

CONJURER UN SORT INCERTAIN : LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET L'ÉVALUATION DES ESPÈCES EN PÉRIL AU CANADA*

Hélène Trudeau** et Thérèse Leroux***

La Loi sur les espèces en péril vise à assurer la protection des espèces animales et végétales sauvages qui pourraient être menacées dans leur survie. Elle prévoit essentiellement un mécanisme de désignation de celles-ci par les pouvoirs publics, au terme d'un processus d'évaluation par des experts, puis une seconde étape dont l'objectif est de favoriser leur rétablissement en s'attaquant concrètement aux menaces qui pèsent sur elles. Les enjeux économiques, notamment pour certaines espèces qui font l'objet d'une exploitation commerciale, sont invoqués pour écarter l'avis des experts scientifiques. Mais la Loi permet-elle d'opérer dans ces situations un arbitrage qui penchera, en cas de doute, vers une plus grande protection de l'environnement? D'où notre questionnement sur l'application du principe de précaution, dans le contexte bien particulier de l'évaluation et de la désignation des espèces sauvages en péril.

The Species at Risk Act seeks to protect endangered wildlife species of the flora and fauna in Canada. The Act establishes a listing process to designate wildlife species at risk based on an assessment of their status done by an expert committee (COSEWIC). Then recovery strategies and action plans will be prepared to insure that these species at risk are protected. However, economic considerations may interfere with scientific assessments when species of interest for commercial purposes are considered at risk. Therefore, is the Species at Risk Act of some help to insure that the protection of these wildlife species at risk should prevail under those circumstances? The present text analyses the application of the precautionary principle within the assessment and classification process set out by the Act.

* Recherche réalisée grâce à une subvention de la Commission du droit du Canada et du Conseil de recherches en sciences humaines dans le cadre du programme Initiative conjointe *Les rapports en évolution*. En plus des organismes subventionnaires, nous remercions mesdames Kateri Beaulne-Bélisle et Carolina Monardes pour leur participation à cette étude.

** Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Montréal.

*** Professeure titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

Les analyses doctrinales portant sur le principe de précaution, du moins sur ses aspects théoriques, ont été fort nombreuses depuis les quinze dernières années¹. Quelques textes ont abordé la question de l'application de ce principe en droit de l'environnement canadien². Depuis la formulation plus officielle du principe de précaution sur la scène internationale, notamment au Principe 15 de la *Déclaration de Rio* de 1992³, le législateur fédéral a intégré celui-ci de façon plus ou moins explicite dans plusieurs lois concernant l'évaluation et la gestion des risques environnementaux⁴. Le gouvernement fédéral a adopté le 25 mars 2003 un *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*⁵, qui constitue une politique

¹ Mentionnons à titre d'exemple quelques ouvrages et textes généraux : Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000 [Kourilsky]; Nicolas de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999 [de Sadeleer]; James Cameron et Juli Abouchar, « The Precautionary Principle : A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment » (1991) 14 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1; James Cameron, « Future Directions in International Environmental Law : Precaution, Integration and Non-state Actors » (1996) 19 Dal. L.J. 122 [Cameron]; Ellen Hey, « The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law : Institutionalizing Caution » (1992) 4 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 303; James E. Hickey et Vern R. Walker, « Refining the Precautionary Principle in Environmental Law » (1995) 14 Va. Envtl. L.J. 423 [Hickey]; Owen McIntyre & Thomas Mosedale, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law » (1997) 9 J. Envtl. L. 221 [McIntyre]; David Freestone & Ellen Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, London, Boston, Kluwer International Law, 1996.

² Voir notamment : Hélène Trudeau, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement » (2003) 28 Queen's L.J. 455 [Trudeau]; Bruce Parry, « Applying the Precautionary Principle to Private Persons : Should it Affect Civil and Criminal Liability? » (2002) 43 C. de D. 63; Geneviève Cartier, « Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif, (2002) 43 C. de D. 79; David VanderZwaag, « The Precautionary Principle in Environmental Law and Policy : Elusive Rhetoric and First Embraces » (1998) 8 J. Envtl. L. & Prac. 354 [VanderZwaag]; Theresa McClenaghan *et al.*, « Environmental Standard Setting and Children's Health in Canada : Injecting Precaution into Risk Assessment » (2003) 12 J. Envtl. L. & Prac. 245 [McClenaghan].

³ Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement .

⁴ Voir *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), L.C. 1999, c. 33, art. 2(1)(a), 6(1.1), 76.1 et préambule, al. 6; *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31, préambule, al. 6; *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29, préambule, al. 5 et art. 38; *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, c. 28, art. 20(1).

⁵ Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*, en ligne :

ou un document d'orientation servant à encadrer la prise en compte du principe de précaution dans l'exercice des pouvoirs décisionnels fédéraux⁶. Ce Cadre ne se substitue pas aux lois qui confèrent le pouvoir d'agir aux autorités publiques et ne crée pas de nouvelles obligations légales d'appliquer le principe de précaution⁷. Essentiellement, il reflète plutôt la position du gouvernement fédéral voulant qu'« il y a déjà longtemps que l'on applique la précaution au Canada dans les domaines d'activité réglementés au palier fédéral »⁸ et son objectif est de « rendre l'application de la précaution par le gouvernement fédéral plus prévisible, plus crédible et plus uniforme, afin d'assurer des décisions adéquates, raisonnables et financièrement efficaces »⁹.

Les tentatives d'introduire des éléments concrets du principe de précaution en droit de l'environnement canadien ont été considérées par plusieurs commentateurs comme particulièrement discrètes et hésitantes. Ainsi :

[t]he approach has been accepted in principle in various legislative enactments, but neither federal or provincial governments in Canada have provided any specific roadmap with respect to its practical implementation in those contexts¹⁰.

Il ne fait cependant pas de doute que lorsque le principe est inscrit dans les dispositions normatives d'un texte de loi, comme c'est le cas dans la plupart des lois fédérales mentionnées précédemment¹¹, il devient

<http://www.bcp-co.gc.ca/docs/information/publications/Precaution/precaution_f.pdf>
(date de consultation : 9 juillet 2007) [*Cadre d'application de la précaution*].

⁶ Les principes énoncés dans ce Cadre reflètent les pratiques actuelles et sont destinés dans l'ensemble à assurer l'uniformité globale de l'application de la précaution, à prévoir la souplesse requise pour tenir compte de circonstances et de facteurs particuliers, et à contrer le mauvais usage ou l'abus de la précaution.

Voir *ibid.* à la p. 6.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* à la p. 2.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ McClenaghan, *supra* note 2 à la p. 272. Voir aussi VanderZwaag, *supra* note 2 et John Moffet, « Legislative Options for Implementing the Precautionary Principle » (1997) 7 J.E.L.P. 157 [Moffet]. Notons qu'au Québec, le principe de précaution est maintenant énoncé parmi les principes de base qui doivent sous-tendre l'action gouvernementale en matière environnementale, dans la *Loi sur le développement durable*, L.R.Q., c. D-8.1.1, art. 6(j) :

lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement.

¹¹ Voir *supra* note 4.

opérationnel et doit être respecté dans l'exercice des pouvoirs de décision auxquels il s'applique. Lorsqu'il est mentionné dans un préambule, il doit, à tout le moins, inspirer l'action gouvernementale. Dans tous les cas, le défi consiste à donner un contenu spécifique au principe, qui ultimement permettra une protection de la santé humaine et de l'environnement plus adéquate que s'il n'avait pas été mentionné dans la loi.

Le principe de précaution s'intéresse à l'incertitude scientifique qui entoure tant l'existence que les conséquences des risques que posent pour l'environnement et pour la santé humaine l'utilisation de certains produits et substances et l'exercice de certaines activités industrielles ou agricoles. Le principe met en relation l'état des connaissances scientifiques actuelles et le droit. De façon générale, la prise en compte du principe de précaution dans le contexte législatif du droit interne relève d'abord et avant tout des pouvoirs publics, qui sont appelés à décider si un risque potentiel identifié mais non encore complètement étayé sur le plan scientifique est acceptable ou non pour la société et à prendre les mesures propres à le limiter ou à l'enrayer le cas échéant. Un document interne conjoint issu des ministères fédéraux de l'Environnement et de la Santé explique ainsi la portée du principe de précaution dans le contexte de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹² :

Le principe de la prudence fonctionne de façon à réduire le besoin de certitude scientifique absolue pour justifier l'adoption de mesures préventives en cas de risques de dommages graves ou irréversibles. Des mesures de gestion des risques peuvent donc être prises lorsqu'il existe un fondement pour émettre des doutes scientifiques de dommages graves ou irréversibles¹³.

S'agissant d'une démarche anticipative qui s'applique à des risques incertains, les pouvoirs publics s'appuient nécessairement sur l'opinion de scientifiques experts avant d'exercer leur pouvoir de décision à l'endroit de ces risques. Si l'apport combiné du scientifique et du décideur public se remarque déjà dans toutes les sphères d'activités qui génèrent des risques connus pour l'environnement, il devient encore plus essentiel dans l'évaluation et la gestion des risques à l'endroit desquels la science n'apporte pas de réponses sûres. La professeure Jaye Ellis explique en ces termes la séparation des tâches qui s'instaure entre le scientifique et le décideur public dans les contextes d'incertitude scientifique :

¹² *Supra* note 4.

