



PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 8, NUMÉRO 4 2020

DIRECTEURS DE RÉDACTION

M. Rowland J. Harrison, c.r., LLB, LLM, Conseiller en réglementation de l'énergie, Calgary

M. Gordon E. Kaiser, BA, MA, JD, Arbitre, JAMS Toronto, Washington DC

SUPPORTERS

L'Honorable David M. Brown, BA, JD, LLM, Juge, Court d'appel de l'Ontario

M. Scott Hempling, BA, JD, Professeur adjoint, Georgetown University Law Center

M. Mark A. Jamison, BSc, MSc, PhD, Directeur, Public Utility Research Center, University of Florida

M. William Lahey, BA, LLM, Professeur, Schulich School of Law, Dalhousie University

M. Peter Ostergaard, BA, MA, Ancien président, BC Utilities Commission, Vancouver

M. André Plourde, BA, MA, PhD, Professor, Doyen, Faculty of Public Affairs, Carleton University

M. Mark Rodger, BA, LLB, Associé senior, Borden Ladner Gervais LLP, Toronto

M. Lawrence E. Smith, c.r., BA, LLB, MA, Associé, Bennett Jones, Calgary

M. C. Kemm Yates, c.r., BA, JD, Associé, Blakes, Calgary

COLLABORATEUR 2020

M. Jesse Baker, BA, JD, Avocat, Osler, Calgary

Mme. Laura-Marie Berg, LLB, LLM, MA, Prestataire de services juridiques adjointe, Regulatory Law Chambers, Calgary

Ms. Cecile Bourbonnais, BA, Analyste principale de recherche, The Brattle Group, San Francisco

Mme. Marie Buchinski, BComm, LLB, Associée, Bennett Jones, Calgary

M. Christopher Bystrom, BA, MA, JD, Associé, Fasken, Vancouver

M. Glenn Cameron, c.r., BA, LLB, Conseiller principal, Stikeman Elliott, Calgary

M. Keith Chatwin, BSc, LLB, MBA, Associé, Stikeman Elliott, Calgary

M. Ron Clark, BA, LLB, LLM, Associé, Aird & Berlis, Toronto

Mme. Elisabeth DeMarco, BSc, LLB, MSEL, Associé principal, Demarco Allan, Toronto

M. Jonathan Drance, BA, LLB, Conseiller principal, Stikeman Elliott, Vancouver

M. Patrick Duffy, BA, LLB, Associé, Stikeman Elliott, Toronto

M. Sander Duncanson, BA, LLB, Associé, Osler, Calgary

M. Ahmad Faruqui, BA, MA, PhD, Associé principal, The Brattle Group, San Francisco

M. Brendan Frank, BSc, MPP, Associé principal de recherche, Énergie positive, Ottawa

Mme. Melanie Gillis, BA, JD, Avocate, McInnes Cooper, Halifax

M. Daniel Gralnick, JD, LLL, Avocat, Stikeman Elliott, Toronto

Mme. Madison Grist, BSc, JD, Avocate, Fasken, Vancouver

M. Ben Hudy, BA, JD, Associé, Stikeman Elliott, Calgary

Mme. Rachel Hutton, BA, LLB, Associé, Stikeman Elliott, Vancouver

M. Martin Ignasiak, BComm, LLB, Associé, Osler, Calgary

Mme. Margaret M. Kim, BA, JD, Avocate, Bennett Jones, Toronto

M. Jason Kroft, BA, LLB, LLM, Associé,
Stikeman Elliott, Toronto

Mme. Patricia Larkin, BSc, MA, PhD,
Associée principale de recherche, Énergie
Positive, Ottawa

M. Nathan Lev, BA, JD, MES, Consultant,
Power Advisory, Toronto

M. Victor MacDiarmid, BA, JD, Avocat,
Stikeman Elliott, Toronto

M. James MacDuff, BA, BComm, LLB,
BCL, Associé, McInnes Cooper, Halifax

M. Neil McCrank, Avocat, Borden Ladner
Gervais LLP; ancien président de l'Albert
Energy Resources and Conservation Board

M. Jonathan McGillivray, BA, MA, LLB,
BCL, Avocat, Demarco Allan, Toronto

M. Ian Mondrow, BA, LLB, Associé,
Gowling WLG, Toronto

M. David Mullan, LLM, Professeur émérite,
Faculté de droit, Queen's University

M. Darrel H. Pearson, BSc, MBA, LLB,
Associé, Chef du groupe chargé du commerce
et des investissements internationaux,
Bennett Jones, Toronto

Mme. Chrysten Perry, BA, LLB, Associé
principale, Stikeman Elliott, Calgary

Mme. Stephanie Ridge, BA, JD, Avocate,
Bennett Jones, Calgary

Mme. Laura Scott, LLB, LLM, Étudiante
en Droit – prestataire de services juridiques,
Regulatory Law Chambers, Calgary

M. David Stevens, BA, LLB, Associé, Aird
& Berlis LLP, Toronto

Mme. Rosa Twyman, BComm, LLB, EMBA,
Directrice des services juridiques et des
activités, Regulatory Law Chambers, Calgary

M. Daniel Vollmer, BA, LLB, LLD,
Stagiaire, Demarco Allan, Toronto

M. John Weekes, BA, Conseiller commercial
principal, Bennett Jones, Ottawa

M. Ron Wallace, Membre permanent
retraité, Office National de l'Énergie

M. David Wright, BA, MA, JD, LLM,
Professeur adjoint, L'Université de
Calgary, Calgary

Mr. Brady Yauch, BA, MA, Directeur de
marchés et affaires réglementaires, Power
Advisory LLC, Toronto

M. Glenn Zacher, BA, LLB, Associé,
Stikeman Elliott, Toronto

ÉNONCÉ DE MISSION

La mission de la publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie consiste à offrir une tribune pour des débats et des discussions sur des questions concernant les industries réglementées du secteur énergétique au Canada, notamment des décisions de tribunaux de réglementation, des actions législatives et politiques associées, ainsi que des initiatives et des mesures adoptées par des sociétés réglementées et des intervenants. Le rôle de cette publication est de fournir des analyses et le contexte qui vont au-delà des développements quotidiens. Cette publication se veut équilibrée par rapport au traitement des différents dossiers.

Les auteurs sont tirés d'une liste de personnes aux antécédents variés, reconnues comme des chefs de file dans le domaine des industries énergétiques réglementées. D'autres auteurs sont invités, de temps à autre, à soumettre des contributions par les rédacteurs en chef.

POLITIQUE RÉDACTIONNELLE

Cette publication trimestrielle est publiée en ligne par l'Association canadienne du gaz (ACG) dans le but de favoriser une meilleure compréhension des questions et des tendances en matière de réglementation dans le secteur de l'énergie au Canada.

Les directeurs de la rédaction travailleront avec l'ACG pour déterminer des thèmes et des sujets pour chaque publication, rédigeront des textes éditoriaux, sélectionneront des collaborateurs et réviseront leurs articles pour s'assurer de l'uniformité du style et de la qualité. Les directeurs de la rédaction se réservent la responsabilité de sélectionner les directeurs de rédaction.

L'équipe de cette publication trimestrielle conservera une « liste » de collaborateurs qui seront appelés à prêter leur nom et leur collaboration à cette publication. Les personnes apparaissant sur la liste peuvent être invitées par les directeurs de la rédaction à écrire des articles sur des thèmes particuliers ou peuvent proposer leur collaboration selon leur propre initiative. De temps à autre, d'autres personnes peuvent également être invitées à rédiger des articles.

Le contenu de fond des articles individuels est à l'unique responsabilité des collaborateurs. Certains collaborateurs peuvent avoir représenté des parties ou encore y avoir été associés dans un dossier sur lequel ils formulent un commentaire. Le cas échéant, une note de bas de page sera ajoutée par les rédacteurs à cet effet.

Outre la publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie, des commentaires ou des hyperliens vers des développements actuels peuvent être publiés sur le site Web de temps à autre, en particulier en temps opportun.

Par souci d'offrir une tribune pour des débats et des discussions, l'équipe de cette publication trimestrielle invite les lecteurs à émettre leurs commentaires sur les articles publiés et invite également les collaborateurs à réagir, le cas échéant. Les commentaires et les réactions seront publiés sur le site Web de la publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie (www.energyregulationquarterly.ca).

PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

Éditorial	6
<i>Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser</i>	

ARTICLE

Considérations relatives au changement climatique dans la <i>Loi sur l'évaluation d'impact</i> fédérale : Progression ou statu quo?	8
<i>David V. Wright</i>	

Le climat et la construction croisent le fer : Comment la législation sur les émissions nettes nulles pourrait être instrumentalisée pour faire obstacle à des projets d'infrastructure à émissions élevées	23
<i>Melanie Gillis et James MacDuff</i>	

Le nouveau monde du changement climatique et la divulgation des facteurs ESG	40
<i>Elisabeth DeMarco, Jonathan McGillivray et Daniel Vollmer</i>	

Permettre les contrats bilatéraux dans le marché de l'électricité de l'Ontario	45
<i>Nathan Lev</i>	

Quels sont les moteurs de l'innovation en matière de réglementation énergétique? Une enquête en ligne d'Énergie positive et de CAMPUT	55
<i>Patricia Larkin Ph.D et Brendan Frank</i>	

RAPPORT

Le rapport d'examen des contrats de production de l'Ontario	62
<i>Ron Clark</i>	

COMMENTAIRE

L'arrêt <i>Vavilov</i> de la CSC : Augmentera-t-il le risque réglementaire?	69
<i>Jonathan Drance, Glenn Cameron et Rachel Hutton</i>	

ÉDITORIAL

Directeurs de rédaction

Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser

Les initiatives visant à lutter contre le changement climatique continuent à imprégner l'évolution de la réglementation énergétique, ce qui a des conséquences importantes tant pour les organismes de réglementation que pour les industries qu'ils réglementent. Le présent numéro de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* se compose de trois articles qui présentent une analyse des questions actuelles et émergentes et qui illustrent l'omniprésence de diverses mesures visant à atteindre l'objectif largement adopté des « émissions nettes nulles de carbone ».

La *Loi sur l'évaluation d'impact*¹ fédérale (encore souvent appelée « projet de loi C-69 ») est maintenant en vigueur et, alors que la controverse qui entourait ce projet de loi se poursuit, l'attention se tourne maintenant vers l'application de la Loi et ses conséquences pour les promoteurs de projets. Comme le note David V. Wright dans l'article principal du présent numéro intitulé « Considérations relatives au changement climatique dans la *Loi sur l'évaluation d'impact* fédérale : progression ou statu quo? », bien que la Loi comporte des exigences importantes en matière de climat tant dans la phase d'évaluation que dans celle de la prise de décision, les dispositions législatives, elles, sont « relativement succinctes ». M. Wright discute des principales caractéristiques des orientations visant à soutenir la mise en œuvre des dispositions de la Loi relatives au changement climatique qui se trouvent dans l'*Évaluation stratégique des changements climatiques* du gouvernement fédéral, qui a été publiée en juillet 2020 et mise à jour en octobre.

Certaines administrations ont promulgué des lois qui tiennent explicitement compte de l'objectif des émissions nettes nulles de carbone,

s'appuyant souvent sur l'Accord de Paris de 2015 pour soutenir ces mesures. Par exemple, la *Sustainable Development Goals Act*² (loi sur les objectifs de développement durable) de 2019 de la Nouvelle-Écosse précise que le gouvernement vise à atteindre des émissions nettes nulles de gaz à effet de serre dans la province d'ici 2050. En présentant la Loi, le ministre de l'environnement a déclaré à l'assemblée législative que les objectifs étaient établis parce qu'ils vont dans le sens des recommandations du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat des Nations Unies. Melanie Gillis et James MacDuff examinent les conséquences possibles de l'établissement explicite de tels liens dans leur article intitulé « Le climat et la construction croisent le fer : Comment la législation sur les émissions nettes nulles pourrait être instrumentalisée pour faire obstacle à des projets d'infrastructure à émissions élevées ».

Dans leur article « Le nouveau monde du changement climatique et la divulgation des facteurs ESG », Elisabeth DeMarco et ses collaborateurs observent que bon nombre d'interventions politiques et d'incitatifs économiques destinés à faciliter la reprise de l'économie post-pandémique sont assortis de « conditions vertes », sous la forme d'un renforcement des obligations de divulgation en matière de changement climatique ainsi que d'environnement, de société et de gouvernance (ESG). Par exemple, les entreprises bénéficiaires du mécanisme de Crédit d'urgence pour les grands employeurs (CUGE) du gouvernement fédéral doivent démontrer un engagement à long terme dans la lutte contre le changement climatique et s'engager à publier des rapports financiers annuels sur le climat conformément aux recommandations du Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD).

¹ LC 2019, c 28, art 1.

² SNS 2019, c 26.

Les auteurs estiment « qu'il ne s'agit que d'une question de temps avant que les exigences du TCFD et les normes de protection des consommateurs de carbone qui y sont liées ne deviennent obligatoires ».

Les contrats sur le marché de l'électricité font également l'objet de l'article de Nathan Lev intitulé « Permettre les contrats bilatéraux dans le marché de l'électricité de l'Ontario ». Il conclut que « le cadre d'adéquation des ressources de l'Ontario gagnerait à permettre un marché bilatéral robuste, caractérisé par une activité contractuelle accrue de la part des participants du côté de la demande [...]. Cela contraste avec le modèle actuel où la SIERE est *de facto* la seule contrepartie contractuelle viable dans la province ».

Énergie positive est un programme de recherche et de mobilisation de l'Université d'Ottawa qui vise à renforcer la confiance du public envers le processus décisionnel canadien en matière d'énergie grâce à la mobilisation, à des mesures recommandées ainsi qu'à des recherches et analyses fondées sur des preuves.³ Des articles portant sur des projets de recherche d'Énergie positive sont publiés de temps à autre dans la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*.⁴ Le programme Énergie positive entreprend actuellement un projet de recherche en collaboration avec l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité publique (CAMPUT) en vue de recenser les innovations et les opportunités fructueuses en matière de prise de décisions réglementaires sur l'énergie. Dans l'article « Quels sont les moteurs de l'innovation en matière de réglementation énergétique? », Patricia Larkin et Brendan Frank présentent les résultats d'une enquête en ligne portant sur l'innovation dans le domaine de la réglementation. L'enquête a été conçue conjointement par Énergie positive et CAMPUT.

Conformément à une directive ministérielle visant à entreprendre un examen ciblé des contrats de

production existants afin de trouver des possibilités viables de réduction des coûts, la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (SIERE) de l'Ontario a chargé le cabinet d'experts-conseils Boston Charles River Associates de soumettre son rapport intitulé *Independent Electricity System Operator : Contract Savings Review* (société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité : examen des économies réalisées sur les contrats) en février 2020. Dans le présent numéro de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*, Ron Clark se penche sur ce rapport. Il fait remarquer que le rapport a été soumis à la SIERE avant que la pandémie de la COVID-19 ne sévise. Il craint que, compte tenu de la réduction probable de la consommation d'énergie dans un avenir prévisible en raison de la pandémie, certaines des possibilités présentées pourraient « très bien être encore plus coûteuses que ce qui est prévu dans le rapport. De plus, « même en utilisant les chiffres pré-COVID, il est clair que les efforts pour réduire les coûts actuels de l'électricité s'accompagneraient de coûts importants à long terme, souvent supérieurs aux bénéfices à court terme. »

La décision de 2019 de la Cour suprême du Canada, désormais connue sous le nom de l'arrêt *Vavilov*⁵, a considérablement remodelé le droit de contrôle judiciaire des mesures administratives et s'accompagne de conséquences claires pour les futures contestations de décisions des organismes de réglementation de l'énergie. Jonathan Drance et ses collaborateurs commentent cette affaire dans leur article intitulé « L'arrêt *Vavilov* de la CSC : Augmentera-t-il le risque réglementaire? ».⁶ ■

³ Voir Énergie positive, en ligne : <www.uottawa.ca/positive-energy>. Rowland Harrison, l'un des directeurs de rédaction de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*, est membre du programme Énergie positive.

⁴ Voir par ex Michael Cleland et Monica Gattinger, « L'avenir énergétique du Canada à l'ère des changements climatiques : confiance du public et fondements institutionnels à l'égard du changement » (2019), 7:3 *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* 19.

⁵ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65.

⁶ L'affaire *Vavilov* a déjà fait l'objet d'une analyse dans un numéro précédent. Voir David Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2019 » (2020), 8:1 *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* 30.

CONSIDÉRATIONS RELATIVES AU CHANGEMENT CLIMATIQUE DANS LA *LOI SUR L'ÉVALUATION D'IMPACT FÉDÉRALE* : PROGRESSION OU STATU QUO?

*David V. Wright**

INTRODUCTION

Après nombre d'années d'incohérence dans l'évaluation des émissions de gaz à effet de serre (GES) dans les évaluations environnementales fédérales¹, l'intégration des considérations relatives au changement climatique est maintenant explicitement exigée en vertu de la nouvelle *Loi sur l'évaluation d'impact (LEI ou la Loi)*². La Loi contient des exigences bien

établies concernant le climat autant pour la phase d'évaluation que pour celles de la prise de décision³. On pourrait donc s'attendre à ce que les dispositions législatives mêmes soient relativement succinctes; des détails sont laissés à l'orientation qui n'était pas initialement en place lors de l'entrée en vigueur de la Loi en août 2019. En juillet 2020, le gouvernement fédéral a publié son « évaluation stratégique des changements climatiques » (ESCC)⁴ définitive,

* Professeur adjoint et membre du Natural Resources, Energy & Environmental Law Research Group de la faculté de droit de l'Université de Calgary. Je suis reconnaissant envers mes assistants à la recherche Niall Fink, pour son importante contribution aux premières ébauches, et Jared Armstrong, pour son précieux concours. Sincères remerciements aussi à mes collègues Martin Olszynski et Sharon Mascher pour leurs avis. Le présent article est fondé sur une série de billets de blogue portant sur l'Évaluation stratégique des changements climatiques qui se trouve à ABlawg.ca. Toute erreur relève uniquement de la responsabilité de l'auteur.

¹ Voir Mark Friedman, « Assessing Greenhouse Gas Emissions in the Oil Sands: Legislative or Administrative (in) Action? », (2016) 6:3 *Western J Leg Studies* 5; Voir aussi Flavia Vierira de Castro, « Canada's Climate Change Mitigation Commitments and the Role of the Federal Impact Assessment Act » (2020) 33:3 *J Envtl L & Prac* 211.

² *Loi sur l'évaluation d'impact*, LC 2019, c 28, art 1, arts 22, 63 [*LEI*]; Voir aussi Toby Kruger, « The Canadian Environmental Assessment Act and Global Climate Change: Rethinking Significance » (2009) 47:1 *Alta L Rev* 161.

³ *Ibid*; Pour un exposé général du nouveau régime, voir Evan W, Dixon et al., « Projet de loi C-69 : Présentation de la Régie canadienne de l'énergie et de l'Agence d'évaluation d'impact » (2019) 7:4 *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* 35, en ligne (pdf) : <www.energyregulationquarterly.ca/wp-content/uploads/2020/01/ERQ_Volume-7_Nume%CC%81ro-4-2019.pdf>.

⁴ Canada, Environnement et Changements climatiques Canada, *Évaluation stratégique des changements climatiques définitive* (juillet 2020), en ligne (pdf) : <s3.ca-central-1.amazonaws.com/ehq-production-canada/a2d3af3005300c3da12db0e050b718ffda4f068b/original/1602011748/2020-07-16-%C3%A9valuation_strat%C3%A9gique_des_changements_climatiques.pdf_b54edd5df6e70c7163e72c4e62a3795d?1602011748>.

mise à jour en octobre 2020⁵, qui contient l'orientation définitive à l'appui de la mise en œuvre des dispositions relatives au changement climatique de la Loi. Le présent article présente et explore les principaux éléments de cette orientation, ainsi que des éléments d'incertitude et de préoccupation qui subsistent.

En somme, l'ESCC définitive est un important pas en avant pour la mise en œuvre de la *LEI* parce qu'elle apporte certains éclaircissements — bien qu'incomplets — sur ce que les dispositions relatives au changement climatique de la *LEI* signifieront en pratique. Par exemple, comme nous le verrons plus loin, l'ESCC guidera les promoteurs quant aux renseignements à fournir concernant les émissions de GES propres à un projet et au nouvel engagement d'émissions nettes nulles d'ici 2050⁶, on y explique quels renseignements doivent être fournis en ce qui concerne l'intensité des émissions et la meilleure technologie disponible et on y clarifie quand les données d'émissions en amont seront requises. Toutefois, l'orientation n'est pas tout à fait claire, et plusieurs de ses éléments suscitent des préoccupations, surtout en ce qui concerne l'utilisation des compensations de carbone et la possibilité pour un promoteur d'aborder comment un projet « pourrait déplacer des émissions à l'échelle internationale » sans fournir une analyse des émissions en aval. L'orientation technique à venir fournira sans doute d'autres

précisions sur certaines de ces questions. Cependant, dans la mesure où l'on se tourne vers l'ESCC, et le régime de la *LEI* en général, comme outil pour réaliser les engagements relatifs au changement climatique du Canada à l'échelle internationale, on ne sait toujours pas exactement comment la mise en œuvre de la *LEI* aidera le Canada à s'acquitter de ses engagements en matière de changement climatique. De bien des façons, l'ESCC jette les bases pour le maintien du statu quo.

HISTORIQUE ET CONTEXTE

Depuis l'élection de 2015, le gouvernement Trudeau s'est engagé dans nombre d'initiatives pour faire face aux changements climatiques et aux émissions de GES. *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques*⁷, la *Stratégie canadienne de développement à faible émission de gaz à effet de serre à long terme pour le milieu du siècle*⁸, un engagement à atteindre des émissions nettes nulles d'ici 2050⁹, un retrait progressif accéléré de l'électricité produite à partir du charbon¹⁰ et l'inclusion de considérations relatives au changement climatique dans la *Loi sur l'évaluation d'impact*. Cette série d'initiatives visent, entre autres choses, à mettre le Canada en voie de s'acquitter de ses engagements en matière de réduction des émissions en vertu de l'Accord de Paris¹¹ et de réaliser de plus amples réductions par la suite.

⁵ Canada, Environnement et Changements climatiques Canada, *Évaluation stratégique des changements climatiques révisée* (octobre 2020) [ESCC], en ligne : <[3.ca-central-1.amazonaws.com/ehq-production-canada/edcf886d418fc9b72cf70e804b3d461696a3e19c/original/1602005509/2020-10-06-%C3%A9valuation_strat%C3%A9gique_des_changements_climatiques_Rapport_FR.pdf_4c003490aef074b5fcf4123643b2feb?1602005509](https://www3.ca-central-1.amazonaws.com/ehq-production-canada/edcf886d418fc9b72cf70e804b3d461696a3e19c/original/1602005509/2020-10-06-%C3%A9valuation_strat%C3%A9gique_des_changements_climatiques_Rapport_FR.pdf_4c003490aef074b5fcf4123643b2feb?1602005509)>.

⁶ Environnement et Changements climatiques Canada, communiqué, « Le gouvernement du Canada publie des projections d'émissions qui montrent une progression vers la cible climatique » (20 décembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2019/12/le-gouvernement-du-canada-publie-des-projections-demissions-qui-montrent-une-progression-vers-la-cible-climatique.html>; Voir aussi Conseil privé, « Discours du Trône ouvrant la première session de la quarante-troisième législature du Canada » (5 décembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/conseil-privé/campagnes/discours-trone/avancer-ensemble.html>.

⁷ Environnement et Changements climatiques Canada, *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques* (Gatineau, Québec : Environnement et Changements climatiques Canada, 2016) [rapport pancanadien], en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <publications.gc.ca/collections/collection_2017/eccc/En4-294-2016-fra.pdf>.

⁸ Environnement et Changements climatiques Canada, *Stratégie canadienne de développement à faible émission de gaz à effet de serre à long terme pour le milieu du siècle* (Gatineau, Québec : Environnement et Changements climatiques Canada, 2016) [Stratégie canadienne de développement], en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <unfccc.int/files/focus/long-term_strategies/application/pdf/can_strategie_red.pdf>.

⁹ Jonathan Arnold et Nancy Olewiler, « D'ici à zéro : Le Canada compte atteindre la cible de zéro émission nette d'ici 2050. Et ensuite? » (21 janvier 2020), en ligne (blogue) : *Institut canadien pour des choix climatiques* <choixclimatiques.ca/dici-a-zero-le-canada-compte-atteindre-la-cible-de-zero-emission-nette-dici-2050-et-ensuite>.

¹⁰ Environnement et Changements climatiques Canada, communiqué, « L'élimination progressive de la production d'électricité à partir du charbon au Canada franchit une autre étape importante » (12 décembre 2018), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2018/12/lelimination-progressive-de-la-production-delectricite-a-partir-du-charbon-au-canada-franchit-une-autre-etape-importante.html>.

¹¹ *Accord de Paris*, 22 avril 2016, RT Can 2016 n° 9 (entré en vigueur : 4 novembre 2016), art 4(3) [Accord de Paris].

Après un long et parfois litigieux processus de réforme du droit¹², auquel ont contribué le public canadien, des experts, des groupes et des membres de communautés autochtones¹³, la *LEI* est entrée en vigueur en août 2019, introduisant avec elle les toutes premières dispositions législatives portant explicitement sur le climat dans le régime d'évaluation fédéral. Bien que la *LEI* ne représente pas une restructuration à grande échelle du régime antérieur au titre de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*¹⁴ (*LCEE 2012*), un des domaines où des changements considérables ont été apportés concerne les considérations relatives au changement climatique.

Plus précisément, la Loi fait explicitement mention des changements climatiques à plusieurs reprises dans son préambule :

Attendu ... qu[e le gouvernement du Canada] reconnaît que les évaluations d'impact contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques...¹⁵

Plus important encore, la Loi exige explicitement que les considérations relatives au changement climatique soient prises en compte au cours de la phase d'évaluation :

22 (1) L'évaluation d'impact d'un projet désigné, qu'elle soit effectuée par l'Agence ou par une commission, prend en compte les éléments suivants :

...

i) la mesure dans laquelle les effets du projet portent

atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques.

La Loi fait également des considérations relatives au changement climatique, un facteur central dans la prise de décision finale. Plus particulièrement, la *LEI* comporte une nouvelle détermination d'intérêt public qui repose sur plusieurs facteurs explicites, dont les changements climatiques :

63 La décision que le ministre ou le gouverneur en conseil prend à l'égard d'un projet désigné au titre de l'alinéa 60(1)a) ou de l'article 62, respectivement, se fonde sur le rapport en cause et les éléments ci-après :

...

e) la mesure dans laquelle les effets du projet portent atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques.

Lorsque la Loi est entrée en vigueur, elle n'établissait pas clairement ce que ces dispositions signifieraient en pratique — c.-à-d. quels renseignements les promoteurs devraient fournir, comment l'Agence ou la commission d'examen utiliserait et évaluerait ces renseignements et comment toute cette analyse serait ensuite utilisée par les décideurs.

¹² Voir Gouvernement du Canada, « Examens environnementaux et réglementaires » (11 septembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/services/environnement/conservation/evaluation/examens-environnementaux.html> (Environnement et Changements climatiques Canada traite du processus de réforme de la loi et invite les gens à y participer); Voir par ex Maura Forrest, « New environmental assessment process a compromise between industry, activists », *National Post* (8 février 2018), en ligne : <nationalpost.com/news/politics/government-reveals-far-reaching-new-review-process-for-major-resource-projects> (article de presse faisant état de tensions dans le processus de réforme de la loi).

¹³ Voir par ex Canada, Agence canadienne d'évaluation environnementale, *Examen des processus d'évaluation environnementale (2017)*, en ligne (pdf) : <s3.ca-central-1.amazonaws.com/ehq-production-canada/documents/attachments/b71f5c3c04853035c73580c44cd925df2e02ffc4/000/007/073/original/Resume_des_commentaires_recus.pdf?1501262181>.

¹⁴ Voir Martin Olszynski, « In Search of #BetterRules: An Overview of Federal Environmental Bills C-68 and C-69 » (15 février 2018), en ligne (blogue) : *ABlawg* <ablawg.ca/2018/02/15/in-search-of-betterrules-an-overview-of-federal-environmental-bills-c-68-and-c-69>.

¹⁵ *LEI*, *supra* note 2, préambule.

Avec l'ESCC définitive de juillet 2020, et une mise à jour inattendue en octobre 2020¹⁶, des clarifications — bien que non complètes — sont arrivées. De plus amples détails devraient être fournis dans les guides techniques à venir¹⁷.

Avant de passer à la structure et aux éléments spécifiques de l'ESCC, il importe de souligner que l'ESCC n'est une « évaluation stratégique » que par nom. Elle ne ressemble pas à ce qui constitue habituellement une évaluation stratégique, qui, par exemple, comprendrait un examen complet des politiques, des plans et des programmes existants et futurs du Canada relativement aux changements climatiques et aux réductions des émissions de GES¹⁸. Plutôt, le processus d'ESCC consistait tout simplement en un exercice visant à élaborer une orientation pour la mise en œuvre des dispositions de la *LEI* qui mentionnent explicitement les changements climatiques¹⁹. Cette portée limitée se constate dans la description préliminaire dans le sommaire de l'ESCC (à i) :

« L'évaluation stratégique des changements climatiques :

- décrit les renseignements liés aux gaz à effet de serre (GES) et aux changements climatiques que les promoteurs de projet doivent soumettre à chacune des phases d'une évaluation d'impact fédéral;
- exige des promoteurs dont les projets ont une durée de vie allant au-delà de 2050, de fournir un plan crédible décrivant la manière dont le projet atteindra des émissions nettes nulles d'ici 2050;

- explique la façon dont l'Agence d'évaluation d'impact du Canada (AEIC) ou les organismes de réglementation du cycle de vie, avec le soutien des autorités fédérales expertes, examineront, commenteront et compléteront les renseignements liés aux changements climatiques fournis par les promoteurs. »

En d'autres mots, l'ESCC *ne vise pas* :

- à faire le bilan des lois, des politiques, des plans et des programmes existants du Canada en matière de changement climatique;
- à examiner et à évaluer les mesures supplémentaires qui pourraient être mises en place pour s'assurer que le Canada puisse respecter son engagement aux termes de l'Accord de Paris (30 % sous les niveaux de 2005 d'ici 2030) et atteindre son objectif d'émissions nettes nulles d'ici 2050;
- à recommander ou à dicter quels projets ou types de projets devraient être évalués au titre de la *LEI* (p. ex. ceux qui sont les plus susceptibles de produire des émissions élevées de GES);
- à établir une sorte de critère climatique qu'un projet devrait respecter pour être approuvé²⁰;
- à envisager des outils pour l'intégration des coûts monétaires des émissions de GES dans le processus d'évaluation²¹.

¹⁶ ESCC, *supra* note 5.

¹⁷ *Ibid* à la p 4 (Section 2.2).

¹⁸ Robert B. Gibson, Karine Pélouff et Meinhard Doelle, « Challenges and Opportunities of a Forthcoming Strategic Assessment of the Implications of International Climate Change Mitigation Commitments for Individual Undertakings in Canada » (2018) 10:10 Sustainability 3747, DOI : <doi.org/10.3390/su10103747> (exposé en profondeur de ce à quoi pourrait ressembler l'ESCC dans une approche plus large).

¹⁹ *LEI*, *supra* note 2, arts 22(1)i), 63e).

²⁰ Anna Johnston, « A strategic assessment, a climate test, and the spaces in between: who is left holding the SACC? » (19 août 2020), en ligne (blogue) : *West Coast Environmental Law* <www.wcel.org/blog/strategic-assessment-climate-test-and-spaces-in-between-who-left-holding-sacc> (pour discussion sur le critère climatique).

²¹ Voir David V. Wright et Meinhard Doelle, « Social Cost of Carbon in Environmental Impact Assessment » (2019) 52:3 UBC L Rev 1007.

