



Mémoire du Centre québécois du droit de l'environnement sur le projet de loi C-69

Soumis à l'attention du comité Énergie, environnement et ressources naturelles du Sénat
Rédigé par Karine Péloffy, avocate conseil

La priorité du Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE) est que le projet de loi C-69 soit adopté sans amendement qui pourrait saboter l'équilibre fragile atteint entre différents intérêts par l'entremise d'amples consultations préalables, et spécifiquement sans affaiblissement des protections environnementales, de la participation publique ou des droits autochtones.

Nous soumettons que les amendements proposés dans le présent mémoire ne perturbent pas l'équilibre atteint, mais aident à restaurer la confiance du public dans les décisions fédérales en assurant l'indépendance du processus menant au rapport qui fonde les décisions.

Assurer l'indépendance des processus d'évaluations

*Ce document devrait être lu conjointement avec le tableau d'amendements détaillés.

Introduction

Un enjeu non résolu du projet de loi C-69 concerne l'indépendance des processus d'évaluation face aux influences de l'industrie et du pouvoir politique. Des processus pour assurer l'indépendance et l'intégrité des évaluations sont essentiels afin de maintenir la crédibilité des rapports sur lesquels les élus appuieront leurs décisions.

Le comité d'experts sur les processus d'évaluation environnementale fédéraux avait recommandé la création d'une autorité indépendante pour la prise de décisions, mettant l'accent sur le fait que « [l]a capacité d'agir dans des fonctions quasi judiciaires ne vise pas à transformer la nature des évaluations ou des examens par une commission, mais plutôt à fournir à l'autorité l'indépendance et les pouvoirs nécessaires pour résoudre l'éventail des différends rencontrés au cours d'une EI par la facilitation, la

médiation et les audiences informelles et officielles ». ¹ Même si, dans le projet de loi C-69, le gouvernement n'a pas opté pour le modèle décisionnel quasi-judiciaire et favorise plutôt un modèle où les décisions finales sont prises par les représentants élus démocratiquement, et qui sont donc redevables envers la population, cela ne diminue pas pour autant la nécessité d'indépendance de l'organisme de recommandation dans la mesure où le processus se doit d'être crédible et d'assurer la confiance du public. Afin que le processus d'évaluation et les décisions finales soient rigoureux et que la confiance du public s'en trouve restaurée, la démarche menant vers le rapport contenant les recommandations faites au décideur devraient être indépendante et irréprochable. En effet, dans le processus d'évaluation québécois, qui ressemble grandement à la structure envisagée par le projet de loi C-69, l'indépendance de l'organisme de recommandation apparaît comme un élément-clé assurant la crédibilité des rapports qui en découlent qui entraînent des décisions finales prises par les représentants élus qui sont mieux informées et mieux acceptées par le public.

L'expérience d'au moins une juridiction canadienne démontre qu'une institution d'évaluation peut maintenir sa crédibilité pour des décennies, en bonne partie à cause de son indépendance par rapport aux pouvoirs politique et économique. ² La clé pour le succès de ce projet de loi est de tenter d'intégrer une approche indépendante pour les processus d'évaluation de sorte à éviter toute influence de groupes d'intérêts pouvant résulter en certains biais en leur faveur. Cette indépendance est également un aspect majeur ayant été négligé depuis le rapport d'expert de 2017. Soulignons que de tels amendements relèvent entièrement des pouvoirs du Parlement. ³

Introduction sur l'indépendance dans le droit administratif canadien

Le manque d'indépendance des tribunaux et organismes administratifs fédéraux a été décrié par l'Association du Barreau canadien (ci-après, « ABC ») depuis plus d'un quart de siècle ⁴ et demeure encore aujourd'hui un problème encore irrésolu en droit canadien. ⁵ Aussi loin qu'en 1990, avant

¹ Rapport final du comité d'experts, *Bâtir un terrain d'entente : une nouvelle vision pour l'évaluation des impacts au Canada*, à la p. 62, en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/themes/environnement/conservation/environmental-reviews/building-common-ground/batir-terrain-entente.pdf>>