¹³ Environnement Canada / Santé Canada, *Document d'orientation concernant la*

Precaution seeks to reinforce an appropriate division of labour between science and law-making : scientists can provide data and analysis regarding actual and potential sources of risk, but they cannot determine what level of risk is acceptable, or what measures and trade-offs are justified in an effort to avoid or diminish risk. This is the task of legislators, ideally in close consultation with affected individuals, including industry and members of the public¹⁴.

L'absence de certitude scientifique absolue appelle un engagement encore plus actif des experts, qui doivent s'efforcer de circonscrire et d'éclaircir par des recherches plus pointues les possibilités du risque. Les décideurs publics, prenant une décision dans des circonstances où les enjeux ne sont pas tous connus, doivent user encore davantage de prudence et de circonspection, notamment dans le soin qu'ils mettront à entendre les personnes affectées et à considérer les alternatives possibles. Les pouvoirs publics ont, dans ce contexte, à opérer un arbitrage difficile entre la protection de l'environnement et de la santé humaine et les coûts économiques et sociaux qu'entraîneraient les mesures de précaution préconisées par les experts scientifiques¹⁵.

C'est à cet enjeu particulier, soit le poids respectif des considérations d'ordre scientifique et économique dans l'application du principe de précaution, que s'intéressera le présent texte. Notre champ d'investigation sera le processus visant l'évaluation des espèces sauvages en péril, en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*¹⁶. L'objectif de cette loi fédérale est d'assurer la protection des espèces animales et végétales sauvages, où qu'elles se trouvent au Canada, qui pourraient être menacées dans leur survie en raison d'un trop grand prélèvement d'individus ou encore par la perte de leurs habitats. Essentiellement, pour parvenir à la préservation des espèces, la *L.E.P.* prévoit un mécanisme de désignation de celles-ci par les pouvoirs publics, au terme d'un processus d'évaluation, puis une seconde étape qui vise à assurer leur rétablissement en s'attaquant concrètement aux menaces qui pèsent sur

Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999) et le principe de la prudence – Amélioration de la prise de décisions dans l'incertitude, à la p. 3 (Document interne).

¹⁴ Jaye Ellis, « Overexploitation of a Valuable Resource? New Literature on the Precautionary Principle », (2006) 17 E.J.I.L. 445, aux pp. 450-451.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 450 :

The principle invites analysis of the relationship between legislators and scientists, as it calls upon legislators to make decisions about environmental protection rather than seek to delegate such decisions to scientists. Of course, scientists do not make regulatory decisions, even in cases where precaution is not invoked. However, legislators can seek to avoid responsibility for making difficult and potentially costly decisions by deferring them to such time as scientific evidence of their necessity can be provided.

¹⁶ L.C. 2002, c. 29 [*L.E.P.*].

elles. Les enjeux économiques qui se posent dans la décision de protéger certaines espèces en péril, notamment celles qui font l'objet d'une exploitation commerciale, peuvent s'avérer déterminants pour écarter l'avis des experts scientifiques. La *Loi sur les espèces en péril* permet-elle d'opérer, dans ces situations, un arbitrage qui penchera, en cas de doute, vers une plus grande protection de l'environnement? Notre réponse à cette question s'avérera malheureusement négative et nous démontrerons pourquoi.

L'analyse que nous ferons se basera sur les textes législatifs et la réglementation applicables, sur le *Cadre d'application de la précaution* et quelques autres documents fédéraux servant à interpréter le principe de précaution et l'exercice du pouvoir en cause. S'agissant d'une étude concrète visant à déterminer la prise en compte du principe de précaution par les pouvoirs publics, elle se fondera également sur les résultats d'une série d'entretiens semi-dirigés que nous avons réalisés au cours de l'hiver 2005 auprès de fonctionnaires de l'administration publique fédérale¹⁷. Plus particulièrement, nous avons, à ce titre, rencontré des fonctionnaires de la Division de l'Évaluation des espèces en péril et de la Division du Rétablissement des espèces au Service canadien de la Faune, à Environnement Canada. Nous avons aussi rencontré le Secrétariat des espèces en péril à Pêches et Océans Canada, qui est responsable du rétablissement des espèces aquatiques en péril. À partir des textes et des informations recueillies, nous tenterons d'apprécier le champ d'intervention des considérations d'ordre scientifique, puis de celles d'ordre économique dans le processus de désignation des espèces en péril tel qu'instauré par la Loi. Nous insisterons particulièrement sur les rôles respectifs du scientifique et du décideur public dans la prise de décision, éléments clé de l'application du principe de précaution.

1. La Loi sur les espèces en péril : un aperçu

La *Loi sur les espèces en péril* a été adoptée en décembre 2002 et est entrée progressivement en vigueur dans les deux années qui ont suivi¹⁸. Il s'agit donc d'une nouvelle loi dont le potentiel d'application n'a pas

¹⁷ Nous tenons à remercier ces personnes pour leur disponibilité et l'accueil chaleureux qu'elles nous ont réservé.

¹⁸ La gestation d'une loi sur les espèces en péril par le gouvernement canadien a été un processus long et complexe. Une première version, le Projet de loi C-65 : *Loi concernant la protection des espèces en péril au Canada*, a été présentée à la Chambre des communes. Ce projet de loi a été sérieusement amendé par le Comité permanent de l'environnement et du développement durable de la Chambre des communes, mais est mort au feuillet à la dissolution du Parlement en 1997. Le Projet de loi C-33 (*Loi concernant la protection des espèces sauvages en péril au Canada*) est également mort au feuillet à la dissolution du Parlement en octobre 2000. Présenté à nouveau comme

encore été totalement exploité; en particulier, les programmes de rétablissement des espèces désignées comme étant en péril sont en voie de réalisation¹⁹. D'ailleurs, à peine 34 programmes de rétablissement sont complétés alors que plus de 150 sont retardés ou présentés pour commentaires²⁰.

La *L.E.P.* vise dans un premier temps à identifier les espèces qui sont en péril²¹ et à classer chacune d'elles selon cinq catégories : espèce disparue, disparue du pays²², en voie de disparition²³, menacée²⁴ ou préoccupante²⁵. Les espèces identifiées comme étant en péril sont inscrites par le gouverneur en conseil sur une liste figurant en annexe I de la Loi²⁶. La Loi prévoit différentes mesures de protection qui s'appliquent aux individus des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées, mais non aux espèces préoccupantes :

Projet de loi C-5, la *Loi sur les espèces en péril* a finalement reçu la sanction royale le 12 décembre 2002. Voir Jean-Luc Bourdages et Christine Labelle, *La protection des espèces sauvages en péril au Canada*, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, 24 octobre 2000, révisé le 23 mai 2003 [Bourdages et Labelle], en ligne : <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/PRB-f/PRB0019-f.pdf>> aux pp. 16 à 19 (date de consultation : 4 juillet 2007). Voir aussi Kristen Douglas, *Résumé législatif, Projet de Loi C-5 : Lois sur les espèces en péril*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, 2002.

¹⁹ C'est la raison pour laquelle notre analyse s'intéresse au processus d'évaluation et de désignation des espèces en péril plutôt qu'à l'élaboration des programmes de rétablissement et des autres mesures qui pourront assurer la protection effective des espèces visées par la Loi.

²⁰ Les différents programmes de rétablissement sont présentés sur le site du registre public établi en vertu de la *L.E.P.*, en ligne : <http://www.registrellep.gc.ca/sar/recovery/timelines_f.cfm> (date de consultation : 19 juillet 2007).

²¹ En vertu des définitions comprises à l'art. 2(1) de la Loi, une « espèce en péril » est une « espèce sauvage disparue du pays, en voie de disparition, menacée ou préoccupante » et une « espèce sauvage » est une :

espèce, sous-espèce, variété ou population géographiquement ou génétiquement distincte d'animaux, de végétaux ou d'autres organismes d'origine sauvage, sauf une bactérie ou un virus, qui, selon le cas : a) est indigène du Canada; b) s'est propagée au Canada sans intervention humaine et y est présente depuis au moins cinquante ans.

²² « Espèce sauvage qu'on ne trouve plus à l'état sauvage au Canada, mais qu'on trouve ailleurs à l'état sauvage », art. 2(1) *L.E.P.*

²³ « Espèce sauvage qui, de façon imminente risque de disparaître du pays ou de la planète », *ibid.*

²⁴ « Espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n'est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître », *ibid.*

²⁵ « Espèce sauvage qui peut devenir une espèce menacée ou une espèce en voie de disparition par l'effet cumulatif de ses caractéristiques biologiques et des menaces signalées à son égard », *ibid.*

²⁶ Voir art. 27 *L.E.P.*

interdiction générale « de tuer un individu d'une espèce sauvage inscrite [...], de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre »²⁷, interdiction « de posséder, de collectionner, d'acheter, de vendre ou d'échanger un individu »²⁸ et interdiction « d'endommager ou de détruire la résidence d'un ou de plusieurs individus »²⁹, la résidence étant définie comme un :

gîte – terrier, nid ou autre aire ou lieu semblable – occupé ou habituellement occupé par un ou plusieurs individus pendant tout ou partie de leur vie, notamment pendant la reproduction, l'élevage, les haltes migratoires, l'hivernage, l'alimentation ou l'hibernation³⁰.