En fait, le *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques* de 2016 comprend effectivement une série relativement complète de mesures de réduction des émissions pour l'ensemble du pays²². Toutefois, ce cadre est déjà désuet; il n'offrirait pas de feuille de route détaillée pour les politiques et les outils futurs et il ne faisait aucunement mention d'une évaluation d'impact fédérale, encore moins du rôle qu'elle pourrait jouer. Tout compte fait, peu importe la vision qu'on peut avoir de ce que constitue une évaluation stratégique convenable, le ministre de l'Environnement et du Changement climatique s'est maintenant prononcé. En vertu de la disposition déterminative au paragraphe 95(2) de la *LEI*, le ministre Wilkinson a jugé que l'ESCC était une évaluation stratégique aux termes de l'article 95(1) de la Loi, ce qui signifie qu'elle doit être prise en compte à certaines étapes du processus d'évaluation d'impact, ce qui comprend la désignation ministérielle d'un projet²³, les décisions de sélection d'organismes²⁴ et l'évaluation même²⁵. Cela clarifie toute ambiguïté qui aurait pu se présenter par suite de la mise en œuvre de l'ESCC avant l'entrée en vigueur de la *LEI*.

Le reste du présent article fait abstraction de ces préoccupations de haut niveau et met l'accent sur la substance de l'ESCC définitive, tout en offrant des commentaires en chemin.

ÉVALUATION STRATÉGIQUE DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES

Structure de base et application

L'orientation finale s'appliquera à tous les projets désignés faisant l'objet d'une évaluation d'impact fédérale²⁶. Cela comprendrait les projets sur la liste de projets du *Règlement sur les activités concrètes*²⁷ et tout projet désigné par le ministre comme nécessitant une évaluation en vertu de l'article 9 de la *LEI*²⁸. Les promoteurs devront fournir une estimation initiale dans la description initiale du projet fournie en début de la phase de planification²⁹, puis de plus amples renseignements à jour dans la description de projet détaillée qui éclairera la phase d'évaluation³⁰. L'exigence de base selon laquelle ces renseignements soient fournis découle des dispositions de la *LEI* citées plus haut et du *Règlement sur les renseignements et la gestion des délais*³¹, qui stipule que le promoteur doit fournir, autant dans la description initiale que dans la description détaillée d'un projet « [l]'estimation de toute émission de gaz à effet de serre liée au projet »³². Des exemples de ces descriptions peuvent déjà être observés dans les premières procédures concernant des projets en vertu de la nouvelle Loi³³, comme le projet de pipeline de gaz naturel Gazoduq³⁴.

Pour résumer à un haut niveau, l'orientation finale donne des détails sur les renseignements qui doivent être fournis au cours de chaque phase du processus d'évaluation. La première partie substantielle de l'orientation établit comment un promoteur doit quantifier les émissions de GES d'un projet, y compris

²² Rapport pancanadien, *supra* note 7 aux pp 9–31, annexe II.

²³ *LEI*, *supra* note 2, art 9(2).

²⁴ *Ibid*, art 16(2)e).

²⁵ *Ibid*, art 22(1)p).

²⁶ ESCC, *supra* note 5.

²⁷ *Règlement sur les activités concrètes*, DORS/2019-285.

²⁸ *LEI*, *supra* note 2, art 9.

²⁹ ESCC, *supra* note 5 à 10.

³⁰ *Ibid*.

³¹ *Règlement sur les renseignements et la gestion des délais*, DORS/2019-283.

³² *Ibid*, annexe 1 à 23; annexe 2 à 23.

³³ Voir par ex Gazoduq Inc., « Projet Gazoduq : Description initiale de projet - Résumé » (octobre 2019), en ligne (pdf): <gazoduq.com/upload/filer_public/90/95/90950fc7-b62e-4eeb-8c3e-dbf96200f565/03_projet_gazoduq_resume_de_la_description_initiale_du_projet.pdf>.

³⁴ Agence d'évaluation d'impact du Canada, « Projet Gazoduq » (1^{er} septembre 2020) en ligne : <iaac-aeic.gc.ca/050/evaluations/proj/80264>; Pour les premières observations, voir Niall Fink et David V. Wright, « Climate Change in Federal Impact Assessment: An Early Look at Two Energy Projects » (28 août 2020) en ligne (blogue) : <ABlawg.ca/2020/08/28/climate-change-in-federal-impact-assessment-an-early-look-at-two-energy-projects>.

en matière d'« émissions nettes³⁵ » ainsi que d'émissions en amont³⁶. Elle précise également que des estimations d'émissions en aval ne sont pas requises³⁷. Les autres parties de l'orientation sont présentées séquentiellement pour chacune des phases du processus d'évaluation, allant de la phase de planification jusqu'à l'étape postdécision³⁸. Plutôt que de passer en revue chaque phase, le reste du présent article portera sur les principaux éléments de l'orientation, tout en présentant des commentaires à cet égard.

Intensité des émissions

Les promoteurs seront tenus d'estimer l'intensité des émissions de GES d'un projet pour chaque année de la phase opérationnelle du projet³⁹. Cette information sera utilisée pour « comparer le projet à des types de projets similaires à haute performance énergétique au Canada et à l'échelle internationale⁴⁰ ». L'orientation invite les promoteurs à expliquer pourquoi l'intensité des émissions du projet est différente de celle des comparateurs⁴¹. Bien que ce type d'information s'éloigne des purs calculs de mégatonnes nécessaires pour que l'Agence et les décideurs puissent évaluer directement la mesure dans laquelle les effets du projet désigné nuisent ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses engagements en matière de climat, on peut supposer qu'elle est incluse pour introduire une certaine relativité dans le processus d'évaluation qui pourrait éclairer l'Agence dans l'analyse des mesures d'atténuation et l'élaboration des conditions pour l'approbation du projet. Cette exigence augmentera sans doute le fardeau en matière de rapport pour les promoteurs; toutefois, elle devrait offrir à l'Agence une base plus robuste pour procéder à un suivi de l'exactitude des prévisions de l'exploitant et des émissions réelles tout au long de la phase opérationnelle. Elle pourrait

aussi encourager les promoteurs à incorporer de meilleures technologies le cas échéant, ce qui soutient l'orientation de l'ESCC, qui est de fournir un examen détaillé des meilleures technologies disponibles et des meilleures pratiques environnementales (MTD/MPE)⁴².

L'inclusion de l'intensité des émissions dans l'ESCC est un pas en avant dans la production des données d'un projet spécifique en matière de climat; cependant, la formule pour calculer l'intensité des émissions, après l'avoir examinée de plus près, soulève une importante question. L'équation indique que : l'intensité des émissions équivaut aux émissions nettes de GES divisées par les unités produites⁴³. Cela pose un problème parce que, comme on le verra plus loin, l'ESCC définitive permet l'utilisation illimitée de crédits compensatoires aux fins de calcul des émissions nettes de GES. Cela pourrait rendre le calcul de l'intensité des émissions dénuée de sens parce que les GES par unités produites ne représenteraient pas nécessairement la performance réelle du projet. Par contre, l'Équation 2 produirait des prévisions plus utiles si elle était la suivante : l'intensité des émissions équivaut aux émissions nettes de GES (*crédits compensatoires non compris*) divisées par les unités produites. Ce calcul produirait des chiffres qui permettraient une comparaison fidèle « du projet à des types de projets similaires à haute performance énergétique au Canada et à l'échelle internationale⁴⁴. À tout le moins, les deux calculs (c.-à-d. avec et sans les compensations) devraient être requis. Peut-être que le guide technique à venir sur la quantification des émissions nettes de GES corrigera cette anomalie.

Crédits compensatoires

L'ESCC explique le rôle des crédits compensatoires dans le régime de la *LEI*

³⁵ ESCC, *supra* note 5 à la p 5 (comme défini par le calcul établi à 3.1.1).

³⁶ *Ibid* aux pp 8–9 (Section 3.2).

³⁷ *Ibid* à la p 5 (Section 3).

³⁸ *Ibid* à la p 2.

³⁹ *Ibid* à la p 5 (Section 3).

⁴⁰ *Ibid* à la p 8 (Section 3.1.2); Voir aussi *ibid* à la p 18 (Section 6).

⁴¹ *Ibid* à la p 13 (Section 5.1.4).

⁴² *Ibid* à la p 14 (Section 5.1.4.1).

⁴³ *Ibid* à la p 8 (équation 2 : calcul de l'intensité des émissions)

⁴⁴ *Ibid* à la p 8 (Section 3.1.2).

et fournit des instructions aux promoteurs relativement aux exigences en matière d'information. Par exemple, l'ESCC explique que les crédits doivent « provenir d'un projet enregistré dans un programme réglementaire canadien de compensation conforme aux meilleures pratiques décrites dans le Cadre de compensation pancanadien du Conseil canadien des ministres de l'Environnement⁴⁵ ». Cela devrait donner aux promoteurs une méthodologie claire pour produire, utiliser et calculer les crédits compensatoires, et il est possible que de plus amples détails soient fournis dans le guide technique à venir. Bien entendu, l'ESCC exige aussi explicitement que les crédits compensatoires soient vérifiés « à un niveau d'assurance raisonnable⁴⁶ ». Les crédits compensatoires sont également distincts des « émissions de GES évitées au pays », un concept qui a été grandement élargi dans la révision d'octobre 2020 de l'ESCC pour permettre aux promoteurs d'inclure les mesures de « niveau corporatif » non liées au projet qui sont prises ailleurs au Canada dans le calcul des émissions nettes⁴⁷. L'ESCC précise également que les crédits ne doivent pas être vieux de plus de cinq ans, et qu'ils doivent être accordés après que les réductions et les éliminations de GES aient été réalisées⁴⁸.

L'ESCC établit également des paramètres quant à la provenance des crédits, et, ce faisant, répond explicitement du lien entre le régime de la LEI et l'Accord de Paris. Plus particulièrement, l'orientation indique que les crédits compensatoires doivent provenir de projets de crédits compensatoires menés au Canada à moins qu'ils ne soient « pleinement conformes aux règles relatives aux résultats d'atténuation transférés au niveau international établies à l'article 6 de l'Accord de Paris et dans toutes les décisions applicables adoptées par la Conférence des parties » ainsi qu'à tout autre critère élaboré par Environnement et

Changement climatique Canada (ECCC)⁴⁹. L'article 6 est parfois désigné comme la partie des « marchés du carbone » de l'Accord de Paris, et les règles internationales émergentes régiront l'utilisation par les pays des divers mécanismes à leur disposition pour atteindre les objectifs de Paris (p. ex. échange de droits d'émission et crédits compensatoires). Un but explicite de l'article 6 est d'« éviter le double comptage », où deux pays essaient de revendiquer la même réduction d'émissions comme étant la leur⁵⁰. L'ESCC fournit des clarifications utiles à cet effet en présentant de façon transparente le lien entre le régime de la LEI et les règles de l'Accord de Paris, ce qui est essentiel pour éviter le double comptage. Bien que les règles de l'article 6 soient encore fluides et en cours d'élaboration⁵¹, il s'agit d'une clarification explicite qui est la bienvenue dans l'ESCC et qui sera probablement étoffée lorsque les règles internationales et l'orientation de la LEI seront mises au point.

De plus, en ce qui a trait au double comptage, l'ESCC précise également que les crédits compensatoires ne doivent pas avoir été utilisés pour se conformer à toute autre exigence réglementaire, ni pour tout autre but volontaire ou lié à la conformité⁵². Cela semble établir les bases pour les crédits générés en vertu d'un autre régime fédéral ou sous-national que les promoteurs de projets désignés peuvent utiliser du moment qu'ils n'aient pas été utilisés dans le cadre d'autres programmes de conformité ou volontaires.

L'élément le plus surprenant de l'ESCC concernant les compensations provient de ce qui n'a pas été inclus : des limites d'emploi. L'ESCC ne comporte aucune limite quant au nombre de crédits qu'un promoteur de projet peut utiliser pour calculer les émissions nettes. Alors que la version préliminaire de l'ESCC créait une certaine ambiguïté à savoir si les

⁴⁵ *Ibid* à la p 7 (Section 3.1.1).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Pour un bon tour d'horizon, voir Simon Evans et Josh Gabbatiss, « In-depth Q&A: How 'Article 6' carbon markets could 'make or break' the Paris Agreement » (29 novembre 2019) en ligne : [CarbonBrief <www.carbonbrief.org/in-depth-q-and-a-how-article-6-carbon-markets-could-make-or-break-the-paris-agreement>](http://www.carbonbrief.org/in-depth-q-and-a-how-article-6-carbon-markets-could-make-or-break-the-paris-agreement).

⁵¹ Yamide Dagnet et al, « COP 25: What We Needed, What We Got, What's Next » (23 décembre 2019) en ligne : [World Resources Institute <www.wri.org/blog/2019/12/cop25-what-we-needed-what-we-got-whats-next>](http://www.wri.org/blog/2019/12/cop25-what-we-needed-what-we-got-whats-next).

⁵² ESCC, *supra* note 5 à la p 7 (Section 3.1.1).

crédits compensatoires pouvaient être appliqués dans le calcul des émissions nettes ou s'ils devaient se limiter aux mesures d'atténuation⁵³, l'ESCC définitive apporte une précision en ouvrant tout grand la porte à une utilisation illimitée des crédits compensatoires dans le calcul des émissions nettes. Par conséquent, un promoteur pourrait théoriquement utiliser des crédits pour compenser la totalité des émissions de GES d'un projet, atteignant ainsi des émissions nettes nulles dès aujourd'hui sans avoir à changer concrètement le projet tel qu'il a été proposé. S'éloignant de façon importante de la version préliminaire de l'ESCC, cette particularité de l'orientation définitive est en partie facilitée par le retrait du renvoi à la norme ISO 14064⁵⁴ et au Greenhouse Gas Protocol, *A Corporate Accounting and Reporting Standard*⁵⁵, qui étaient inclus dans la version préliminaire de l'ESCC⁵⁶. En fait, ces normes ne permettraient pas une utilisation si vaste et illimitée des crédits compensatoires dans les calculs des émissions nettes. Par exemple, le Protocole des gaz à effet de serre stipule que « les incertitudes entourant la comptabilité des GES des projets compliquent la détermination à savoir qu'une compensation est d'une ampleur équivalente aux émissions internes qu'elle compense... C'est pourquoi les entreprises devraient toujours rendre compte de leurs propres émissions internes dans des rapports distincts des compensations utilisées pour atteindre l'objectif, plutôt que de fournir une quantité nette⁵⁷ » [traduction].

À un niveau plus large en matière de politique, l'accès illimité aux compensations dans le régime de la LEI pourrait soulever des préoccupations de longue date concernant

l'utilisation des compensations de GES, plus particulièrement en ce qui a trait à la crédibilité et à la vérification des réductions d'émissions (c.-à-d. est-ce que le crédit représente effectivement les réductions réelles d'émissions?), à l'équité entre les régions qui continuent d'émettre et celles qui accueillent la compensation et à la perception selon laquelle les compensations permettent aux régions et aux firmes de poursuivre leur comportement à grande intensité carbonique⁵⁸.

Malgré de telles préoccupations, les programmes de compensation prennent racine au Canada, comme le souligne un récent rapport d'ECCC énonçant les options pour un système fédéral de compensation de GES⁵⁹. Dans ce contexte, l'élément de crédit compensatoire de la LEI est susceptible d'avoir un impact considérable autant sur l'offre que sur la demande de crédits. Par exemple, un grand projet d'énergie renouvelable examiné en vertu de la LEI pourrait générer des crédits en faisant la démonstration qu'il y aura des réductions d'émissions additionnelles à ce qui se serait produit en l'absence du projet, et les grands projets d'énergie classique pourraient bien chercher à utiliser des crédits compensatoires pour réduire leurs émissions nettes. Il y aura bon nombre de détails à régler dans les guides techniques futurs, mais il s'agit d'un élément important et conséquent dans le nouveau régime de la LEI.

ÉVALUATION DES ÉMISSIONS EN AMONT

L'ESCC emploie une approche à seuils pour dicter si un promoteur doit préparer des

⁵³ Le texte de la version préliminaire de l'ESCC était plutôt confus sur ce point, mais semblait se limiter à la dernière question (voir *ibid* à la p 8).

⁵⁴ Organisation internationale de normalisation, « ISO 14064-1:2018 » (décembre 2018), en ligne : <iso.org/fr/standard/66453.html>.

⁵⁵ Greenhouse Gas Protocol, « A Corporate Accounting and Reporting Standard » (2015), en ligne (pdf) : <ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf>.

⁵⁶ Environnement et Changements climatiques Canada, *Version préliminaire de l'Évaluation stratégique des changements climatiques* (2019) à la p 6 (Section 3.1.1), en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/sacc/Version_preliminaire_evaluation_strategique_des_changements_climatiques.pdf>.

⁵⁷ Greenhouse Gas Protocol, *supra* note 55 à la p 82.

⁵⁸ Voir ce travail de réflexion pour un bref aperçu : Umair Irfan, « Can you really negate your carbon emissions? Carbon offsets, explained » *Vox* (27 février 2020) en ligne : <www.vox.com/2020/2/27/20994118/carbon-offset-climate-change-net-zero-neutral-emissions>.

⁵⁹ Environnement et Changements climatiques Canada, *Tarification de la pollution par le carbone : Options relatives à un système fédéral de crédits compensatoires pour les GES*, (Gatineau, Québec : Environnement et Changements climatiques Canada, 2019) en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/climate-change/pricing-pollution/Options-systeme-credits-compensatoires.pdf>.

estimations des émissions de GES en amont⁶⁰. Ces seuils changent à chaque décennie, diminuant au fil du temps⁶¹. Par exemple, pendant la période de 2020 à 2029, seuls les projets avec des émissions en amont supérieures à 500 kt de CO₂/année doivent réaliser une évaluation des émissions en amont. Ce seuil diminue à 300 kt de CO₂/année pour 2030 à 2039, à 200 pour 2040 à 2049, et à 100 pour 2050 et au-delà. La question de savoir si une évaluation en amont est requise pour un projet particulier sera définitivement réglée dans les Lignes directrices adaptées relatives à l'étude d'impact publiées par l'AEIC à la fin de la phase de planification⁶². Sous réserve d'importantes avancées dans des secteurs spécifiques et au niveau technologique, la logique suggérerait que les seuils décroissants signifieraient qu'un plus grand nombre de projets seront tenus de procéder à des évaluations en amont dans les décennies à venir. On peut supposer que ces renseignements seront utiles au gouvernement pour surveiller les progrès vers l'engagement 2050. Une fois de plus, une orientation plus approfondie est attendue concernant les émissions de GES⁶³. Il est à noter qu'il n'est pas nécessaire que le plan d'un promoteur comprenne les émissions en amont pour atteindre des émissions nettes nulles⁶⁴, et l'ESCC définitive confirme que les analyses d'émissions en aval ne sont pas requises (cependant, voir la question connexe abordée ci-dessous)⁶⁵.

IMPACT DU PROJET SUR LES EFFORTS FÉDÉRAUX DE RÉDUCTION DES ÉMISSIONS ET LES ÉMISSIONS MONDIALES DE GES

Conformément l'orientation définitive, les promoteurs doivent fournir des renseignements concernant l'impact que le projet pourrait avoir sur les réductions mondiales d'émissions de GES ainsi que sur les efforts du Canada pour réduire les émissions de GES⁶⁶. Bien que cela s'applique à tous les projets, l'ESCC définitive reconnaît que « [p]our certains projets, il n'y aura rien à ajouter dans cette section⁶⁷ ». Pour ce qui est des émissions mondiales, l'orientation invite les promoteurs à « décrire comment le projet est susceptible d'entraîner des réductions d'émissions mondiales », pour ensuite souligner qu'« un projet qui favorise le remplacement d'une énergie à fortes émissions à l'étranger par de l'énergie à faibles émissions produite au Canada pourrait être considéré comme ayant une incidence positive⁶⁸ ».

Cette particularité de l'ESCC est intéressante et préoccupante à plusieurs égards. D'abord, elle crée une incohérence au sein même de l'orientation, d'une part en laissant de côté l'analyse des émissions en aval⁶⁹, et d'autre part en donnant la possibilité à un promoteur de présenter sélectivement des données à propos des effets en aval d'un projet. Pour qu'un promoteur puisse inclure le déplacement d'émissions à l'échelle internationale, il doit procéder à un certain degré d'analyse des émissions en aval de ses propres produits et des émissions de l'autre pays. Par exemple, si un promoteur d'une installation d'exportation de gaz naturel liquéfié (GNL) suggérerait que le projet entraînerait un

⁶⁰ ESCC, *supra* note 5 à la p 8 (Section 3.2 : les émissions de GES en amont sont définies comme : « les émissions nationales et internationales de toutes les étapes de la production, du point d'extraction ou d'utilisation des ressources jusqu'au projet à l'étude »).

⁶¹ *Ibid* à la p 9 (tableau 1 : seuils d'émissions de GES en amont pour réaliser une évaluation des GES en amont).

⁶² *Ibid* à la p 11 (Section 4.2).

⁶³ *Ibid* à la p 4 (Section 2.2).

⁶⁴ *Ibid* à la p 16 (Section 5.3).

⁶⁵ *Ibid* à la p 5 (Section 3).

⁶⁶ *Ibid* à la p 13 (Section 5.1.3).

⁶⁷ *Ibid*.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ *Ibid* à la p 5 (Section 3.1.1).

déplacement d'émissions ailleurs⁷⁰, ce promoteur doit calculer les émissions de la combustion du produit et comparer le résultat aux émissions provenant de la combustion d'une source de combustible différente (p. ex. le charbon). Il est difficile d'interpréter cette étape comme autre chose qu'un exercice d'estimation des émissions en aval.

Par ailleurs, étant donné que cette partie de l'ESCC est désignée comme optionnelle⁷¹, l'information produite en vertu de cette partie du régime est susceptible d'être déséquilibrée. L'Agence, ou la commission d'examen selon le cas, est susceptible de recevoir des renseignements détaillés à cet effet, de la part de promoteurs de projets qui s'attendent à des réductions d'émissions en aval conséquentes, alors que les promoteurs de projets qui sont susceptibles d'augmenter les émissions à l'échelle internationale choisiraient, avec raison, de ne pas faire mention de cet aspect.

Pour terminer, alors qu'ECCC et l'Agence élaborent l'orientation plus détaillée sur ces aspects des calculs des GES, il pourrait être difficile de supporter ce déséquilibre. Un élément clé est la façon dont ce calcul de déplacement propre à un projet (en plus de la dimension de compensation décrite ci-dessus) renvoie aux règles internationales qui sont négociées pour la mise en œuvre de l'article 6 de l'Accord de Paris. Dans le contexte de la nouvelle LEI canadienne, sous réserve des détails qui ressortiront des négociations à l'occasion de la conférence des parties à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), ECCC et l'Agence devront s'assurer que si un produit d'un projet canadien (p. ex. du GNL) entraîne des réductions d'émissions dans un

pays étranger (c.-à-d. des « émissions déplacées à l'échelle internationale ») et que le pays de destination revendique ces réductions en vue de s'acquitter de ses propres engagements en matière de changement climatique, ces mêmes réductions ne doivent donc pas être réclamées par le Canada pour la réalisation de ses propres réductions. En d'autres mots, dans une perspective des règles de l'Accord de Paris, il pourrait être tout à fait raisonnable pour le promoteur d'un projet canadien d'inclure des avantages prévus en matière de réductions des émissions de manière narrative dans le but d'obtenir l'approbation du projet au Canada. Toutefois, le Canada ne pourra donc pas compter ces réductions d'émissions étrangères comme des réductions d'émissions réalisées par le Canada, et un promoteur de projet canadien ne pourra pas lui non plus s'attendre à obtenir une valeur pécuniaire pour ces réductions d'émissions autrement qu'au moyen d'une prime dont la valeur a déjà été fixée par le marché mondial de l'énergie. Et il est à noter que tout cela pourrait être discutable compte tenu de la nature ténue de l'assertion à savoir que le GNL canadien exporté entraînera effectivement des réductions d'émissions à l'échelle mondiale⁷².

Émissions nettes nulles d'ici 2050

Le gouvernement Trudeau a fixé un objectif d'émissions nettes nulles d'ici 2050⁷³, un objectif promis par de nombreux pays partout dans le monde, y compris la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni, l'Union européenne, le Japon et d'autres⁷⁴. Cet objectif figure maintenant au premier plan dans le régime de la LEI par suite d'incorporation dans l'ESCC définitive et renforcé par un renvoi aux engagements du Canada au titre de l'Accord de Paris et de la

⁷⁰ Tel qu'il a été affirmé dans les dernières années. Voir Peter Kent, « LNG Canada's export terminal will enable coal-reliant customer nations to reduce GHG Emissions » (14 janvier 2019) en ligne : *LNG Canada* <www.lngcanada.ca/news/lng-canadas-export-terminal-will-enable-coal-reliant-customer-nations-to-reduce-ghg-emissions-1>; Voir aussi Rob Shaw, « B.C. and Alberta find common ground on international LNG credits », *Vancouver Sun* (3 décembre 2019) en ligne : <vancouver.sun.com/news/politics/b-c-and-alberta-find-common-ground-on-international-lng-credits>.

⁷¹ ESCC, *supra* note 5 à la p 13 (Section 5.1.3; *pourrait*).

⁷² Voir Jason Dion, « No Canada cannot get credit for its low-carbon exports » (17 juin 2019) en ligne : *Ecofiscal* <ecofiscal.ca/2019/06/17/no-canada-cannot-get-credit-low-carbon-exports>; Voir aussi « No, Canada can't save the planet by exporting more natural gas », *The Globe and Mail* (12 décembre 2019), en ligne : <www.theglobeandmail.com/opinion/editorials/article-no-canada-cant-save-the-planet-by-exporting-more-natural-gas>.

⁷³ Conseil privé, *supra* note 6.

⁷⁴ Kelly Levin et Chantal David, « What Does "Net Zero Emissions" Mean? 6 Common Questions, Answered » (17 septembre 2019), en ligne : *World Resources Institute* <www.wri.org/blog/2019/09/what-does-net-zero-emissions-mean-6-common-questions-answered> (vingt pays en date de juin 2020).

Stratégie canadienne de développement à faible émission de gaz à effet de serre à long terme pour le milieu du siècle⁷⁵.

L'ESCC exige des « promoteurs dont les projets ont une durée de vie allant au-delà de 2050, de fournir un plan crédible décrivant la manière dont le projet atteindra des émissions nettes nulles d'ici 2050⁷⁶ ». Cette exigence est ensuite intégrée partout dans les étapes clés du processus de la LEI. Plus précisément, les Lignes directrices adaptées relatives à l'étude d'impact, qui sont publiées à la fin de la phase de planification, exigera des « promoteurs de projets ayant une durée de vie allant au-delà de 2050 » de « fournir un plan crédible qui décrit la façon dont le projet atteindra des émissions nettes nulles d'ici 2050⁷⁷ ». Dans la phase d'énoncé de l'impact, les promoteurs de tels projets seront tenus de « fournir un plan crédible décrivant la manière dont le projet atteindra des émissions nettes nulles d'ici 2050 » et ce plan « devr[a] démontrer comment ... [l]es émissions nettes de GES... égal[er]ont 0 kt d'éq. CO₂ d'ici 2050 et pour le restant de la durée de vie du projet⁷⁸ ». Il est intéressant de noter que l'ESCC donne également la possibilité aux promoteurs d'« identifier toutes les mesures de soutien du gouvernement qu'il leur faudrait pour atteindre des émissions nettes nulles. Ils pourraient notamment déterminer le besoin de construire une interconnexion de réseau pour permettre l'accès à de l'électricité propre⁷⁹ ».

La révision d'octobre 2020 comportait des renseignements supplémentaires concernant le concept de « plan crédible », indiquant qu'« [u]n plan pour atteindre des émissions nettes nulles n'a pas besoin de décrire chaque technologie ou pratique que le projet mettra en œuvre au fil du temps pour atteindre des émissions nettes nulles... Un plan pour atteindre des émissions

nettes nulles devrait décrire les réductions d'émissions à des intervalles spécifiés jusqu'en 2050 et chercher à maximiser les réductions d'émissions absolues au cours des premières années de la durée de vie d'un projet⁸⁰ ». La révision ajoute également qu'un plan crédible « peut faire référence au plan d'émissions nettes nulles de l'entreprise⁸¹ ». Ce dernier point ranime une conclusion de la commission d'examen conjoint du projet d'exploitation des sables bitumineux Kearl, réuni à nouveau en 2008, qui a conclu que malgré le fait que le promoteur n'ait pas élaboré un plan de gestion des GES propre au projet, le programme d'efficacité énergétique ainsi que d'autres mesures organisationnelles du promoteur représentaient des « mesures de substitution efficaces⁸² ». Ainsi, la révision d'octobre 2020 de l'ESCC par une orientation d'émissions nettes nulles, conjointement avec la référence mentionnée plus haut aux actions de niveau organisationnel relativement aux émissions de GES évitées au pays, donne aux promoteurs toute la latitude d'inclure des mesures et des activités qui n'ont rien à voir avec le projet en question.

Passons maintenant à la phase d'évaluation, qui est la phase où le contenu des plans d'émissions nettes nulles sera évalué, l'ESCC indique que l'« AEIC ou l'organisme de réglementation du cycle de vie examinera le plan du promoteur pour atteindre des émissions nettes nulles de GES d'ici 2050 et considérera aussi les mesures de soutien gouvernementales identifiées par le promoteur afin que le projet atteigne des émissions nettes nulles de GES⁸³ ». Dans la phase de prise de décision, l'ESCC précise que les conditions rattachées à l'approbation d'un projet « peuvent aussi comprendre un programme de déclaration où le promoteur démontrerait les progrès vers la mise en œuvre

⁷⁵ Voir par ex rapport pancanadien, *supra* note 7; Stratégie canadienne de développement, *supra* note 8.

⁷⁶ ESCC, *supra* note 5 à la p 1.

⁷⁷ *Ibid* à la p 11 (Section 4.1.3).

⁷⁸ *Ibid* à la p 17 (Section 5.3).

⁷⁹ *Ibid*.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² Agence canadienne d'évaluation environnementale, « Projet de sables bitumineux Kearl, addenda au rapport de décision EUB 2007-013, justification supplémentaire de la conclusion relative aux émissions atmosphériques par la commission d'examen conjoint », (6 mai 2008), en ligne : <aeic-iaac.gc.ca/052/document-html-fra.cfm?did=26766> (conclusion de la commission d'examen conjoint après avoir été obligée de se réunir à nouveau à la suite de la décision dans *Pembina Institute for Appropriate Development c Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302)

⁸³ ESCC, *supra* note 5 à la p 18 (Section 6).

de ces mesures d'atténuation ainsi que le plan pour atteindre des émissions nettes nulles d'ici 2050 pour les projets ayant une durée de vie allant au-delà de 2050⁸⁴ ». Parallèlement, à l'étape postdécision, un promoteur peut être tenu de se conformer à des « exigences en matière de déclaration des progrès relativement à la mise en œuvre de ces mesures d'atténuation des GES et à la mise en œuvre du plan pour atteindre des émissions nettes nulles d'ici 2050 pour les projets ayant une durée de vie allant au-delà de 2050⁸⁵ ». Chose étonnante, la révision d'octobre 2020 indiquait que « [l]a soumission d'un plan qui ne précise pas comment le projet atteindra des émissions nettes nulles d'ici 2050 ne disqualifiera pas un projet de poursuivre le processus d'évaluation d'impact » et que si un tel projet sans plan était approuvé, le ministre pouvait imposer une condition d'approbation du projet exigeant que le promoteur mette à jour ses plans par la suite⁸⁶.