² L'indépendance du BAPE découle en partie de ses pouvoirs et de son immunité qui est équivalente à ceux conférés aux commissions d'enquête publique sous la *Loi sur les commissions d'enquête* (Québec, C-37) à l'exception des pouvoirs d'emprisonnement.) Au-delà de ces pouvoirs, l'indépendance du BAPE est également exprimée dans la pratique. Par exemple, l'ancien ministre québécois de l'environnement, André Breton, a dû comparaître devant la commission parlementaire qui a mené une enquête sur une visite qu'il avait effectuée aux bureaux du BAPE. Voir en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201304/17/01-4641915-visite-au-bape-breton-devra-sexpliquer-en-commission-parlementaire.php>>; *Loi sur la qualité de l'environnement*, Q-2, s. 6.5

³ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/hw0hz>>, consulté le 2019-01-10 au para 54. « La souveraineté parlementaire est un principe fondateur du modèle de gouvernement de Westminster qui repose sur la reconnaissance du fait que le pouvoir de la législature de faire des lois ne connaît aucune limite ou contrainte juridique. Dans sa forme traditionnelle, la souveraineté parlementaire signifie que la législature jouit du pouvoir *exclusif* d'adopter, de modifier et d'abroger des lois comme elle l'entend et aucun sujet n'échappe à son pouvoir de légiférer. » [référence omise]

⁴ Ratushny, Edward. 1990, Association du Barreau canadien, *L'indépendance des tribunaux et organismes administratifs fédéraux au Canada : Rapport du Groupe de travail* (Rapport de l'ABC): Association du Barreau canadien; Lettre du bureau de la Présidente à l'Honorable Justin Trudeau, c.p., député, concernant les nominations du Gouverneur en conseil datée du 27 avril 2016, en ligne : <<http://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=fc1c51bd-c407-405d-893f-d80a2cb66a09>>

⁵ Lorne Sossin, « The puzzle of independence and parliamentary democracy » à la p.169 dans *Comparative Administrative Law: Second Edition* édité par Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson (2017). Le texte est disponible en version PDF en ligne : <https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_sossin_puzzle.pdf> Voir aussi David

même que la première loi sur l'évaluation environnementale ne soit adoptée, le domaine de l'évaluation environnementale était l'une des priorités du groupe de travail de l'ABC sur l'indépendance. Dans son rapport, l'ABC mentionne le problème de longues et complexes audiences menant à des recommandations qui sont ensuite complètement ignorées par les décideurs. Cette situation donne également lieu à des résultats portant atteinte à l'intégrité du processus, ainsi qu'au principe que le juge qui entend la cause est celui qui décide de l'affaire.⁶ Les précurseurs de l'Agence canadienne d'évaluation d'impact et la nouvelle Régie de l'énergie étaient des organismes requérant l'indépendance selon le rapport de l'ABC.⁷

Dans la pratique, l'indépendance est souvent un enjeu de culture institutionnelle qui dépasse les textes de loi qui manquent souvent de détails à cet égard. La faiblesse corollaire est comme le rappelle Lorne Sossin : « Independence, it turns out, works remarkably well in Canada as long as supported by Government and remarkably poorly when that Government support erodes ». ⁸ Assurer l'intégration de meilleures pratiques sur l'indépendance dans la loi est essentielle à sa survie sous de futurs gouvernements qui pourraient vouloir la diminuer si des recommandations ou rapports allaient à l'encontre des intérêts industriels ou de l'agenda du gouvernement. Amoindrir l'indépendance qui relèverait de dispositions de la loi serait plus ardu que si l'indépendance relève uniquement de la culture institutionnelle ou de la discrétion du gouvernement puisque des amendements à la loi devraient passer par le processus parlementaire. Ceci est particulièrement important puisque les tribunaux tendent à s'en remettre à l'intention du législateur en ce qui a trait aux critères d'indépendance.⁹

Depuis l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, les trois composantes de l'indépendance judiciaire, soit la sécurité du mandat, la sécurité financière et l'indépendance administrative, sont également applicables aux tribunaux administratifs, mais à une échelle variable. Ce que l'on entend par là est que même si les mêmes critères sont utilisés pour les décideurs administratifs que pour les juges, une plus grande flexibilité est accordée aux décideurs administratifs en fonction de la nature du tribunal administratif, de ces procédures et des affaires qui sont jugées¹⁰.