Mentionnons ici que la « résidence » d'une espèce est un terme inconnu des biologistes et non utilisé par eux. Les spécialistes de la conservation s'intéressent plutôt à l'« habitat » de l'espèce. L'emploi du concept de résidence dans la Loi ne viserait qu'à restreindre la portée des interdictions formulées dans celle-ci³¹.

En vertu de la Loi, les espèces inscrites doivent également faire l'objet d'un programme de rétablissement, c'est-à-dire que les diverses menaces auxquelles elles sont confrontées doivent être clairement identifiées de même que la façon dont celles-ci peuvent être endiguées, pour assurer la survie de l'espèce. L'application de ces programmes ne concerne plus la « résidence » de l'espèce, mais bien son « habitat essentiel » (« critical habitat » en anglais), qui comporte une définition davantage conforme aux caractéristiques biologiques des espèces que celle de la « résidence »³². Dans la situation où le rétablissement de l'espèce apparaît irréalisable du point de vue technique et biologique

²⁷ Art. 32(1) *L.E.P.*

²⁸ Art 32(2) *L.E.P.*

²⁹ Art. 33 *L.E.P.*

³⁰ Art. 2(1) *L.E.P.*

³¹ Un auteur explique ainsi : « [r]esidence is a much narrower and more restrictive concept than habitat or even « critical habitat ». To grasp the difference, imagine an endangered bird nesting in a tree in an old-growth forest on federal land. Under the *Act*, a logging company could leave a single tree standing in the middle of a large clear-cut and be in full compliance with the law. The *residence* would be intact, although the *habitat* would be destroyed ». Voir David R. Boyd, *Unnatural Law, Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2003 à la p. 187.

³² L'« habitat » est défini comme suit :

S'agissant d'une espèce aquatique, les frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont sa survie dépend, directement ou indirectement, ou aires où elle s'est déjà trouvée et où il est possible de la réintroduire; s'agissant de toute autre espèce sauvage, l'aire ou le type d'endroit où

selon la conclusion du ministre compétent³³ (le cas par exemple d'une espèce totalement disparue), le programme de rétablissement prévoit simplement une description de l'espèce, de ses besoins et de son habitat essentiel³⁴, de même que les motifs de la conclusion³⁵. Dans le cas où le rétablissement est réalisable, le ministre compétent doit déposer le projet de programme de rétablissement dans le registre créé par la *L.E.P.* dans l'année suivant l'inscription de l'espèce sauvage comme espèce en voie de disparition ou dans les deux ans suivant l'inscription s'il s'agit d'une espèce sauvage menacée ou disparue du pays³⁶. Le programme de rétablissement doit comporter notamment une désignation des menaces à la survie de l'espèce et des menaces à son habitat et les grandes lignes du plan à suivre pour y faire face, la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce, un énoncé des objectifs en matière de population et de dissémination visant à favoriser la survie et le rétablissement de l'espèce, ainsi qu'une description générale des activités de recherche et de gestion nécessaires à l'atteinte de ces objectifs³⁷.

Le ministre compétent doit ensuite élaborer un ou plusieurs plans d'action³⁸, qui comprendra, entre autres, un exposé des mesures envisagées pour protéger l'habitat essentiel de l'espèce et un exposé des mesures à prendre pour mettre en oeuvre le programme de rétablissement, notamment celles qui traitent des menaces à la survie de l'espèce et celles qui aident à atteindre les objectifs en matière de population et de dissémination, ainsi qu'une indication du moment prévu pour leur exécution³⁹. Le plan d'action doit être déposé dans le registre public de la Loi⁴⁰. En vertu de l'article 53 *L.E.P.*, le plan d'action sera mis en oeuvre par le ministre fédéral compétent à l'égard de l'espèce visée (il peut s'agir du ministre responsable de l'agence Parcs Canada, en l'occurrence le ministre de l'Environnement, pour les espèces relevant du territoire domanial, du ministre des Pêches et des Océans pour les espèces aquatiques ou du ministre de l'Environnement pour les autres espèces), lequel adoptera à cet effet un règlement. Il faut remarquer ici

un individu ou l'espèce se trouvent ou dont leur survie dépend directement ou indirectement ou se sont déjà trouvés, et où il est possible de les réintroduire.

L'« habitat essentiel » désigne « [l']habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement d'une espèce sauvage inscrite, qui est désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d'action élaboré à l'égard de l'espèce ». Voir art. 2(1) *L.E.P.*

³³ Art. 40 *L.E.P.*

³⁴ Art. 41(2) *L.E.P.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Art. 42(1) *L.E.P.*

³⁷ Art. 41(1) *L.E.P.*

³⁸ Art. 47 *L.E.P.*

³⁹ Art. 49(1) *L.E.P.*

⁴⁰ Art. 50 *L.E.P.*

que le pouvoir réglementaire de prendre les mesures nécessaires à l'implantation du plan d'action ne concerne que les espèces sauvages qui relèvent de la compétence législative du Parlement fédéral (essentiellement, les espèces aquatiques et celles qui se trouvent sur des terres fédérales, comme les parcs nationaux, les bases militaires, les réserves indiennes et les aéroports). La collaboration avec les provinces concernées et le respect de leurs compétences constitutionnelles constituent les règles de base que doit respecter le gouvernement fédéral dans l'établissement de programmes de rétablissement et de plans d'action concernant les espèces relevant de la compétence provinciale. Ceci limite d'autant la portée effective des programmes de rétablissement⁴¹.

Pour ce qui est du suivi que connaîtra le programme de rétablissement, il incombera au ministre compétent d'établir un rapport sur la mise en œuvre de celui-ci et sur les progrès réalisés, à intervalles de cinq ans à compter de sa mise dans le registre, et ce jusqu'à ce que les objectifs soient atteints ou que le rétablissement de l'espèce ne soit plus réalisable⁴². Dans le cas du plan d'action, toujours cinq ans après son dépôt dans le registre, le ministre compétent « l'évalue et établit un rapport, notamment sur ses répercussions écologiques et socioéconomiques »⁴³.

Le législateur a voulu accorder une protection toute spéciale à ce qui est défini dans la Loi comme l'« habitat essentiel »⁴⁴ d'une espèce. Pour une espèce sauvage qui relève de la compétence fédérale et qui est inscrite comme étant menacée, en voie de disparition ou disparue du pays (sous réserve dans ce dernier cas qu'un programme de rétablissement recommande la réinsertion de l'espèce à l'état sauvage au Canada), la Loi édicte une interdiction de détruire un élément de l'habitat essentiel⁴⁵. Pour les espèces en voie de disparition ou menacées se trouvant dans une province ou un territoire, le gouverneur en conseil peut désigner par décret, sur recommandation du ministre de l'Environnement fédéral, les parties de l'habitat essentiel pour lesquelles il est interdit de détruire un élément⁴⁶. Le ministre est tenu de faire la recommandation s'il estime que le droit de la province ou du territoire ne protège pas efficacement une partie de l'habitat essentiel⁴⁷. Également, s'il estime que le droit

⁴¹ Voir les critiques formulées à cet égard par David R. Boyd *supra* note 31 aux pp. 184-185.

⁴² Art. 46 *L.E.P.*

⁴³ Art. 55 *L.E.P.*

⁴⁴ Voir *supra* note 32.

⁴⁵ Art. 58(1) *L.E.P.*

⁴⁶ Art. 61 *L.E.P.*

⁴⁷ Art. 61(4)(b) *L.E.P.*

d'une province ne protège pas efficacement une espèce ou la résidence d'une espèce, le ministre est tenu de recommander au gouverneur en conseil la prise d'un décret prévoyant l'application des articles 32 et 33 *L.E.P.* qui créent les interdictions précédemment étudiées⁴⁸. La Loi a ainsi été rédigée de façon à accorder, en cas de besoin, un « filet protecteur » aux espèces en péril, y compris à celles situées sur le territoire des provinces. Il est vrai cependant que les interdictions et la protection de l'habitat essentiel dans une province demeurent assujetties à l'exercice discrétionnaire du pouvoir du gouverneur en conseil⁴⁹.

En ce qui a trait aux espèces qui figurent sur la liste de l'Annexe 1 à titre d'espèces préoccupantes, le ministre compétent est tenu d'élaborer un plan de gestion comportant les mesures qu'il estime indiquées pour la conservation de l'espèce et celle de son habitat, en collaboration avec les ministres provinciaux ou territoriaux compétents, le cas échéant⁵⁰. Ce plan de gestion doit être déposé dans le registre public de la Loi, dans les trois ans suivant l'inscription de l'espèce sauvage comme espèce préoccupante et doit faire l'objet d'une évaluation par le ministre compétent à intervalles de cinq ans, jusqu'à ce que ses objectifs soient atteints⁵¹.

Pour pouvoir bénéficier de ces mesures de protection toutes particulières, il est essentiel de franchir la première étape, d'ailleurs cruciale, de l'inscription sur la liste. Or, cette décision résulte du processus d'évaluation des espèces sur lequel nous nous concentrerons dans la prochaine partie.

