à quoi servent concrètement les rapports factuels?

Peut-on dire que l'action du Secrétariat soit vraiment efficace? Au niveau national, l'approche réglementaire cède de plus en plus la place à l'auto-contrôle et à des ententes

consensuelles avec l'industrie. Il devient alors de plus en plus difficile pour la Commission d'exercer une surveillance sur l'application de la législation environnementale étatique.

De plus, nous nous interrogeons sur la réelle volonté politique des trois pays signataires de s'engager dans une voie favorisant le développement durable. En effet, aucune plainte émanant d'un État, alléguant qu'un autre État omet de manière systématique d'appliquer sa législation environnementale, n'a été déposée. De surcroît, les États se dissocient du contenu des dossiers factuels, désavouant ouvertement le travail du Secrétariat, ce qui n'est pas à proprement parler une attitude de coopération dans le domaine de l'environnement, principe pourtant charnière de l'ANACDE³⁰.

Or, les sanctions découlant des plaintes privées sont inadéquates. L'issue ultime de la procédure des communications est la constitution d'un dossier factuel, sanction ô combien symbolique. En somme, l'institution de la procédure des communications n'avait d'intérêt que si la constitution d'un dossier factuel était suivie d'une plainte officielle d'un État partie contre l'état mis en cause au sein du dossier factuel. Sans ce prolongement « étatique » la procédure des articles 14 et 15 ne sert pas à grand chose.

En définitive, il faudrait instituer une sanction pécuniaire à la procédure des communication privées, ou prévoir le dépôt obligatoire d'une plainte officielle par les autres États, suite à un dossier factuel reconnaissant la responsabilité de l'État en cause.

D/ Liens avec l'ALÉNA et la ZLEA

Quel est l'avenir de la procédure des communcations? La mise en oeuvre de l'ALÉNA, et plus particulièrement de son chapitre 11 nous a démontré la difficulté de concilier la libéralisation des échanges et la protection de l'environnement.

L'instauration de la Zone de libre-échange des Amériques, qui sera en vigueur très certainement en 2005, va nécessiter la mise en place d'un mécanisme qui aura pour but de s'assurer que la nouvelle zone de libre-échange ne se créera pas au détriment de l'environnement. Le nombre de pays inclus dans ce projet postule pour l'établissement d'une structure indépendante et efficace. Or il est indéniable que la procédure actuelle n'a pas rempli les espérances qui avaient été placée en elle. Nous devons redéfinir une procédure réellement contraignante pour les États.

³⁰ Commission nord-américaine de coopération dans le domaine de l'environnement, *Dossier final factuel relatif à la communication SEM 97-001*, 11 juin 2000, 106p.

Conclusions

En tenant compte des remarques énumérées ci-dessus, la procédure de communication devrait être révisée afin de lui conférer une effectivité qu'elle n'a jamais possédée. Cette révision devra passer inévitablement par une modification de la structure de la Commission. Nous proposons à cette fin :

- Avant tout autre chose, la Commission devrait s'affranchir du contrôle politique des représentants gouvernementaux des États en supprimant tout pouvoir décisionnel au Conseil lors de la procédure de traitement des plaintes;
- Les délais de traitement des plaintes ne devraient pas dépasser un an;
- La Commission devrait modifier ou préciser ses règles d'interprétation relativement aux notions que nous avons analysées dans le présent document, notamment en ce qui a trait à la notion de « législation de l'environnement », « d'application efficace de la législation environnementale », de « recours privés », et de « procédures judiciaires ou administratives »;
- Enfin, dès qu'un rapport factuel conclut qu'il y a eu non-application de la législation, il faudrait obligatoirement qu'une procédure de plainte officielle par un État soit enclenchée, afin que des mesures concrètes de redressement ou des sanctions pécuniaires importantes soient imposées;

Nous pensons que ces modifications devraient conférer plus de substance à la procédure de communication des citoyens. Néanmoins, nous pensons qu'à terme la Commission devrait posséder une réelle indépendance et se voir attribuer des moyens coercitifs et financiers pour effectuer efficacement sa mission de surveillance de l'application par les États de leur législation, voire de leur politique environnementale, et surtout intégrer le public à cette mission à travers un mécanisme facilitant sa participation active. À cette condition, elle pourrait alors servir de modèle à un futur organisme qui devrait être créé dans le cadre de la mise en place de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA), afin de s'assurer que le développement engendré sera juste et durable pour toutes les sociétés des Amériques et sera respectueux de la protection de l'environnement.