Les experts de droit administratif critiquent le fait que le test établi dans la jurisprudence pour l'indépendance est basé sur une comparaison avec les processus judiciaires, ce qui restreint indûment son application, en excluant certains tribunaux administratifs – ou fonctionnaires publics – qui ne

Jones & Anne de Villars, *Principles of Administrative Law*, 6th ed. (Toronto: Carswell, 2014) aux pp. 94-95 cité dans Chaplin, « Travelling in Constitutional Circles: The Paradox of Tribunal Independence » (2016) 36 *National Journal of Constitutional Law* 73, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2962591>> à la p. 5 « Unfortunately, there is no legal or constitutional rule for determining which executive or administrative functions should be externalized to independent agencies. From time to time, the political government of the day reconsiders how independent particular agencies should be. Thus, legislation may provide for appeals to the cabinet from decisions of an independent administrative agency, permit the cabinet to give policy directives to one of the agencies or require ministerial approval prior to the conducting of certain activities by the agency. Or, new legislation may be enacted to reorganize the administrative structure to move a particular function into one of the departments of state, or out to a totally semi-independent agency. »

⁶ Rapport de l'ABC à la p. 5 et aux pp. 160-161.

⁷ Rapport de l'ABC à la p. 295. Le Bureau fédéral des évaluations environnementales et l'Office national de l'énergie font tous deux parties de la liste des tribunaux administratifs et des agences pour lesquels le rapport suggère que des mesures d'indépendance soient mises en place.

⁸ Lorne Sossin à la p.166.

⁹ Chaplin à la p. 6.

¹⁰ Chaplin à la p. 3, commentant sur *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (*Matsqui*).

sont pas séparés de la branche exécutive.¹¹ Une approche centrée sur la confiance publique envers la prise de décision par l'exécutif impliquerait plutôt la question suivante : une indépendance pour qui et pour quoi ? L'analyse requise devrait s'ancrer dans le contexte opérationnel de chacun des organismes au but d'assurer l'équité et la neutralité pour les parties en l'instance.¹² Louis-Gilles Francoeur, ancien vice-président du Bureau d'audiences publiques en environnement (BAPE) a affirmé au sujet du projet de loi C-69 :

[i]l ne suffit pas, en effet, que le président d'une commission et ses commissaires soient indépendants de l'instigateur d'un projet, mais il faut qu'ils soient aussi à l'abri de toute possibilité de collusion, de complicité, de partialité culturelle ou professionnelle, voire de partisanerie.

Ce n'est pas faire offense à quelque gouvernement que ce soit de reconnaître qu'ils ont des idées précises à l'endroit des projets majeurs, qu'ils les favorisent souvent plus ou moins ouvertement, que des ministres les appuient parfois publiquement alors que les audiences ne sont pas terminées... Mais il faut un contrepoids à cette liberté reconnue au gouvernement d'appuyer légitimement un projet. Et ce contrepoids, c'est la neutralité, l'indépendance et la rigueur du processus d'évaluation environnemental et des commissions d'enquête, qui doivent être à l'abri de tout soupçon.¹³

En ce sens, la question centrale devrait toujours être à savoir si le décideur est partial quant aux intérêts soulevés par l'une des parties devant lui, et qu'il se retrouve donc à juger en faveur de sa propre cause.¹⁴ Les problèmes surviennent lorsqu'une partie détient un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas encadré rigoureusement et que ce dernier contrôle l'attribution de mandats, la rémunération des membres et l'administration de l'organisme, incluant le fait qu'un membre ne peut se voir attribuer davantage de mandats.¹⁵ Le texte actuel de la LÉI n'offre aucune protection contre ces dangers et l'affaire Keen décrite ci-dessous est un rappel éloquent que les dirigeants d'organismes risquent la fin d'emploi lorsqu'ils prennent des décisions (ou publient des rapports) selon leur mandat législatif qui déplaisent aux gouvernements du moment, si la loi le permet. Puisque le gouvernement pourrait être considéré comme une partie à la cause et décideur final sur le fond, en plus d'être chargé de nommer le procureur, cela permettrait la possibilité que le processus en entier