Prises ensemble, ces parties de l'ESCC clarifient les attentes du régime de plusieurs façons. Premièrement, elles clarifient quels promoteurs de projets doivent fournir des renseignements relativement à l'engagement 2050 — seuls les promoteurs de projet ayant une durée de vie allant au-delà de 2050. Deuxièmement, elles décrivent aussi en termes généraux quels renseignements ces promoteurs devront fournir. Bien qu'il y ait une certaine ambiguïté dans la norme de « plan crédible », la révision d'octobre 2020 fournissait de plus amples détails⁸⁷, même si ces ajouts atténuent d'autant plus les exigences relatives au plan d'émissions nettes nulles (c.-à-d. qu'un plan n'est pas effectivement requis et que les plans peuvent tout simplement faire référence à un plan d'émissions nettes nulles d'entreprise). Troisièmement, les exigences jettent les bases formelles en fonction desquelles ces renseignements seront examinés dans les phases d'évaluation et de prise de décision. Comme nous le verrons plus bas, cependant, il n'est pas tout à fait clair comment l'évaluation et

la prise de décision finale feront le lien entre les renseignements du projet et la capacité du Canada de s'acquitter de ses engagements en matière de changement climatique, mais à tout le moins, l'ESCC en décrit bien les fondements généraux. Quatrièmement, en faisant état d'un lien entre les programmes de déclaration dans les conditions d'approbation d'un projet et le plan d'un promoteur pour atteindre des émissions nettes nulles, l'ESCC établit les bases pour une surveillance continue et une responsabilité qui permettraient de veiller à ce que le promoteur tienne ses engagements. Cinquièmement, l'ESCC précise que le libellé d'« engagements en matière de changements climatiques » dans la *LEI* comprend le nouvel engagement d'émissions nettes nulles pour 2050. Pour terminer, l'ESCC révèle que le gouvernement fédéral utilisera, du moins dans une certaine mesure, la *LEI* comme un outil pour assurer la réalisation de réductions d'émissions à plus long terme en exigeant que les projets désignés aient un plan qui s'aligne sur l'engagement d'émissions nettes nulles.

ÉVALUATION DE L'INFORMATION SUR LES GES ET PRISE DE DÉCISION

L'ESCC est relativement modeste quant à savoir comment les renseignements propres à un projet seront examinés et analysés par l'Agence⁸⁸ et comment le gouverneur en conseil utilisera ces renseignements par la suite pour prendre une décision finale à savoir si le projet est dans l'intérêt public⁸⁹. L'orientation explique en termes assez généraux ce qui sera fait — c.-à-d. qu'il y aura un examen des renseignements sur les GES du projet, y compris les mesures d'atténuation, et que cette information sera comparée aux « cibles et prévisions⁹⁰ » du Canada en matière d'émissions. Toutefois, il y a très peu d'information sur la façon dont cela sera fait. Étant donné que c'est au cours de ces phases du processus d'évaluation que l'Agence et les décideurs examineront réellement l'essentiel de l'exigence relative au climat de la *LEI* — c.-à-d. « la mesure dans laquelle les

⁸⁴ *Ibid* à la p 19 (Section 7).

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid* à la p 17–18 (Section 5.3).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid* à la p 19 (Section 7).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid* aux pp 18–19.

effets du projet désigné portent atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses engagements à l'égard des changements climatiques » — il est curieux de constater que cette question est si peu traitée, particulièrement en ce qui concerne la phase d'évaluation.

Pour ce qui est de la phase d'évaluation, il n'est pas clair comment l'Agence ou la commission d'examen conclura ou formulera une recommandation quant à la mesure dans laquelle un projet particulier contribue ou porte atteinte à la capacité du Canada de s'acquitter de ses engagements en matière de changement climatique. Bien que l'on dispose d'approches analytiques, comme les bilans de carbone et les scénarios de décarbonisation⁹¹, ceux-ci ne sont pas mentionnés dans l'orientation, sauf dans la référence à « des cibles et des prévisions d'émissions du Canada, dont les cibles du Canada en matière d'émissions pour 2030, la Stratégie canadienne de développement à faible émission de gaz à effet de serre à long terme pour le milieu du siècle, et l'objectif du Canada d'atteindre des émissions nettes nulles d'ici 2050⁹² », et une indication à savoir que l'examen « peut comprendre l'analyse, par exemple, de l'arrimage des émissions du projet aux projections sectorielles dans les prévisions nationales d'ECCC énoncées dans les communications nationales et les rapports biennaux du Canada présentés à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁹³ ». Cette dimension ne figure pas non plus dans les sujets de futurs guides techniques⁹⁴. Qui plus est, peu de détails supplémentaires sont fournis dans un nouveau document de « contexte stratégique » publié par l'Agence : *Contexte stratégique : Obligations environnementales et engagement en matière de changements climatiques en vertu de*

*la Loi sur l'évaluation d'impact*⁹⁵. Ce document explique effectivement que l'analyse de l'Agence visera à déterminer « si oui ou non les effets d'un projet pourraient porter atteinte ou contribuer à la capacité du gouvernement du Canada de respecter une obligation environnementale ou un engagement à l'égard des changements climatiques » et « dans quelle mesure ces effets pourraient porter atteinte ou contribuer à la capacité du gouvernement du Canada de respecter une obligations environnementale ou un engagement à l'égard des changements climatiques ». Toutefois, on omet d'expliquer clairement quels paramètres seraient appliqués dans une telle analyse.

Pour ce qui est de la prise de décision, il est peu surprenant que seuls de maigres détails soient fournis à cet effet compte tenu du principe de confidentialité des délibérations du Cabinet, de la nature polycentrique de la détermination d'intérêt public de la *LEI* et de la grande discrétion afférente qu'accorde la Loi. L'Agence a aussi publié le document *Contexte stratégique : Détermination de l'intérêt public en vertu de la Loi sur l'évaluation d'impact*⁹⁶; toutefois, le texte sur les changements climatiques renvoie tout simplement le lecteur à l'ESCC et à d'autres ouvrages de contexte stratégique sur les changements climatiques. Bien que ce manque de détails rende difficile la compréhension par le public, l'industrie et les parties intéressées de l'effet que les renseignements sur les GES propres à un projet auront sur l'approbation (ou le rejet) et les conditions d'approbation associées du projet, avec le temps ces questions devraient être abordées en vertu de l'article 65 de la *LEI* qui exige que des « raisons détaillées » accompagnent les déterminations d'intérêt public. Ceci relèverait de la spéculation, mais

⁹¹ Voir l'exposé détaillé de Robert Gibson et al., « From Paris to Projects: Clarifying the implications of Canada's climate change mitigation commitments for the planning and assessment of projects and strategic undertakings » (janvier 2019), en ligne (pdf) : <uwaterloo.ca/paris-to-projects/sites/ca.paris-to-projects/files/uploads/files/p2p_full_report_23jan19.pdf>; Voir aussi Meinhard Doelle, « Integrating Climate Change into Environmental Impact Assessments: Key Design Elements » (26 octobre 2018), en ligne : SSRN <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273499>.

⁹² ESCC, *supra* note 5 aux pp 18–19.

⁹³ *Ibid* à la p 18.

⁹⁴ *Ibid* à la p 4 (Section 2.2).

⁹⁵ Agence d'évaluation d'impact du Canada, « Contexte stratégique : Obligations environnementales et engagements en matière de changements climatiques en vertu de la *Loi sur l'évaluation d'impact* » (17 janvier 2020), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/agence-evaluation-impact/services/politiques-et-orientation/guide-practitioner-evaluation-impact-federales-obligations-environnementales-engagements.html>.

⁹⁶ Agence d'évaluation d'impact du Canada, « Contexte stratégique : Détermination de l'intérêt public en vertu de la *Loi sur l'évaluation d'impact* » (10 Janvier 2020), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/agence-evaluation-impact/services/politiques-et-orientation/determination-interet-public-vertu-loi-evaluation-impact.html>.

on pourrait s'attendre à ce que les raisons du gouverneur en conseil qui accompagneront un projet pétrolier et gazier à émissions élevées dans le futur pourraient ressembler à la description du gouvernement fédéral qui explique comment la pollution par le carbone associée au projet TMX « est déjà prise en compte dans les projections des émissions nationales du Canada⁹⁷ ».

CONCLUSION

En quelque sorte, l'ESCC et l'orientation définitive résultante représentent un important pas en avant dans le contexte de l'évaluation d'impact. Pendant nombre d'années, plusieurs pays ont eu maille à partir avec l'intégration de considérations relatives aux changements climatiques dans les évaluations au niveau des projets. Le Canada s'est maintenant engagé dans ce que l'on pourrait appeler un exercice d'innovation et l'ESCC est une importante partie de ce qui est à venir. Étant donné que le but principal de tout régime d'évaluation de projets est de produire de l'information pour une prise de décision éclairée, l'orientation finale aidera les promoteurs à produire de l'information détaillée qui servira de base essentielle aux décideurs pour déterminer si un projet est dans l'intérêt public. Certains éléments ressortent du lot, comme les directives destinées aux promoteurs concernant l'intensité des émissions, les MTD/MPE et les émissions en amont.

Toutefois, d'importantes questions demeurent. D'abord et avant tout, il n'est toujours pas très clair comment les renseignements sur les GES d'un projet seront évalués par l'Agence (ou une commission d'examen, selon le cas) et ensuite utilisés dans la prise de décision finale. Le cadre d'évaluation, dans la mesure où il est décrit dans l'ESCC et d'autres documents de contexte stratégique, laisse amplement de place à manœuvrer pour en arriver à une recommandation à savoir qu'un projet ne nuira pas à l'atteinte des engagements du Canada en matière de changement climatique. Il laisse aussi amplement de place à manœuvrer pour les promoteurs, dont un emploi de crédits compensatoires illimité dans les calculs des émissions nettes,

une équation d'intensité d'émissions qui permet d'intégrer les compensations dans le résultat d'émissions nettes, l'exclusion de l'analyse des émissions en aval alors qu'il est permis d'indiquer comment un projet « peut déplacer des émissions à l'échelle internationale », et la possibilité pour les promoteurs d'inclure des mesures organisationnelles non liées au projet faisant l'objet de l'évaluation. Pris ensemble, le contenu de l'ESCC ouvre la voie à l'approbation de projets à forte intensité carbonique pendant de nombreuses années à venir.

Pour expliquer le tout en des termes plus concrets, mis à part la production d'information supplémentaire sur les GES (qui, en toute justice, a une valeur en soi) et l'alimentation des marchés intérieurs et internationaux de compensations à venir, l'ESCC structure le régime entier de façon à favoriser en quelque sorte le maintien du statu quo. Par conséquent, la mise en œuvre de cette partie de la *LEI* n'est pas susceptible d'avoir un rôle important à jouer pour aider le Canada à s'acquitter de ses engagements en matière de changement climatique. En d'autres mots, l'ESCC n'agit pas de manière significative sur la disposition préambulaire citée plus haut qui reconnaît « que les évaluations d'impact contribuent à la capacité du Canada à respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques ». Bien que l'évaluation d'impact au niveau des projets n'ait jamais été sujette à devenir la principale partie de la lutte du Canada contre les changements climatiques (on n'y a effectivement pas fait mention dans le Cadre pancanadien), la nouvelle Loi et les dispositions explicites sur les changements climatiques ont élevé les attentes et jeté les bases pour que la *LEI* y joue un rôle important.

Dans les mois et les années à venir, il sera intéressant d'observer la mise en œuvre des exigences relatives aux changements climatiques de la *LEI*, telles qu'elles ont été étoffées dans l'orientation définitive. Malheureusement, une récente analyse préliminaire suggère que l'Agence aurait pris des mesures incompatibles avec l'orientation définitive en permettant aux promoteurs de contourner les exigences

⁹⁷ Environnement et Changements climatiques Canada, « Émissions de gaz à effet de serre liées au projet Trans Mountain » (18 juin 2019), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2019/06/emissions-de-gaz-a-effet-de-serre-liees-au-projet-trans-mountain.html>.

en matière d'information dans la phase de planification de l'évaluation⁹⁸. Il est à espérer que la pratique s'améliore dans le court et le long terme. Bien que le nouveau régime soit destiné à subir des crises de croissance, une mise en œuvre floue ou faible des dispositions relatives aux changements climatiques de la *LEI* risque de miner la confiance du public ainsi que la certitude réglementaire, des valeurs qui étaient à la base de l'initiative de réforme du droit ayant mené à la *LEP*⁹⁹. L'orientation technique à venir et le premier examen quinquennal de l'ESCC, en parallèle avec les jalons quinquennaux fédéraux de réduction des émissions fixés par la loi¹⁰⁰, seront des occasions importantes d'apporter plus ample clarté et cohérence. Alors que nombre de pays travaillent à la mise en œuvre de l'Accord de Paris, qui est fondé sur une approche « de gestion » de la conformité qui repose sur la confiance et les efforts de bonne foi de la part de toutes les parties¹⁰¹, les enjeux sont élevés, et le Canada se doit de tenir ses engagements. ■

⁹⁸ Voir Fink et Wright, *supra* note 34.

⁹⁹ Justin Trudeau (premier ministre du Canada), « Lettre de mandat de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique » (12 novembre 2015), en ligne : <pm.gc.ca/fr/lettres-de-mandat/2015/11/12/archivee-lettre-de-mandat-de-la-ministre-de-lenvironnement-et-du>.

¹⁰⁰ Environnement et Changements climatiques Canada, communiqué, « Le gouvernement du Canada publie des projections d'émissions qui montrent une progression vers la cible climatique » (20 décembre 2019), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2019/12/le-gouvernement-du-canada-publie-des-projections-demissions-qui-montrent-une-progression-vers-la-cible-climatique.html>.

¹⁰¹ Voir Vegard Torstad, « Evaluating the Effectiveness of the Paris Agreement: An Integrative Approach » (janvier 2018), en ligne : *ResearchGate* <www.researchgate.net/publication/326709177_Evaluating_the_Effectiveness_of_the_Paris_Agreement_An_Integrative_Approach>.

LE CLIMAT ET LA CONSTRUCTION CROISENT LE FER : COMMENT LA LÉGISLATION SUR LES ÉMISSIONS NETTES NULLES POURRAIT ÊTRE INSTRUMENTALISÉE POUR FAIRE OBSTACLE À DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À ÉMISSIONS ÉLEVÉES

*Melanie Gillis et James MacDuff**

INTRODUCTION

L'interaction entre la législation en matière d'environnement et la common law est devenue une force motrice du discours en constante évolution du droit de l'environnement. La dialectique entre ces deux forces soulève un dilemme fondamental, à savoir comment la démarche disciplinée de la jurisprudence, mue progressivement par un système judiciaire fermement ancré dans le *stare decisis*, saura confronter les politiques environnementales

conçues pour modifier radicalement le comportement humain?

Certains soutiennent que la common law, par sa nature même, n'est pas assez souple pour répondre aux questions stratégiques complexes et capricieuses inhérentes au domaine des changements climatiques. Cependant, même si les juges ne peuvent pas créer de politiques, ils sont bien placés pour exiger que les gouvernements les respectent et en rendent compte une fois qu'elles ont été élaborées.

* James MacDuff est associé chez McInnes Cooper. Il est membre du Groupe de l'énergie et des ressources naturelles du cabinet et sa pratique est axée sur les questions de droit corporatif et réglementaire.

Melanie Gillis est avocate chez McInnes Cooper. Elle exerce de plus en plus dans le domaine des litiges des secteurs du commerce, de la construction, de l'environnement et de l'énergie.

En effet, à bien des égards, les tribunaux sont les mieux placés pour faire l'arbitrage des décisions qui peuvent aller à l'encontre du sentiment public ou qui sont intrinsèquement polarisantes, c'est-à-dire le genre de décisions qui entraînent des répercussions qui se font sentir bien au-delà de nos cycles électoraux limités de quatre à cinq ans, sur des périodes de 20, 30 voire 100 ans. Les tribunaux rendent régulièrement des décisions difficiles, impopulaires, de longue portée et controversées, une catégorie qui saisit si bien les enjeux liés aux changements climatiques.

Bien entendu, il existe une distinction entre le *potentiel* que les tribunaux jouent ce rôle et leur *volonté* de le faire. Après tout, l'un des thèmes récurrents dans les cercles judiciaires est la réticence de longue date à participer à tout ce qui pourrait être interprété comme une activité d'élaboration de politiques. À mesure qu'émergent de nouvelles tendances stratégiques, les tribunaux se retrouvent de nouveau confrontés aux forces opposées de l'activisme judiciaire et de la retenue judiciaire.

L'une des dernières tendances en matière d'élaboration de politiques environnementales est la législation sur les « émissions nettes nulles ».

Comme dans le cas de tout changement radical de politique, la législation sur les émissions nettes nulles a frayé avec des points d'éclair où ce noble objectif à long terme entre en conflit avec les impératifs plus immédiats du présent. Ces points d'éclair ont pu être observés tout récemment dans le secteur du développement de la construction. Plus particulièrement, la législation sur les émissions nettes nulles est devenue un obstacle potentiel aux projets d'infrastructure à grande échelle et à fortes émissions que l'on estime suffisamment massifs pour faire dérailler l'atteinte des cibles d'émissions nettes nulles.

Le présent document propose une étude de cas portant sur l'un de ces points d'éclair qui s'est présenté récemment dans le cadre d'un projet de construction d'une piste à l'aéroport Heathrow de Londres, en Angleterre, où un litige a été le fait de préoccupations voulant que le projet soit contraire à la nouvelle politique

d'émissions nettes nulles du Royaume-Uni et a abouti à une décision de la Cour d'appel dans l'affaire *R (Friends of the Earth) v Secretary of State for Transport and others*¹ (L'« affaire Heathrow »). Étant donné que la législation sur les émissions nettes nulles est un phénomène relativement nouveau (et que la jurisprudence qui l'applique est donc peu abondante), l'affaire Heathrow pourrait être un signe annonciateur de ce à quoi il faut s'attendre dans le paysage de l'avenir à émissions nettes nulles. À la lumière du fonds documentaire de l'affaire Heathrow et de la jurisprudence canadienne examinant les contestations environnementales visant des projets d'infrastructure, nous proposons une analyse expliquant comment les tribunaux canadiens pourraient se retrouver aux prises avec des contestations semblables fondées sur des politiques et la législation sur les émissions nettes nulles visant des projets d'infrastructure.

L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE D'ÉMISSIONS NETTES NULLES

Pour bien préparer le terrain à une discussion sur l'affaire Heathrow, il nous faut d'abord comprendre la matrice des politiques internationales qui la sous-tend.

Le 12 décembre 2015, un nouvel Accord de Paris sur les changements climatiques a été adopté par 195 États, en plus de l'Union européenne.² Meinhard Doelle propose un résumé de haut niveau de l'Accord de Paris :

[Traduction]... L'Accord de Paris sur le climat a été conclu à Paris en décembre 2015, a été ratifié rapidement par le Canada et est entré en vigueur en novembre 2016. Il enjoint à la communauté internationale de s'engager à maintenir les augmentations de la température mondiale à des niveaux nettement inférieurs à 2 degrés en déployant des efforts visant à les maintenir à 1,5 degré au-dessus de la norme préindustrielle. Pour ce faire, il oblige tous les États membres à établir des contributions déterminées au niveau national, pour les efforts d'atténuation,

¹ [2020] EWCA Civ 214 [Affaire Heathrow].

² *L'accord de Paris*, 22 avril 2016, RT Can 2016 No 9 (entrée en vigueur : 4 novembre 2016) [*Accord de Paris*].

d'adaptation et de financement, qui seront soumises à des cycles d'examen quinquennaux pour en déterminer le caractère approprié à l'échelle mondiale, étant entendu que les États s'engagent à accroître leur ambition au fil du temps. La contribution déterminée à l'échelle nationale du Canada a été établie par le gouvernement fédéral précédent et adoptée par l'administration actuelle à 17 % sous les niveaux de 2005 pour 2020 et à 30 % pour 2030³.

L'adoption de l'Accord de Paris a fait couler beaucoup d'encre. Pour reprendre les mots de l'auteur Daniel Bodansky, [traduction] « l'Accord de Paris a été salué comme étant un accord "historique", un accord "phare", "le plus grand succès diplomatique du monde", "un très gros marché", citant un certain nombre d'articles de presse publiés dans la foulée de l'adoption de l'Accord⁴. Bien entendu, les universitaires ne s'entendent pas sur le degré de succès que devrait connaître l'Accord de Paris. Par exemple, Bruce Parody qualifie l'Accord de Paris de « conte de fées progressiste » et fait l'éloge des États-Unis pour leur retrait de celui-ci⁵. Sandrine Maljean-Dubois et Matthieu Wemaere le caractérisent de « [...] point de départ d'une nouvelle ère d'action climatique⁶ ». Lavanya Rajamani le qualifie de [traduction] « ... produit issu d'un contexte politique profondément discordant » assorti « d'un mélange soigneusement calibré par des obligations fermes, des obligations souples et certaines abstentions d'obligations⁷... » Robert Falkner l'appelle la « ... percée majeure dans la diplomatie climatique internationale⁸ ». De toute évidence, l'Accord de Paris a enflammé le débat sur ce à quoi devraient ressembler

les 50 à 100 prochaines années de politique climatique afin de renverser les perspectives désastreuses projetées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC).

Bien que l'analyse du contenu (et du bien-fondé) de l'Accord de Paris puisse faire l'objet (et le fait) d'un livre entier⁹, l'importance de cet article réside dans le fait qu'il discute des cibles d'émissions nettes nulles.

Bien que la définition d'« émissions nettes nulles » soit loin d'être universelle, en règle générale, l'expression s'entend d'une production totale (compensation prise en compte) d'émissions nulles, où les émissions négatives brutes correspondent aux émissions positives brutes :

[Traduction] « Émissions nettes nulles » désigne l'atteinte d'un équilibre global entre les émissions produites et les émissions retirées de l'atmosphère. En s'appuyant sur l'exemple d'un bain à robinets ouverts, une approche pour atteindre cet équilibre consisterait soit à fermer les robinets (les émissions), soit à retirer une quantité égale d'eau par le drain (élimination des émissions de l'atmosphère, y compris par le stockage, par exemple à l'aide de « puits de carbone »).

Contrairement à une cible d'émissions brutes nulles, qui réduirait uniformément les émissions de toutes les sources à zéro, une cible d'émissions nettes nulles est plus réaliste

³ Meinhard Doelle, « Toward a Principled Design of Carbon Pricing Systems: Lessons from Nova Scotia's Proposal to Meet the Carbon Pricing Requirement in the Pan-Canadian Framework for Climate Change » (2018) 31 J Envtl L & Prac 293 à la p 295.

⁴ Daniel Bodansky, « The Paris Climate Change Agreement: A New Hope? » (2016) 110 Am J Intl L 288 à la 289.

⁵ Bruce Parody, « Paris is a Progressive Fairy Tale: In Praise of American Withdrawal » (2018) 32 J Envtl L & Prac 19.

⁶ Sandrine Maljean-Dubois et Matthieu Wemaere, « The Paris Agreement, a starting point towards achieving climate neutrality? » (2016) 10:1 Carbon and Climate Law Review 1 à la p 4.

⁷ Lavanya Rajamani, « The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations » (2016) 28:2 J Envtl L 337 (résumé).

⁸ Robert Falkner, « The Paris Agreement and the New Logic of International Climate Politics » (2016) 92:5 Intl Affairs 1107 à 1123.

⁹ Voir Daniel Klein et al, *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

parce qu'elle permet certaines émissions résiduelles. Celles-ci sont des émissions produites par des secteurs « difficiles à traiter » où le coût de réduction des émissions est prohibitif. Ces émissions résiduelles sont autorisées pour peu qu'elles soient compensées par des émissions négatives brutes, obtenues en éliminant les émissions à l'aide de puits naturels ou artificiels. Une situation d'émissions nettes nulles se présente lorsque les émissions négatives brutes correspondent aux émissions positives brutes¹⁰.

L'article 4 (1) de l'Accord de Paris stipule ce qui suit :

En vue d'atteindre l'objectif de température à long terme énoncé à l'article 2, les Parties cherchent à parvenir au plafonnement mondial des émissions de gaz à effet de serre dans les meilleurs délais, étant entendu que le plafonnement prendra davantage de temps pour les pays en développement Parties, et à opérer des réductions rapidement par la suite conformément aux meilleures données scientifiques disponibles de façon à **parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle, sur la base de l'équité, et dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté**¹¹.
[emphase ajoutée]

Comme le décrit Robert Falkner, cet article invite les pays signataires à adopter l'objectif

ambitieux d'atteindre la neutralité carbone, ou les émissions nettes nulles, entre 2050 et 2100 :

[Traduction] Fait important, l'Accord de Paris énonce également un objectif à long terme en réponse à une demande clé des groupes de la société civile et des pays en développement. Le paragraphe 4 (1) stipule que « les Parties cherchent à parvenir au plafonnement mondial des émissions de gaz à effet de serre dans les meilleurs délais » et à parvenir à « un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle ». La notion d'équilibre entre les émissions à laquelle on renvoie dans une version antérieure de l'accord comme étant la « neutralité des émissions » suggère que les émissions de GES devront être ramenées à un niveau « net nul » entre 2050 et 2100; le PNUE avait demandé que cet objectif soit atteint pour les émissions de CO₂ d'ici 2070. Contrairement au Protocole de Kyoto, qui ne comportait pas d'objectifs à long terme, l'Accord de Paris envoie donc un signal important aux marchés mondiaux, et surtout aux investisseurs institutionnels, bien qu'il soit affaibli par l'absence d'un calendrier précis et l'incertitude quant à l'utilisation future des puits de carbone. La réalisation des objectifs de Paris exigera des investissements mondiaux dans les programmes de séquestration du carbone, mais le boisement à grande échelle est susceptible de susciter des préoccupations en matière de sécurité alimentaire, tandis que la viabilité technique et économique

¹⁰ Josh Burke, « What does Net Zero Mean? » (2 mai 2019), en ligne : <www.greenbiz.com/article/what-does-net-zero-mean>.

¹¹ *Accord de Paris*, *supra* note 2, art 4 (1).

du captage et du stockage du carbone reste incertaine¹².

Wolfgang Obergassel et al font la lecture suivante de ce qui a mené à l'inclusion de cet article :

[Traduction] Dans les négociations sur le climat, l'Independent Association of Latin America and the Caribbean ont en outre appelé à l'atteinte d'émissions nettes nulles de CO₂ et d'autres gaz à effet de serre (GES) persistants d'ici la fin du siècle, tandis que l'Alliance des petits États insulaires et les pays les moins avancés ont demandé des réductions d'émissions mondiales d'au moins 70 à 90 % d'ici 2050. Certains [petits États insulaires en développement] ont également demandé la décarbonisation complète d'ici 2050. En revanche, les pays arabes et les autres pays exportateurs de pétrole, en particulier, se sont opposés à l'inclusion pure et simple de tout article sur la décarbonisation ou la neutralité en matière d'émissions.

L'avant-dernière ébauche aux fins de négociation comportait toujours une référence à [traduction] « l'atteinte de la neutralité des émissions de gaz à effet de serre dans la seconde moitié du siècle ». Dans les dernières heures de négociation, le texte de compromis inclus était aussi celui qui avait été utilisé dans la Convention et représente à peu de chose près une définition scientifique du terme « neutralité en matière de gaz à effet de

serre ». Les parties ont convenu de ce qui suit :

... cherchent à parvenir au plafonnement mondial des émissions de gaz à effet de serre dans les meilleurs délais, étant entendu que le plafonnement prendra davantage de temps pour les pays en développement Parties, et à opérer des réductions rapidement par la suite conformément aux meilleures données scientifiques disponibles de façon à parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle, sur la base de l'équité, et dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté¹³.

En incluant cet objectif ambitieux, l'Accord de Paris a incité les gouvernements du monde entier à prendre des mesures pour atteindre l'objectif d'émissions nettes nulles, lesquelles vont de changements législatifs réels à l'adoption de positions de principe. Par exemple, l'auteur Megan Darby propose un examen mondial des objectifs d'émissions nettes nulles de l'Autriche, du Chili, du Danemark, du Costa Rica, de la France, du Japon, de la Nouvelle-Zélande et de plusieurs autres pays¹⁴. Le Canada et le Royaume-Uni comptent parmi les pays qui ont pris des engagements en matière d'émissions nettes nulles. Cependant, alors que l'objectif d'émissions nettes nulles du Canada d'ici 2050 demeure une orientation stratégique¹⁵, le Royaume-Uni a, pour sa part, réellement enchaîné le sien dans la loi.

¹² Falkner, *supra* note 8 à la p 1118.

¹³ Wolfgang Obergassel et al, « Phoenix from the Ashes: An Analysis of the Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change — Part II » (2016) 28:1 *Envtl L & Mgmt* 3 à la p 243.

¹⁴ Megan Darby et Isabelle Gerretsen, « What countries have a net zero carbon goal? » (17 septembre 2020), en ligne : *Climate Home News*: <www.climatechangenews.com/2019/06/14/countries-net-zero-climate-goal>.

¹⁵ Environnement et Changement climatique Canada, Communiqué de presse, « Le gouvernement du Canada publie des projections d'émissions qui montrent une progression vers la cible climatique » (20 décembre 2019), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2019/12/le-gouvernement-du-canada-publie-des-projections-demissions-qui-montrent-une-progression-vers-la-cible-climatique.html>.

Le 12 juin 2019, un décret (le « décret »)¹⁶ a été déposé devant le Parlement britannique pour modifier le paragraphe 1 (1) de la *Climate Change Act (CCA)*¹⁷ afin d'inclure une cible d'au moins 100 % de réduction des émissions de gaz à effet de serre (par rapport aux niveaux de 1990) d'ici 2050 (le libellé précédent fixait une cible de 80 %¹⁸). Comme l'a déclaré Chris Skidmore, ministre britannique de l'Énergie et de la Croissance propre au parquet de la Chambre des communes, le décret [traduction] « ... constituerait un engagement juridiquement contraignant de mettre fin à la contribution du Royaume-Uni aux changements climatiques¹⁹ ».

Le décret est entré en vigueur le 27 juin 2019, conformément au paragraphe 2 (1) de la *CCA*, qui autorise le secrétaire d'État à modifier la cible (soit le pourcentage ou l'année de référence) au moyen d'une loi secondaire²⁰. Le décret a été inspiré par le rapport du Committee on Climate Change du 2 mai 2019, qui recommandait la modification législative²¹.

L'AFFAIRE HEATHROW

A) Contexte factuel

L'affaire Heathrow concerne le débat de longue date entre les habitants de Londres sur la question de savoir si l'aéroport de Heathrow devrait être élargi pour inclure une troisième piste. Comme le fait remarquer l'auteur Christopher Clement-Davies, [traduction] « [...] le débat sur une nouvelle piste fait rage depuis plus d'une décennie. Les discussions en vue d'une nouvelle piste à Heathrow remontent aux années 1960²²... ». Comme la Cour d'appel le fait remarquer, l'ajout proposé est devenu une question de nature intensément politique en raison des préoccupations

environnementales croissantes qui s'opposent aux préoccupations économiques.

[Traduction] Heathrow est un aéroport international majeur – le plus achalandé d'Europe et le plus achalandé du monde avec deux pistes. Chaque année, il traite environ 70 % des vols long-courriers réguliers du Royaume-Uni, 80 millions de passagers et jusqu'à 480 000 mouvements de la circulation aérienne. Gatwick est l'aéroport à piste unique le plus achalandé au monde et traite chaque année environ 11 % du trafic long-courrier régulier du Royaume-Uni. Si le Royaume-Uni veut conserver son statut de « plaque tournante » de l'aviation, il doit accroître sa capacité de services d'aviation. La question de savoir si cette augmentation de la capacité devrait être soutenue dans la politique nationale, et en particulier la question de savoir si elle devrait impliquer la construction d'une troisième piste à Heathrow, a longtemps fait l'objet d'un débat et d'une controverse politiques, intensifiés par les préoccupations au sujet du coût environnemental de sa réalisation et, plus récemment, par l'effort mondial concerté pour lutter contre les changements climatiques en réduisant les émissions de carbone...²³

¹⁶ *Climate Change Act 2008 (2050 Target Amendment) Order 2019* (UK), SI2019/1056.

¹⁷ *Climate Change Act* (UK), 2008 ch. 27.

¹⁸ Sara Priestley, « Net zero in the UK » (16 décembre 2019), *House of Commons Library*, at 1.

¹⁹ HC Deb 24 juin 2019, vol. 662, col. 506

²⁰ UK, House of Commons, *Net zero in the UK* (Briefing Paper No CBP8590) à la p 7 par Sara Priestley (Londres : House of Commons Library, 2019).

²¹ Committee on Climate Change, « Net Zero : the UK's contribution to stop global warming » (2 mai 2019), en ligne (pdf) : <www.theccc.org.uk/wp-content/uploads/2019/05/Net-Zero-The-UKs-contribution-to-stopping-global-warming.pdf>.