2. La formulation et la signification du principe de précaution dans l'évaluation des espèces en péril

Afin de déterminer la portée du principe de précaution dans la désignation des espèces en péril au Canada, nous devons étudier plus particulièrement trois sources documentaires pertinentes. Tout d'abord, la *Loi sur les espèces en péril* constitue la source première car elle confère le pouvoir d'agir au gouvernement à l'endroit des espèces en péril. Le *Cadre d'application de la précaution* devra aussi être étudié car il précise la position du gouvernement fédéral dans la reconnaissance du principe de précaution. Bien qu'il s'agisse en l'occurrence d'une source secondaire par rapport à la Loi, nous l'exposerons en premier, car sa présentation nous permettra d'apporter des éléments supplémentaires

⁴⁸ Voir Section 1 ci-dessus pour plus de détails sur les interdictions.

⁴⁹ Voir art. 61 *L.E.P.*

⁵⁰ Voir art. 65-66 *L.E.P.*

⁵¹ Voir art. 68 et 72 *L.E.P.*

pour la compréhension du principe de précaution et de son application au Canada. Enfin, il nous est apparu pertinent de faire état des Lignes directrices des organismes experts chargés de l'évaluation des espèces, tant au Canada que sur la scène internationale, puisque ces instruments, bien que non contraignants, font largement autorité auprès des experts gouvernementaux chargés de l'évaluation des espèces et qu'ils traitent plus spécifiquement des questions techniques entourant la gestion de la preuve et de l'incertitude scientifique. Nous verrons donc successivement dans ce chapitre le Cadre fédéral d'application de la précaution (2.A), la *Loi sur les espèces en péril* (2.B) et les Lignes directrices des organismes experts chargés de l'évaluation des espèces (2.C).

A. Le Cadre fédéral d'application de la précaution

Le principe de précaution n'apparaît pas comme un précepte juridique aux contours bien définis. Sa formulation varie selon les instruments juridiques qui tentent de lui donner corps dans différents contextes d'application⁵². Néanmoins, certains éléments communs dans l'énoncé du principe existent, éléments qui pourront par contre être modulés par la rédaction législative et l'interprétation qui en sera faite. Ainsi, les définitions législatives du principe pourront faire état de la présence d'un contexte d'incertitude scientifique quant à l'existence d'un risque, de la possibilité que ne surviennent des dommages en cas de réalisation du risque, de la nature et de l'étendue de ces dommages potentiels, de la ressource à protéger, du poids ou de la qualité de la preuve scientifique

⁵² La diversité d'application du principe ne doit pas être sous-estimée. En 2002, dans une réponse au projet d'élaboration du Cadre d'application du gouvernement fédéral sur le principe de précaution, l'Association canadienne du droit de l'environnement a fait le commentaire suivant :

[...] the range of possible applications of the precautionary principle in Canada is very broad. Accordingly, the principle cannot be viewed as a prescriptive list of steps that can be applied in the same manner to every hazard. Precautionary approaches concern not merely the definition of a process; they define a new paradigm for decision-making :

Canadian Environmental Law Association, *Implementing Precaution : An NGO Response to the Government of Canada's Discussion Document A Canadian Perspective on the Precautionary Approach/Principle*, en ligne : <http://cela.ca/uploads/f8e04c51a8e04041f6f7faa046b03a7c/419_precautionary.pdf> (date de consultation : 9 juillet 2007). Le Cadre d'application reconnaît d'ailleurs que les principes communs qu'il énonce devront être détaillés par les ministères et organismes fédéraux, de concert avec leurs parties prenantes, dans des directives spécifiques à l'application de la précaution dans leur propre domaine de responsabilité : voir Gouvernement du Canada, *Cadre d'application de la précaution*, *supra* note 5 à la p. 14.

nécessaire pour justifier l'application de mesures de précaution, de la nature des mesures qui peuvent être prises⁵³.

L'application du principe de précaution concerne deux phases distinctes de la prise de décision par les pouvoirs publics menant éventuellement à des actions pour protéger l'environnement et la santé humaine, dans un contexte d'incertitude scientifique. Bien que le principe soit plus clairement associé à la phase de la gestion du risque, il est aussi présent lorsque les scientifiques procèdent à l'évaluation des risques⁵⁴. D'une part, il intervient dans l'appréciation de la preuve scientifique, en ce que l'expert doit se doter de marges raisonnables de prudence, tenir compte de la totalité des preuves disponibles, y compris des opinions scientifiques minoritaires ou dissidentes et donner à chacune de ces preuves le poids relatif que commandent leur crédibilité et leur sérieux⁵⁵. Le scientifique doit ainsi éviter d'exiger une preuve hors de tout doute raisonnable ou même une preuve reposant sur la balance des probabilités quant à un risque pour en reconnaître l'existence, ce qui nierait la prise en compte de la situation d'incertitude scientifique⁵⁶. D'autre part, le respect du principe de précaution commande aussi que soient établies à la fois la compétence et l'indépendance des experts scientifiques qui procèdent à l'évaluation. Cette question s'avère délicate, dans un contexte où l'analyse scientifique peut être très coûteuse et où l'État peut exiger du promoteur d'une substance ou d'une activité à risque qu'il finance et réalise les études scientifiques nécessaires, avec les conflits d'intérêts que cette façon de procéder peut provoquer.

En matière d'évaluation des risques, l'approche fondée sur le principe de précaution est souvent mise en opposition avec la vision plus traditionnelle qui exige que les risques gérés par les pouvoirs publics aient été démontrés par des preuves scientifiques « solides » et presque incontestables ce qui conduit, dans un contexte d'incertitude scientifique, à l'inaction à l'endroit des risques qui ne peuvent être appuyés par des

⁵³ Voir par exemple Cameron, *supra* note 1 aux pp. 125-127 et Hickey, *supra* note 1 aux pp. 431-436.

⁵⁴ Ceci est reconnu par le *Cadre d'application de la précaution*, *supra* note 5 à la p. 3 :

Alors que c'est essentiellement aux étapes d'élaboration des options et de prise de décisions que s'applique la précaution, celle-ci est clairement reliée à l'analyse scientifique (on ne peut l'appliquer sans une évaluation sérieuse des facteurs scientifiques et des risques correspondants). En fin de compte, son application est une question de jugement fondée sur des valeurs et des priorités.

⁵⁵ Voir Moffet, *supra* note 10 aux pp. 162-165; Jeremy D. Fraiberg et Michael J. Trebilcock, « Risk Regulation : Technocratic and Democratic Tools for Regulatory Reform », (1998) McGill L.J. 835.

⁵⁶ *Ibid.*

preuves aussi convaincantes. Cette vision a mené à l'élaboration d'une méthode d'évaluation qualifiée en anglais de « risk-based approach », qui fait l'objet de critiques en ce qu'elle minimise les contextes d'incertitude scientifique et priorise une application restrictive des sciences dures, des mathématiques et d'une appréciation coût-bénéfice dans l'évaluation des risques⁵⁷.

Le principe de précaution concerne aussi le stade de la gestion des risques, en ce qu'il intervient dans le choix des mesures de gestion du risque envisagées, une fois qu'est établie l'existence potentielle d'un risque. Le *Cadre d'application de la précaution* explicite cinq principes directeurs en ce sens⁵⁸. La gestion du risque relève des décideurs publics, qui devront assurer la protection de l'environnement et de la santé humaine, tout en évaluant et en sopesant les impacts sociaux, économiques, culturels et autres des mesures de précaution envisagées. La consultation du public et des acteurs touchés par les mesures est essentielle à ce stade et est présentée dans le document fédéral comme un élément central du principe de précaution⁵⁹.

Le *Cadre d'application de la précaution* insiste particulièrement sur l'importance du fondement scientifique d'agir ou de ne pas agir et précise qu'il doit reposer sur des « données scientifiques solides »⁶⁰ et des arguments « solides et crédibles »⁶¹. On y précise que :

bien que les valeurs de la société et son degré d'acceptation du risque soient des facteurs clés pour déterminer le niveau de protection, de solides preuves scientifiques constituent dans tous les cas une condition essentielle de l'application de la précaution⁶².

Par ailleurs, le document fédéral reconnaît que les situations d'incertitude scientifique commandent un processus transparent dans la prise de décision⁶³, une réévaluation de la preuve scientifique⁶⁴, l'obtention de

⁵⁷ Voir Canadian Environmental Law Association, *supra* note 52 à la p. 4.

⁵⁸ Ces principes prévoient que les mesures de précaution devraient être sujettes à réexamen, proportionnelles à la gravité possible du risque, non discriminatoires, efficaces et avoir pour objectif d'assurer un avantage net au moindre coût. De plus, devant plusieurs options de mesures qui réunissent ces caractéristiques, la mesure qui entrave le moins le commerce devrait être choisie. Voir *Cadre d'application de la précaution*, *supra* note 5 aux pp. 11-14.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 10.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 8.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* à la p. 7.

⁶³ *Ibid.* à la p. 10.

⁶⁴ *Ibid.* à la p. 9.

preuves de grande qualité (et non pas nécessairement en grande quantité)⁶⁵, l'examen par les pairs⁶⁶ et la diversité des sources d'expertise scientifique afin de refléter les interprétations correspondant à la preuve disponible⁶⁷; tous ces paramètres sont nécessaires à une réelle démarche reposant sur la précaution. Cependant, nulle part n'est-il fait mention dans le document fédéral qu'une preuve minoritaire ou dissidente puisse être une preuve « convaincante » de l'existence potentielle d'un risque, alors que cette possibilité s'avère importante dans la reconnaissance du principe de précaution, tout comme celle que le fondement scientifique puisse n'être qu'un « début de preuve scientifique » ou encore le soulèvement d'un « doute raisonnable » voulant qu'une activité ou substance puisse être dommageable⁶⁸. Par ailleurs, le *Cadre d'application de la précaution* mentionne que le gouvernement fédéral ne considère pas que le principe ou l'approche de précaution soit une règle de droit international coutumier⁶⁹.