¹¹ Les règles de justice naturelle et d'équité procédurale, incluant les règles d'impartialité, déterminent comment les décideurs doivent agir et avec le temps sont venu à s'appliquer, à divers degrés, à tous les décideurs gouvernementaux sans que cela dépende de leur statut ou position dans l'appareil gouvernemental. Des experts suggèrent que la distinction « administratif / quasi judiciaire » devrait cesser de s'appliquer en ce qui a trait au test de l'indépendance comme elle a cessé de s'appliquer pour les autres domaines du droit administratif. En effet, tel que formulé actuellement, le test pour l'indépendance des tribunaux n'est pas applicable à tous les acteurs gouvernementaux mais devrait l'être. Chaplin à la p. 19. «Maintaining a test for independence derived from the exercise of separating the judiciary from the executive branch thus perpetuates the administrative/quasi-judicial distinction that has been abandoned in all other areas of administrative law. » Chaplin à la p. 21.

¹² Chaplin à la p. 3.

¹³ Louis-Gilles Francoeur (ancien Vice-président du BAPE) a rédigé une lettre d'opinion dans *Le Devoir*, « L'évaluation environnementale à la merci des nominations politiques », 30 mai 2018, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/529108/l-evaluation-environnementale-a-la-merci-des-nominations-politiques>> et en anglais dans le *National Observer* *Political appointments undermine environmental assessment process*, 6 juin 2018.

¹⁴ Chaplin à la p. 32.

¹⁵ Chaplin à la p. 31, commentant sur l'affaire *Matsqui*.

afin de favoriser un résultat particulier. Cette situation doit absolument être évitée par l'inclusion d'une série de mesures que les évaluations sont conduites sans influences indues si l'on souhaite restaurer la confiance du public.

À la lumière d'une analyse contextuelle, ce mémoire et tableau d'amendements détaillés suggèrent les meilleures pratiques existantes pour garantir la future indépendance des évaluations qui seront réalisées sous la Loi C-69. Bien que souvent inspirées sur des précédents législatifs de l'appareil fédéral, les recommandations peuvent s'écarter intentionnellement des pratiques d'évaluations fédérales actuelles. Bien que l'accent soit mis ici sur l'Agence créée par la LÉI, car la LRCÉ présente des mesures d'indépendance relativement plus forte en comparaison à la loi sur l'ONÉ et davantage que la LÉI qui n'en a aucune, mais les leçons pourraient être applicables aussi à la Régie créée sous la LRCÉ.

Contexte du processus législatif actuel concernant l'indépendance dans le projet de loi C-69

C-69 prévoit que l'évaluation d'impact d'un projet désigné peut être effectuée par l'Agence canadienne d'évaluation d'impact (LÉI art. 24-30) (l'Agence) ou, si le ministre l'estime dans l'intérêt public, par une commission (LÉI art. 36-69).

Au courant du mois de mai 2018, 1989 canadiens ont envoyé des lettres aux 3 ministres responsables de C-69 demandant entre autre qu' :

Afin de rétablir la confiance, les commissions d'évaluation des projets doivent être véritablement indépendantes de l'industrie et du gouvernement. Seuls des commissaires indépendants, ayant des pouvoirs d'enquête suffisants et nommés dans le cadre d'un processus indépendant transparent et non partisan, devraient faire l'évaluation des projets au Canada, toutes industries confondues.