²² Christopher Clement-Davies, « A third runway at Heathrow? Understanding the Court of Appeal decision » (2020) *Intl Energy L Rev* 1 aux pp 1–2.

²³ Affaire Heathrow, *supra* note 1 au para 2.

Le 26 juin 2018, le gouvernement a adopté une politique appelée l'Airports National Policy Statement: new runway capacity and infrastructure at airports in the South East of England (l'« ANPS ») désignée par le secrétaire d'État aux Transports conformément à l'article 5 de la *Planning Act 2008*²⁴. Il est important de signaler que le paragraphe 5 (8) de la *Planning Act* exige que le secrétaire d'État, lorsqu'il procède à des désignations, tienne compte de la politique gouvernementale²⁵ :

[Traduction] 5 (1) Le secrétaire d'État peut désigner une déclaration comme énoncé de politique nationale aux fins de l'application de la présente loi si celle-ci :

(a) est publiée par le secrétaire d'État,

b) énonce la politique nationale relative à une ou plusieurs descriptions précises d'aménagement.

(8) Les raisons doivent (notamment) comprendre une explication de la façon dont la politique contenue dans l'énoncé tient compte de la politique gouvernementale relative à l'atténuation des changements climatiques et à l'adaptation à ceux-ci.

Le même jour, le secrétaire d'État a publié « The Airports National Policy Statement: Post-adoption Statement » qui explique comment les considérations environnementales et les réponses aux consultations ont été prises en compte.

Cette désignation a fait l'objet d'une révision judiciaire mené par cinq autorités locales, soit le maire de Londres, Greenpeace Ltd, Friends of the Earth Ltd et Plan B Earth²⁶.

B) Analyse

L'affaire Heathrow portait sur des appels de révisions judiciaires portant sur un certain nombre de questions :

[Traduction] Les principales questions que nous devons trancher, comme en ont convenu les parties, se classent en quatre catégories : premièrement, les questions relatives à l'application de la Directive 92/43/CEE du Conseil concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (« la Directive sur les habitats »); deuxièmement, les questions relatives à l'application de la Directive 2001/42/CE du Conseil relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (la Directive sur l'EES); troisièmement, les questions relatives aux engagements du Royaume-Uni en matière de changements climatiques et quatrièmement, les mesures spéciales²⁷.

Pour les besoins de notre discussion, les parties pertinentes de l'analyse de la Cour d'appel traitent des questions relatives aux changements climatiques, que la Cour a résumées ainsi :

[Traduction] 184. Les questions concernant les engagements du Royaume-Uni en matière de changements climatiques peuvent être simplifiées et traitées sous un angle pratique selon quatre rubriques principales : « Questions relatives aux changements climatiques (3), (4), (5) et (6) – L'engagement du gouvernement à l'égard de l'Accord de Paris constituait-il

²⁴ *Ibid* au para 3.

²⁵ *Planning Act* (UK), 2008 c 29, art 5(8).

²⁶ Elisa de Wit, Noni Shannon et Sonali Seneviratne, « Climate change commitments lead to invalidity of Heathrow Airport extension policy » (28 février 2020), en ligne : [Norton Rose Fulbright <www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/74cb9a68/climate-change-commitments-lead-to-invalidity-of-heathrow-airport-extension-policy>](https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/74cb9a68/climate-change-commitments-lead-to-invalidity-of-heathrow-airport-extension-policy).

²⁷ Affaire Heathrow, *supra* note 1 au para 10.

une politique gouvernementale sur les changements climatiques, dont le secrétaire d'État devait tenir compte? »; « Question liée aux changements climatiques (1) – si la désignation de l'ANPS était illégale parce que le secrétaire d'État a enfreint le paragraphe 10 (3) de la Planning Act »; « Question liée à la directive sur l'EES (4) – si le secrétaire d'État a enfreint la Directive sur l'EES en omettant de tenir compte de l'Accord de Paris »; et « Question liée aux changements climatiques (2) – le secrétaire d'État a-t-il commis une erreur dans sa prise en compte des impacts non liés au CO₂ et de l'effet des émissions au-delà de 2050? » (voir les paragraphes 12 et 13 ci-dessus).

185. Comme nous l'avons dit, la Climate Change Act a fixé une « cible de carbone » pour le Royaume-Uni afin de réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 80 % par rapport à leur niveau de 1990 d'ici 2050 (article 1). Cette cible correspondait à la limite de température mondiale en place en 2008, qui était de 2 °C (voir le paragraphe 17 ci-dessus). En revanche, l'Accord de Paris consacre un engagement ferme à limiter l'augmentation de la température mondiale à [traduction] « bien en deçà de 2 °C au-dessus des niveaux préindustriels et à poursuivre les efforts pour limiter l'augmentation de la température à 1,5 °C au-dessus des niveaux préindustriels » (alinéa 2 (1a)) (voir le paragraphe 23 ci-dessus).

186. Il est communément admis que le secrétaire d'État n'a pas tenu compte de l'Accord de Paris dans sa décision de désigner l'ANPS²⁸.

La Cour d'appel a conclu dans le dossier de preuve que [traduction] « ... le gouvernement a déclaré expressément qu'il s'engageait à respecter l'Accord de Paris afin de limiter la hausse de la température mondiale bien en deçà de 2 °C et de poursuivre ses efforts pour la limiter à 1,5 °C²⁹ ». Elle a ensuite expliqué en détail en quoi cet engagement faisait clairement partie de la « politique gouvernementale » du Royaume-Uni qui doit être prise en compte aux termes clairs du paragraphe 5 (8) de la *Planning Act*:

[Traduction] 228. À notre avis, l'engagement du gouvernement à l'égard de l'Accord de Paris faisait clairement partie de la « politique gouvernementale » au moment de la désignation de l'ANPS. Premièrement, il faisait suite à l'acte solennel de la ratification de cet accord international par le Royaume-Uni en novembre 2016. Deuxièmement, comme nous l'avons expliqué, des déclarations fermes réitérant la politique du gouvernement d'adhésion à l'Accord de Paris ont été formulées par les ministres concernés, par exemple l'honorable Andrea Leadsom, députée, et la très honorable Amber Rudd, députée, en mars 2016.

229. Il est important de souligner que la signification ne dépasse pas celle que le pouvoir exécutif doit se conformer à la volonté du Parlement, comme il est précisé aux termes du paragraphe 5 (8).

230. De plus, cela exige simplement que l'exécutif tienne compte de ses propres engagements en matière de politique. Après tout, les actes de négociation, de signature et de ratification d'un traité international sont tous des actes qui, en vertu de la Constitution britannique, sont confiés au pouvoir exécutif de l'État – la

²⁸ *Ibid* aux para 184–86.

²⁹ *Ibid* au para 216.

Couronne. Cette distinction entre les fonctions de la Couronne et celles du Parlement est à la base du caractère dualiste de notre système juridique (voir, par exemple, le discours de lord Oliver d'Aylmerton dans *J. H. Rayner [Mincing Lane] Ltd.*, à la p. 500) et explique pourquoi la ratification d'un traité international ne peut, sans autre mesure, modifier le droit interne; si cela était possible, la Couronne pourrait modifier ce droit interne sans le consentement du Parlement. L'exigence que la Couronne se conforme à ce qui a été promulgué par le Parlement (dans ce cas, les obligations prévues au paragraphe 5 (8) de la *Planning Act*) est un exercice tout à fait conventionnel du droit public.

231. Nous répétons que l'obligation prévue au paragraphe 5 (8) n'oblige pas même l'exécutif à se conformer à ses propres engagements en matière de politique, simplement à en tenir compte et à expliquer comment il l'a fait³⁰.

La Cour d'appel a finalement conclu que le défaut du secrétaire d'État de tenir compte de l'Accord de Paris [traduction] « suffisait à vicier la désignation³¹ ». Fait important, la Cour d'appel a conclu que la prise en compte de l'Accord de Paris incluait la prise en considération des effets des émissions au-delà de 2050 :

[Traduction] M. Maurici a soutenu que l'effet des émissions au-delà de 2050 était étroitement lié à l'objectif de l'Accord de Paris d'atteindre la cible d'émissions nettes nulles de gaz à effet de serre

au cours de la deuxième moitié du siècle. Il a soutenu, en faisant référence au témoignage de Mme Low, qu'il serait raisonnable d'évaluer l'impact de l'expansion de l'aéroport au regard des cibles actuelles en matière de changements climatiques et que, au fur et à mesure que les cibles de réduction des émissions de carbone seront définies pour la période après 2050, toutes les entités concernées devront se conformer aux obligations qui en découlent quand et dans la mesure où elles seront appliquées. Cette assertion est étroitement liée à la thèse fondamentale de M. Maurici, à savoir que le secrétaire d'État n'avait aucune obligation de tenir compte de l'Accord de Paris. Pour ces raisons, nous rejetons cette observation. Il s'ensuit donc que ces deux aspects supplémentaires de l'affaire, étant étroitement liés à la question de l'Accord de Paris, comme l'a fait valoir M. Maurici, devront être pris en compte dans l'exercice que le secrétaire d'État se doit d'effectuer conformément à la loi³².

Un appel visant l'affaire Heathrow a été interjeté devant la Cour suprême et est en instance³³.

Inutile de dire qu'il s'agit d'une décision qui revêt un caractère extrêmement nouveau, et il reste incertain de savoir comment les tribunaux de demain s'appuieront sur les conclusions de la Cour d'appel en matière de changements climatiques. Quoi qu'il en soit, les commentaires entourant l'affaire Heathrow prêtent à penser qu'il pourrait très bien s'agir d'un tournant décisif en ce qui concerne l'application des engagements internationaux en matière de changements climatiques en vertu de la *common law* dans le cadre de projets d'infrastructure à

³⁰ *Ibid* aux para 228–31.

³¹ *Ibid* au para 233.

³² *Ibid* au para 256.

³³ Voir *R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) v Heathrow Airport Ltd*, UKSC 2020/0042; Voir aussi *R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) v Arora Holdings Ltd*, UKSC 2020/0047, en ligne (pdf): <www.supremecourt.uk/docs/permission-to-appeal-2020-05.pdf>.

grande échelle. À titre d'exemple, Edward Mitchell le formule en ces mots :

[Traduction] Outre les répercussions sur la construction d'une troisième piste à l'aéroport Heathrow, l'affaire a des répercussions sur la désignation de futurs énoncés de la politique nationale (EPN) et sur la révision d'autres énoncés existants. L'arrêt clarifiera si l'AP de 2008 oblige le secrétaire d'État à tenir compte des engagements internationaux à l'égard desquels le gouvernement a exprimé une « politique d'adhésion » lorsqu'il décide de désigner de futurs énoncés de la politique nationale. Elle revêtira de l'importance pour les EPN existantes parce qu'un tribunal peut envisager de contester une décision du secrétaire d'État de ne pas procéder à une révision. Au moment de la rédaction du présent article, trois demandeurs éventuels ont indiqué qu'ils contesteraient tout défaut de révision des EPN visant de grands projets d'infrastructure énergétique à la suite de la modification de la CCA. Cette prétention pourrait être renforcée si la Cour suprême reconnaît que la désignation de l'ANPS était illégale; le secrétaire d'État pourrait alors être tenu de déterminer si l'Accord de Paris aurait également eu une incidence importante sur le fondement sur lequel la politique des EPN visant des projets d'infrastructure énergétique s'est appuyée.

...

Les ramifications juridiques de l'Accord de Paris de 2015 et l'engagement du Royaume-Uni envers la décarbonisation et l'atténuation des changements climatiques sont définies progressivement. L'affaire dont il est question ici n'obligera pas les ministres du gouvernement

britannique à éviter des décisions qui pourraient être incompatibles avec les engagements nationaux et internationaux du Royaume-Uni en matière de décarbonisation et d'atténuation des changements climatiques. N'empêche, l'arrêt confirmera si le secrétaire d'État, lorsqu'il a décidé de désigner l'ANPS, aurait dû tenir compte de la politique contenue dans cet énoncé dans le contexte des engagements pris en vertu de l'Accord de Paris. Cette confirmation pourrait avoir des ramifications importantes pour la désignation d'autres EPN si le jugement de la Cour suggère que le secrétaire d'État aurait dû tenir compte des engagements internationaux à l'égard desquels le Gouvernement a exprimé une « politique d'adhésion ». Parallèlement à d'autres litiges en cours, l'arrêt clarifiera également quels sont les facteurs pertinents à considérer lorsque le secrétaire d'État décide d'examiner un EPN désigné ou applique la politique contenue dans un EPN désigné pour consentir à l'exécution d'un grand projet d'infrastructure³⁴.

Certains considèrent que l'impact potentiel sur l'approbation des projets d'infrastructure est important. Norton Rose Fulbright fait part de ses observations juridiques sur l'affaire Heathrow :

[Traduction] Cette décision pourrait avoir de vastes répercussions sur l'approbation et le financement de grands projets d'infrastructure. Elle montre que, lorsque la loi exige de tenir compte des politiques sur les changements climatiques avant d'élaborer des instruments de planification ou de déterminer les approbations requises pour de grands projets d'infrastructure, les décideurs peuvent être tenus de prendre en considération les engagements pris en vertu d'accords internationaux comme

³⁴ Edward Mitchell, « Climate change and nationally significant infrastructure projects » (2020) 22:2 Environmental L Rev 125 aux pp 131–32.

l'Accord de Paris. Il en va ainsi même lorsque ces engagements sont plus contraignants que ceux adoptés en vertu des lois nationales. Toutefois, le poids accordé à ces engagements sera du ressort du décideur³⁵.

Bien entendu, les commentateurs se sont empressés de circonscrire la portée de l'affaire Heathrow et de souligner le fait que la décision était purement de nature procédurale et non orientée par la politique. Par exemple, Christopher Clement-Davies formule ses observations :

[Traduction] Comme on pouvait s'y attendre, la surexcitation engendrée par la décision de la Cour d'appel a donné lieu à des interprétations erronées. Elle a été rendue dans une salle d'audience bondée qui a jubilé à son annonce. Les militants de l'extérieur l'ont qualifié d'« historique » et de « formidable ». « Elle montre que l'Accord de Paris a du mordant », a déclaré un manifestant enthousiaste à la télévision. Ce point de vue a été repris par une professeure adjointe de droit à l'université de Leiden, en Hollande, Margareta Wewiruka, qui estime que la décision pourrait avoir des « répercussions mondiales ». « Pour la première fois, un tribunal a confirmé que l'objectif de l'Accord de Paris de maintenir le réchauffement à moins de 1,5 °C a un effet contraignant », a-t-elle déclaré. Elle a conclu que l'arrêt pourrait « donner souffle à des litiges similaires dans d'autres pays qui ont signé l'Accord de Paris ». Certains militants pour l'environnement présents semblent avoir interprété le jugement comme une forme d'énoncé de politique générale visant à bloquer toute éventuelle

expansion aéroportuaire au Royaume-Uni.

Bien entendu, il n'en est rien. Il n'appartient pas aux tribunaux d'élaborer des politiques au nom des gouvernements ou des citoyens ni de tirer leurs propres conclusions sur les mesures à prendre pour faire face à l'urgence climatique. Le jugement portait sur une question de procédure, sur une révision judiciaire, et non sur une question de politique de fond³⁶...

En fait, la Cour d'appel elle-même s'est empressée de nuancer sa décision à cet égard :

[Traduction]... [les procédures de révision judiciaire] ne nous obligent pas à décider si l'aéroport d'Heathrow devrait être élargi et de quelle façon. Là n'est pas le genre de décision que peuvent prendre les tribunaux; il s'agit en fin de compte d'une question d'ordre politique du ressort du gouvernement au pouvoir. Nous devons plutôt déterminer si la Cour divisionnaire a eu tort de conclure que la politique du gouvernement en faveur de l'aménagement d'une troisième piste à Heathrow a été adoptée en toute légalité. Voilà la question dont nous sommes saisis. Il s'agit d'une question exclusivement d'ordre juridique³⁷.

Toutefois, même si le champ d'intervention de la Cour suprême et les commentaires sont très circonscrits, la décision de la Cour suprême suscite encore beaucoup d'attentes. Et bien que la matrice législative en question dans l'affaire Heathrow était endémique au Royaume-Uni, les pays du monde entier, y compris le Canada, partagent la politique déclarée du Royaume-Uni de réduire les émissions au niveau net nul d'ici 2050. Par conséquent, une question intéressante est de savoir si les tribunaux au Canada, où un énoncé de politique semblable sur les émissions

³⁵ de Wit, *supra* note 26.

³⁶ Clement-Davies, *supra* note 22.

³⁷ Affaire Heathrow, *supra* note 1 au para 2.

nettes nulles a été formulé, suivront l'exemple de la Cour d'appel dans l'affaire Heathrow et, le cas échéant, ce que cela pourrait signifier pour l'approbation de grands projets d'infrastructure à grande échelle et à émissions élevées.

RÉPERCUSSIONS POSSIBLES AU CANADA

A) Les politiques ne suffisent pas

L'affaire Heathrow n'a évidemment pas force exécutoire au Canada. Par ailleurs, le Canada n'a pas encore obtenu de décision comme dans l'affaire Heathrow, où l'approbation d'un projet d'infrastructure de grande envergure est annulée parce qu'il n'a pas tenu compte de la politique de d'émissions nettes nulles.

Au Canada, les tribunaux et les organismes de réglementation ont rendu une série de décisions dans lesquelles des projets d'infrastructure sont interrompus parce que le gouvernement ne tient pas compte de certains facteurs environnementaux. Toutefois, ils se sont montrés hésitants à reconnaître que les politiques fondées sur des obligations internationales non mises en œuvre lient les décideurs gouvernementaux.

La Cour d'appel du Royaume-Uni a franchi la barrière entre le législatif et la politique. Autrement dit, elle a soutenu que l'engagement du gouvernement britannique à l'égard de l'Accord de Paris faisait partie de la « politique gouvernementale » en se fondant sur le fait que l'Accord de Paris avait été ratifié et que le gouvernement avait formulé [traduction] « des déclarations fermes réitérant la politique d'adhésion à l'Accord de Paris par les ministres concernés³⁸ ».

Les tribunaux canadiens et les organismes de réglementation n'ont pas encore osé faire ce bond en avant qui consiste à obliger les gouvernements prendre en compte des politiques adoptées dans le cadre d'accords internationaux sur l'environnement qui n'ont pas été incorporées dans les lois nationales.

L'approche traditionnelle adoptée par les tribunaux canadiens à l'égard des accords

internationaux sur l'environnement a été décrite par l'auteure Elizabeth Brandon comme suit :

[Traduction] Jusqu'à tout récemment, les juges et les avocats plaidants canadiens n'ont utilisé que très peu le droit international dans leurs arguments juridiques, particulièrement dans le domaine des litiges environnementaux. Toope fait remarquer que, malgré l'auto-perception internationaliste du Canada, celui-ci accuse un retard par rapport aux autres États développés pour ce qui est de reconnaître le lien direct entre le droit international et le droit interne³⁹...

Michael Slattery décrit le fondement de cette approche traditionnelle comme étant ancré dans le principe de la prérogative de la Couronne :

[Traduction] La nature même d'une prérogative de la Couronne est qu'elle est intrinsèquement discrétionnaire. À l'origine un droit exclusif du roi d'Angleterre, la prérogative a évolué au fil du temps pour devenir un pouvoir en common law réservé à l'exécutif. Toutefois, il a été maintenu que l'exercice de la prérogative peut être examiné par les tribunaux dans certaines circonstances depuis le XVII^e siècle. Selon Hogg, Monahan et Wright, la révision judiciaire de l'exercice de la prérogative par la Couronne suit un modèle d'enquête cohérent. Premièrement, les tribunaux détermineront si un pouvoir de prérogative revendiqué par la Couronne existe effectivement et, le cas échéant, établiront ses limites et détermineront si ces limites ont été respectées, et si ce pouvoir a été supplanté par la loi. Deuxièmement,

³⁸ *Ibid* au para 228.

³⁹ Elizabeth Brandon, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts? » (2001) 11 J Envtl L & Prac 399 à la p 401.

les tribunaux exigeront non seulement que les prérogatives soient exercées conformément à la Charte canadienne des droits et libertés et à d'autres règles constitutionnelles, mais aussi que les règles du droit administratif comme les limites de la délégation et l'obligation d'équité soient respectées⁴⁰.

Slattery poursuit en expliquant comment le principe de la prérogative de la Couronne empêche les tribunaux de pondérer les engagements pris en vertu de traités internationaux, qui ont toujours été considérés comme de pures décisions d'ordre politique qui échappent à l'examen des tribunaux :

[Traduction] Cette politique sur les cibles d'émissions serait celle à contester en vertu d'une théorie du style de l'affaire *Urgenda*. Le problème posé ici est que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, a clairement indiqué qu'« [u] ne autorité publique est assujettie à l'obligation de diligence à moins d'un motif valable de l'en exempter. Un motif valable d'exemption est le cas d'une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. » En effet, la ratification de l'Accord de Paris par le premier ministre et son engagement à l'égard d'une cible correspondante en matière d'émissions de gaz à effet de serre constitue un exercice de la prérogative de la Couronne en matières internationales. En l'absence d'une loi donnant effet à l'engagement, l'exercice de la prérogative relativement à un engagement pris en vertu d'un traité semble être une décision

purement politique de l'exécutif, qui échappe à l'examen des tribunaux⁴¹...

L'affaire « *Urgenda* » mentionnée par Slattery est une autre décision novatrice prise aux Pays-Bas, où un organisme sans but lucratif néerlandais a poursuivi avec succès le gouvernement des Pays-Bas pour avoir adopté une cible de réduction des émissions de gaz à effet de serre inadéquate par négligence⁴². Notamment, comme le résume Slattery, la Cour néerlandaise a lié son analyse de la négligence aux engagements du gouvernement en vertu du droit international de l'environnement :

[Traduction] On peut interpréter l'affaire comme une décision comportant trois éléments nouveaux. Premièrement, la cour a jugé qu'elle avait le pouvoir d'examiner la politique de l'État sur les émissions de gaz à effet de serre. Deuxièmement, elle a établi une obligation de diligence propre aux normes relatives aux émissions provoquant des changements climatiques, qui intègre les principes du droit privé et du droit public. Troisièmement, son analyse a établi un lien entre le droit international, le droit européen et le droit national qui forment une chaîne juridique continue pour établir la norme de diligence⁴³.

Cette réticence à évoquer des politiques fondées sur des traités internationaux de protection de l'environnement non mis en œuvre est prédominante dans la jurisprudence canadienne. L'auteure Natasha Affolder décrit cette réticence en résumant plusieurs affaires dans lesquelles les tribunaux, en examinant les approbations gouvernementales de projets d'infrastructure, restent soit muets sur les arguments fondés sur le droit international de l'environnement, soit les rejettent

⁴⁰ Michael Slattery, « Pathways from Paris: Does *Urgenda* Lead to Canada? » (2017) 30:3 *J Envtl L & Prac* 241 aux pp 262–63.

⁴¹ *Ibid* aux pp 261–62.

⁴² *Ibid* à la p 243.

⁴³ *Ibid* à la p 245.

expressément.⁴⁴ Par exemple, Affolder relève le silence de la Cour fédérale dans l'affaire *Pembina Institute for Appropriate Development c Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*⁴⁵, qui portait sur une contestation de l'approbation réglementaire accordée à une mine de charbon à ciel ouvert à quelques kilomètres à l'extérieur du parc national Jasper :

[Traduction] L'Institut Pembina, ainsi que d'autres groupes de conservation régionaux, provinciaux et nationaux représentés par le Sierra Legal Defence Fund (collectivement, les « groupes de conservation »), a sollicité une ordonnance pour annuler l'autorisation de projet et obliger le ministre des Pêches et des Océans à effectuer une évaluation environnementale des modifications apportées au projet. Dans leurs observations, les groupes de conservation ont soutenu que l'autorisation accordée par le gouvernement fédéral en 2004 pour la première partie de la mine devrait être annulée en raison du risque que la mine détruit l'habitat sensible des oiseaux migrateurs en violation de la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*. Ils ont avancé une interprétation téléologique de la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* qui reflète les engagements du Canada en vertu de la *Convention concernant les oiseaux migrateurs* à protéger non seulement les espèces, mais aussi « les terres et les eaux dont ils dépendent ». Les groupes de conservation ont soutenu que la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* devrait

être interprétée d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada, et qu'une interprétation qui remplit les engagements du Canada en vertu des traités devrait être privilégiée par rapport à une interprétation qui ne les remplit pas...

... En rejetant les demandes des groupes de conservation, la Cour fédérale est demeurée entièrement silencieuse sur ces questions de droit international et sur la présomption de conformité législative⁴⁶.

Affolder mentionne également l'affaire *Wellington Centre and Malpeque Bay Concerned Citizens Committee Inc. v Prince Edward Island (Minister of Environment)*⁴⁷, qui portait sur une demande de révision judiciaire de l'approbation d'une nouvelle installation de gestion des déchets. Affolder fait remarquer que, malgré les arguments entendus voulant que l'évaluation environnementale qui a été menée n'ait pas tenu compte des obligations du Canada en vertu de la Convention de Ramsar (une convention internationale pour la protection des terres humides), le juge Jenkins a conclu que le ministre responsable n'avait pas d'obligation en ce sens :

Le juge Jenkins de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a conclu que la décision du ministre n'était pas manifestement déraisonnable, que les facteurs appropriés avaient été pris en considération et que [traduction] « l'expert-conseil et le ministre n'avaient pas le devoir de faire une mention spéciale de la Convention de Ramsar⁴⁸ ».

⁴⁴ Natasha Affolder, « Domesticating the Exotic Species: International Biodiversity Law in Canada » (2006) 51:2 RD McGill 217.

⁴⁵ 2005 CF 1123.

⁴⁶ Affolder, *supra* note 44 aux pp 225–26.

⁴⁷ [1996] 148 Nfld et PEIR 41, [1996] PEIJ n° 104.

⁴⁸ Affolder, *supra* note 44 à la p 227.

B) Loi établissant des cibles d'émissions nettes nulles

Il ressort assez clairement de la jurisprudence canadienne que les tribunaux ne sont pas disposés à obliger les gouvernements à respecter des énoncés de politique fondés sur des obligations environnementales internationales non mises en œuvre. Cependant, les lois nationales qui fixent expressément des cibles d'émissions nettes nulles obligeront presque assurément les décideurs du gouvernement à tenir compte de ces cibles lorsqu'ils prendront des décisions d'approbation de projets d'infrastructure.

Par exemple, la nouvelle *Sustainable Development Goals Act*⁴⁹ (SDGA) de la Nouvelle-Écosse établit la cible d'émissions nettes nulles suivante :

[Traduction] Les objectifs du gouvernement en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre sont les suivants :

- a) d'ici 2020, au moins 10 pour cent sous les niveaux d'émissions de 1990;
- b) d'ici 2030, au moins 53 pour cent sous les niveaux d'émissions de 2005;
- c) d'ici 2050, au niveau net nul, en équilibrant les émissions de gaz à effet de serre avec les absorptions de gaz à effet de serre et d'autres mesures compensatoires.

Bien que la SDGA n'ait pas encore été examinée par une cour ou un tribunal, elle peut offrir aux groupes environnementaux une avenue pour contourner l'obstacle de la prérogative de la Couronne qui a mis les décideurs du gouvernement à l'abri d'un examen pour avoir omis de tenir compte des obligations environnementales internationales lorsqu'ils approuvent des projets d'infrastructure.

Dans l'affaire Heathrow, la Cour d'appel du Royaume-Uni a conclu qu'une politique gouvernementale fondée sur l'Accord de Paris suffisait pour obliger le ministre dans cette affaire à tenir compte de l'Accord de Paris. La SDGA fixera une cible législative.

Comme l'a fait remarquer Elizabeth Brandon, la législation interne donne un effet juridique direct au traité dans la compétence qui le met en œuvre :

[Traduction] Hormis les défis inhérents au système fédéral du Canada, il est possible d'utiliser dans une large mesure un traité une fois qu'il est considéré comme ayant été mis en œuvre dans la législation interne. Lorsqu'une loi de mise en œuvre précise a été adoptée, le traité a immédiatement un effet juridique direct sur le droit interne. Il s'ensuit que les dispositions du traité qui ont été reproduites dans la loi pertinente seraient appliquées directement par les tribunaux de la même façon que les lois ordinaires. S'il y a une ambiguïté dans la loi, il reste possible d'obtenir des éclaircissements en se reportant au traité lui-même, en l'examinant dans son ensemble pour comprendre le contexte dans lequel il a été créé.

...

Il y a souvent de l'incertitude quant à savoir si un traité a été mis en œuvre ou dans quelle mesure il l'a été (en partie ou en entier). Bien qu'il soit difficile de déterminer le statut juridique exact de ces traités, à tout le moins, ils demeurent pertinents aux fins du processus d'interprétation des lois. Un traité qui a été partiellement mis en œuvre – par exemple, lorsque ses dispositions ont été reproduites dans la législation interne ou que ses objectifs

⁴⁹ SNS 2019, c 26.

ont été atteints au moyen de mesures stratégiques – peut même être considéré comme directement applicable. Bien que l'applicabilité directe puisse être limitée aux dispositions mises en œuvre, le reste du traité doit être considéré comme faisant partie du contexte juridique, et donc, comme pertinent⁵⁰.

Brandon ajoute que, bien que la législation interne dût traditionnellement incorporer le traité international pertinent dans la législation en termes explicites, ce point de vue traditionnel a évolué depuis :

[Traduction] Comme il a été mentionné précédemment, l'approche traditionnelle de la mise en œuvre du droit international insiste sur le fait qu'une loi de mise en œuvre précise est nécessaire pour qu'un traité ait un effet à l'échelle nationale. Toutefois, comme l'a fait remarquer van Ert, la pensée judiciaire a maintenant évolué au point où une loi de mise en œuvre n'a plus à faire mention du traité qu'elle met en œuvre. Il soutient que [traduction] « la tâche de déterminer si une loi vise à mettre en œuvre un traité n'est pas différente de celle de discerner l'intention du législateur de façon plus générale ». Par conséquent, une loi qui ne s'appuie pas directement sur le texte du traité, mais qui apporte simplement des changements juridiques adéquats pour respecter les obligations du Canada en vertu du traité, serait acceptable⁵¹.

La *SDGA* ne renferme pas de libellé explicite incorporant l'Accord de Paris. Toutefois, lorsqu'il a présenté la *SDGA* à l'étape de la deuxième lecture à l'Assemblée législative, l'honorable Gordon Wilson, ministre de l'Environnement de la Nouvelle-Écosse,

a expressément déclaré que les objectifs qu'elle renferme ont été choisis en fonction des recommandations du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat des Nations Unies :

[Traduction] Monsieur le Président, ces objectifs sont fondés sur la science. **Nous les choisissons parce qu'ils sont conformes aux recommandations du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat des Nations Unies.** Ils garantissent que la Nouvelle-Écosse continue de faire sa juste part dans la lutte contre les changements climatiques. La loi nous oblige également à planifier la façon dont nous atteindrons ces objectifs importants. D'ici la fin de l'année prochaine, nous élaborerons une nouvelle stratégie sur les changements climatiques qui décrira exactement comment nous nous y prendrons⁵².
[emphase ajoutée]

Il est beaucoup trop tôt pour dire comment la *SDGA* sera utilisée en Nouvelle-Écosse. Cependant, comme le gouvernement de la Nouvelle-Écosse avait clairement l'intention d'adopter une loi qui suivrait les recommandations des Nations Unies, on pourrait soutenir que la *SDGA* intègre l'Accord de Paris. Outre cette considération, et indépendamment de la question de savoir si cela fait intervenir le droit international de l'environnement dans les activités nationales, la cible d'émissions nettes nulles de la *SDGA* sera presque certainement utilisée par les groupes environnementaux comme base pour contester les approbations de projets d'infrastructure à grande échelle et à émissions élevées. En somme, elle fournit un fondement législatif clair pour de tels arguments auxquels la loi a résisté farouchement lorsqu'ils étaient fondés uniquement sur des obligations internationales non mises en œuvre, ou simplement sur une politique gouvernementale.