Quoiqu'il en soit, le *Cadre d'application de la précaution* ne constitue qu'une toile de fond à portée non obligatoire, puisque priorité doit finalement être donnée, dans l'interprétation du principe de précaution, à la loi qui confère au gouvernement le pouvoir d'agir, et au contexte particulier dans lequel intervient ce pouvoir⁷⁰. Notre examen de la signification du principe de précaution dans l'évaluation des espèces en péril au Canada doit donc porter plus directement sur la *Loi sur les espèces en péril*.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 8.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir en particulier Kourilsky, *supra* note 1 aux pp. 41 à 43.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 7. Certains commentateurs considèrent au contraire que le principe de précaution est, ou est en voie de devenir, une règle coutumière du droit international. À titre d'exemple, voir Pierre-Marie Dupuy, « Le principe de précaution, règle émergente du droit international général » dans Charles Leben et Joe Verhoeven, dir., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris, Panthéon-Assas, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p. 95; Patricia Birnie et Alan E. Boyle, *International Law & the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2002 aux pp. 118-121; de Sadeleer, *supra* note 1 à la p. 142; McIntyre, *supra* note 1 aux pp. 223-235.

⁷⁰ Mentionnons que la Cour suprême du Canada dans l'affaire *114957 Canada Lée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, s'est servi du principe de précaution à des fins d'interprétation de dispositions législatives et réglementaires. Ainsi, le principe de précaution tel que reconnu en droit international a été mentionné pour appuyer la validité d'un règlement municipal adopté en vertu de la *Loi sur les cités et villes* visant à limiter l'épandage de pesticides. Pour un commentaire de cette affaire, voir Trudeau, *supra* note 2 aux pp. 502-512.

B. La Loi sur les espèces en péril

Le principe de précaution n'est pas mentionné explicitement dans la *L.E.P.* Cependant, nous estimons qu'il y est fait allusion à deux endroits où sont repris certains des éléments essentiels de la définition du principe telle qu'elle est formulée au principe 15 de la *Déclaration de Rio*⁷¹ et à l'alinéa 2(1)(a) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁷². Ainsi, le cinquième alinéa du Préambule de la *L.E.P.* se lit comme suit :

Attendu que le gouvernement du Canada s'est engagé à conserver la diversité biologique et à respecter le principe voulant que, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à une espèce sauvage, le manque de certitude scientifique ne soit pas prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance.

L'article 38 *L.E.P.* précise également :

Pour l'élaboration d'un programme de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance.

La formulation du principe de précaution dans la Loi apparaît plutôt timide⁷³. Elle renvoie aux obligations du Canada en tant que signataire de la *Convention sur la diversité biologique*⁷⁴. D'ailleurs, la *L.E.P.* a été adoptée par le législateur fédéral en grande partie pour respecter les

⁷¹ *Supra* note 3.

⁷² L.C. 1999, c. 33 [*L.C.P.E.*]. Cet alinéa se lit comme suit :

[p]our l'exécution de la présente loi, le gouvernement fédéral doit, compte tenu de la Constitution et des lois du Canada et sous réserve du paragraphe (1.1) exercer ses pouvoirs de manière à protéger l'environnement et la santé humaine, à appliquer le principe de la prudence, si bien qu'en cas de risques de dommages graves ou irréversibles à l'environnement, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement, ainsi qu'à promouvoir et affermir les méthodes applicables de prévention de la pollution.

⁷³ David L. VanderZwaag, Susanna D. Fuller et Ransom A. Myers, « Canada and the Precautionary Principle/Approach in Ocean and Coastal Management : Wading and Wandering in Tricky Currents » (2003) 34 *Ottawa L. Rev.* 117 à la p. 153.

⁷⁴ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 31 I.L.M. 32 [*C.D.B.*]. Le Canada a été un des premiers États à ratifier ce traité, en date du 4 décembre 1992.

engagements pris par le gouvernement canadien de protéger la diversité biologique et en particulier de « [formuler] ou [maintenir] en vigueur les dispositions législatives et autres dispositions réglementaires nécessaires pour protéger les espèces et populations menacées »⁷⁵. La *C.D.B.* comporte aussi dans son préambule une formulation du principe de précaution :

[...] lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets.

Il apparaît curieux que le législateur canadien ait choisi d'intégrer à la *L.E.P.* une formulation du principe de précaution qui diffère de celle de la *C.D.B.*, du moins quant à deux éléments importants. En effet, alors que la Convention reconnaît la légitimité des mesures de précaution « lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique », le risque appréhendé par la *L.E.P.* concerne la « menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite ». La menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique semble bien désigner le risque que fait encourir à la diversité biologique le fait qu'une espèce soit disparue du pays, en voie de disparition, menacée ou simplement préoccupante, selon les catégories d'espèces visées par la *L.E.P.* Par contre, ceci est moins vrai de l'atteinte « grave ou irréversible à l'espèce », pour laquelle le législateur semble évoquer d'une part une situation plus dramatique qui ne viserait peut-être pas la situation de l'espèce simplement préoccupante ou même menacée et d'autre part, plus restrictive car n'englobant pas *a priori* le dommage à la diversité biologique comme tel. Cette distinction apparente dans les termes ne semble cependant pas avoir eu de portée significative dans la réalité, puisque à la lumière des entretiens que nous avons réalisés, les fonctionnaires chargés d'interpréter les dispositions de la *L.E.P.* se sont dits liés par le principe de précaution dans l'application de la Loi, peu importe la classification accordée à l'espèce.

Une autre différence remarquable entre la formulation canadienne et celle que l'on retrouve dans la *C.D.B.* est que la première fait référence à des mesures « efficaces » (« cost-effective » dans la version anglaise) tandis que la version de la *C.D.B.* n'y fait pas référence. Par ailleurs, sur ce point, la formulation contenue dans la *L.E.P.* concorde avec celle qui se trouve au Principe 15 de la *Déclaration de Rio* et permet une interprétation voulant qu'une place importante soit laissée aux préoccupations économiques dans la prise de mesures de rétablissement

⁷⁵ *Ibid.* art. :8(k).

à l'endroit des espèces. Ceci peut aller à l'encontre des objectifs de conservation de la Loi advenant le cas où les mesures de protection d'une espèce sont refusées en raison des coûts économiques qu'elles imposent⁷⁶.

Notre analyse de la *L.E.P.* nous incite à penser que le législateur fédéral entendait qu'il y ait application du principe de précaution dès le stade de l'évaluation des espèces. L'indication législative à cet effet est l'énoncé qui figure au Préambule. De même, le principe de précaution est applicable lors de la gestion des risques en vertu de l'article 38. Il ressort des entretiens que nous avons réalisés auprès des biologistes oeuvrant au Service canadien de la Faune d'Environnement Canada que le respect du principe de précaution dans l'évaluation des espèces était acquis au sein du Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC)⁷⁷, qui procède à l'évaluation des espèces depuis 1978, bien avant l'adoption de la Loi. En fait, les biologistes et autres scientifiques spécialistes de l'évaluation des espèces ont délaissé depuis longtemps l'approche scientifique classique dans le traitement des preuves disponibles pour adhérer à une approche qualifiée de « conservationniste ». En vertu de cette approche, l'absence de certitudes scientifiques quant aux chances de survie d'une espèce n'empêche pas d'ajouter celle-ci à la liste des espèces en péril si par ailleurs les éléments de preuve disponibles permettent à cet égard de soulever un doute raisonnable. Avant l'adoption de la *L.E.P.*, ceci était d'ailleurs d'autant plus facile que l'inscription à la liste des espèces menacées n'entraînait pas obligatoirement la prise de mesures de rétablissement et d'interdictions⁷⁸. En définitive, pour assurer la protection des espèces, mieux vaut avoir une attitude proactive qu'une attitude attentiste. Ceci relève du simple bon sens : s'il devient certain qu'une espèce disparaît, il s'avère souvent trop tard pour agir efficacement.

L'application du principe de précaution dans le domaine de la conservation des espèces revient donc à peu près à poser la question suivante : comment peut-on s'assurer qu'une espèce ne disparaisse pas en l'absence de certitude absolue quant aux indicateurs de son état? Pour nous renseigner quant à la façon dont ce principe est appliqué par les biologistes chargés de procéder à l'évaluation des espèces, il convient

⁷⁶ La référence aux considérations économiques dans la formulation du principe de précaution peut réduire ainsi considérablement la portée de celui-ci. Pour une discussion de cet aspect, voir en particulier Sharon Mascher, « Sowing the Seeds of Discontent? Australia's New Gene Technology Act », (2003) 12 J. Env'tl. L. & Prac. 341, 352.

⁷⁷ Voir Section 3.A ci-dessous pour l'analyse du COSEPAC.

⁷⁸ Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, 31 I.L.M. 32 [C.D.B.]. Le Canada a été un des premiers États à ratifier ce traité, en date du 4 décembre 1992.

d'étudier les lignes directrices préparées par les organismes experts agissant dans ce domaine sur la scène fédérale canadienne et sur la scène internationale, soit respectivement le COSEPAC et la Commission de sauvegarde des espèces de l'Union internationale pour la conservation de la nature (U.I.C.N.).