Le projet de loi actuel ne prévoit aucun mécanisme pour assurer l'indépendance de l'Agence ou des commissaires vis-à-vis du pouvoir politique, des promoteurs ou d'autres intérêts afin d'éviter des nominations partisans ou de complaisances sur les commissions. Des experts ont fait des recommandations générales concernant les nominations sur les commissions au comité de la Chambre des Communes chargé d'étudier le projet de loi, mais aucun amendement n'a été suggéré. L'enjeu a été soulevé par certains députés de la Chambre en troisième lecture¹⁶ et a fait l'objet d'attention médiatique¹⁷. Toutefois, les enjeux entourant la nomination du président de l'Agence et son inamovibilité n'ont pas été soulevés jusqu'à maintenant.

Mécanismes de nomination actuellement prévus par le projet de loi C-69

1. Président de l'Agence

¹⁶ Député Barsalou à la minute 12:02; Député Boulerice à la minute 13:21, en ligne : [http://parl.vu.parl.gc.ca/XRender/fr/PowerBrowser/PowerBrowserV2/20180605/-1/29463?useragent=Mozilla/5.0%20\(Macintosh;%20Intel%20Mac%20OS%20X%2010_10_2\)%20AppleWebKit/537.36%20\(KHTML,%20like%20Gecko\)%20Chrome/66.0.3359.181%20Safari/537.36#>](http://parl.vu.parl.gc.ca/XRender/fr/PowerBrowser/PowerBrowserV2/20180605/-1/29463?useragent=Mozilla/5.0%20(Macintosh;%20Intel%20Mac%20OS%20X%2010_10_2)%20AppleWebKit/537.36%20(KHTML,%20like%20Gecko)%20Chrome/66.0.3359.181%20Safari/537.36#>)

¹⁷ Louis-Gilles Francoeur dans *Le Devoir* à la note 14.

Dans le projet de loi C-69, le président de l'Agence occupe le poste d'administrateur général de ministère et est nommé à titre amovible par le gouverneur en conseil (LÉI art. 160(1)). Il ou elle peut exercer les pouvoirs que la Loi confère au ministre.

Le président-directeur général de la Régie canadienne de l'énergie est aussi nommé à titre amovible par le gouverneur en conseil, mais sous la recommandation du Ministre des Ressources naturelles (LRCE art. 8) suite à une consultation des administrateurs. Les commissaires sont, quant à eux, nommés à titre inamovible pour un mandat n'excédant pas six ans (LRCE art. 21(1) et 28).

Problème : Afin de restaurer la confiance du public, il est proposé que le président ait une autonomie et une indépendance bien établies du gouvernement et des projets que ce dernier supporte souvent. Les postes de président de l'Agence et, idéalement, le président de la Régie de l'énergie devraient être assujettis au processus de nomination le plus rigoureux disponible pour les fonctionnaires fédéraux. En l'espèce, le président de l'Agence est nommé par un processus moins indépendant que le président de la Régie de l'énergie et possède une sécurité de poste plus précaire que les commissaires de la Régie de l'énergie.

Le rapport du groupe de travail de l'ABC a recommandé que les présidents d'organismes soient nommés après une consultation de tous les partis d'opposition de la Chambre des communes, ce qui encouragerait le gouvernement à nommer les personnes les plus qualifiées. Ce processus de nomination favoriserait aussi le respect accordé à la personne en poste et à l'indépendance de l'institution.¹⁸

Les nominations à titre amovible par le gouverneur en conseil requièrent un niveau moindre d'équité procédurale que les nominations à titre inamovible. En effet, le renvoi de Mme Keen de son poste de présidente de la Commission canadienne de sûreté nucléaire quelques jours avant son témoignage devant le Parlement après avoir ordonné la fermeture des installations de Chalk River en raison de risques à la santé publique, a été confirmé par la cour fédérale parce que la présidence était une nomination à titre amovible plutôt qu'inamovible.¹⁹

Les nominations à titre amovible ne seraient probablement pas considérées comme suffisantes pour remplir les exigences d'indépendance tel qu'établies dans les autres juridictions de common law.²⁰ Le rapport du groupe de travail de l'ABC est catégorique sur ce point : les nominations à titre amovible sont entièrement incompatibles avec les principes d'indépendance et aucun membre d'organismes ne devrait être nommé de cette manière.²¹