⁵⁰ Brandon, *supra* note 39 à la p 407.

⁵¹ *Ibid* à la p 409.

⁵² Nouvelle-Écosse, Assemblée législative, *Hansard Debates and Proceedings*, 63-2, n° 19-62 (24 octobre 2019) à la p 4 661.

CONCLUSION

De toute évidence, on désire des cibles environnementales plus fermes et plus claires. Toutefois, le rôle du système judiciaire pour aider à faire respecter ces cibles par le gouvernement reste à déterminer. Quoi qu'il en soit, si l'on se reporte à l'affaire Heathrow, au Royaume-Uni, et à la tendance croissante de la mise en œuvre de politiques et de lois relatives à des « émissions nettes nulles », le nombre de litiges liés au principe des « émissions nettes nulles » devrait augmenter de façon exponentielle au cours de la prochaine décennie. Cela soulèvera un certain nombre de questions épineuses pour les avocats et les tribunaux qui doivent s'y retrouver dans cette nouvelle catégorie de politiques et de lois environnementales. Au-delà des questions de compétence et de politique, il y a aussi la question du caractère éloigné, à savoir comment un tribunal peut déterminer si un certain projet d'infrastructure, aujourd'hui, placera le gouvernement en contravention de ses obligations relatives aux émissions nettes nulles qui sont projetées dans 50 ans? De plus, comme le bilan d'émissions nettes nulles inclut les compensations de carbone dans son équation, un autre élément du caractère éloigné est introduit. N'empêche, une chose est certaine : les cibles d'émissions nettes nulles causeront presque certainement une autre entrave aux promoteurs de projets d'infrastructure à grande échelle et à émissions élevées, et fourniront aux groupes environnementaux un autre outil dans leur arsenal pour contester l'approbation des projets. ■

LE NOUVEAU MONDE DU CHANGEMENT CLIMATIQUE ET LA DIVULGATION DES FACTEURS ESG

*Elisabeth DeMarco, Jonathan McGillivray et Daniel Vollmer**

La pandémie de COVID-19 devrait réduire la croissance économique mondiale de 3 à 6 % en 2020, ce qui entraîne des niveaux de chômage jamais vus depuis la Grande Dépression des années 1930 et réduire le commerce mondial de 13 à 32 %¹. Pratiquement tous les gouvernements des plus de 200 pays touchés par la pandémie ont adopté des politiques fiscales ou monétaires destinées à faciliter la reprise économique. Bon nombre de ces réponses politiques et de ces stimuli économiques ont des « cordes vertes » sous la forme d'un renforcement des obligations de divulgation en matière de changement climatique et d'environnement, de société et de gouvernance (ESG). Le Canada ne fait pas exception à la règle.

Le 11 mai 2020, le gouvernement fédéral a mis en place Crédit d'urgence pour les grands employeurs (CUGE) afin de fournir des liquidités aux plus grands employeurs canadiens² qui sont touchés par la pandémie de COVID-19. Les entreprises doivent démontrer un engagement à long terme pour lutter contre le changement

climatique et s'engager à publier des rapports financiers annuels sur le climat conformément aux directives du Groupe de travail sur la divulgation accrue de renseignements sur les risques financiers liés au climat (en anglais Task Force on Climate-related Financial Disclosures [TCFD]). L'intention déclarée du gouvernement de mandater le TCFD était de s'assurer que les entreprises bénéficiaires i) réfléchissent aux défis que le changement climatique posera à l'avenir de l'entreprise et qu'elles y répondent et ii) divulguent à leurs actionnaires leur empreinte climatique et les défis connexes qu'elles peuvent rencontrer. Bien que l'on n'ait pas signalé l'adoption du CUGE à ce jour, son existence et ses obligations de divulgation liées au climat sont conformes aux programmes de récupération d'autres juridictions.

L'UE a également lié ses programmes de relance économique à une plus grande transparence financière liée au climat et au soutien des objectifs de l'accord de Paris. Le 27 mai 2020, l'UE a publié son plan NextGenerationEU, qui fonde la reprise économique de l'UE en grande partie sur

* Elisabeth DeMarco, associée principale, DeMarco Allan LLP.

Jonathan McGillivray, avocat principal, DeMarco Allan LLP.

Daniel Vollmer, étudiant en droit, DeMarco Allan LLP.

¹ Congressional Research Service, « Global Economic Effects of COVID-19 » (21 septembre 2020), en ligne (pdf) : <fas.org/sgp/crs/tow/R46270.pdf> (**CRS COVID Report**).

² Le programme CUGE sera ouvert aux grandes entreprises à but lucratif, à l'exception de celles du secteur financier, ainsi qu'à certaines entreprises à but non lucratif, telles que les aéroports, dont les revenus annuels sont généralement de l'ordre de 300 millions de dollars ou plus. Pour être admissibles au soutien du CUGE, les entreprises admissibles doivent rechercher un financement d'environ 60 millions de dollars ou plus, avoir des activités ou une main-d'œuvre importantes au Canada et ne pas être impliquées dans des procédures d'insolvabilité actives; Voir Premier ministre du Canada, communiqués, « Le premier ministre annonce de nouvelles mesures de soutien aux entreprises afin d'aider à protéger les emplois canadiens » (11 mai 2020), en ligne : <pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2020/05/11/premier-ministre-annonce-de-nouvelles-mesures-de-soutien-aux>.

le nouveau Pacte vert et comprend des obligations de divulgation sur le climat³. Il comprend un plan de relance de 750 milliards d'euros qui s'appuie fortement sur des transitions durables et numériques vers la reprise économique et la résilience climatique en lien avec la COVID-19. Les dépenses seront guidées par une taxonomie financière durable (la « taxonomie ») visant à canaliser les investissements privés vers des technologies et des solutions qui contribuent à au moins un des six objectifs environnementaux prédéfinis : i) l'atténuation du changement climatique; ii) l'adaptation au changement climatique; iii) l'utilisation durable et la protection de l'eau et des ressources marines; iv) la transition vers une économie circulaire; v) la lutte contre la prévention de la pollution et vi) la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes⁴. La taxonomie fixe des seuils de rendement pour les activités économiques. Les normes et les seuils fixés devraient servir de base au mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (MACF) proposé par l'UE et à l'élaboration de nouveaux tarifs sur les produits à fortes émissions importés dans l'UE⁵. Au Canada, l'Association canadienne de normalisation développe également une taxonomie verte pour les finances durables⁶.

Tous ces plans de relance comprennent des obligations de divulgation sur le climat en accord avec les recommandations des dirigeants financiers, dont Mark Carney, l'ancien

gouverneur de la Banque d'Angleterre, qui a identifié la relance en lien avec la COVID-19 comme une « chance d'éviter le retour au statu quo ».

Cet article décrit les exigences actuelles et les tendances en développement en matière de divulgation financière liée au climat et à l'ESG au Canada et dans d'autres juridictions en cette période de reprise économique de la COVID-19. Nous postulons que l'amélioration des informations financières et des normes liées au climat peut constituer la base de normes d'émission de GES spécifiques à un secteur et de mesures frontalières potentielles liées au carbone. Nous nous attendons à ce que des exigences similaires émergent dans ce contexte de protectionnisme commercial croissant qui façonne la reprise économique de la pandémie mondiale et la voie de l'accord de Paris vers un monde neutre en carbone en 2050 ou autour de cette date.

I. EXIGENCES ACTUELLES EN MATIÈRE DE DIVULGATION DES RISQUES FINANCIERS LIÉS AU CLIMAT

Il existe un certain nombre de normes et d'exigences liées au climat⁷, mais un consensus mondial semble se dégager autour du TCFD⁸. Le soutien au TCFD s'est développé pour inclure plus de 1 027 organisations, avec une capitalisation boursière de plus de

³ Voir Commission européenne, communiqué, « L'heure de l'Europe : réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération » (27 mai 2020), en ligne : <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_940>.

⁴ Voir EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, « Taxonomy » (2020), en ligne (pdf) : <ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200309-sustainable-finance-teg-final-report-taxonomy_en.pdf>.

⁵ Voir Commission européenne, « La Commission lance des consultations publiques sur la taxation de l'énergie et un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières » (23 juillet 2020), en ligne : <ec.europa.eu/taxation_customs/news/commission-launches-public-consultations-energy-taxation-and-carbon-border-adjustment-mechanism_fr>.

⁶ Voir Association canadienne de normalisation, « Finance durable – Définir la taxonomie verte pour le Canada » (24 avril 2019), en ligne : <www.scc.ca/fr/normes/avis-d'intention/csa/finance-durable-definir-la-taxonomie-verte-pour-le-canada>.

⁷ Le Groupe de travail sur la divulgation financière liée au climat (TCFD) du Financial Stability Board, le Sustainability Accounting Standards Board (SASB), les objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies, le Groupe d'experts sur la finance durable du Canada (le groupe d'experts), les Principes pour l'investissement responsable (PIR) de la Banque mondiale, le Carbon Disclosure Project (CDP), le Climate Disclosure Standards Board (CDSB), le Global Real Estate Sustainability Benchmark (GRESB)/Green Building Certification Institute (GBCI), la Global Reporting Initiative (GRI), la Science Based Targets Initiative (SBT) et Renewable Energy 100 (RE 100).

⁸ Le Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) a été créé par le Financial Stability Board pour élaborer des informations volontaires et cohérentes sur les risques financiers liés au climat, que les entreprises peuvent utiliser pour fournir des informations aux investisseurs, aux prêteurs, aux assureurs et aux autres parties prenantes. Le Sustainability Accounting Standards Board (SASB) est un organisme de normalisation indépendant et à but non lucratif du secteur privé qui se consacre à l'amélioration de l'efficacité des marchés de capitaux en encourageant la publication d'informations de haute qualité sur le développement durable dans le secteur. Les Objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies sont un ensemble de 17 objectifs fixés par l'Assemblée générale des Nations unies pour servir de modèle afin de parvenir à un avenir meilleur et plus durable pour tous en relevant les défis mondiaux auxquels nous sommes confrontés, notamment ceux liés au changement climatique, à la pauvreté, aux inégalités, à la dégradation de l'environnement, à la paix et à la justice.

12 000 milliards de dollars au début de 2020⁹. Le TCFD exige la divulgation d'informations sur le climat dans quatre domaines essentiels¹⁰ :

1. **Gouvernance.** Divulguer la gouvernance de l'organisation en matière de risques et de possibilités liés au climat. Les orientations affirment que le ton donné par le sommet est critique. Un récent avis juridique pour la Climate Law Initiative a confirmé que les administrateurs sont légalement obligés de tenir compte des risques et des possibilités liés au changement climatique dans le cadre de leur surveillance des entreprises qu'ils servent¹¹. Dans le contexte des risques liés au changement climatique, les administrateurs et les dirigeants qui font preuve d'un mépris conscient ou d'une ignorance délibérée des risques financiers matériels liés au changement climatique peuvent être tenus responsables de la violation de leur obligation fiduciaire de confiance et de leur devoir de loyauté¹². Le fait de ne pas tenir compte des risques liés au changement climatique peut entraîner des responsabilités et des actions contre la société et, dans certains cas, la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants¹³. En conséquence, les exigences de publicité des valeurs mobilières nécessitent la divulgation des risques importants liés au changement climatique. Les intervenants, au sens large, exigent de plus en plus que les administrateurs et les dirigeants comprennent, mesurent, atténuent et rendent compte des risques liés au changement climatique.

2. **Stratégie.** Divulguer les impacts réels et potentiels des risques et des possibilités liés au climat sur les activités, la stratégie et la planification financière de l'organisation lorsque ces informations sont importantes.
3. **Gestion des risques.** Indiquer comment l'organisation identifie, évalue et gère les risques liés au climat.
4. **Mesures et objectifs.** Divulguer les mesures et les objectifs utilisés pour évaluer et gérer les risques et les opportunités liés au climat lorsque ces informations sont importantes.

Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) ont chacune promulgué des instruments soutenant la divulgation des risques financiers liés au climat. En août 2019, les ACVM ont publié l'Avis 51-358 du personnel sur la déclaration des risques liés au changement climatique (l'avis), qui cite expressément les recommandations du TCFD et fournit des orientations sur la préparation de la déclaration des risques importants liés au climat¹⁴. Cet avis fait suite et développe l'Avis 51-333 du personnel des ACVM intitulé *Environmental Reporting Guidance*, publié en 2010¹⁵.

La communication a été motivée par i) l'intérêt accru des investisseurs; ii) la possibilité d'améliorer la divulgation et iii) les développements nationaux et mondiaux, y compris les recommandations du TCFD et

⁹ Task Force on Climate-Related Financial Disclosures, « TCFD Supporters » (septembre 2020), en ligne : <www.fsb-tcfd.org/tcfd-supporters>.

¹⁰ Task Force on Climate-related Financial Disclosures, « Final Report: Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures » (juin 2017) à la p 18, en ligne (pdf) : <assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/FINAL-2017-TCFD-Report-11052018.pdf>.

¹¹ Canada Climate Law Initiative & Hansell LLP, « Putting Climate Change Risk on the Boardroom Table » (25 juin 2020), en ligne (pdf) : <claw-ccli-2019.sites.olt.ubc.ca/files/2020/06/Hansell-Climate-Change-Opinion-1.pdf>.

¹² Voir *BCE Inc. c Détenueurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69; voir également *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c Wise*, 2004 CSC 68.

¹³ Janis Sarra et Cynthia Williams, « Directors' Liability and Climate Risk: Canada - Country Paper » (avril 2019) à la p 13, en ligne (pdf) : <www.smithschool.ox.ac.uk/research/sustainable-finance/publications/CCLI-Canada-Paper-Final.pdf>.

¹⁴ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « CSA Staff Notice 51-358: Reporting on Climate Change-related Risks » (1 août 2019), en ligne (pdf) : *Commission des valeurs mobilières de l'Ontario* <www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/csa_20190801_51-358_reporting-of-climate-change-related-risks.pdf>.

¹⁵ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « CSA Staff Notice 51-333: Environmental Reporting Guidance » (27 octobre 2010), en ligne (pdf) : *Commission des valeurs mobilières de l'Ontario* <www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/csa_20101027_51-333_environmental-reporting.pdf>.

les cadres nationaux de divulgation volontaire. Il organise les risques liés au climat en deux catégories :

1. Les risques physiques qui sont aigus (provoqués par un événement) et chroniques (changements à long terme des modèles climatiques).
2. Les risques de transition, qui comprennent les risques de réputation, de marché, de réglementation, de politique, de droit et de technologie.

L'avis reconnaît que les risques climatiques sont difficiles à quantifier, mais encourage : i) les émetteurs doivent examiner attentivement s'ils sont exposés de manière significative aux risques climatiques et ii) les conseils d'administration et la direction doivent adopter une information pertinente, claire et compréhensible, spécifique à l'entité, sur la manière dont l'entreprise est spécifiquement affectée par tous les risques significatifs résultant du changement climatique.

La CVMO a souligné que « les entreprises ont déjà l'obligation de divulguer les informations importantes en matière d'environnement et de gouvernance » et s'est engagée à « continuer à surveiller la pertinence de la divulgation fournie » et à « déterminer la nécessité d'une réponse réglementaire » au TCFD¹⁶.

II. TENDANCES EN MATIÈRE DE SURVEILLANCE ET DE DIVULGATION DES RENSEIGNEMENTS RELATIFS AU CHANGEMENT CLIMATIQUE

Plus de 1 010 entreprises se sont engagées à atteindre des objectifs basés sur la science afin

de parvenir à un réchauffement climatique maximal de 1,5 degré, conformément à l'initiative SBT et aux documents d'orientation destinés à divers secteurs, dont le secteur financier¹⁷. Un certain nombre de grandes multinationales, dont Unilever, Microsoft, Mars, Maple Leaf Foods, Google, Nike, HSBC, Swiss Re, se sont engagées à rendre leurs activités commerciales neutres en carbone. Et de nombreuses entités achètent des compensations carbone sur le marché volontaire du carbone afin d'atteindre ces objectifs. Ces développements annoncent une nouvelle ère de véracité des engagements climatiques qui exigeront certainement des renseignements financiers supplémentaires liés au climat, à la fois pour les actionnaires, les investisseurs et, finalement, les clients finaux.

Bien qu'il existe des normes pour les marchés volontaires du carbone¹⁸, un certain nombre de nouvelles initiatives poussent vers une normalisation, une harmonisation et une transparence accrues. Ces initiatives répondent à la confusion de certains clients potentiels autour du netto zéro, de la neutralité carbone, des compensations carbone et de l'inclusion :

- Mark Carney dirige le Task Force on Scaling Voluntary Carbon Markets¹⁹;
- L'Environmental Defense Fund et les initiatives ENGIE autour du marché volontaire²⁰; et
- Les initiatives 14030 de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) concernant le financement vert²¹.

Il existe une grande variété de questions et de terminologies, et une augmentation

¹⁶ Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, « Notice 11-781: Notice of Statement on Priorities for Financial Year to End of March 31, 2019 » (5 juillet 2018), en ligne (pdf) : <www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category1/sn_20180705_11-781_rfc-sop-end-2019.pdf>.

¹⁷ Voir Science Based Targets, « Meet the companies already setting their emissions reduction targets in line with climate science » (2020), en ligne : <sciencebasedtargets.org/companies-taking-action>.

¹⁸ Voir par ex International Carbon Reduction & Offset Alliance (ICROA), en ligne : <www.icroa.org>; Verified Carbon Standard (Verra), en ligne : <verra.org/project/vcs-program>; American Carbon Registry (ACR), en ligne : <americancarbonregistry.org>; Climate Action Reserve (CAR), en ligne : <www.climateactionreserve.org>.

¹⁹ Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets, « Private Sector Voluntary Carbon Markets Taskforce Established to Help Meet Climate Goals » (2 septembre 2020), en ligne : *Institute of International Finance* <www.iif.com/tsvcm/Main-Page/Publications/ID/4061/Private-Sector-Voluntary-Carbon-Markets-Taskforce-Established-to-Help-Meet-Climate-Goals>.

²⁰ Environmental Defense Fund, « Committed to Net Zero? Navigating the Post-Paris Voluntary Carbon Market with Your Sanity Still Intact » (21 septembre 2020), en ligne (pdf) : <www.edf.org/sites/default/files/content/MVCM%20Climate%20Week%20NYC%20Event%20Brochure.pdf>.

²¹ Organisation internationale de normalisation, « Atténuation du changement climatique » (octobre 2020), en ligne (pdf) : <www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100271_fr.pdf>.

correspondante de la demande pour que les personnes morales atteignent les objectifs de l'accord de Paris, même si un État membre ne le fait pas. Par conséquent, nous ne voyons pas une diminution de la demande de normalisation accrue et de divulgation liée au climat. En fait, nous estimons qu'il ne s'agit que d'une question de temps avant que les exigences du TCFD et les normes de protection des consommateurs de carbone qui y sont liées ne deviennent obligatoires. L'intérêt croissant des agences de protection des consommateurs et des organismes de concurrence/antitrust signale également la tendance à la hausse.

Nous nous attendons à ce que cette tendance suive une augmentation sous forme de bâton de hockey si la taxonomie ou les normes ISO connexes sont utilisées pour soutenir les mesures frontalières, y compris le MACF défini dans le Nouveau pacte de l'UE ou les mesures liées aux frontières du carbone dans d'autres juridictions. En conclusion, l'« écriture carbone sur le mur » est claire : les divulgations améliorées liées au climat sont là pour de bon et feront de plus en plus partie des attentes des parties prenantes et des divulgations financières intégrées. ■

PERMETTRE LES CONTRATS BILATÉRAUX DANS LE MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ DE L'ONTARIO

*Nathan Lev**

INTRODUCTION

Près de deux décennies après la déréglementation de du marché de l'électricité en Ontario et l'introduction d'un marché de gros concurrentiel, le secteur de l'électricité de l'Ontario continue de se demander comment garantir de manière efficace et fiable l'adéquation des ressources pour les consommateurs d'électricité¹. En effet, les coûts associés au réseau électrique de l'Ontario ont été examinés à plusieurs reprises et la Société indépendante d'exploitation du réseau électrique (SIERE) continue de consulter l'industrie sur la mise en œuvre de mécanismes supplémentaires d'adéquation des ressources, principalement des enchères de capacité et des achats concurrentiels par le biais de demandes de propositions (DP)². Actuellement, l'Ontario s'appuie sur la combinaison de ressources patrimoniales à tarifs réglementés, d'un marché de gros au comptant

et de contrats garantis par le gouvernement pour répondre aux exigences provinciales en matière de suffisance des ressources, qui sont fixées par la North American Electric Reliability Corporation (NERC). Ce document postule que le cadre d'adéquation des ressources de l'Ontario aurait avantage à permettre un marché contractuel bilatéral robuste où les participants du côté de la demande, plus précisément les entités de charge et les entités de vente au détail, passent des contrats pour leurs propres besoins d'approvisionnement en électricité³. Par souci de clarté, les contrats bilatéraux sont des contrats conclus pour l'achat et la vente d'électricité ou de produits liés à l'électricité, généralement entre un producteur comme première partie et un preneur (c.-à-d. l'acheteur du produit d'une installation de production) comme contrepartie⁴. Un marché bilatéral robuste est un mécanisme d'adéquation des ressources efficace et rentable parce qu'il

* Nathan est consultant chez Power Advisory LLC, où il offre son soutien dans les domaines des marchés, de la réglementation et des politiques de l'électricité. Il est titulaire d'un diplôme de droit de l'Osgoode Hall Law School et d'une maîtrise en études environnementales de l'Université de York.

¹ L'adéquation des ressources est la capacité du réseau électrique à produire et à fournir de manière fiable de l'électricité aux consommateurs de l'Ontario (p. ex. les secteurs résidentiel, commercial et industriel, le gouvernement, etc.) La déréglementation fait référence à la mise en œuvre de la *Loi de 1998 sur la concurrence dans le secteur de l'énergie*, LO 1998, c 15 telle qu'elle est apparue le 30 octobre 1998, qui a restructuré la chaîne d'approvisionnement en électricité de l'Ontario en démantelant l'entreprise verticalement intégrée Ontario Hydro et en créant une société indépendante d'exploitation du réseau pour administrer un marché au comptant.

² SIERE, « Resource Adequacy Engagement » (28 septembre 2020), en ligne (pdf) : <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/engage/rae/ra-20200928-presentation.pdf?la=en>.

³ Les entités de charge font référence aux consommateurs d'électricité commerciaux, industriels et institutionnels (c.-à-d. les grands consommateurs). Les entités de vente au détail désignent à la fois les distributeurs d'électricité ayant des obligations d'approvisionnement standard et les détaillants commerciaux.

⁴ Un produit lié à l'électricité peut être l'énergie électrique, la capacité (y compris la réponse à la demande), les services auxiliaires tels que les réserves et la régulation des fréquences, ou une combinaison de ces éléments (Voir Ezra Hausman, Rick Hornby et Allison Smith, « Bilateral Contracting in Deregulated Electricity Markets : A Report to the American Public Power Association » (18 avril 2008), en ligne (pdf) : *Synapse Energy Economics* <citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.179.1344&rep=rep1&type=pdf>; En plus des produits physiques décrits, les contrats bilatéraux peuvent être utilisés pour la couverture financière comme contrats à terme).

permet d'abord aux participants du côté de la demande (c.-à-d. les entités de charge et de vente au détail) d'accroître la capacité du réseau en agissant comme des acheteurs fournissant des revenus sûrs pour le développement de nouvelles ressources. Et deuxièmement, les participants du côté de la demande peuvent fournir des sources de revenus supplémentaires pour les ressources existantes qui sont gérées économiquement, ce qui leur permet de rester en activité plus longtemps et de différer la nécessité de construire de nouvelles ressources, ce qui est généralement plus coûteux. Par conséquent, le fait de permettre un marché bilatéral robuste devrait être considéré comme un mécanisme supplémentaire d'adéquation des ressources pour l'Ontario dans la consultation de la SIERE sur l'adéquation des ressources, et comme un complément aux mécanismes d'adéquation des ressources existants et prévus en Ontario. Ce document explique d'abord comment un marché contractuel bilatéral robuste est un mécanisme efficace d'adéquation des ressources, car il soutient le développement de nouvelles ressources lorsque cela est nécessaire et reporte le besoin de nouvelles ressources si des ressources rentables sont déjà disponibles, puis il examine le marché bilatéral de l'Ontario dans le cadre actuel d'adéquation des ressources où la SIERE est la seule contrepartie contractuelle viable en Ontario, et enfin il présente comment un marché bilatéral robuste peut fonctionner en Ontario en s'attaquant aux obstacles découlant de la répartition des coûts du réseau et de la structure de l'industrie de l'Ontario.

LES CONTRATS BILATÉRAUX FAVORISENT LE DÉVELOPPEMENT DE NOUVELLES RESSOURCES ET L'EXPLOITATION PROLONGÉE DES RESSOURCES EXISTANTES RENTABLES

Un marché de contrats bilatéraux robuste, tel qu'il est envisagé dans le présent document, implique une activité accrue pour l'achat et la vente d'électricité ou de produits connexes négociés par le biais de contrats bilatéraux entre les producteurs et les consommateurs ou les détaillants en tant que contreparties. Ces contrats contiennent généralement des clauses juridiques portant sur la durée du contrat, le prix de la prestation, les délais d'exécution, le

lieu de livraison et d'autres conditions pouvant s'appliquer à la transaction⁵. Par exemple, les accords d'achat d'énergie (AAE), un type courant de contrat bilatéral, contiennent généralement une durée contractuelle de 10 à 25 ans. Comme le développement de nouvelles ressources de production nécessite souvent des revenus stables et pluriannuels pour obtenir le financement de projets, les contrats bilatéraux sont un outil efficace pour soutenir les nouvelles ressources. En effet, dans son rapport à l'American Public Power Association sur le rôle des contrats bilatéraux dans les marchés déréglementés de l'électricité aux États-Unis, Synapse Energy Economics a constaté que le développement de nouvelles ressources a été soutenu sur la base de contrats à long terme⁶. Par exemple, les entités de desserte de charge (EDC) aux États-Unis concluent des contrats bilatéraux avec les producteurs dans le cadre d'une planification de réseau intégrée afin de garantir la capacité nécessaire à l'exécution de leurs obligations courantes en matière d'approvisionnement. En outre, les entités de charge et les détaillants compétitifs utilisent des contrats bilatéraux pour se couvrir contre la volatilité des prix au comptant en obtenant un prix fixe de l'énergie à long terme directement d'un producteur; cette activité est particulièrement répandue dans les régions ayant des marchés uniquement énergétiques comme l'Alberta et le Texas, où la volatilité des prix au comptant est élevée.

Collectivement, ce type d'activité transactionnelle est appelé marché bilatéral, et à moins qu'une transaction ne fasse l'objet d'une procédure réglementaire (p. ex. dans le cadre de la planification de réseau intégrée ou de la conception d'un programme d'offre standard), les conditions sont souvent maintenues confidentielles entre les parties au contrat. En outre, les entreprises et les services publics ont de plus en plus recours à des contrats bilatéraux pour obtenir des énergies renouvelables groupées afin de soutenir la durabilité des entreprises et les objectifs politiques (p. ex. les normes relatives aux portefeuilles d'énergies renouvelables), respectivement. En fait, de 2016 à 2019, on estime que le développement d'une capacité supplémentaire de 20 GW d'énergie renouvelable a été soutenu par des entreprises consommatrices aux États-Unis⁷.

⁵ Hausman, *supra* note 4.

⁶ *Ibid* à la p 11.

⁷ Renewable Energy Buyers Alliance, « Deal Tracker », (dernière consultation en juin 2020), en ligne : <rebuyers.org/deal-tracker>.

Nombre de ces contrats contiennent des clauses s'étendant sur 8 à 12 ans, qui se sont révélées viables pour obtenir du financement et soutenir le développement de nouvelles ressources.

En l'absence de contrats à long terme ou de tarifs réglementés, les promoteurs dépendent de débouchés commerciaux, caractérisés par des revenus suffisamment élevés sur le marché au comptant, ou des paiements de capacité pour récupérer les coûts en capital des nouvelles ressources. Alors que la SIERE prévoit de mettre en place une enchère de capacité à partir de décembre 2020, la conception actuelle ne prévoit qu'une période d'engagement d'un an, par opposition aux revenus pluriannuels souvent nécessaires pour les nouvelles ressources⁸. En outre, depuis la déréglementation, l'Ontario utilise des contrats à long terme garantis par le gouvernement pour éliminer le risque que comporte le développement de nouvelles ressources par le biais de règlements à prix fixe ou hors marché pour soutenir le recouvrement des coûts, ce qui, avec le surapprovisionnement de ressources, a contribué à diminuer les débouchés commerciaux⁹.

En outre, les ressources existantes nécessitent des investissements périodiques tout au long de leur durée de vie pour maintenir un fonctionnement fiable. Cela signifie qu'en l'absence de débouchés commerciaux, les ressources existantes ont également besoin de sources de revenus supplémentaires pour couvrir les coûts des investissements supplémentaires nécessaires au maintien de l'exploitation, sinon elles doivent être « mises en réserve » (c.-à-d. qu'elles cessent leurs activités et qu'on retire leur capacité du réseau) si elles ne sont pas rentables. De cette façon, un marché bilatéral robuste fournit des liquidités supplémentaires aux producteurs pour qu'ils puissent acquérir les sources de revenus nécessaires après l'expiration

de tout contrat initial. En prolongeant l'exploitation des ressources existantes qui sont gérées économiquement, un marché bilatéral robuste peut différer la nécessité de construire de nouvelles ressources, ce qui est généralement plus coûteux et qui comporte un risque supplémentaire, soit de se retrouver coincé.

Alors que les marchés de capacité ont été introduits dans plusieurs régions américaines déréglementées spécifiquement pour résoudre ce problème en fournissant des revenus supplémentaires par le biais de paiements de capacité, un marché bilatéral robuste offre au moins deux avantages¹⁰. Premièrement, les contrats bilatéraux librement négociés permettent un meilleur processus de détermination des prix, car l'acheteur est en mesure d'indiquer sa volonté de payer, contrairement à une enchère de capacité, qui utilise une courbe de demande fondée sur une marge de réserve cible et un prix de référence, où le prix de référence est une approximation du coût de nouvelle entrée d'une ressource de référence (p. ex. la turbine à gaz à cycle simple est la plus courante). Deuxièmement, on reproche de longue date aux marchés de capacité leurs surapprovisionnements de ressources qui entraînent une augmentation globale des coûts. Pour illustrer ce point, il suffit d'examiner les preuves avancées lors de la procédure de l'Alberta Utilities Commission sur les marchés de capacité (23757)¹¹. En analysant les paramètres de la courbe de demande proposée par l'Alberta Electric System Operator (AESO), ENMAX, soutenue par le Market Surveillance Administrator (organisme de surveillance du marché — MSA), a constaté que le marché de la capacité permettrait de dégager un excédent de 127 à 443 MW de capacité, ce qui entraînerait un coût de capacité supplémentaire de 401 millions à 1 134 milliards de dollars par an pour l'Alberta¹².

⁸ SIERE, « Market Manual 12.0 : Capacity Auctions » (16 septembre 2020), en ligne (pdf) : <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/Market-Rules-and-Manuals-Library/market-manuals/capacity-auction/Capacity-Auction.pdf?la=en>.

⁹ Malgré le retrait des centrales au charbon de l'Ontario, l'acquisition de plus de 4000 MW de ressources à coût marginal presque nul a contribué de manière significative à la baisse du prix de gros horaire moyen.

¹⁰ Les marchés de capacité ont été introduits pour résoudre le « problème d'argent manquant », comme on l'appelle dans la littérature économique. Les principaux secteurs américains où les marchés de capacité ont été introduits sont ISO-NE, PJM, et NYISO.

¹¹ Le 4 juin 2020, le Parti conservateur uni a annulé le mandat du gouvernement précédent de mettre en place un marché de capacité, ce qui a mis fin à la procédure.