C. Les lignes directrices des organismes experts chargés de l'évaluation des espèces

Le document intitulé *Processus et critères d'évaluation du COSEPAC*, examiné et approuvé par le COSEPAC en avril 2006⁷⁹, fait état des critères et catégories utilisés dans l'évaluation de la situation des espèces au Canada, fondés sur les critères et catégories révisés dans Liste rouge de l'Union internationale pour la conservation de la nature (U.I.C.N.)⁸⁰. Le système des Livres et des Listes rouges de l'U.I.C.N. a été mis en place à partir de 1963 dans le but d'uniformiser et de normaliser à l'échelle mondiale, l'évaluation des espèces de la faune et de la flore et de promouvoir leur conservation. La Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., qui constitue un réseau de 7000 experts volontaires provenant de la quasi-totalité des pays du globe, procède depuis plus de 40 ans à l'évaluation et à la classification des espèces menacées dans le but de produire l'inventaire mondial le plus complet de leur état de conservation⁸¹. Avant 1994, l'évaluation était faite en fonction de critères

⁷⁹ Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *Processus et critères d'évaluation du COSEPAC*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct0/assessment_process_f.cfm#sec3> (date de consultation : 3 juillet 2007) [Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des espèces en péril au Canada].

⁸⁰ Voir Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *Catégories et Critères de l'UICN pour la Liste Rouge*; version 3.1, U.I.C.N., Gland et Cambridge, 2001, en ligne : <<http://intranet.iucn.org/webfiles/doc/SSC/RedList/redlistcatsfrench.pdf>> (date de consultation : 4 juillet 2007). [Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N.].

La version 3.1 des Catégories et Critères est celle qui fait actuellement autorité : voir Section 2.C ci-dessus pour nos remarques. L'U.I.C.N. (aussi connue sous le nom de Union mondiale pour la conservation de la nature) a été fondée en 1948 sous l'appellation de Union internationale pour la protection de la nature. Il s'agit d'un organisme intergouvernemental qui comprend également des associations de protection de l'environnement et des experts. À l'heure actuelle, l'U.I.C.N. regroupe 83 États, 110 agences gouvernementales, 800 organisations non gouvernementales, 10 000 experts et scientifiques provenant de 181 États. Elle a à son service 1100 employés répartis dans 40 États; son siège social est à Gland, en Suisse. Sa mission principale est d'influencer, d'encourager et d'assister les communautés à travers le monde à la conservation de l'intégrité et de la diversité de la nature et à l'utilisation équitable et écologiquement rationnelle des ressources naturelles, en ligne <<http://www.iucn.org/en/about/>> (date de consultation : 4 juillet 2007).

et de catégories plus subjectifs. Un nouveau système davantage objectif, élaboré dans le cadre d'un vaste processus mondial de consultation et de validation, a été adopté en 1994 par le Conseil de l'U.I.C.N.⁸². La version 3.1 de ces Catégories et Critères, adoptée en 2001 et intégrant de nouvelles modifications et améliorations, est celle actuellement en vigueur; elle est utilisée et acceptée par de nombreuses organisations gouvernementales et non gouvernementales à travers le monde⁸³.

Les catégories utilisées par le COSEPAC pour classer les espèces en fonction de leur risque d'extinction s'apparentent à celles de l'U.I.C.N., à la différence qu'elles sont au nombre de sept plutôt que de neuf⁸⁴. Dans les lignes directrices du COSEPAC et dans la Liste rouge de l'U.I.C.N., les critères utilisés pour déterminer le risque d'extinction d'une espèce sont les suivants : la réduction de la population totale, la faible répartition géographique (zone d'occurrence et zone d'occupation), la taille et le déclin d'une petite population totale, une population très petite ou de distribution limitée et l'analyse quantitative⁸⁵. Les critères utilisés par le COSEPAC et l'U.I.C.N. sont les

⁸¹ La version 2006 de la Liste rouge est disponible en ligne : <<http://www.iucn.org/themes/ssc/redlist2006/redlist2006.htm>> (date de consultation : 4 juillet 2007). Le nombre d'espèces considérées menacées (classifiées dans les catégories « En danger critique d'extinction », « En danger » et « vulnérable ») s'élève à 16 119. Mentionnons que la Liste comprend au total neuf catégories d'espèces. Outre les trois catégories d'espèces menacées, figurent également les espèces « éteintes », « éteintes à l'état sauvage », « vulnérables », « quasi menacées », « préoccupations mineures » (taxons qui ne remplissent pas les critères des catégories précédentes et qui sont largement répandus et abondants), « données insuffisantes » (taxons pour lesquels on ne dispose pas d'assez de données pour évaluer directement ou indirectement le risque d'extinction en fonction de leur distribution et/ou de l'état de leur population) et « non évaluées » (taxons qui n'ont pas encore été confrontés aux critères d'évaluation). Pour un historique de la liste rouge et de l'évaluation des espèces au sein de l'U.I.C.N., en ligne : <http://www.iucn.org/themes/ssc/redlists/background_EN.htm> (date de consultation : 3 juillet 2007).

⁸² Les Catégories et Critères de l'U.I.C.N. pour la Liste Rouge adoptés en 1994 ont ainsi pour but précis :

[d']offrir un système pouvant être utilisé de manière cohérente par différents groupes d'utilisateurs; d'améliorer l'objectivité en fournissant aux utilisateurs des orientations claires sur les moyens d'évaluer différents facteurs qui influent sur le risque d'extinction; d'offrir un système permettant la comparaison entre des taxons très différents; de permettre aux utilisateurs de la liste d'espèces menacées de mieux comprendre la démarche suivie pour classer chaque espèce : voir Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *ibid.* à la p. 1.

⁸³ Voir Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *supra* note 80.

⁸⁴ Les Catégories de statut du COSEPAC pour une espèce sont les suivantes : disparue, disparue du pays, en voie de disparition, menacée, préoccupante, données insuffisantes, non en péril, voir Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des

mêmes, avec cependant des variations dans certains paramètres d'application⁸⁶.

En vertu du document de l'U.I.C.N., l'incertitude scientifique constitue un facteur important à prendre en considération dans l'évaluation des espèces en péril. Pour assurer la protection de celles-ci, les catégories et critères de l'U.I.C.N. ont progressivement intégré des éléments de précaution, en insistant sur la nécessité d'appliquer prudemment le système⁸⁷ et en suggérant des pistes pour le traitement de l'incertitude scientifique⁸⁸. La version 3.1 des Catégories et Critères consacre une annexe complète à l'incertitude scientifique. Cette annexe précise qu'une incertitude considérable est souvent présente dans l'évaluation de la situation des espèces et qu'elle est associée aux données disponibles et à la manière dont elles ont été obtenues. Les incertitudes peuvent être qualifiées de variabilité naturelle⁸⁹, d'incertitude sémantique⁹⁰ ou d'erreur de mesure⁹¹.

La Commission de sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N. préconise

espèces en péril au Canada, *ibid.* à la p. 13.

⁸⁵ Voir Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *supra* note 80 aux pp. 16-23; Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *ibid.* aux pp. 8-11.

⁸⁶ *Ibid.* À titre d'exemple, les paramètres de l'analyse quantitative diffèrent légèrement dans les deux documents. En vertu des *Catégories et Critères de l'UICN pour la Liste Rouge*, un taxon sera considéré « en danger critique d'extinction » si une analyse quantitative montre que la probabilité d'extinction à l'état sauvage s'élève à 50% au moins en l'espace de 10 ans ou 3 générations, selon la période la plus longue (maximum de 100 ans). Selon ce même critère mais dans le document du COSEPAC, un taxon sera considéré « en voie de disparition » si la probabilité de sa disparition dans la nature est d'au moins 20% en 20 ans ou 5 générations, selon la période la plus longue (jusqu'à un maximum de 100 ans).

⁸⁷ Voir la version 2.2 des Catégories et Critères (1994), tel que rapporté dans Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *supra* note 80 à la p. 2 (Introduction).

⁸⁸ Voir la version 3.0 de 1999, *ibid.* à la p. 3.

⁸⁹ Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *supra* note 80 à la p. 24 : « La variabilité naturelle résulte du fait que le cycle biologique et le milieu dans lequel évoluent les espèces changent à l'échelle temporelle et spatiale ».

⁹⁰ *Ibid.* :

L'incertitude sémantique provient de la définition imprécise des termes ou de l'absence de cohérence dans l'usage des termes par différents évaluateurs. Des atives ont été faites pour définir avec exactitude les termes utilisés dans les critères mais ce n'est pas toujours possible sans perte de généralité.