¹⁸ Rapport de l'ABC à la p.80. Certains vont même jusqu'à affirmer que les nominations des présidents des organismes de réglementation soient assujetties à une approbation de la Chambre des communes (voir article 110 du Règlement administratif relatif aux députés)

¹⁹ *Keen c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 353 (CanLII), en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/doc/2009/2009cf353/2009cf353.html>> para 49 ; En ce qui concerne les nominations à titre amovible, l'obligation d'équité procédurale requiert seulement « que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière. »

²⁰ Lorne Sossin, à la p. 42 du pdf.

²¹ Rapport de l'ABC aux pp. 97-98.

Solution proposée : Il apparaît approprié pour le président de l'Agence d'être nommé selon le processus fédéral le plus rigoureux possible²² et à titre inamovible.²³

2. Commissions

Sous le projet de loi C-69, la ministre de l'Environnement et des Changements Climatiques doit établir deux types de listes de personnes pouvant être nommées en tant que membres d'une commission (LÉI art. 50) :

- Une liste générale incluant les personnes qui peuvent a) réviser un projet seules (LÉI art. 41), ainsi que les personnes pouvant siéger sur les commissions conjointes avec d'autres instances ou organismes de réglementation de l'énergie ;
- Une liste des membres de la Régie de l'énergie, de la Commission canadienne de sûreté nucléaire et des Offices extracôtiers nommés sur la recommandation des présidents de ces organismes et en consultation avec le ministre des Ressources Naturelles (LÉI art. 50 (b), (c), (d)).

En ce qui a trait aux évaluations fédérales « seules » envisagées par le cadre général de la LÉI, la Ministre nomme les membres des commissions d'évaluations d'impact (incluant le président) et détermine le mandat des commissions. En ce qui concerne les commissions établies conjointement avec une autre instance, le Ministre nomme le président ou le co-président, ainsi qu'au moins un autre membre de la commission (LÉI art. 42 (c)). Quant aux projets évalués conjointement avec les organismes de réglementation de l'énergie, le Ministre nomme le président, de même qu'au moins deux autres membres de la commission (quatre dans le cas des offices des hydrocarbures extracôtiers) (LÉI art. 44(1), 46.1(1) et 47(1)).

La LÉI requiert que tous les membres d'une commission soient impartiaux et n'aient aucun conflit d'intérêt quant au projet désigné. La LÉI requiert également que les membres aient des connaissances ou une expertise pertinente en lien avec le projet désigné, soit au niveau des effets anticipés du projet, ou encore par rapport aux intérêts et préoccupations des populations autochtones du Canada qui soient en lien avec l'évaluation du projet (LÉI art. 41(1), 42(d), 44(2), 47(2) et 46.1(2)).

²² Le processus de nomination le plus rigoureux est celui du vérificateur général tel que régi sous la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17, aux articles 3(1) et 3(1.1.). Il n'existe pas de définition statutaire des officiers parlementaires au Canada, mais « key features of the position include: independence from the government of the day, a means of appointment, a mandate and term in office that is defined by statute, and a reporting obligation to one or both houses of Parliament. » « The impact and role of officers of Parliament: Canada's conflict of interest and ethics commissioner » par Gwyneth Bergman, Emmett Macfarlane (2018) *Canadian Public Administration* v61 n1 (Mars 2018) 5-25 à la p. 6. Soulignons par ailleurs que selon l'auteure qu'un tel processus de nomination n'aurait pas pour conséquence de transformer le poste du président de l'Agence en un poste d'officier parlementaire puisque ce dernier devrait toujours se rapporter au ministre et non pas à la Chambre des communes. Voir la *Loi sur le vérificateur général* à l'article 7.