¹² ENMAX Energy Corporation, « Rebuttal Evidence » (22 mai 2019), en ligne (pdf) : <www2.auc.ab.ca/Proceeding23757/ProceedingDocuments/23757_X0517.01_23757-X0517.012019-05-23RevisedRebuttalE_0877.PDF#search=23757%2DX0517%2E01> (numéro de pièce de l'AUC 23757-X0517.01).

La section suivante traite de l'état actuel du marché bilatéral de l'Ontario.

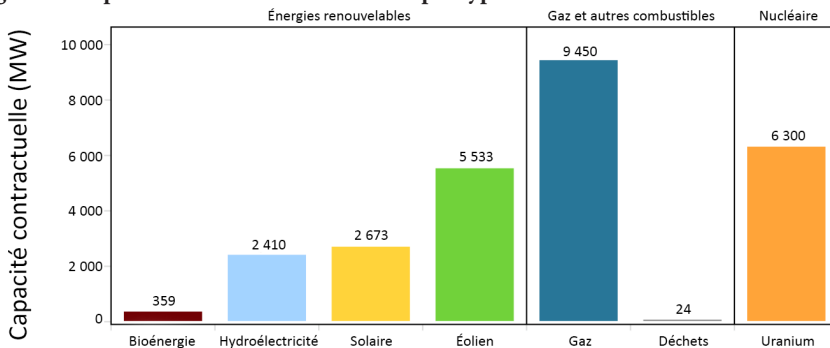
LE MARCHÉ BILATÉRAL DE L'ONTARIO DANS LE CADRE EXISTANT ET LA SIERE COMME SEULE CONTREPARTIE VIABLE

Dans le cadre législatif actuel, le ministre de l'Énergie (actuellement, ministre de l'Énergie, du Développement du Nord et des Mines [MEDNM]) et la SIERE sont responsables de la planification du réseau¹³. La SIERE administre un marché de gros concurrentiel et aide le MEDNM à préparer un plan énergétique à long terme (PELT) en publiant des documents de planification tels que des perspectives et des prévisions, et en identifiant les besoins du réseau. Entre-temps, le MEDNM est légalement tenu de publier les PELT tous les trois ans, bien qu'une proposition d'amendement ait été publiée pour révoquer cette exigence de publication aux trois ans¹⁴. Il est également habilité à demander à la SIERE (par le biais de directives ministérielles) de s'engager dans des initiatives de passation de marchés concurrentiels ou de conclure directement des contrats avec des producteurs ou des fournisseurs de services d'électricité. Ce dernier mandat a été adopté par la SIERE, qui a

fusionné par modification de la loi avec l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO) en 2015, en conservant le nom de SIERE.

Depuis sa création en 2005, l'OEO, dans le cadre de directives ministérielles, s'est engagé dans de nombreuses initiatives de passation de marchés concurrentiels et a conclu des contrats (dont la plupart ont une durée de 20 ans) avec des producteurs, soit directement, soit par le biais de programmes d'offre standard. Selon le rapport d'étape de la SIERE sur l'approvisionnement en électricité sous contrat, la SIERE détenait une capacité contractuelle de 26 750 MW à la clôture de juin 2020¹⁵. Bien que cela représente plus de la moitié de la capacité installée de l'Ontario en 2019 (40 500 MW), cela ne comprend pas les actifs à tarifs réglementés d'Ontario Power Generation (OPG) (mais inclut ses installations au gaz naturel), les actifs patrimoniaux et les contrats de production indépendante d'électricité détenus par la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario (SFIEO)¹⁶. L'ensemble des combustibles utilisés pour la production sous contrat avec la SIERE se compose principalement de gaz naturel (9 450 MW), de nucléaire (6 300 MW), d'éolien (5 333 MW), de solaire (2 673 MW), d'hydroélectricité (2 410 MW), de bioénergie (359 MW) et d'énergie tirée de déchets (voir la figure 1).

Figure 1 : Capacité contractuelle en Ontario par type de combustible¹⁷



¹³ Le cadre législatif actuel est régi par la *Loi de 1998 sur l'électricité*, LO 1998, c 15, annexe A et la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, LO 1998, c 15, annexe B, ainsi modifiée par la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité*, LO 2004, c 23, et la *Loi de 2016 modifiant des lois sur l'énergie*, LO 2016, c 10.

¹⁴ Le MEDNM a déposé une proposition de modification dans le registre environnemental de l'Ontario pour révoquer les *Plans énergétiques à long terme*, Règl de l'Ont 355/17, qui fixe le délai de publication du PELT et consulte sur d'autres changements : ero.ontario.ca/notice/019-2149.

¹⁵ SIERE, « A Progress Report on Contracted Electricity Supply, Second Quarter 2020 » (2020), en ligne (pdf) : <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contracted-electricity-supply/Progress-Report-Contracted-Supply-Q2-2020.pdf?la=en>.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid* à la p 10.

Un examen plus approfondi des dispositions en matière de performance et de compensation contenues dans les contrats de la SIERE/ l'OEO montre comment elles ont permis aux producteurs de recouvrer la totalité des coûts¹⁸. Par exemple, les contrats d'approvisionnement en énergie propre (AEP) ont été conçus pour fournir des paiements de type « capacité » aux installations de production au gaz naturel sur une base de \$/MW-mois pendant lesquels le producteur doit offrir son énergie sur le marché au comptant¹⁹. La détermination de la somme a été basée sur une exigence de revenu net (ERN) fournie dans la déclaration d'offre économique du promoteur et sur l'évaluation des revenus et des coûts²⁰. En effet, les paiements contractuels d'AEP ont fait en sorte que si le producteur fonctionnait selon son profil contractuel (c.-à-d. la distribution présumée), il obtiendrait alors les niveaux requis de recouvrement des coûts et de profit. De plus, si l'on prend l'exemple des contrats de tarifs de rachat garantis (TRG), qui ont été conçus pour compenser les ressources renouvelables (principalement, le solaire, l'éolien, la biomasse et l'hydroélectricité) sur la base d'un \$/MWh d'énergie fournie au réseau. Comme il s'agit de ressources de production variables, le contrat a été conçu de manière à ce que le producteur s'établisse d'abord sur le marché au comptant en tant que preneur de prix, et que la SIERE lui verse ensuite des paiements supplémentaires en fonction de la différence entre les revenus fixés par le marché et un montant de revenus garantis prescrit par le contrat.

En fait, le principal objectif de la création de l'OEO en vertu de la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* était de créer une agence centralisée de planification et de passation de marchés qui puisse conclure des contrats en tant que contrepartie financière. Pour couvrir les coûts découlant des paiements contractuels effectués aux producteurs, la

Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité a également créé les frais de rajustement global (RA), qui sont prélevés auprès de tous les consommateurs d'électricité²¹. Cependant, le fait de fournir des paiements hors marché garantis par contrat aux producteurs a contribué à une boucle de rétroaction négative qui a réduit les possibilités de marché pour les producteurs, a diminué la valeur des contrats bilatéraux pour les entités de charge et de vente au détail, et a établi *de facto* la SIERE comme seule contrepartie viable en Ontario.

Plus précisément, les paiements hors marché ont permis à un nombre important de producteurs fixant les prix de proposer leur énergie sur le marché de gros à un prix potentiellement inférieur au coût marginal de production. Cette situation, associée à un recours important à des ressources éoliennes et solaires à coût marginal proche de zéro pendant la période de stagnation de la demande, a donc contribué à faire baisser le tarif selon l'heure de la consommation en Ontario (TSHCO) (c.-à-d. le prix au comptant) et a entraîné une diminution des débouchés commerciaux. Par la suite, étant donné la relation inverse entre le RG et le TSHCO en raison de la conception de la compensation des ressources contenue dans les contrats de la SIERE et de l'augmentation de la passation de contrats par la SIERE conformément aux directives ministérielles, la proportion de RG par rapport aux TSHCO a considérablement augmenté. Par exemple, en 2019, le RG représentait environ 80 % à 85 % du coût de gros de l'énergie (voir la figure 2)²². Étant donné que la portion de RG est en grande partie fixe et qu'en vertu du *Règlement de l'Ontario 429/04*²³, les frais de RG ne peuvent pas être évités par une transaction de détail, il y a peu à gagner pour les entités de charge à conclure des contrats bilatéraux uniquement pour se protéger contre le TSHCO, ce qui ne plaide pas en faveur d'un engagement dans la vente au détail d'électricité en Ontario²⁴.

¹⁸ Pour une discussion complète sur les différents contrats de l'OEO/la SIERE, voir Ron Clark, Scott Stoll et Fred Cass, *Ontario Energy Law: Electricity*, Toronto, LexisNexis, 2012.

¹⁹ Le contrat stipulait qu'il devait y avoir un paiement de soutien conditionnel (PSC) de l'OEO au producteur ou un paiement de partage des revenus (PPR) du producteur à l'OEO selon que les revenus du marché étaient suffisants et que le producteur avait exécuté le contrat.

²⁰ Pour la formule d'indemnisation complète, voir *Clark, supra* note 18.

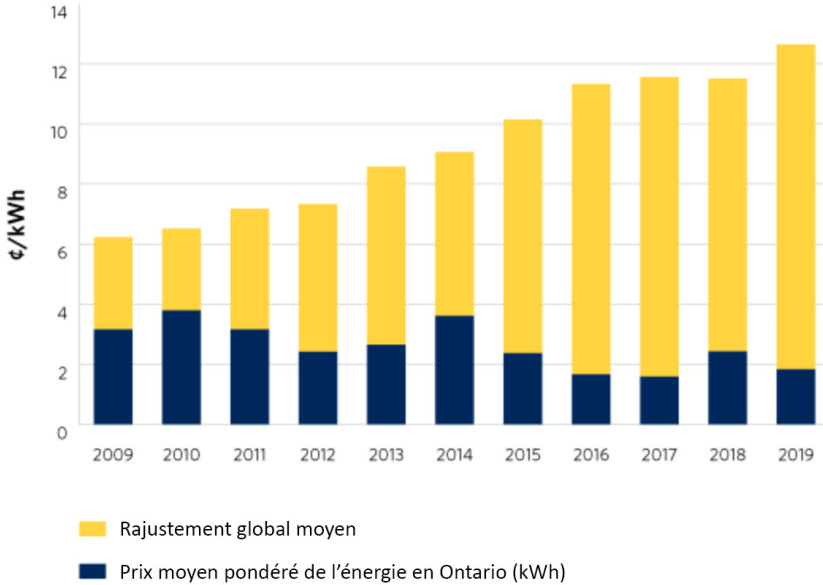
²¹ Le RG couvre également les coûts liés aux ressources de production nucléaire et hydroélectrique à tarifs réglementés de l'OPG, ainsi qu'à la conservation, à la gestion de la demande et aux autres programmes provinciaux d'électricité.

²² Cela ne comprend que le TSHCO et le RG et exclut d'autres coûts tels que les frais d'élévation et tous les frais liés au transport et à la distribution.

²³ *Adjustments under section 25.33 of the Act*, O Reg 429/04.

²⁴ De même, l'étude de Synapse Energy Economics a révélé que les délais offerts par les détaillants concurrents sont trop courts pour soutenir de nouvelles capacités, voir Hausman, *supra* note 4.

Figure 2 : TSHCO moyen plus RG²⁵



Comme mentionné, la boucle de rétroaction négative décrite ci-dessus continue de renforcer la SIERE en tant que seule contrepartie viable en Ontario. Cette situation est encore compliquée par une caractéristique de la structure de l'industrie ontarienne, où les sociétés de distributions locales (SDL), bien qu'ayant une obligation d'approvisionnement standard en vertu du Code des services d'approvisionnement standard de la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO), n'ont pas l'obligation de garantir l'adéquation des ressources ou de couvrir les prix de l'énergie pour leurs clients, contrairement aux EDC aux États-Unis et donc, entre autres raisons, ne passent pas de contrats de production.

La section suivante examinera comment un marché bilatéral robuste peut être mis en place en Ontario en s'attaquant aux obstacles à la passation de marchés par les entités du côté de la demande.

PERMETTRE UN MARCHÉ BILATÉRAL ROBUSTE EN ONTARIO POUR SOUTENIR LA PASSATION DE CONTRATS DU CÔTÉ DE LA DEMANDE

Malgré la décision de la SIERE d'inclure l'utilisation continue de contrats soutenus par le gouvernement dans le cadre d'adéquation des ressources, il pourrait s'avérer difficile pour la SIERE de conclure d'autres contrats pour les besoins futurs en matière d'adéquation des ressources, compte tenu du montant élevé de coûts fixes dans le RG²⁶. En effet, cette raison a probablement été un important facteur d'incitation pour la mise en œuvre d'un marché de capacité en Ontario depuis l'annonce du Programme de renouvellement du marché (PRM) en 2016²⁷. Cela dit, selon les dernières perspectives de planification, la SIERE ne prévoit pas de capacité à combler avant le milieu des années 2020 au moins (nonobstant les impacts prévus de la pandémie de la COVID-19), ce qui est largement attribué à des facteurs d'approvisionnement tels que les

²⁵ SIERE, « Price Overview » (2020), en ligne : <ieso.ca/power-data/price-overview/global-adjustment>.

²⁶ SIERE, *supra* note 2.

²⁷ Annoncée à l'origine comme l'enchère de capacité incrémentielle (ECI), elle a ensuite été retirée du champ d'application du PRM et est actuellement prévue comme une enchère de capacité évolutive (ECE).

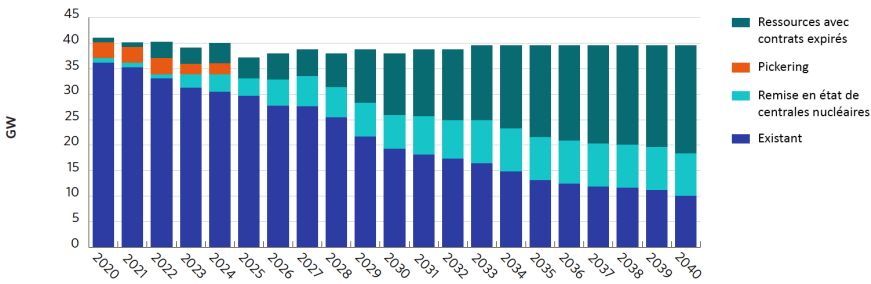
unités nucléaires qui sont mises hors service pour être remises à neuf et les contrats qui expirent (voir la figure 3)²⁸. Le moment est donc opportun d'envisager la mise en place d'un marché bilatéral robuste en Ontario, à utiliser conjointement avec les mécanismes d'adéquation des ressources existantes et prévues.

Afin de permettre un marché bilatéral robuste en Ontario, les obstacles qui empêchent actuellement les participants du côté de la demande de s'engager dans des contrats bilatéraux doivent être levés. Comme nous l'avons vu plus haut, les principaux obstacles sont la répartition des coûts du réseau (c.-à-d. les frais de RG) et le rôle des distributeurs d'électricité (c.-à-d. les SDL) en Ontario. Bien que ce document ne prétende pas offrir de solutions originales à ces obstacles, il fait référence à deux options qui ont été proposées séparément pour l'Ontario comme tremplin pour une discussion plus approfondie. La première option, présentée par Brian Rivard au Ivey Energy Policy and Management Centre, consiste à scinder le RG en trois composantes distinctes (c.-à-d. les coûts de capacité, une couverture des prix de l'énergie de l'OPG et les coûts fixes à l'échelle du réseau) et à appliquer une méthode de recouvrement des coûts différente à chaque composante (voir la

figure 4)³⁰. La deuxième option, présentée par l'Association de l'énergie de l'Ontario (AEO), consiste à créer un modèle réglementaire pour les EDC en Ontario qui permettrait aux SDL d'assumer volontairement le rôle d'EDC et de s'engager dans des activités d'adéquation des ressources et de passation de contrats³¹. Comme nous le verrons plus loin, la première option vise à relever les défis liés aux frais de RG et la seconde à relever les défis liés à la structure de l'industrie de l'Ontario, où les SDL, en tant que distributeurs d'électricité, ne s'engagent pas dans des contrats bilatéraux.

Rivard soutient que le RG peut être considéré comme étant composé de trois catégories et sources différentes de coûts de réseau. La première catégorie est celle des coûts de capacité de production, qui sont les coûts engagés pour assurer et maintenir les ressources. Étant donné que le besoin de ressources supplémentaires est déterminé par les clients équipés de compteurs qui consomment l'électricité du réseau pendant les heures de pointe, il est recommandé que cette partie soit récupérée par le biais d'une redevance proportionnelle à la demande auprès des consommateurs qui font en sorte qu'il y a un besoin croissant de recourir à des ressources supplémentaires. La deuxième catégorie est la couverture du prix de l'énergie de l'OPG, qui a été créée afin de partager les

Figure 3 : Capacité installée par type d'engagement 2020–2040²⁹



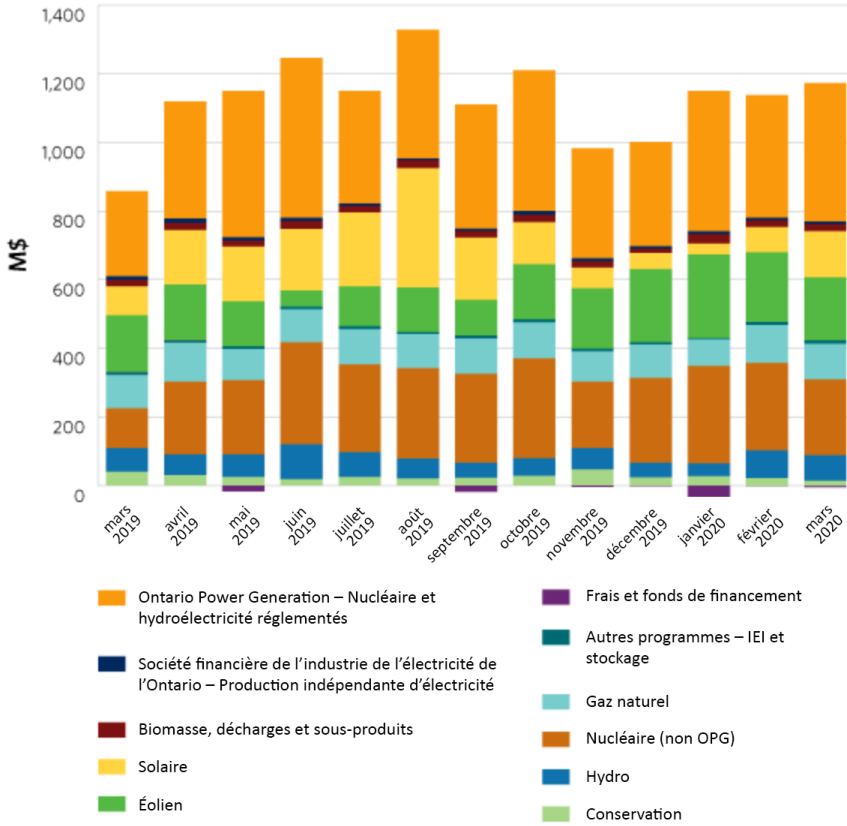
²⁸ SIÈRE, « Annual Planning Outlook - A view of Ontario's electricity system needs » (janvier 2020), en ligne (pdf) : <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/planning-forecasts/apo/Annual-Planning-Outlook-Jan2020.pdf?la=en>.

²⁹ *Ibid* à la p 12.

³⁰ Brian Rivard, « Don't leave me stranded : What to do with Ontario's Global Adjustment? » (juillet 2019), en ligne (pdf) : www.ivey.uwo.ca/cmsmedia/3787293/dont-leave-me-stranded-what-to-do-with-ontario-s-global-adjustment.pdf.

³¹ Power Advisory LLC et Aird & Berlis LLP, « Policy Case : Recommendations for an Ontario Load-Serving Entity Model » (septembre 2018), en ligne (pdf) : <energyontario.ca/wp-content/uploads/2018/09/OEA-LSE-Report-September-2018-Final.pdf> (document de discussion préparé pour l'Association de l'énergie de l'Ontario).

Figure 4 : Rajustement global mensuel par composante (mars 2019 à mars 2020)³²



revenus gagnés à hauteur et au-dessus des besoins en revenus des actifs patrimoniaux de l'OPG, mais qui, compte tenu des coûts élevés des ressources et du TSHCO (c.-à-d. le prix de gros de l'énergie) en baisse, est passée d'un rabais à un coût. Il est recommandé de recouvrer ce montant de façon volumétrique auprès de tous les consommateurs. La troisième catégorie est celle des coûts fixes à l'échelle du réseau, qui comprennent les coûts engagés en relation avec les objectifs de la politique sociale ou environnementale du gouvernement. Il est recommandé de les recouvrer par un mélange de frais fixes et volumétriques ou de les supprimer complètement du RG et de les transférer dans l'assiette fiscale.

Entre-temps, le document de l'AEO intitulé *Recommendations for an Ontario LSE Model* (recommandations pour un modèle d'EDC en Ontario) postule que l'Ontario peut bénéficier de la création d'un modèle réglementaire pour les EDC afin de donner aux SDL la possibilité de faire volontairement la transition et de devenir des EDC, caractérisées par l'obligation d'assurer une capacité de ressources supplémentaires pour leurs territoires de distribution respectifs. En pratique, les EDC volontaires seraient responsables de la création de plans de ressources intégrées (PRI) au-delà de leurs plans de réseau de distribution (PRD) habituels qui prendraient en compte les ressources d'approvisionnement supplémentaires. Un autre élément important est la coordination nécessaire qui devrait avoir lieu entre les EDC

³²SIERE, « Electricity pricing » (2020), en ligne : <www.ieso.ca/en/Learn/Electricity-Pricing/Global-Adjustment-Costs>.

et la SIERE. Plus précisément, les PRI créés par les EDC devraient être considérés comme des intrants pour les enchères de capacité ou les achats concurrentiels (p. ex. les DP), où tout achat des EDC devrait être comptabilisé et ajusté dans l'objectif de capacité pour la zone de capacité appropriée.

La proposition de répartition du RG de Rivard ouvre une fenêtre sur la manière dont les obstacles découlant de la répartition des coûts du réseau peuvent être abordés en vue de promouvoir la passation de contrats bilatéraux par les entités de charge. Par exemple, prenons une solution où les entités de charge peuvent conclure des contrats bilatéraux en coordination avec la SIERE, et si la ressource contribue à accroître la capacité du réseau, l'entité de charge devrait être autorisée à réduire une partie de ses coûts de RG sur la base d'un des éléments proposés par Rivard. Si, d'une part, cela peut sembler être un mécanisme inéquitable de transfert des coûts plutôt qu'un mécanisme de réduction des coûts, d'autre part, l'ajout de la ressource sous contrat de l'entité de charge peut entraîner le report ou l'évitement de coûts d'investissement dans le réseau qui seraient autrement nécessaires. Cet exemple est présenté à titre d'illustration et nécessite une analyse plus approfondie pour déterminer le compromis entre le coût et les avantages de la mise en œuvre d'un tel programme. De même, le document sur les EDC présente une solution beaucoup plus directe aux défis liés au rôle des SDL dans la structure industrielle de l'Ontario. En adoptant une obligation d'adéquation des ressources, les SDL en tant qu'EDC devront devenir des participants actifs du côté de la demande sur le marché bilatéral afin d'obtenir des ressources supplémentaires. Étant donné que la structure de l'industrie électrique de l'Ontario en matière de répartition des coûts du réseau est régie par la législation, la levée de ces obstacles peut nécessiter des modifications législatives ou des modifications d'autres instruments réglementaires (p. ex. les codes et les licences de la CEO). Ces deux entités du côté de la demande peuvent concevoir des contrats qui offrent des paiements de concert avec les revenus du marché de gros

similaires aux contrats de la SIERE et ainsi faire fonctionner les contrats bilatéraux en Ontario sans gonfler davantage le RG. Par exemple, les AAE virtuels (également appelés AAE financiers ou contrats sur différence) sont basés sur un prix d'exercice convenu entre deux parties par rapport au prix au comptant.

Enfin, comme nous l'avons dit, un marché bilatéral robuste peut fonctionner parallèlement aux autres mécanismes d'adéquation des ressources existants et prévus de l'Ontario, qui sont les marchés administrés par la SIERE, y compris les enchères de capacité prévues, les achats concurrentiels (p. ex. les DP) et la capacité du gouvernement d'ordonner à la SIERE de solliciter un achat concurrentiel ou de conclure directement des ententes pour les besoins déterminés du réseau. En ce qui concerne les mécanismes du marché, un marché bilatéral robuste peut fonctionner en parallèle avec un marché de capacité, comme c'est le cas dans les marchés déréglementés du nord-est des États-Unis tels que PJM, NYISO et ISO-NE³³. Bien que, sur ces territoires, les marchés de capacité restent les principaux mécanismes d'adéquation des ressources, les contrats bilatéraux étant principalement utilisés pour se couvrir contre le risque de prix à terme et pour soutenir le développement des ressources renouvelables en vue de répondre aux objectifs de la politique d'approvisionnement (p. ex. la norme de portefeuille renouvelable). Cela permet aux producteurs d'échelonner et de couvrir leur capacité en en offrant une partie sur le marché des capacités pour une obligation à court terme et en en sous-traitant une partie pour un engagement à plus long terme. De même, un marché bilatéral plus robuste n'entraverait pas la capacité de la SIERE à conclure des contrats en cas de besoin nécessitant une solution plus centralisée³⁴.

CONCLUSION

Ce document présente la position selon laquelle le cadre d'adéquation des ressources de l'Ontario gagnerait à permettre un marché bilatéral robuste, caractérisé par une activité contractuelle accrue de la part des participants

³³ Power Advisory LLC, *supra* note 31.

³⁴ Bien que la plupart des contrats aient été attribués par l'OEO/la SIERE par le biais de processus de passation de marchés concurrentiels, l'OEO/la SIERE a également adopté la position selon laquelle elle pouvait, dans certaines circonstances, conclure directement un accord avec un producteur sélectionné. Par exemple, les contrats de la Goreway Station et du Portlands Energy Centre ont été conclus dans le cadre d'une procédure non concurrentielle en raison de problèmes urgents de fiabilité au niveau local.

du côté de la demande, en particulier les entités de charge et les entités de vente au détail. Cela contraste avec le modèle actuel où la SIERE est *de facto* la seule contrepartie contractuelle viable dans la province. Avec un marché bilatéral robuste, les participants du côté de la demande pourraient conclure des accords avec de nouvelles ressources ou des ressources existantes qui sont gérées de manière économique, contribuant ainsi à la capacité du réseau en mettant sur pied de nouveaux projets de production ou en reportant ceux-ci si les ressources existantes sont plus rentables. Un marché bilatéral robuste pourrait également apporter des avantages supplémentaires, tels que des solutions énergétiques innovantes utilisant des technologies émergentes (p. ex. la production couplée au stockage) et une concurrence accrue du côté des acheteurs. Pour permettre un marché bilatéral robuste, il faudrait s'attaquer aux obstacles qui entravent actuellement la capacité des acteurs du côté de la demande. Plus précisément, deux domaines d'exploration potentiels sont la répartition des coûts du réseau et la structure de l'industrie liée au rôle des SDL en Ontario. Cela dit, une restructuration fondamentale telle que celle qui a suivi la déréglementation n'est probablement pas nécessaire, car un marché bilatéral robuste peut fonctionner correctement parallèlement aux mécanismes d'adéquation des ressources actuels (c.-à-d. le marché de l'énergie, les pouvoirs des directives et la capacité contractuelle de la SIERE) et prévus (c.-à-d. le marché de la capacité et les DP) utilisés dans la province. Ainsi, la création d'un marché bilatéral devrait être envisagée dans le cadre de l'Engagement sur l'adéquation des ressources de la SIERE, car cela pourrait aider à gérer efficacement et de manière fiable l'approvisionnement en électricité pour les consommateurs de l'Ontario. ■

QUELS SONT LES MOTEURS DE L'INNOVATION EN MATIÈRE DE RÉGLEMENTATION ÉNERGÉTIQUE? UNE ENQUÊTE EN LIGNE D'ÉNERGIE POSITIVE ET DE CAMPUT

*Patricia Larkin Ph.D et Brendan Frank**

Pour réussir à tracer l'avenir énergétique du Canada à l'ère du changement climatique, il est essentiel de renforcer la confiance du public dans les rôles et les responsabilités de nos autorités publiques. Le contexte dans lequel ces autorités opèrent est très dynamique. Les innovations seront essentielles pour rattraper et suivre le rythme du changement. Les responsables de la réglementation de l'énergie sont confrontés à de multiples défis : transformation technologique dans la production en amont, la fourniture et l'utilisation finale de l'énergie; élargissement de l'éventail des groupes d'intervenants demandant à siéger à la table des négociations; accent opérationnel mis sur l'exécution réglementaire fondée sur le risque; et incertitude politique croissante. Pour faire face à ces réalités, les responsables de la réglementation doivent moderniser et réinventer leurs modes

d'engagement avec les intervenants et les décideurs politiques.

Projet de recherche de collaboration entre Énergie Positive et CAMPUT

Un nouveau projet de recherche de collaboration entre le programme Énergie positive de l'Université d'Ottawa¹ et les responsables de la réglementation de l'énergie et des services publics au Canada, soit l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité publique (CAMPUT), cherche à déterminer quelles innovations ont réussi et quelle sont les possibilités de les transposer à plus grande échelle dans la prise de décision en matière de réglementation de l'énergie. Grâce à ce projet, nous espérons soutenir les responsables de la réglementation de l'énergie dans tout

* Patricia Larkin Ph.D et Brendan Frank sont associés de recherche principaux dans le cadre du programme Énergie positive de l'Université d'Ottawa.

¹ Énergie positive est un programme de recherche et d'engagement de l'Université d'Ottawa qui vise à renforcer la confiance du public dans le processus décisionnel canadien en matière d'énergie grâce à des recherches et des analyses fondées sur des preuves, à l'engagement et à des recommandations d'action (Voir aussi : <<https://www.uottawa.ca/energie-positive>>).

le Canada en améliorant la compréhension des opportunités et des défis communs et en suggérant des mesures à prendre pour améliorer les relations entre les décideurs politiques et les responsables de la réglementation, ainsi que les approches d'engagement public.

Ce projet cherche à répondre à deux questions clés. Premièrement, quelle est la nature des interactions bilatérales entre les décideurs politiques et les responsables de la réglementation, et quels mécanismes peuvent renforcer les politiques et la réglementation tout en maintenant l'indépendance réglementaire? Deuxièmement, quels types de processus de participation du public peuvent aider les responsables de la réglementation à garantir la diversité des renseignements et des points de vue pris en compte dans l'élaboration de règlements, les processus d'application et la surveillance? Dans cet article, nous rendons compte de la première phase de la recherche : les résultats d'une enquête en ligne réalisée en juin 2020 qui portait sur les moteurs de l'innovation réglementaire. La phase suivante du projet comprend des études de cas détaillées sur les innovations.

Résultats de l'enquête de juin 2020

Pour comprendre ce que les responsables de la réglementation et les groupes avec lesquels ils collaborent pensent de l'état de l'innovation réglementaire, Énergie Positive et CAMPUT ont conçu et réalisé une enquête originale auprès de plus de 160 représentants de diverses organismes, notamment des organismes de réglementation, des services publics, des organisations environnementales et autres organisations non gouvernementales, de grands et petits clients, des autorités en matière d'élaboration de politiques, des organisations autochtones, des cabinets d'avocats et des universités.

Nous avons reçu 50 réponses d'un large éventail d'acteurs et d'observateurs de la réglementation. Soixante-dix-huit pour cent des répondants ont indiqué que leur travail se concentrait au niveau provincial (l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique sont les provinces les plus représentées) et 51 % ont déclaré que leur travail était principalement axé sur la réglementation de tarifs. Les autres personnes interrogées venaient d'horizons divers, notamment de la réglementation en matière de sécurité, de la réglementation de tarifs et d'infrastructures, d'organisations non gouvernementales, de services publics

municipaux ou du domaine de la formation des cadres. Les participants ont indiqué travailler au service de différents secteurs : certains se concentrant sur les services publics, les organismes de réglementation ou les décideurs politiques (17 % chacun), 12 % sur le secteur privé et un quart des personnes interrogées sur une combinaison de ces options.