⁹¹ *Ibid.* :

L'erreur de mesure est souvent la principale source d'incertitude. Elle provient du manque d'information précise sur les paramètres utilisés dans les critères qui peut être due à une imprécision dans l'estimation des valeurs ou à un manque de

l'application du principe de précaution dans l'évaluation de la situation des espèces :

[L]es évaluateurs doivent décider d'adopter soit le principe de précaution, soit le principe de la preuve face au risque (limite de risque acceptable). Le principe de précaution conduit à classer un taxon dans une catégorie *Menacé* à moins d'être certain que le taxon en question n'est pas menacé, tandis que le principe de la preuve n'amène à classer un taxon dans une catégorie *Menacé* que s'il y a suffisamment de preuves pour justifier ce choix. Lorsqu'ils appliquent les critères, les évaluateurs doivent éviter d'adopter le principe de la preuve et choisir une approche de précaution qui reste réaliste vis-à-vis de l'incertitude, par exemple en utilisant des limites inférieures acceptables plutôt que des meilleures estimations pour déterminer les effectifs d'une population, notamment si cette population fluctue. L'attitude adoptée doit être explicitement décrite.⁹²

Plusieurs autres passages du document de l'U.I.C.N. font référence à la nécessité d'adopter une approche prudente lorsque l'incertitude conduit à une variation considérable dans les résultats des évaluations. Ainsi, si l'évaluation n'entraîne pas un résultat certain quant à la catégorie dans laquelle une espèce menacée puisse être classée, le principe de précaution consiste à choisir la catégorie la plus stricte, par exemple « en danger critique d'extinction » plutôt que « vulnérable »⁹³. Il importe que chaque taxon soit évalué en fonction de tous les critères, bien qu'il ne soit pas nécessaire que tous les critères soient applicables ou remplis pour qu'une espèce soit inscrite dans la catégorie correspondante. Il suffit en fait qu'un seul critère soit rempli pour justifier la classification. Ainsi que l'explique le document :

Comme il est impossible de savoir par avance quel critère est applicable à un taxon particulier, chaque taxon doit être évalué en fonction de tous les critères et tous les critères remplis pour la catégorie de menace la plus élevée doivent être consignés⁹⁴.

En l'absence de données de haute qualité, les méthodes qui font appel aux estimations, déductions et projections sont acceptables, notamment pour extrapoler vers l'avenir des menaces actuelles ou potentielles⁹⁵. Cependant, le document insiste sur le fait que la preuve disponible doive raisonnablement étayer les arguments avancés, que le raisonnement soit

connaissances. L'erreur de mesure peut être réduite ou éliminée par l'acquisition de données supplémentaires.

⁹² *Ibid.* à la p. 25.

⁹³ *Ibid.* à la p. 29.

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 5.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 6.

décrit et consigné et que la démarche s'avère crédible. Le principe de précaution tel que préconisé par l'U.I.C.N. fait en somme référence à l'instauration d'un système de « filtres » en vertu duquel aucune espèce réellement en péril ne puisse être soustraite à l'attention des évaluateurs.

En adhérant, pour l'essentiel, aux critères et catégories instaurées par l'U.I.C.N., on peut penser que le COSEPAC reconnaît la légitimité d'appliquer le principe ou une approche de précaution dans l'évaluation des espèces en péril au Canada⁹⁶. À cet égard, une difficulté particulière est posée par le fait que certaines espèces puissent être classées par le COSEPAC dans la catégorie « données insuffisantes ». La *Loi sur les espèces en péril* prévoit que le COSEPAC peut, aux termes de son évaluation, considérer qu'il ne dispose pas de l'information voulue pour classer une espèce⁹⁷. Le COSEPAC définit ainsi la catégorie « données insuffisantes » :

une catégorie qui s'applique lorsque l'information disponible est insuffisante a) pour déterminer l'admissibilité d'une espèce à l'évaluation ou b) pour permettre une évaluation du risque de disparition de l'espèce⁹⁸.

La liste des espèces évaluées par le COSEPAC comprend à ce jour 41 espèces dont les données sont insuffisantes. Le rapport du COSEPAC précise que :

les espèces classées dans la catégorie « données insuffisantes » ne seront réévaluées que si de nouveaux renseignements suggèrent qu'elles sont en péril (disparues du pays, en voie de disparition, menacées ou préoccupantes) ou disparues⁹⁹.

Ces espèces en manque de données suffisantes ne figureront pas à la liste

⁹⁶ Outre la *L.E.P.*, l'*Accord pour la protection des espèces en péril* intervenu entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux en 1996, qui a conféré au COSEPAC le rôle d'organisme indépendant expert dans la détermination du statut des espèces au Canada, contient aussi une formulation du principe de précaution : « le fait de ne pas avoir une certitude scientifique absolue ne doit pas être une raison de retarder les mesures visant à éviter ou réduire les menaces pour les espèces en péril ». Pour le texte de l'*Accord pour la protection des espèces en péril*, consulter le site d'Environnement Canada, en ligne : <http://www.speciesatrisk.gc.ca/recovery/accord_f.cfm> (date de consultation : 18 juillet 2007).

⁹⁷ Art. 15(1)(a)(ii) *L.E.P.*

⁹⁸ Voir Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *Rapport annuel 2006* à la page 18, en ligne : <http://www.sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/cosewic/rac%5Frapport%5Fannuel%5Fdu%5FCOSEPAC%5F2006%5Ff%2Epdf> (date de consultation : 9 juillet 2007).

⁹⁹ Voir Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *Espèces canadiennes en péril 2007*, en ligne : <http://www.cosepac.gc.ca/fra/sct0/rpt/rpt_ecep_f.cfm> (date de consultation : 9 juillet 2007). Les tableaux des espèces évaluées

de l'Annexe 1 de la *L.E.P.* et ne seront donc pas assujetties à des mesures de protection, à moins qu'elles ne soient réévaluées et classées dans l'une ou l'autre des catégories des espèces considérées en péril. Or, la Loi ne prévoit pas de suivi pour ces espèces, et dans un contexte de budget limité, il est légitime de penser que le COSEPAC favorisera plutôt l'évaluation d'espèces non évaluées dont on soupçonne fortement la précarité plutôt que d'actualiser l'évaluation d'espèces considérées dans le passé comme non en péril ou encore en manque de données suffisantes.

Lorsque l'information est impossible à générer et que la classification de l'espèce relèverait du hasard ou de la chance, le COSEPAC se doit d'indiquer le manque de données suffisantes, à défaut de quoi son rapport ne paraîtra pas crédible¹⁰⁰. Cependant, la ligne de démarcation est parfois mince à cet égard entre une approche traditionnelle qui conclurait trop souvent à l'absence de données suffisantes et une approche davantage « conservationniste » qui correspond mieux à l'objectif de la *L.E.P.* Il n'est en effet pas toujours facile de départager la situation d'une espèce qui apparaît précaire simplement parce qu'elle est rare ou encore parce qu'elle n'a jamais été vraiment établie au Canada, de celle d'une espèce traditionnellement bien implantée au Canada mais réellement menacée en raison des atteintes portées à son habitat. Dans le premier cas, le manque de données

jusqu'en novembre 2006 par le COSEPAC indiquent de plus que celui-ci a classifié 521 espèces dans les catégories de « risque » (disparues du pays, en voie de disparition, menacées et préoccupantes), 13 espèces dans la catégorie « disparues », et 159 dans celle des espèces non en péril, pour un total de 734 espèces évaluées, *ibid.*

¹⁰⁰ Des Lignes directrices ont été formulées par le COSEPAC pour être utilisées dans les cas de « données insuffisantes ». Elles se lisent comme suit :

L'inscription à la catégorie "données insuffisantes" devrait avoir lieu dans les cas où, dans le cadre du rapport de situation, il y a eu des recherches approfondies pour obtenir la meilleure information disponible, mais que celle-ci est insuffisante pour :

- a) répondre à tout critère ou attribuer un statut;
- b) déterminer l'admissibilité de l'espèce relativement à l'évaluation.

Trois exemples de situations où l'absence de données suffisantes devrait être constatée sont ensuite expliquées : 1) « les enregistrements relatifs à l'occurrence sont trop peu fréquents ou trop répandus pour tirer des conclusions sur la zone d'occurrence, la taille de la population, les menaces ou les tendances »; 2) :

les relevés pour vérifier l'occurrence, lorsque entrepris, n'ont pas été assez approfondis ou exhaustifs ou ils n'ont pas eu lieu au moment approprié de l'année ou dans des conditions propices afin d'assurer la fiabilité des conclusions tirées des données obtenues;

3) « l'occurrence de l'espèce au Canada ne peut pas être confirmée ou niée avec certitude ».

Voir Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *supra* note 79 à la p. 11.

scientifiques suffisantes sur l'espèce ne sera pas le reflet de son statut précaire¹⁰¹, tandis qu'il le sera vraisemblablement dans le second cas. En effet, les espèces en péril sont très souvent des espèces devenues rares pour lesquelles il sera impossible de ramasser toutes les informations utiles, avant qu'elles ne disparaissent complètement! Pour assurer la conservation des espèces, il vaudrait sans doute mieux parfois ajouter certaines espèces qui sont en manque de données suffisantes sur la liste des espèces en péril¹⁰². Ceci est une question de degré et de jugement. L'U.I.C.N. affirme ainsi qu'« un usage trop libéral de la catégorie *Données insuffisantes* est à proscrire » et que tant que le risque à l'endroit d'un taxon n'a pas été évalué, celui-ci ne doit pas être traité comme s'il n'était pas menacé. Ainsi, « [i]l peut être souhaitable de [lui] accorder le même degré de protection qu'aux taxons menacés, au moins jusqu'à ce que [son] état puisse être évalué »¹⁰³.