²³ Le processus de révocation par le Parlement prévu pour le vérificateur général et les commissaires actuels de l'ONÉ (Loi sur l'ONÉ art. 3(2)) n'est pas retenu à titre de recommandation. Leur révocation est une tâche ardue alors que leur nomination n'est pas nécessairement faite de la manière la plus rigoureuse qui soit. La situation devrait plutôt être le contraire: le processus de nomination des membres devrait être le plus rigoureux possible, mais ces derniers devraient pouvoir être révoqués de leur fonction par la branche exécutive en cas de mauvais comportements.

Problème : En laissant à la Ministre le soin de créer les listes de membres éligibles pour siéger sur les commissions, en plus de nommer les membres sur les commissions, le projet de loi n'assure pas l'indépendance des commissions. Le cadre actuellement proposé crée un biais institutionnel inhérent : l'évaluation par une commission (ou par l'agence) menant à la rédaction du rapport pourrait être considéré comme l'analogie du rôle de procureur de la poursuite ou d'inquisition pour lequel la Ministre ou le Cabinet, qui prendront les décisions finales par rapport aux projets, occuperaient le rôle du juge ultime. Le juge ne devrait en aucun cas être celui qui nomme le procureur de la poursuite.²⁴

Par ailleurs, les membres commission nommés à partir de la liste générale (art. 50(a)), n'ont pas de statut d'emploi spécifié dans la Loi puisqu'elle ne crée pas de postes permanents comme c'est le cas notamment pour les commissaires de la Régie créée par LRCE. Ces membres des commissions seront donc probablement moins expérimentés au niveau des procédures et de la participation publique et seront donc dans une position plus faible que les membres des différents organismes de réglementations. Ces derniers seraient en mesure d'exercer davantage d'influence parce qu'ils auront plus d'expérience et pourraient vouloir faire pencher la balance en faveur de ces projets dont la pertinence institutionnelle future de leur organisme respectif dépend, ainsi que leur emploi à long terme étant donné leur expertise dans l'industrie réglementée.

Solutions proposées : La solution proposée comporte trois volets.

Premièrement, les membres de la commission qui ne proviennent pas d'organismes de réglementation devraient bénéficier d'une certaine permanence ou garantie de poste. La Loi devrait idéalement créer des postes permanents pour les membres de commission issus de la liste générale, ce qui assurerait qu'au moins un membre siégeant sur la commission soit au courant de la procédure. Cela permettrait également d'assurer qu'il ait une personne possédant une « expertise » dans l'approche généraliste nécessaire pour des évaluations de durabilité comportant de nombreux critères. Ce modèle correspond au modèle québécois actuel du BAPE où un commissaire permanent siège sur la commission et est accompagné d'un commissaire nommé spécifiquement pour le projet à évaluer.

Deuxièmement, la préparation des listes de personnes éligibles pouvant siéger sur les commissions devrait être faite par un comité indépendant, idéalement par le comité d'experts établi par l'Agence (LÉI art. 157).

Troisièmement, la nomination des membres sur les commissions ne devrait en aucun cas se retrouver entre les mains de la Ministre qui est également, dans la majorité des cas, la personne qui aura le mot final sur la décision prise. Le président de l'Agence (une fois nommé de manière

²⁴ *MacBain v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* [1985] Federal Court of Appeal F.C.J. No. 907; [1985] 1 F.C. 856 aux paras 15-18, en ligne : <<https://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/1985/1985canlii3160/1985canlii3160.html?resultIndex=1>>. La commission, qui était l'organisme responsable de référer la plainte faite contre M. MacBain au tribunal (ayant été caractérisé par la cour comme étant le « procureur ») se trouvait à être également l'organisme responsable de la nomination des membres au tribunal. Ces deux fonctions, lorsque considérées ensemble, semblent créer une apparence d'inéquité. Cette considération a d'ailleurs été reconnu par le Procureur général. La cour a affirmé que ce type de structure juridictionnelle comportait un biais inhérent.

indépendante tel que précisé ci-haut), serait en charge de nommer les membres des listes sur les différentes commissions.