Nos résultats révèlent un large consensus sur la nécessité d'innover dans le domaine de la prise de décisions réglementaires, autant pour les interactions entre les responsables de la réglementation et les décideurs politiques que pour la participation du public. Bien que 88 % des participants à l'enquête aient reconnu la nécessité d'innover dans ces domaines, ils sont moins nombreux à déclarer en avoir effectivement observé les activités quotidiennes : 40 % pour les interactions entre les secteurs des politiques et de la réglementation et 70 % pour la participation du public.

Dans cet article, nous analysons les résultats pour l'ensemble des participants, ainsi que pour différents groupes géographiques ou groupes d'acteurs. L'« Est » comprend les participants du Canada atlantique (aucun répondant de Terre-Neuve-et-Labrador); l'« Ouest » comprend ceux qui travaillent au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta, en Colombie-Britannique et dans les Territoires du Nord-Ouest. L'Ontario et le Québec sont représentés individuellement. Les résultats supplémentaires proviennent de répondants de secteurs « réglementaires » et « non réglementaires ».

Quelles sont les macro-tendances qui créent le besoin d'apporter des innovations dans la réglementation de l'énergie? La réponse généralement donnée par les répondants est la nécessité de prendre des décisions dans un contexte social et environnemental en évolution rapide. Nous avons demandé aux participants quelle avait été l'importance relative de sept moteurs d'innovation dans la prise de décisions en matière de réglementation énergétique au cours des dernières années. La Figure 1 présente nos conclusions générales pour tous les moteurs. À la question de savoir quels moteurs étaient « très importants », 50 % ont désigné l'évolution des objectifs ou des valeurs sociales et environnementales, 42 % le besoin d'assurer l'efficacité opérationnelle des décisions, 42 % l'identification d'intérêts économiques, 34 % l'évolution rapide de la technologie, 34 % les demandes pour meilleure

communication avec les intervenants et une participation accrue de ceux-ci et 22 % le souci de maintenir des relations démocratiques. Avec la possibilité d'ajouter des moteurs supplémentaires, 8 % des participants ont désigné le besoin d'aborder l'harmonisation et la coopération intersectorielles.

Nous avons observé des différences d'importance concernant l'importance relative des moteurs dans les différents secteurs. Par exemple, les participants autres que des responsables de la réglementation ont désigné les intérêts économiques et de marché comme le moteur le plus important de l'innovation réglementaire, tandis que les responsables de la réglementation les ont décrits comme moins importants. À l'inverse, les responsables de la réglementation ont désigné les demandes pour une meilleure communication avec les intervenants et une participation accrue de ceux-ci comme étant le moteur le plus important, alors que les autres participants les ont classées en cinquième position.

Les différences d'opinion entre les régions sur les grands moteurs de l'innovation réglementaire sont plus subtiles. Un plus grand nombre de participants de l'Ouest ont décrit l'évolution des objectifs sociaux et environnementaux comme « très importante », plus que tout autre moteur, tandis que les répondants de l'Est et de l'Ontario ont déclaré que ce moteur était d'une importance à peu près égale à l'évolution rapide de la technologie.

Les régions et les secteurs s'accordent largement à dire que le besoin d'efficacité opérationnelle est un moteur de l'innovation. Il est apparu comme le deuxième moteur le plus important pour l'ensemble des participants, ainsi que pour les régions et les secteurs. D'autre part, le souci

de maintenir des relations démocratiques est également d'une importance relative moindre aux niveaux national, sectoriel et régional.

Nous passons maintenant à la première de nos deux questions de recherche : les moteurs de l'innovation dans les interactions à double sens entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de l'élaboration de politiques connexes (Figure 2). Le moteur le plus souvent cité comme « très important » est la nécessité d'une articulation claire des objectifs politiques qui motivent la réglementation (74 % des personnes interrogées ont indiqué que cela était « très important »).

Le deuxième facteur le plus important (65 % l'ont dit « très important ») est l'indépendance réglementaire. Il n'est pas surprenant que les participants qui se sont identifiés comme des responsables de la réglementation aient désigné ce facteur comme le plus important. Le troisième facteur le plus important (59 %) est la concurrence entre les impératifs politiques et réglementaires (p. ex. le marché, l'environnement, les autochtones, la sécurité, l'accessibilité financière). Ce facteur a été cité moins souvent par les répondants de l'Ontario et du Québec, en particulier par rapport aux participants de l'Est.

Là encore, nous constatons des différences d'opinion intéressantes entre les responsables de la réglementation et les autres participants, avec des différences plus faibles entre les régions. Par exemple, l'absence d'une compréhension commune des rôles respectifs des décideurs politiques et des responsables de la réglementation était très importante pour les autres participants, mais moins importante pour les responsables de la réglementation. D'autre part, les responsables de la réglementation

Figure 1: Importance relative des grands moteurs de l'innovation réglementaire

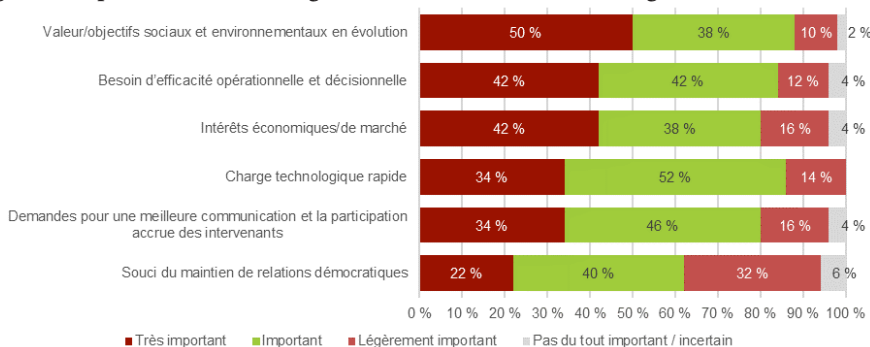
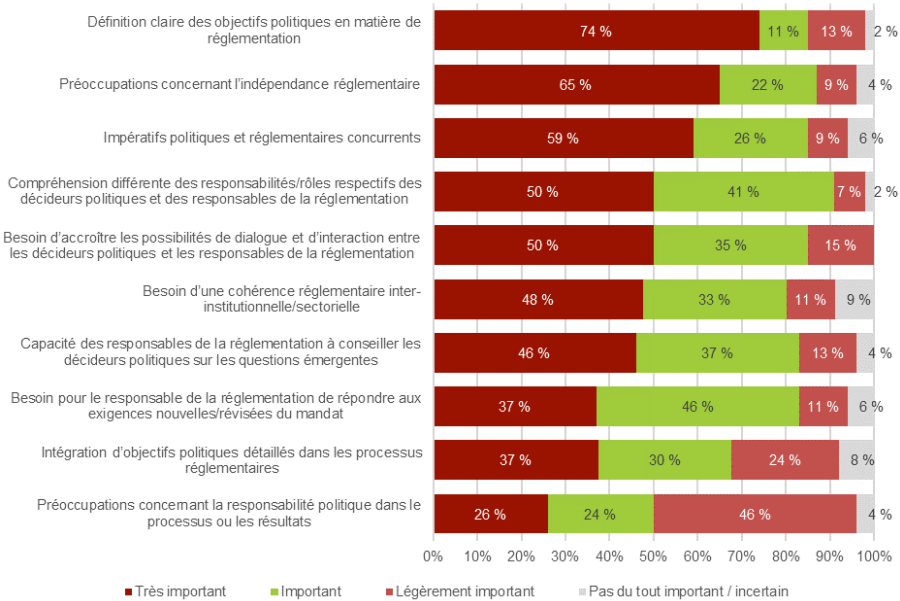


Figure 2 : Importance relative des moteurs de l'innovation entre les responsables de la réglementation et les autorités chargées de l'élaboration de politiques connexes



étaient plus susceptibles que les autres participants de dire que la nécessité d'une plus grande interaction entre les décideurs politiques et les responsables de la réglementation était un facteur important. Le domaine le moins préoccupant pour toutes les personnes interrogées a été celui de la responsabilité politique dans les processus ou les résultats réglementaires. L'Ontario est une exception à cet égard, les répondants ayant désigné ce facteur comme étant le troisième plus important.

Nous avons également demandé aux participants à l'enquête de nous donner des exemples d'innovations utiles dans les interactions entre les décideurs politiques et les responsables de la réglementation qui contribueraient à faire avancer un certain nombre d'objectifs — éclairer les politiques publiques, faciliter l'échange de connaissances générales ou aider à établir des relations. Les réponses ont compris des évaluations et des examens formels ad hoc de propositions législatives par les responsables de la réglementation, l'utilisation de directives ministérielles ou de protocoles d'entente entre les ministères et les responsables de la réglementation, l'arbitrage actif et la conception d'institutions réglementaires à guichet unique. Parmi les autres initiatives, citons les efforts déployés pour participer à des forums ou des ateliers non gouvernementaux et industriels

axés sur des propositions de projets spécifiques, des séances d'information et de sensibilisation des membres de conseils d'administration, ainsi que des audiences ouvertes et transparentes. Si ces suggestions peuvent sembler quelque peu évidentes, le défi consiste à les rendre opérationnelles et à les transformer en habitudes. Rappelons qu'un nombre beaucoup plus important de répondants s'accordent sur la nécessité d'apporter des innovations réglementaires, mais qu'un nombre nettement moins important de répondants déclarent voir l'innovation dans leur travail quotidien.

La dernière partie de l'enquête demandait aux participants quelle était l'importance relative de 11 moteurs pour notre deuxième question de recherche : l'innovation des responsables de la réglementation en matière de participation du public. Concilier le besoin de confiance et d'accessibilité du public avec une prise de décision efficace semble être au cœur de la question. Comme le montre la Figure 3, lorsqu'on leur a demandé quels moteurs étaient « très importants » pour l'innovation en matière de participation du public, 61 % des personnes interrogées ont désigné la confiance du public dans le processus décisionnel en matière d'énergie; 57 % le besoin d'interaction et de transparence du processus décisionnel; 57 % le besoin d'efficacité opérationnelle et décisionnelle; 57 % le maintien de la neutralité

tout en offrant des possibilités de sensibilisation du public; et 50 % l'élimination des obstacles réglementaires réels ou perçus à la participation. Les répondants ont désigné le besoin de recueillir et de prendre en compte les points de vue de personnes et d'organisations sans expertise ou intérêts définis comme étant le moteur le moins important.

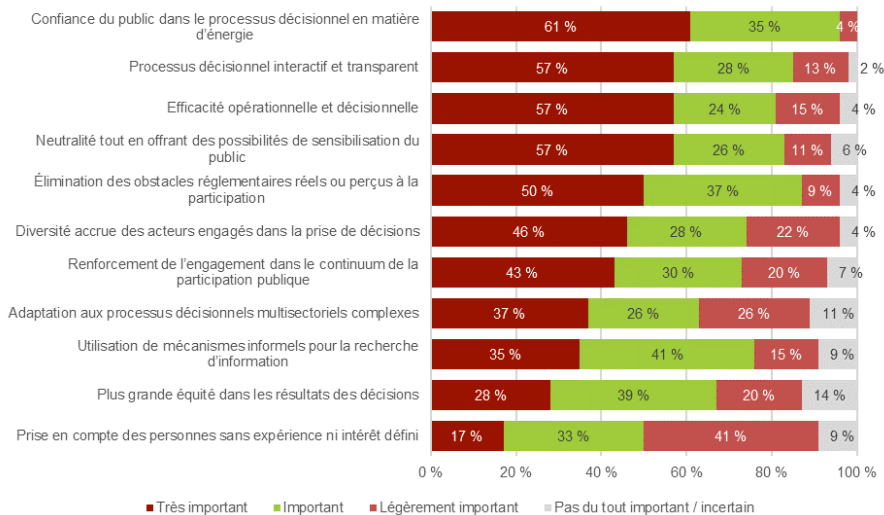
La nécessité d'aborder la question de la confiance et de la compréhension du public à l'égard du processus décisionnel lié à l'énergie a été l'un des trois principaux moteurs dans toutes les régions et tous les secteurs. La mise en place d'un processus décisionnel plus interactif et transparent a été le moteur le plus important pour les participants autres que des responsables de la réglementation, l'Est et l'Ontario; les responsables de la réglementation et d'autres répondants du Québec ont déclaré qu'elle était moins importante. Le besoin d'efficacité opérationnelle et décisionnelle, y compris un équilibre réalisable entre l'étendue et la profondeur de la participation, était moins important en Ontario et plus important au Québec. Un large consensus s'est dégagé entre les régions et les secteurs sur la nécessité pour les responsables de la réglementation de rester neutres et d'être perçus comme tels tout en offrant des possibilités d'éducation et de sensibilisation du public. Les responsables de la réglementation et d'autres répondants de l'Ouest ont déclaré qu'il s'agissait du deuxième

facteur le plus important, tandis que d'autres participants l'ont classé à un niveau inférieur.

Quelques différences régionales notables sont apparues pour les facteurs moins importants de la Figure 3. La nécessité de renforcer la participation du public dans le continuum de la participation publique — c'est-à-dire informer, consulter, mettre à contribution, collaborer, responsabiliser — était plus importante dans l'Ouest et beaucoup moins importante en Ontario. Les répondants de l'Ontario ont plutôt souligné la nécessité d'une plus grande équité dans les résultats des décisions par rapport aux autres régions. Les répondants du Québec ont accordé une priorité beaucoup plus élevée à la nécessité de s'adapter à des processus décisionnels multisectoriels de plus en plus complexes. La nécessité de recueillir et de prendre en compte les points de vue de personnes et d'organisations sans expertise ni intérêt défini a été le moteur le moins important pour tous les groupes.

Interrogés sur les pratiques innovantes en matière de participation réglementaire, de nombreux répondants ont mis en avant des exemples de participation autochtone bien accueillis. Parmi les autres exemples, on peut citer : la sensibilisation et la participation *avant-audience* pour les communautés potentiellement touchées, le bac à sable, les initiatives de financement d'intervenants, l'engagement de non-responsables de la

Figure 3 : Importance relative des moteurs de l'innovation des responsables de la réglementation en matière de participation du public



réglementation auprès des communautés, et la tenue d'enquêtes supplémentaires par les responsables de la réglementation pour faire ressortir les meilleures pratiques dans leurs processus de participation.

Nous avons également posé un certain nombre de questions ouvertes afin de recueillir des idées supplémentaires pour des questions de recherche et de déceler certaines tendances plus générales. De nombreux participants ont mentionné la nécessité de clarifier le rôle des responsables de la réglementation dans les questions politiques non résolues, notamment la réconciliation avec les peuples autochtones, et le manque d'harmonisation stratégique entre l'environnement, l'énergie et le développement économique.

En ce qui concerne les interactions bilatérales entre les décideurs politiques et les responsables de la réglementation, les répondants ont exprimé des préoccupations quant au rôle que la législation d'habilitation joue dans l'encadrement du processus de participation du public. Un exemple clair est le débat sur le projet de loi C-69² du gouvernement fédéral, qui a probablement influencé l'opinion de nombreux Canadiens sur les processus réglementaires avant même qu'il ne soit inscrit dans la loi. D'autres ont mentionné l'importance de maintenir la mémoire institutionnelle afin de fournir des conseils sur la séparation des fonctions politiques et réglementaires. Alors que certains répondants ont mis l'accent sur la transparence, d'autres ont fait mention des défis de l'innovation dans les limites de l'indépendance réglementaire. D'autres encore ont fait état de perceptions externes de mauvaises relations et de surveillance inadéquate entre les décideurs politiques, les responsables de la réglementation et les tribunaux.

En ce qui concerne la participation à la réglementation, les répondants ont cité les défis que posait la création de décisions stables, prévisibles et équitables qui sont justes sur le plan de la procédure et qui tiennent compte des effets de la prise de décisions non seulement pour les contribuables en général, mais aussi et surtout pour les Canadiens à faible revenu et vulnérables. Les répondants de tous les

horizons ont déclaré qu'ils souhaitaient voir davantage de possibilités de participation significative et ont proposé un certain nombre d'idées, notamment demander aux intervenants comment ils souhaitent s'engager et renforcer la participation des intervenants tout en uniformisant les règles du jeu grâce au financement pour aider les intervenants moins expérimentés à s'y retrouver dans les complexités des demandes réglementaires. D'autres idées ont compris l'amélioration de la participation des intervenants au-delà de la sensibilisation, de l'éducation et de la capacité à fournir de brefs commentaires, ainsi que l'utilisation d'une approche à plusieurs niveaux pour contribuer à la prise de décisions (p. ex. au niveau provincial pour l'élaboration des politiques, au niveau régional pour l'aménagement du territoire et au niveau local pour les décisions relatives aux projets).

Les recherches menées par Énergie positive au cours des cinq dernières années ont permis de cerner deux principes clés dont les responsables de la réglementation devraient tenir compte lorsqu'ils innoveront. Le premier est une « réforme éclairée ». Le processus décisionnel en matière d'énergie comprend un système organique en constante évolution, composé de multiples éléments qui fonctionnent dans le cadre de filières énergétiques physiques et fondées sur le marché. Les innovations dans le processus décisionnel en matière d'énergie qui ne tiennent pas compte du court et du long terme et qui ne tiennent pas compte des interconnexions prévues et imprévues sont susceptibles d'échouer. Deuxièmement, les innovations doivent trouver un « équilibre durable » entre les impératifs économiques, environnementaux, sociaux et de sécurité qui résiste à l'épreuve du temps. Ces impératifs peuvent entrer en conflit et exiger des compromis et un rééquilibrage. Les innovations en matière de prise de décisions doivent établir un équilibre durable, sinon elles risquent d'échouer.

Quelle est la prochaine étape de l'étude?

Le projet de collaboration de Énergie positive avec CAMPUT est en cours et fait partie d'un programme de recherche plus large qui explore les rôles et les responsabilités

² Projet de loi C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation de l'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1^{re} session, 42^e législature, 2019 (sanctionnée le 21 juin 2019), LC 2019, c 28.

des décideurs politiques, des responsables de la réglementation, des tribunaux, des gouvernements autochtones et des municipalités pour tracer l'avenir énergétique du Canada à l'ère du changement climatique. D'autres projets explorent le fédéralisme de l'énergie, l'évolution de l'indépendance réglementaire au fil du temps, le rôle des pouvoirs publics dans les décisions finales d'investissement pour les projets de gaz naturel liquéfié (GNL), et les répercussions des nouvelles technologies sur la prise de décisions politiques et réglementaires.

Les prochaines étapes de la collaboration d'Énergie positive avec CAMPUT impliquent des études de cas qualitatives approfondies afin de dégager des facteurs clés de réussite en matière d'innovation réglementaire, ainsi que des recommandations pour mettre à l'échelle les innovations réussies. Plus précisément, une étude de cas porte sur les innovations dans les interactions officielles politiques-réglementation, en s'appuyant sur une série d'exemples au Canada. L'autre examine les pratiques des responsables de la réglementation en matière de participation du public pour les ressources énergétiques décentralisées, en mettant l'accent sur les applications potentielles à d'autres domaines.

Pour trouver la voie à suivre en ce qui concerne les impératifs énergétiques et climatiques du Canada, il faudra un environnement réglementaire clair, prévisible et stable. L'innovation sera essentielle. Grâce à cette recherche, nous souhaitons mettre ne lumière les innovations réussies et ainsi aider le système décisionnel en matière d'énergie à les transposer à l'échelle du Canada. ■

LE RAPPORT D'EXAMEN DES CONTRATS DE PRODUCTION DE L'ONTARIO

Ron Clark*

INTRODUCTION DU DIRECTEUR DE RÉDACTION

De temps à autre, la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* publie des rapports susceptibles d'intéresser ses lecteurs. Nous présentons souvent un examen indépendant de ces rapports. La première publication à ce sujet est parue en 2019 et consistait en un rapport sur l'état du stockage de l'énergie au Canada et aux États-Unis. Ce rapport avait été rédigé par deux cabinets d'avocats, l'un au Canada et l'autre aux États-Unis.¹

Plus récemment, la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* a présenté l'analyse d'un rapport publié par KPMG sur l'infonuagique.² Ce rapport, parrainé conjointement par l'Association canadienne

du gaz et l'Association canadienne de l'électricité, soutenait que les services publics devraient pouvoir inclure les dépenses liées à l'infonuagique dans leur base tarifaire ou utiliser un processus comptable aboutissant à un recouvrement des coûts similaire.

Le rapport dont il est question dans le présent article a été préparé par le cabinet d'experts-conseils bostonnais Charles River Associates à la demande de la Société indépendante d'exploitation du réseau électrique (SIERE). Pour sa part, la SIERE donnait suite à une demande du ministre de l'Énergie sous forme d'une directive publiée en novembre 2019.³

Cette directive a été émise près d'un an après la publication d'une précédente directive de

* Ron Clark est associé chez Aird & Berlis LLP à Toronto, au Canada. La pratique de M. Clark en matière de droit de l'énergie consiste à conseiller des groupes d'intervenants, des détaillants, des distributeurs et des producteurs sur les questions législatives et politiques relatives aux marchés de l'électricité. On a recouru aux services de M. Clark dans le cadre d'accords d'approvisionnement en électricité, du développement d'installations de production et de cogénération ainsi que d'appels d'offres et de contrats d'approvisionnement du gouvernement de l'Ontario en matière d'énergie propre et renouvelable. M. Clark possède une formation en droit international public et déjà été diplomate au ministère des Affaires étrangères du Canada, avec des affectations à Ottawa et à Bruxelles. Il est co-auteur de *Ontario Energy Law: Electricity* (corédigé avec Fred D. Cass et Scott A. Stoll, LexisNexis Canada, décembre 2012) et de *Regulation and Governance of Municipally-Owned Corporations in Ontario* (LexisNexis Canada, janvier 2019). M. Clark est membre du Barreau de l'Ontario et de l'État de New York. Il a obtenu sa maîtrise en droit, spécialisée en études juridiques internationales, de l'Université de New York, son baccalauréat en droit de la Osgoode Hall Law School et son baccalauréat en sciences politiques de l'Université Carleton.

¹ Paul Kraske et al. « Le stockage de l'électricité en Amérique du Nord » (2019) 7:1 *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* 61.

² KPMG. « Capitalisation de l'infonuagique », (mars 2020), en ligne (PDF) : *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*, <www.energyregulationquarterly.ca/wp-content/uploads/2020/04/CEA_CGA_-Capitalizing-the-Cloud-Report-FR_04.23.20.pdf>.

³ Décret 1499/2019, en ligne : *Ontario* <www.ontario.ca/fr/decrets/decret-14992019>; voir aussi la directive émise le 6 novembre 2019 dans laquelle le ministre ordonne à la SIERE d'entreprendre un examen ciblé de divers contrats de production relativement à des occasions viables de réduire les coûts, en ligne : *Ontario* <www.ontario.ca/fr/page/directive-du-ministre-decret-14992019>.

la part du même ministre, qui ordonnait à la SIERE de résilier un certain nombre de contrats d'énergie éolienne et solaire.⁴ Conformément à cette directive, la SIERE a résilié trois contrats d'énergie éolienne représentant au total 90 MW ainsi que 752 contrats d'énergie solaire totalisant 333 MW. Ces situations ont été décrites en détail dans un précédent article de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*.⁵

Dans sa directive la plus récente, le ministre ordonne à la SIERE de revoir les contrats existants et de relever les changements qui pourraient permettre de réaliser des économies. Comme je l'ai mentionné, la SIERE s'est alors tournée vers le cabinet Charles River Associates. Les lecteurs peuvent consulter le rapport de ce cabinet d'experts-conseils *ici*. Le cabinet Charles River Associates a formulé un certain nombre de recommandations qui sont évaluées ci-dessous par Ron Clark, un avocat bien connu de Toronto spécialisé dans le secteur de l'énergie. Quelques mois après la publication du rapport du cabinet Charles River Associates, celui-ci et la SIERE ont fait une présentation conjointe, que l'on peut consulter *ici*. L'aspect le plus intéressant de cette présentation résidait dans le fait que la SIERE reconnaissait qu'elle n'avait reçu aucun mandat du gouvernement pour donner suite aux recommandations de Charles River Associates.

COMMENTAIRE

Comme je l'ai mentionné, le rapport d'examen des contrats de production a été préparé en réponse à une directive dans laquelle le ministre de l'Énergie de l'Ontario ordonnait à la SIERE de retenir les services d'un cabinet

d'experts-conseils « pour entreprendre un examen ciblé des contrats de production actuels en vue de cerner les occasions de réduire les coûts de l'électricité à même ces contrats de production ». La directive a été émise pour donner suite à la promesse⁶ du premier ministre Ford de réduire les factures d'électricité de 12 % (au-delà de la réduction de 25 % promise par les libéraux, comme il est décrit ci-dessous).

Dans le cadre de ce rapport, la SIERE a consulté les parties prenantes, notamment en envoyant des lettres à tous les producteurs sous contrat détenant les plus importants contrats, ou les plus grands portefeuilles de contrats, pour leur demander de cerner des occasions viables de réduction des coûts.⁷

Entre 2008 et 2016, les consommateurs de l'Ontario ont vu leur facture d'électricité augmenter considérablement.⁸ En effet, les prix de l'électricité du secteur résidentiel ont augmenté de 71 % au cours de cette période.⁹ Ces augmentations sont grandement attribuables aux contrats de production à long terme (dont beaucoup ont été conclus sans concurrence), à l'élimination progressive de l'énergie du charbon, à la croissance de l'offre d'électricité et à l'exportation d'électricité à perte.¹⁰

En vertu de la *Loi de 2017 sur le Plan ontarien pour des frais d'électricité équitables* (le « Plan pour des frais d'électricité équitables »),¹¹ présentée par Kathleen Wynne (alors première ministre de l'Ontario) le 2 mars 2017¹², les factures d'électricité des consommateurs devaient être réduites de 25 %. Cependant, les producteurs d'électricité devaient tout de même être payés. Afin de financer cette insuffisance de fonds, une

⁴ Décret 1003/2018, en ligne : *Ontario* <www.ontario.ca/fr/page/directive-du-ministre-decret-10032018>.

⁵ Gordon Kaiser, « L'Ontario annule des contrats d'énergie éolienne et solaire », (2018) 6:3 *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* 17.

⁶ Ted Raymond, « Ford renews promise to lower hydro rates despite upcoming hike », *CTV News* (24 octobre 2019) en ligne : <ottawa.ctvnews.ca/ford-renews-promise-to-lower-hydro-rates-despite-upcoming-hike-1.4653526>.

⁷ SIERE, *Contract Review Directive Report* (28 février 2020) à la p 12, en ligne (pdf) : <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contract-review/Contract-Review-Directive-Report.pdf?la=en>.

⁸ Taylor Jackson et al, *Evaluating Electricity Price Growth in Ontario* (20 juillet 2017) à la p 2, en ligne (pdf) : *Fraser Institute* <www.fraserinstitute.org/sites/default/files/evaluating-electricity-price-growth-in-ontario.pdf>.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Loi de 2017 sur le Plan ontarien pour des frais d'électricité équitables*, LO 2017, c 16, Annexe 1.

¹² Cabinet du premier ministre, Déclaration, « Déclaration de la première ministre sur le plan ontarien pour l'équité du secteur de l'électricité », (2 mars 2017), en ligne : *Salle de presse Ontario* <news.ontario.ca/fr/statement/43894/declaration-de-la-premiere-ministre-sur-le-plan-ontarien-pour-lequite-du-secteur-de-lelectricite>.

fiducie créée par Ontario Power Generation Inc. a emprunté l'argent aux taux d'intérêt du marché. Le Bureau de la responsabilité financière de l'Ontario, un agent de l'Assemblée législative provinciale, a estimé que le Plan pour des frais d'électricité équitables coûterait à la province 45 milliards de dollars sur une période de 29 années et permettrait aux abonnés¹³ admissibles de réaliser des économies d'environ 24 milliards de dollars. Le Bureau a également remis en question les pratiques comptables utilisées lors de la mise en place du Plan.¹⁴

Dans un projet de loi présenté le 21 mars 2019, les conservateurs du premier ministre Ford ont adopté une loi faisant en sorte que les obligations de financement du Plan pour des frais d'électricité équitables soient transférées de la SIERE à la province, faisant ainsi passer les obligations de financement des abonnés du réseau aux contribuables.¹⁵

Ampleur des paiements

Entre 2005 et 2016, sous la direction du gouvernement de l'Ontario, l'Office de l'électricité de l'Ontario (et plus tard la SIERE) a conclu plus de 30 000 contrats dans le cadre du Programme d'approvisionnement en énergie renouvelable (AER), du Programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable (POSER), du Programme de tarifs de rachat garantis (TRG), du Programme de TRG pour les micro-projets et de processus d'approvisionnement pour les grands projets d'énergie renouvelable, ce qui représentait en tout plus de 7 000 MW de capacité contractuelle supplémentaire.¹⁶

Les paiements versés par la SIERE aux producteurs dans le cadre de contrats importants (à l'exception de l'accord de remise à neuf de la centrale de Bruce Power) s'élèvent à environ 7 milliards de dollars, soit 32 % du coût annuel total du réseau électrique de l'Ontario.¹⁷

POSSIBILITÉS QUI S'OFFRENT POUR RÉDUIRE LES COÛTS

Trois possibilités

Le cabinet d'experts-conseils retenu par la SIERE (Charles River Associates) a examiné trois possibilités en ce qui concerne les contrats de production de la SIERE :

- « Le rachat » consiste en un paiement forfaitaire de la part de la SIERE à un producteur sous contrat pour compenser les revenus nets futurs prévus et résilier le contrat.
- « L'achat d'une réduction des paiements » consiste pour la SIERE à payer un montant forfaitaire afin de réduire les futurs paiements prévus au producteur selon le contrat, tout en maintenant le contrat en place.
- Enfin, « la pondération et la prolongation » consiste en la prolongation de la durée des contrats existants (par exemple 25 ou 30 ans, au lieu de 20 ans actuellement) en contrepartie d'une baisse des tarifs payés au producteur en vertu du contrat.

« Le rachat »

La possibilité de rachat, après la résiliation du contrat avec la SIERE, permettrait au propriétaire de prendre librement des décisions quant à l'avenir de son installation. Par exemple, il pourrait exploiter celle-ci comme producteur commercial, cesser définitivement ses activités ou bien vendre.

Pour financer le rachat, la SIERE devrait emprunter des fonds (au nom des abonnés) et rembourser le prêt au fil du temps en imposant des frais aux abonnés. Les économies potentielles pour les abonnés proviendraient de l'écart anticipé entre le coût d'emprunt de la

¹³ Bureau de la responsabilité financière de l'Ontario, *Analyse des retombées financières du Plan ontarien pour des frais d'électricité équitables*, par Matt Gurnham et Matthew Stephenson, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2017 à la p 1, en ligne (pdf) : Bureau.de.la.responsabilite.financiere.de.l'Ontario.<fao-on.org/web/default/files/publications/Fair%20Hydro/Fair%20Hydro%20Plan%20FR.pdf>.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Loi de 2019 pour réparer le gâchis dans le secteur de l'électricité*, LO 2019, c 6.

¹⁶ SIERE, *supra* note 7 à la p 6.

¹⁷ *Ibid* à la p 11.

SIERE et le coût du capital lié au contrat pour le producteur sur les flux de trésorerie futurs.

« L'achat d'une réduction des paiements »

La possibilité d'achat d'une réduction des paiements est similaire à la possibilité de rachat en ce sens que la SIERE devrait financer un paiement forfaitaire au producteur au lieu de lui verser des paiements futurs. Cependant, cette possibilité est différente en ce sens que le contrat reste en vigueur et que le producteur doit continuer à fournir de l'électricité selon les dispositions du contrat jusqu'à l'échéance de celui-ci. En d'autres termes, au lieu d'« acheter maintenant et de payer plus tard », il s'agirait plutôt de « payer maintenant et d'obtenir de l'électricité plus tard ».

« La pondération et la prolongation »

La possibilité de la pondération [des prix] et de la prolongation [du contrat] repose sur l'hypothèse selon laquelle, à l'échéance du contrat, le producteur peut continuer à exercer ses activités à moindre coût, et peut donc accepter un prix inférieur aux termes du contrat. En effet, en défalquant une portion des coûts réduits après la résiliation du contrat, les paiements au producteur pendant le reste du contrat peuvent être réduits en contrepartie de prix plus élevés (que ceux qui auraient dû être payés autrement) pendant la période de prolongation du contrat (après la date de résiliation actuelle).

Selon le rapport, cette possibilité convient mieux aux contrats qui doivent expirer à court terme, car la valeur de la pondération des prix réduits prévus pendant la période de prolongation se dilue de plus en plus au fur et à mesure que l'on prolonge celle-ci.

Autres possibilités de réaliser des économies

Le rapport portait également sur diverses autres possibilités de réduire les paiements prévus dans les contrats de la SIERE. Ces possibilités comprenaient la monétisation des « attributs environnementaux » (semblables aux crédits carbone); des ententes de répartition

améliorées avec les producteurs dans le cadre de contrats avec des producteurs privés l'électricité (anciens contrats conclus par Ontario Hydro et actuellement gérés par la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario); des services de distribution et de gestion du gaz (liés à certains contrats avec des producteurs d'électricité à partir du gaz); et diverses possibilités propres à des contrats en particulier.

Évaluation

Les possibilités de rachat et d'achat d'une réduction des paiements

Selon le cabinet d'experts-conseils de la SIERE¹⁸, les possibilités de rachat et d'achat d'une réduction des paiements présentent toutes deux des similitudes, en ce sens que les économies sont fondées sur les taux d'intérêt plus bas offerts à la SIERE (ou à la province) par rapport aux taux d'emprunt des producteurs.

Dans le cas d'un rachat, le montant économisé dépendrait également des différentes hypothèses posées à propos de la valeur de l'installation si celle-ci ne détenait pas de contrat de la SIERE. Dans le cas des installations de production d'électricité à partir du gaz, la certitude conférée par ce contrat est essentielle. Sans contrat, il y aurait un important risque que certaines ou la totalité des centrales visées ne soient pas disponibles au moment voulu. Le rapport du cabinet d'experts-conseils révèle qu'« en l'absence d'un mécanisme de marché fondé sur une capacité robuste et éprouvée [...], les risques de fermetures d'installations à grande échelle sont susceptibles d'être inacceptables pour la SIERE »¹⁹ [traduction]. Ainsi, la possibilité de rachat n'est pas envisageable dans le cas d'installations de production d'électricité à partir du gaz et n'est examinée plus à fond que dans le contexte des contrats de production d'énergie renouvelable.

Comme le j'ai mentionné ci-dessus, dans le contexte de l'achat d'une réduction des paiements, le contrat ainsi que l'obligation du producteur qui en découle restent en vigueur. Par conséquent, la possibilité d'achat d'une réduction des paiements demeurerait viable

¹⁸ *Ibid* à l'Annexe 2; Voir aussi Charles River Associates « Independent Electricity System Operator Contract Savings Review » (27 février 2020), en ligne (pdf) : [IESO <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contract-review/Appendix2-CRA-Third-Party-Report.pdf?la=en>](http://www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contract-review/Appendix2-CRA-Third-Party-Report.pdf?la=en).

¹⁹ Charles River Associates, *supra* note 18 à la p 16.

pour les contrats de production d'électricité à partir du gaz (du moins dans la mesure où la capacité de production d'électricité à partir du gaz continue d'être offerte).

Comme c'est le cas au moment de la résiliation de tout contrat qui vient à terme, une partie prenante (dans ce cas la SIERE) en sortirait « gagnante » en cas de baisse des prix de l'électricité (par rapport aux prix prévisionnels utilisés pour déterminer le montant du rachat), tandis que l'autre partie (le producteur) serait avantagée advenant une augmentation des prix.

La possibilité d'achat d'une réduction des paiements ne fait courir ce risque commercial à aucune des parties prenantes, car le contrat demeure en place et ne repose pas sur les revenus futurs prévus du marché comme c'est le cas dans le cadre d'un rachat. Cependant, cette possibilité ne tient pas compte des futurs risques liés au contrat en place (c'est-à-dire que le prix aux termes du contrat sera « dans le cours » ou « hors du cours »). En d'autres mots, si le prix aux termes du contrat est supérieur au prix du marché au fil du temps, la SIERE sera considérée comme ayant « surpayé », et vice versa.

Ainsi, dans le cas de l'achat d'une réduction des paiements, la réalisation d'économies sur

les paiements contractuels repose uniquement sur l'écart qui existe entre le taux offert à un emprunteur souverain et celui offert au secteur privé. Il existe un long débat dans le secteur des partenariats public-privé sur la question de savoir si les risques « délégués » de l'approvisionnement auprès du secteur privé l'emportent sur les coûts d'emprunt plus élevés. Disons simplement qu'il y a une raison pour laquelle le secteur privé paie des taux d'intérêt plus élevés : c'est en raison des risques qu'il prend.

Le tableau 1 résume les économies potentielles qui découleraient d'un rachat et d'un achat d'une réduction des paiements pour certaines catégories de contrats de production de la SIERE.

Dans un scénario de base, la valeur actuelle nette des économies nettes liées à la possibilité d'achat d'une réduction des paiements se situe entre 303 et 443 millions de dollars sur la durée du programme (en regroupant dans le tableau les contrats de production d'énergies éolienne et solaire avec les contrats de production d'électricité à partir du gaz). Cependant, il faudrait que la province ou l'un de ses organismes assume plus de 2,1 milliards de dollars de nouvelles dettes pour payer les producteurs.

Tableau 1²⁰

Possibilités	Économies réalisées durant la première année (2021)	Valeur actuelle nette des économies nettes selon divers taux d'escompte			Endettement nécessaire
		3 %	6 %	9 %	
Rachat – Énergies éolienne et solaire	37 M\$	253 M\$	216 M\$	187 M\$	1,5 G\$
Achat d'une réduction des paiements – Énergies éolienne et solaire	32 M\$	396 M\$	323 M\$	268 M\$	1,8 G\$
Achat d'une réduction des paiements – Production d'électricité à partir du gaz	5 M\$	47 M\$	40 M\$	35 M\$	0,3 G\$

²⁰ SIERE, *supra* note 7 à la p 19.

« La pondération et la prolongation »

En raison des coûts de financement plus élevés pour les producteurs, le fait de priver ceux-ci de revenus futurs pour les payer davantage à court terme signifierait que la SIERE devrait, en fait, assumer ces coûts de financement plus élevés. Ainsi, malgré que cette possibilité fasse baisser les coûts au départ, celle-ci se traduirait par des paiements globaux plus élevés pour les abonnés.

Autres possibilités de réaliser des économies

À part le rachat, l'achat d'une réduction des paiements ainsi que « la pondération et la prolongation », il n'existe pas de possibilité évidente de réaliser des économies à court terme. Pour ce qui est des attributs environnementaux, les marchés ne sont ni suffisamment larges ni certains. Pour ce qui est des contrats de production indépendante d'électricité, la plupart d'entre eux ont déjà été renégociés en vue de réaliser les économies souhaitées. Les services de livraison et de gestion du gaz fonctionnent généralement bien tels quels. Enfin, il peut exister des possibilités propres à un contrat en particulier, mais de par leur nature même, ces possibilités nécessiteront des séries de négociations discrètes et étalées dans le temps pour réaliser une valeur.

La résiliation de contrat

L'annexe 4 du rapport traite de la résiliation de contrat.²¹ La SIERE peut-elle simplement résilier les contrats de production, évitant ainsi de continuer à payer les producteurs? Oui, mais le prix serait élevé.

En juillet 2018, la SIERE a exercé son droit de résiliation dans le cadre de plus de 750 contrats de production d'énergie renouvelable. Cependant, à quelques exceptions près, ce droit a été exercé avant l'obtention d'un « avis de procéder » (dans le cas des contrats à tarification incitative) ou avant l'exploitation commerciale (dans le cas des contrats d'approvisionnement de grands projets d'énergie renouvelable). L'obtention d'un « avis de procéder » (pour les contrats à tarification incitative) et l'exploitation commerciale (pour les grands projets d'énergie

renouvelable) sont des étapes du contrat avant lesquelles la responsabilité de la SIERE se limite aux coûts de pré-construction. Ainsi, le producteur est incité à limiter ses dépenses de construction et autres frais avant cette étape.

Cependant, la grande majorité des projets élaborés dans le cadre de contrats de la SIERE ont franchi le cap de l'obtention d'un « avis de procéder » et ont atteint le stade de l'exploitation commerciale. Une résiliation de la part de la SIERE une fois que ces étapes ont été franchies constituerait une rupture de contrat, ce qui rendrait la SIERE responsable envers le producteur pour les dommages et annulerait toute économie de coûts associée à l'évitement de paiements futurs au producteur aux termes du contrat pour le reste de sa durée.

COMMENTAIRES ET CONCLUSION

Le gouvernement provincial peut-il simplement adopter une loi mettant fin aux contrats et privant les producteurs d'un recours? Il est intéressant de noter que le rapport de la SIERE (tel qu'il a été rendu public) ne mentionne pas cette possibilité. Cependant, celle-ci comporte ses propres risques. Les contrats comportent généralement une clause d'« acte discriminatoire » qui prévoit qu'en cas de mesure gouvernementale privant les producteurs de paiements, le producteur doit être maintenu « en bon état », ce qui annule encore une fois toute possibilité d'économies résultant de l'évitement de paiements futurs.

Comme l'indique le rapport, « Une fois qu'un projet est opérationnel, au cours des premières années de vie d'une installation, il y a souvent peu (voire pas du tout) de coûts à économiser en résiliant unilatéralement le contrat, après avoir pris en compte les coûts engagés et les indemnités de rupture qui seraient normalement dues en cas de résiliation anticipée » [traduction].²² Un tel calcul s'appliquerait également, en termes généraux, aux actes discriminatoires de la législation.

Le rapport du cabinet d'experts-conseils à la SIERE a été publié avant que la pandémie de la COVID-19 n'ait commencé à faire des

²¹ *Ibid* à l'annexe 4; Voir aussi Elliot Smith, « Review of Generation Contracts Directive dated October 25, 2019 (the "Directive") » (24 février 2020), en ligne (pdf) : [IESO <www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contract-review/Appendix4Memo-from-Osler-Hoskin-Harcourt-to-IESO.pdf?la=en>](https://www.ieso.ca/-/media/Files/IESO/Document-Library/contract-review/Appendix4Memo-from-Osler-Hoskin-Harcourt-to-IESO.pdf?la=en).

²² *Ibid* à la p 14.

ravages au niveau de l'économie, de la santé des gens et des habitudes de consommation d'électricité. On peut supposer que, compte tenu de la réduction probable de la consommation d'énergie dans un avenir prévisible, les producteurs seraient encore plus réticents à troquer ou à vendre leurs droits à recevoir des paiements dans le cadre des contrats de la SIERE. Ainsi, les possibilités de rachat et d'achat d'une réduction des paiements pourraient très bien être encore plus coûteuses que ce qui est prévu dans le rapport.

Dans tous les cas, même en utilisant les chiffres pré-COVID, il est clair que les efforts pour réduire les coûts actuels de l'électricité s'accompagneraient de coûts importants à long terme, souvent supérieurs aux bénéfices à court terme. ■

L'ARRÊT VAVILOV DE LA CSC : AUGMENTERA-T-IL LE RISQUE RÉGLEMENTAIRE?

*Jonathan Drance, Glenn Cameron et Rachel Hutton**

En décembre 2019, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vavilov*¹ a considérablement remanié le droit du contrôle judiciaire des actions administratives. D'une manière générale, la Cour suprême a établi la norme de la décision raisonnable comme la norme présumée du contrôle judiciaire, mais elle a également étendu le rôle de la norme de la décision correcte plus stricte dans le contrôle de nombreuses décisions juridiques prises par les décideurs administratifs — plus particulièrement celles qui impliquent un mécanisme d'appel prévus par la loi des actions administratives. En outre, *Vavilov* a demandé que toute contrôle sous la norme de la raisonnable soit « rigoureuse » et a défini une série d'indices du caractère raisonnable qui, selon les critiques, pourraient servir de base aux tribunaux pour superviser plus strictement les décideurs administratifs et annuler plus fréquemment les décisions administratives.

LES PREMIERS EFFETS DE VAVILOV

Il n'a pas fallu longtemps à *Vavilov* pour avoir un impact sur les organismes de réglementation canadiens de l'énergie. Les tribunaux canadiens ont longtemps accordé aux organismes de réglementation de l'énergie une grande déférence, notamment dans l'interprétation de leurs lois constitutives.

En 2013, la Cour suprême du Canada, dans une affaire impliquant la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique,

a souligné la déférence que les tribunaux devraient accorder aux tribunaux d'experts :

L'élément décisif en l'espèce réside dans le privilège dont jouit la Commission en matière d'interprétation : suivant la norme de la raisonnable, nous devons déférer à toute interprétation raisonnable du décideur administratif, même lorsque d'autres interprétations raisonnables sont possibles. Le législateur ayant confié au décideur administratif, et non à une cour de justice, le mandat d'« appliquer » sa loi constitutive, c'est avant tout à ce décideur qu'appartient le pouvoir discrétionnaire de lever toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause. La déférence judiciaire constitue alors en elle-même un principe d'interprétation législative moderne.

Partant, il incombe à l'appelante de prouver non seulement que son interprétation divergente est raisonnable, mais aussi que celle de la Commission est déraisonnable. Elle ne l'a pas fait. Forte de son expertise, la Commission a opté pour une interprétation en particulier. Et comme le caractère déraisonnable

*Jonathan Drance et Glenn Cameron (conseillers principaux) et Rachel Hutton (Associé) avec Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.

¹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Vavilov*, 2019, CSC 65 [*Vavilov*].

de celle-ci n'a pas été démontré, rien ne nous permet d'intervenir dans le cadre d'un contrôle judiciaire même si une autre interprétation raisonnable est possible².

L'année suivante, la Cour d'appel de l'Alberta a fait une remarque similaire en ce qui concerne la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta :

[Traduction]

La Commission est un tribunal spécialisé, chargé de l'administration de la Loi. La norme de contrôle judiciaire de ses décisions est en principe le caractère raisonnable, plus particulièrement lorsque la question porte sur l'interprétation de sa loi habilitante (ou « constitutive »). Ses constatations de fait, ses constatations mixtes de fait et de droit ainsi que ses conclusions quant à la crédibilité méritent également la déférence, et ne seront pas infirmées sur appel à moins qu'elles ne présentent une erreur manifeste ou dominante³.

Il est difficile de dire où tout cela va finir. En 2020, les tribunaux du Manitoba et de l'Ontario ont tous deux appliqué la décision *Vavilov* pour examiner plus strictement les décisions des organismes de réglementation de l'énergie, notamment en ce qui concerne les appels prévus par la loi⁴.

PROJETS ÉNERGÉTIQUES ET RISQUE RÉGLEMENTAIRE

Les grands projets énergétiques au Canada sont actuellement confrontés à un risque d'échec extraordinaire — que ce soit en raison de retards excessifs, d'une restructuration majeure ou d'un abandon pur et simple. Le contrôle judiciaire a été un facteur — et parfois un facteur important — qui a contribué au risque d'échec de ces projets. Il suffit de voir le retard

et la restructuration du projet d'expansion Trans-Mountain ou l'abandon du projet Northern Gateway — qui ont tous deux été, à tout le moins, matériellement affectés par le calendrier et/ou l'issue du contrôle judiciaire.

Dans le cas de Northern Gateway, un solide processus de contrôle judiciaire a duré plusieurs années et a abouti à l'annulation des approbations fédérales initiales du projet⁵. Au moment où le jugement a été rendu, le gouvernement fédéral avait changé. Le nouveau gouvernement fédéral avait fait campagne explicitement contre le projet Northern Gateway. Pour diverses raisons — incluant probablement un changement des conditions du marché, mais n'excluant certainement pas les contestations politiques, réglementaires et juridiques — Northern Gateway a été annulé peu après la publication de la décision *Gitxaala*.

En ce qui concerne l'expansion du projet Trans-Mountain, le contrôle judiciaire et les procédures administratives correctives associées, ainsi que les consultations avec les autochtones, ont encore pris plusieurs années⁶. Il est possible et probable que seule la nationalisation de Trans-Mountain par le gouvernement fédéral ait permis de maintenir le projet en vie pendant toute la durée du processus de contrôle judiciaire.

Lorsque les projets énergétiques proposés sont approuvés par des organismes administratifs tels que la Régie de l'énergie du Canada (REC), ou des organismes provinciaux équivalents, les opposants à ces projets font fréquemment appel ou s'adressent à des tribunaux pour faire réviser et annuler ces décisions. La question qui se pose aux décideurs administratifs et aux tribunaux qui examinent ces décisions est de savoir quelle norme doit être respectée pour éviter que ces décisions ne soient annulées.

Du point de vue de la cohérence et de l'efficacité globale du système, un résultat optimal serait une doctrine de droit administratif qui encourage une norme de contrôle relativement déférente — et adopte une approche relativement limitée des tribunaux en matière

² *McLean c Colombie-Britannique (Commission des valeurs mobilières)*, 2013 CSC 67 aux para 40–41.

³ *Walton v Alberta Securities Commission*, 2014 ABCA 273 au para 17.

⁴ Voir *Manitoba (Hydro-Electric Board) v Manitoba (Public Utilities Board) et al*, 2020 MBCA 60; voir aussi *Enbridge Gas Inc. v Ontario Energy Board*, 2020 ONSC 3616.

⁵ *Nation Gitxaala c Canada*, 2016 CAF 187.

⁶ *Tsleil-Waututh Nation c Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153.

de contrôle des décisions administratives. En règle générale, ce type d'approche tend à aboutir à une plus grande finalité réglementaire.

Dans notre publication précédente sur le risque d'échec⁷, nous avons noté qu'il y avait une grande incertitude quant à la norme actuelle de contrôle judiciaire des décisions administratives⁸.

Nous avons identifié ce problème comme faisant partie d'une poignée de questions politiques, juridiques et réglementaires qui ont contribué au niveau de risque d'échec des grands projets énergétiques au Canada — en particulier ceux qui relèvent de la compétence fédérale.

Les principales questions de droit administratif qui ont été portées devant les tribunaux au cours de la dernière décennie sont les suivantes :

- quand appliquer la norme de la décision raisonnable relativement déférente pour le contrôle judiciaire et quand soumettre les décideurs administratifs à la norme de la décision correcte plus exigeante, sans aucune déférence;
- si l'on applique la norme de la décision raisonnable, qu'est-ce que cela signifie concrètement.

Ces questions de droit administratif ont été portées devant la Cour suprême dans *Vavilov*, en décembre 2019. La Cour suprême, dans une décision de grande portée (7 contre 2), a fondamentalement remanié le droit canadien du contrôle judiciaire des décisions administratives⁹. *Vavilov* a étendu le rôle que la norme de la décision correcte non déférente jouera à l'avenir — en particulier dans le cas important des appels prévus par la loi contre des décisions administratives. Il a ajouté de la précision — mais aussi une certaine rigueur et exactitude — à la conduite d'un contrôle selon la norme de la raisonnable. Beaucoup dépendra de la manière dont *Vavilov* sera appliqué au fil du temps. Appliqué strictement, cependant, *Vavilov* n'est pas susceptible de promouvoir, d'encourager ou d'accroître la cohérence et l'efficacité systémiques dans la prise de décision administrative sur les grands projets énergétiques.

La norme de contrôle

Dans l'affaire *Vavilov*, la Cour suprême a élargi de manière décisive le rôle de la norme de la décision correcte, en ce qui concerne certaines questions juridiques. Tout en décidant que la norme de la décision raisonnable est la norme présumée du contrôle judiciaire, la Cour suprême a estimé que les questions clés suivantes doivent être soumis à la norme de la décision correcte¹⁰ :

⁷ Jonathan Drance, Glenn Cameron et Rachel Hutton, « Completion Risk, Legal Uncertainty, and Federal Energy Projects » (4 novembre 2019), en ligne : *Stikeman Elliott* <www.stikeman.com/en-ca/kh/canadian-energy-law/Completion-Risk-Legal-Uncertainty-and-Federal-Energy-Projects>; Voir aussi, Jonathan Drance, « Examens de projets énergétiques fédéraux : échéanciers dans la pratique » (2018) 6:3 Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie 25.

⁸ Voir *Dunsmuir c le Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9; L'honorable David Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016) 42:1 *Queen's LJ* 27 à la p 29; Paul Daly et Leonid Sirota, *Canadian Journal of Administrative Law and Practice Special Issue – A Decade of Dunsmuir / Les 10 ans de Dunsmuir*, Toronto, Carswell, 2018; Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law – Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016) 62:2 *McGill LJ* 527; Shaun Fluker, « The Great Divide on Standard of Review in Canadian Administrative Law » (23 juillet 2018), en ligne (blogue) : *ABlawg* <ablawg.ca/2018/07/23/the-great-divide-on-standard-of-review-in-canadian-administrative-law>.

⁹ Voir Paul Daly, « The Vavilov Framework and the Future of Administrative Law » (2020) Ottawa Faculty of Law Document de travail no 2020-09; Voir aussi Shaun Fluker, « *Vavilov* on Standard of Review in Canadian Administrative Law » (6 février 2020), en ligne (blogue) : *ABlawg* <ablawg.ca/2020/02/06/vavilov-on-standard-of-review-in-canadian-administrative-law>; David Mullan, « Evolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie en 2019 » (2020) 8:1 Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie 30.

¹⁰ En particulier, *Vavilov* soumet les droits législatifs pour interjeter appel à une norme visant l'appel complet, y compris un contrôle du bien-fondé des questions de droit. Qui plus est, *Vavilov* a étendu la portée du contrôle du bien-fondé pour la conformité aux questions de primauté du droit à une plus vaste gamme de questions constitutionnelles et a étendu la portée des questions d'importance capitale pour le système judiciaire aux domaines relevant de l'expertise des décideurs administratifs et à l'interprétation de leurs lois habilitantes. Voir *Vavilov*, *supra* note 1 aux para 36–52 (mécanismes des appels prévus par la loi), 55–57 (questions constitutionnelles) et 58–62 (questions d'importance centrale pour le système judiciaire). À cet effet, les diverses exceptions de règle de droit (et/ou leurs prédécesseurs) qui imposent une norme de bien-fondé du contrôle ont été étroitement interprétées et rarement appliquées. Voir Paul Daly, « *Vavilov* Hits the Road (Updated August 20) » (4 février 2020), en ligne (blogue) : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2020/02/04/vavilov-hits-the-road>.

- les questions de droit sur les appels prévus par la loi;
- les questions de droit constitutionnel;
- les questions de droit qui sont « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble »;
- les questions de chevauchement des compétences.

Le changement le plus important dans l'applicabilité de la norme de la décision correcte concerne les appels prévus par la loi. Les mécanismes de ces appels sont courants dans le droit administratif et réglementaire canadien. Des centaines de décideurs administratifs divers peuvent prendre des décisions soumises à une forme ou une autre de droit d'appel. En fait, la majorité des décisions prises par les principaux organismes de réglementation de l'énergie, y compris le nouvel organisme de réglementation de l'énergie du Canada, sont soumises à un appel prévu par la loi¹¹. Dans tous ces cas d'appel, toute déférence sur les questions juridiques relevant du domaine d'expertise des organes administratifs, ou dans l'interprétation de leurs lois habilitantes, a entièrement disparu — pour être remplacée par un contrôle en appel standard sur la base de la décision correcte de toutes les questions de droit.

Parmi les principaux cabinets juridiques nationaux expérimentés dans la représentation d'entités réglementées — y compris dans le domaine de l'énergie — l'opinion est largement répandue selon laquelle les changements apportés dans l'arrêt *Vavilov* concernant la norme de contrôle des appels prévus par la loi

sont significatifs et augmentent sensiblement le risque réglementaire en affectant négativement le caractère définitif des décisions administratives¹².

Conduite d'un contrôle du caractère raisonnable

La Cour suprême dans *Vavilov* ne s'est pas arrêtée là. En plus de son analyse des normes applicables au contrôle judiciaire — et probablement d'égal importance — la Cour suprême a ensuite décrit un ensemble de critères ou de règles pour procéder au contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La majorité dans l'arrêt *Vavilov* a décrit leur norme générale de caractère raisonnable comme nécessitant un contrôle « rigoureux », par opposition à un contrôle restreint¹³.

Les critères permettant de satisfaire au caractère raisonnable sont exposés de manière très détaillée dans près de 40 paragraphes des motifs de la majorité¹⁴. Cette partie du jugement est dense en citations et contient bien plus de 20 déclarations, dont chacune pourrait justifier qu'un tribunal juge une décision administrative déraisonnable. Une décision raisonnable doit être fondée sur un raisonnement interne cohérent et doit être justifiée sur la base d'une « constellation » de facteurs juridiques et factuels qui contraignent et informent le décideur. Ces facteurs comprennent (a) le régime législatif applicable, (b) les autres règles législatives ou de common law, (c) les principes d'interprétation législative, (d) la preuve dont disposait le décideur, (e) les observations des parties, (f) les pratiques et décisions antérieures et (g) l'incidence de la décision sur l'individu visé.

¹¹ Mullan, *supra* note 9 à la p 32 (voir note de bas de page 12).

¹² Voir p. ex., Maureen Killoran et al., « Supreme Court Majority alters framework for judicial reviews and statutory appeals » (20 décembre 2019), en ligne (blogue) : *Osler* <www.osler.com/en/resources/regulations/2019/supreme-court-majority-alters-framework-for-judicial-reviews-and-statutory-appeals>; Voir aussi Scott H. D. Bower, Brynne Harding et Russel J. Kruger, « Supreme Court of Canada Reforms Judicial Review » (3 janvier 2020), en ligne (blogue) : *Bennett Jones* <www.bennettjones.com/Blogs-Section/Supreme-Court-of-Canada-Reforms-Judicial-Review>; Jackie VanDerMeulen et Rachel Devon, « Landmark Decision from the Supreme Court: New Framework for Judicial Review » (15 janvier 2020), en ligne (blogue) : *Fasken* <www.fasken.com/en/knowledge/2020/01/landmark-decision-from-the-supreme-court>; Steven Mason et al., « The Supreme Court of Canada simplifies the standard of review analysis in historic Super Bowl trilogy » (19 décembre 2019), en ligne (blogue) : *McCarthy Tétrault* <www.mccarthy.ca/en/insights/articles/touchdown-supreme-court-canada-simplifies-standard-review-analysis-historic-super-bowl-trilogy>; John A. Terry et al., « SCC re-rewrites the standard of review » (20 décembre 2019), en ligne (blogue) : <www.torj.com/insights/publications/2019/12/scc-re-rewrites-the-standard-of-review> (pour les restrictions et les limites applicables, voir ces divers sites Web).

¹³ *Vavilov*, *supra* note 1 au para 13.

¹⁴ *Ibid* aux para 99–138.

Les points suivants revêtent une importance particulière :

Régime législatif : Une décision administrative sera déraisonnable si elle ne respecte pas les limites prescrites quant à la portée du résultat et si elle est incompatible avec l'attribution législative des pouvoirs conférés au décideur.

Interprétation législative : Les tribunaux examineront les décisions administratives pour l'interprétation législative : une décision sera déraisonnable si les éléments clés des dispositions législatives contestées sont ignorés ou si des interprétations inférieures sont adoptées parce qu'elles sont commodes pour le décideur administratif.

Common law ou droit international : Les décisions administratives seront examinées sous l'angle de leur application de la common law ou du droit international. Une décision administrative sera déraisonnable s'il y a des écarts inexplicables ou injustifiés par rapport aux interprétations juridiques communément admises.

La minorité dans *Vavilov* a été directe :

Nous craignons toutefois que la liste multifactorielle et non limitative des « contraintes » à la prise de décisions administratives dressée par la majorité n'incite les cours de révision à disséquer les motifs administratifs et à se lancer dans une « chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur [...] ces « contraintes » risquent de se transformer en un vaste catalogue d'erreurs hypothétiques qui peuvent servir à justifier l'annulation d'une décision administrative¹⁵.

Certains commentateurs prévoient une grande incertitude quant à l'application des normes de la décision raisonnable, un plus grand nombre de façons dont une décision peut être jugée déraisonnable et/ou une augmentation de la norme que les décisions administratives doivent respecter lors d'un contrôle du caractère raisonnable¹⁶.

Vavilov et le risque réglementaire

Nous voyons deux principaux points à retenir de *Vavilov* :

- Tout d'abord, le risque réglementaire sur les appels prévus par la loi a clairement et matériellement augmenté puisque toutes les questions juridiques décidées par les organismes de réglementation seront désormais soumises à la norme de la décision correcte.
- Deuxièmement, le risque réglementaire découlant des nouvelles orientations sur la réalisation du contrôle de la norme de la décision raisonnable n'a certainement pas diminué. En fait, la combinaison de la robustesse et de l'ensemble détaillé d'indices de la norme de la raisonabilité crée un potentiel évident pour un contrôle plus rigoureux des décisions réglementaires. Beaucoup dépendra de la façon dont la Cour suprême, et diverses autres cours d'appel, interpréteront et appliqueront cette partie de *Vavilov* au cours des prochaines années.

Si *Vavilov* crée, ou crée potentiellement, un risque réglementaire supplémentaire, il contient également les germes d'une solution.

Toute la logique qui sous-tend l'opinion majoritaire est le respect de l'intention législative, qui, selon la majorité, « doit nous guider » en matière de contrôle judiciaire¹⁷. Lorsque le pouvoir législatif a délégué des pouvoirs à un tribunal administratif sans préciser le rôle des tribunaux, le fait même de cette délégation suggère que le législateur « a voulu que celui-ci puisse fonctionner en faisant le moins possible l'objet d'une intervention

¹⁵ *Ibid* au para 284.

¹⁶ Voir Fluker, *supra* note 9; Voir aussi VanDerMeulen, *supra* note 12.

¹⁷ *Vavilov*, *supra* note 1 au para 33.

judiciaire¹⁸ ». Cela justifie l'utilisation d'une norme de contrôle déférente, telle que la norme de la raisonnable, mais exige également le respect de toute norme supérieure ou différente lorsque la législature s'est exprimée, soit en choisissant une norme de contrôle différente, soit une norme d'appel¹⁹.

La majorité est claire sur le fait que, sous réserve de certaines questions rares relatives à la primauté du droit telles que la cohérence avec la constitution et le respect des limites judiciaires, les tribunaux respecteront l'orientation législative en ce qui concerne la fixation d'une norme de contrôle applicable et la régie de son application²⁰.

Si l'application de *Vavilov* devait s'avérer difficile en fait ou si elle devait restreindre indûment l'exercice effectif du pouvoir de l'État, les législatures fédérale et provinciales ont un large pouvoir pour établir des normes et des pratiques appropriées autant pour tout appel prévu par la loi que pour tout contrôle judiciaire d'une action administrative²¹.

On peut dire que cette normalisation législative est attendue depuis longtemps²². L'importance économique et politique d'une prise de décisions réglementaires rapide et efficace est manifeste — tout comme la nécessité d'utiliser des normes judiciaires pour protéger contre les abus de pouvoir de l'État. Il est probable que seul un dialogue continu et ciblé entre les législatures et les tribunaux permettra de résoudre cette question cruciale de manière durable, légitime et équilibrée. ■

¹⁸ *Ibid* au para 24.

¹⁹ *Ibid* aux para 32, 34, 36.

²⁰ *Ibid* aux para 32, 36.

²¹ Nigel Bankes, « Statutory Appeal Rights in Relation to Administrative Decision Maker Now Attract an Appellable Standard of Review: A Possible Legislative Response », (3 janvier 2020), en ligne : [Ablawg <ablawg.ca/2020/01/03/statutory-appeal-rights-in-relation-to-administrative-decision-maker-now-attract-an-appellate-standard-of-review-a-possible-legislative-response>](http://ablawg.ca/2020/01/03/statutory-appeal-rights-in-relation-to-administrative-decision-maker-now-attract-an-appellate-standard-of-review-a-possible-legislative-response/).

²² Il y a presque une génération de cela, le juge Iacobucci a proposé une telle approche législative. Voir l'honorable Frank Iacobucci, « Articulating a Rational Standard of Review Doctrine: A Tribute to John Willis », (2002) 27:2 *Queens LJ* 859 à 876-78.