La nature des commissions et le pouvoir d'enquête

Problème : Le projet de Loi C-69 ne confère pas de caractère institutionnel particulier aux commissions, ni à leur processus. De plus, la formulation de l'article 53 de la LÉI concernant les pouvoirs de contrainte n'est pas suffisante (particulièrement dans sa version anglaise), notamment en ce qui concerne les ordres de non-communication ou encore, ou pour assurer que des incitatifs suffisants pour enjoindre les témoins et les tiers à respecter les ordonnances de la commission dans le but de garantir des enquêtes rigoureuses.

Solution : Les commissions devraient avoir des pouvoirs d'enquête et un statut indépendant au même titre que ceux des commissions d'enquête publiques et équivalents aux pouvoirs des commissions menées par le BAPE.

En effet, un autre aspect du modèle québécois qui apparaît être un exemple à suivre pour les amendements à C-69 concerne la conceptualisation du processus des commissions sous la LÉI comme des commissions d'enquête publique avec les pouvoirs d'enquêtes nécessaires. Les évaluations effectuées par le BAPE sont analogues aux commissions d'enquête publiques avec lesquelles elles partagent les mêmes pouvoirs et immunités, tentant de faire des projections et des recommandations sur les impacts futurs d'un projet selon un mode inquisitoire. La tradition de droit civil est à l'origine du modèle inquisitoire des enquêtes publiques,²⁵ mais ce modèle s'est progressivement répandu dans l'ensemble du Canada et est aujourd'hui aussi utilisé dans les processus administratifs fédéraux.²⁶ Les processus inquisitoires sont particulièrement appropriés dans les cas où il existe un déséquilibre dans les pouvoirs et dans la représentation juridique des parties (notamment entre les promoteurs et les membres du public dans les évaluations d'impact), ainsi que lorsque l'objectif ultime est de découvrir la vérité dans l'intérêt du public plutôt que de trancher un litige entre deux parties. Les processus inquisitoires confèrent aux juges un rôle plus actif que celui qu'ils jouent dans un modèle adversarial. Dans les processus inquisitoires, le « juge » se trouve au-dessus des parties concernées, représente l'intérêt public dans son ensemble et est chargé de guider l'enquête de sorte à découvrir la vérité. Les parties concernées ne sont donc pas directement responsables de faire la pleine démonstration de la preuve de leurs prétentions.²⁷ En effet, si un commissaire du BAPE croit que l'une des questions soulevées par le public sur les impacts du projet est pertinente, le commissaire peut la faire sienne et la diriger vers le promoteur ou les autres parties concernées²⁸ et utiliser ses pouvoirs de contrainte à cet effet. La simple existence de

²⁵ Laverne Jacobs, « The Dynamics of Independence, Impartiality, and Bias in the Canadian Administrative State » dans Colleen Flood & Lorne Sossin, *Administrative Law in Context*, 3e ed. 2018 253 à la p. 289. Voir aussi Roderick McDonald, « An Analysis of the Forms and Functions of Independent Commissions of Inquiry (Royal Commission) in Canada » (2011), en ligne : <https://www.mcgill.ca/roled/files/roled/roled_commissioninquiries_en_-roderick_macdonald.pdf> à la p.6.

²⁶Laverne Jacobs et al. « The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives Research Workshop Report » 24 C.J.A.L.P. 261, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2117826>>

²⁷ Pour comprendre la différence entre les procédures accusatoires et inquisitoires, voir en ligne : <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/approfondissements/procedure-accusatoire-procedure-inquisitoire-deux-modeles-pour-justice-penale.html>>.

²⁸ Le mémo de Louis-Gilles Francoeur, vice-président du BAPE de 2012-2017, sur le projet de loi C-69 a été présenté au comité parlementaire. Louis-Gilles Francoeur a présidé plusieurs commissions d'enquêtes sur des projets de haute importance en plus d'avoir chapeauté des enquêtes sur l'industrie de l'uranium au Québec.

ces pouvoirs de contrainte amène de manière générale les organes gouvernementaux et tierces parties à s'y conformer volontairement. À l'inverse, le système adversarial peut miner la participation du public considérant les écarts considérables de ressources entre les différents intervenants (les promoteurs contre les membres du public qui se représentent souvent seuls).