Il ressort de cette seconde partie que le principe de précaution est connu et appliqué, dans l'évaluation de la situation des espèces, depuis de nombreuses années. S'agissant de la sauvegarde des espèces en péril, il est en effet souvent nécessaire d'agir, même en l'absence de données et de preuves définitives quant aux menaces et aux dommages qu'elles subissent ou subiront potentiellement si rien n'est fait pour les contrer. Les entretiens menés de même que la lecture des documents disponibles nous ont convaincus que les paramètres scientifiques aujourd'hui reconnus dans le domaine de la conservation des espèces, tant au Canada que sur la scène internationale, intègrent les principaux éléments du principe de précaution dans la reconnaissance des critères d'évaluation et la façon de les appliquer. Il nous reste à déterminer si au Canada, l'articulation de la *Loi sur les espèces en péril* permet une réelle prise en compte de la précaution au stade de l'évaluation et de la désignation des espèces en péril.

¹⁰¹ D'ailleurs, la *L.E.P.* ne s'applique pas à l'endroit des espèces qui sont implantées au Canada depuis moins de 50 ans et à celles qui ne sont pas indigènes au Canada. Voir la définition d'« espèce sauvage », art. 2(1) *L.E.P.*

¹⁰² Le COSEPAC estime que la catégorie « données insuffisantes » ne devrait pas être utilisée si :

- a) le COSEPAC a de la difficulté à choisir entre deux désignations de statut; b) le rapport de situation est inadéquat et que des recherches approfondies pour obtenir la meilleure information disponible n'ont pas été effectuées (cas dans lequel le rapport devrait être rejeté); c) l'information disponible est à peine suffisante pour attribuer un statut, mais insuffisante pour la planification du rétablissement ou d'autres utilisations semblables.

Voir Gouvernement du Canada, Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *supra* note 79 à la p. 11.

¹⁰³ Voir Commission de la sauvegarde des espèces de l'U.I.C.N., *supra* note 80 à la p. 8.

3. Le paradoxe de la Loi sur les espèces en péril : le chevauchement des rôles de l'expert scientifique et du décideur public dans la désignation des espèces en péril

Dans cette troisième et dernière partie, nous constaterons la présence d'un paradoxe important dans la *Loi sur les espèces en péril* qui nie en quelque sorte l'application du principe de précaution dans l'évaluation des espèces. D'une part, le processus d'évaluation des espèces mis en place par la *L.E.P.* se caractérise par l'indépendance et la crédibilité des experts scientifiques, éléments essentiels dans la reconnaissance du principe de précaution (3.A). D'autre part, tant l'économie de la Loi que son application font ressortir la portée dominante laissée à la discrétion gouvernementale et aux considérations socioéconomiques dans le processus de désignation des espèces (3.B).

A. L'indépendance et la crédibilité des experts intervenant dans le processus d'évaluation des espèces

En vertu de la *L.E.P.*, l'évaluation de la situation d'une espèce sauvage au Canada est effectuée par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC)¹⁰⁴, qui doit en fournir une copie au ministre de même qu'au Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril (CCCEP)¹⁰⁵ dès qu'elle est terminée¹⁰⁶. Dans les faits cependant, le COSEPAC remet annuellement au ministre et au CCCEP un rapport qui

¹⁰⁴ Ce comité est constitué par l'article 14 *L.E.P.* Sa mission, sa composition, son fonctionnement et son mandat sont précisés aux articles 15 à 26 *L.E.P.*

¹⁰⁵ En vertu du paragraphe 7(1) *L.E.P.*, le CCCEP est composé du ministre de l'Environnement, du ministre des Pêches et des Océans et du ministre responsable de l'Agence Parcs Canada (actuellement le ministre de l'Environnement) ainsi que des ministres des provinces et des territoires chargés de la conservation et de la gestion des espèces sauvages dans ces provinces et territoires. Il a pour mission « de diriger d'une façon générale les activités du COSEPAC, l'élaboration des programmes de rétablissement et l'élaboration et la mise en oeuvre des plans d'action » et de « coordonner les activités de protection des espèces en péril exercées par les divers gouvernements représentés au conseil » : art. 7(2)(a)-(b). Le CCCEP a été créé en 1996 par l'*Accord pour la protection des espèces en péril*, *supra* note 96, intervenu entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Cet Accord préconisait une approche nationale de protection des espèces en péril, devant mener à la désignation des espèces en péril, la protection de leurs habitats et l'élaboration de plans de rétablissement. Cette collaboration accrue entre les provinces et le fédéral en matière de protection de la nature était rendue nécessaire entre autres par l'adhésion du Canada à la *Convention sur la diversité biologique*. Pour plus d'informations sur le CCCEP, voir le site internet d'Environnement Canada, en ligne : <http://www.ec.gc.ca/media_archive/press/2005/051005-2_b_f.htm> (date de consultation : 16 juillet 2007).

¹⁰⁶ Art. 25(1) *L.E.P.*

fait état de la situation des espèces qui ont été évaluées dans l'année et qui les classifie en fonction des catégories prévues à la loi¹⁰⁷. Le COSEPAC peut aussi conclure qu'une espèce n'est pas actuellement en péril ou qu'il ne dispose pas de l'information voulue pour la classifier¹⁰⁸. En prenant en compte l'évaluation de la situation de chaque espèce faite par le COSEPAC et après consultation de tout ministre compétent¹⁰⁹, le ministre de l'Environnement fait une recommandation au gouverneur en conseil à l'égard de chaque espèce sauvage ou espèce en péril figurant au rapport. Le paragraphe 27(1.1) *L.E.P.* prévoit que, dans les neuf mois suivant la réception de l'évaluation de la situation d'une espèce faite par le COSEPAC, le gouverneur en conseil peut examiner l'évaluation et, sur recommandation du ministre, soit confirmer l'évaluation et inscrire l'espèce sur la liste, soit décider de ne pas inscrire l'espèce sur la liste ou encore renvoyer la question au COSEPAC pour renseignements supplémentaires ou pour réexamen¹¹⁰.

Le COSEPAC joue donc un rôle primordial dans le processus d'évaluation de la situation des espèces au Canada. Essentiellement, le COSEPAC se prononce sur les aspects suivants : l'éligibilité des espèces au processus, notamment en établissant l'ordre de priorité pour leur évaluation¹¹¹, l'acceptabilité du rapport de situation concernant une espèce qu'il aura décidé de soumettre au processus¹¹² et le statut de l'espèce parmi ceux énumérés au paragraphe 15(1) *L.E.P.* L'objet de la présente section est de vérifier si tant au plan de sa composition que de son mode de fonctionnement, le COSEPAC présente les garanties d'indépendance, d'impartialité et de crédibilité qui doivent être attendues d'un organisme appelé à déterminer sur le plan scientifique la situation d'une espèce sauvage et à « signaler les menaces réelles ou potentielles à son égard »¹¹³.

¹⁰⁷ Art. 15 (1)(a) *L.E.P.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Les ministres fédéraux compétents peuvent être, selon les espèces considérées, le ministre responsable de l'Agence Parcs Canada, le ministre des Pêches et des Océans ou le ministre de l'Environnement : voir la définition, art. 2 (1) *L.E.P.*

¹¹⁰ Si après cette période de neuf mois, le gouverneur en conseil n'a pas pris l'une de ces trois mesures, le paragraphe 27(3) prévoit que le ministre de l'Environnement modifie, par arrêté, la liste en conformité avec l'évaluation de la situation de l'espèce faite par le COSEPAC.

¹¹¹ L'alinéa 15(1)(b) *L.E.P.*, qui établit la mission du COSEPAC, précise que celui-ci « [détermine] le moment auquel doit être effectuée l'évaluation des espèces sauvages, la priorité étant donnée à celles dont la probabilité d'extinction est la plus grande ».

¹¹² Le paragraphe 21(1) *L.E.P.* prévoit que « [l]'évaluation de la situation d'une espèce sauvage par le COSEPAC se fonde obligatoirement sur le rapport de situation relatif à l'espèce qu'il a soit fait rédiger, soit reçu à l'appui d'une demande ».

¹¹³ Art. 15(1) *L.E.P.*

L'existence du COSEPAC est bien antérieure à l'adoption de la *L.E.P.*, puisque le Comité a été mis en place en 1977 en vertu d'une décision de la Conférence des directeurs fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables de la faune et qu'il procède à l'évaluation des espèces depuis 1978. La création du COSEPAC découlait du besoin d'une classification unique, officielle et scientifique des espèces en péril qui soit acceptée à l'échelle du Canada, des provinces et des territoires en raison de la compétence constitutionnelle partagée en matière de protection de la nature. Le COSEPAC a ainsi toujours été composé de scientifiques émanant entre autres non seulement des ministères fédéraux compétents, mais aussi des ministères provinciaux et des agences provinciales et territoriales. À l'origine, le COSEPAC avait mandat d'étudier et de classer selon des catégories de risque les vertébrés (mammifères, oiseaux, reptiles, amphibiens et poissons) et les plantes. En 1994, son mandat a été élargi pour inclure les mollusques, les lépidoptères (papillons diurnes et nocturnes), les lichens, les mousses et finalement, en 2003, les arthropodes autres que les lépidoptères (comme les demoiselles, les coléoptères, les écrevisses et les araignées). Le COSEPAC a toujours continué à procéder à l'évaluation de la situation des espèces depuis 1978; en vertu de la *L.E.P.*, il est établi comme entité consultative scientifique et le gouvernement du Canada doit tenir compte de ses évaluations et classifications lorsqu'il dresse la liste légale des espèces en péril. Bien qu'existant depuis près de trente ans, c'est la *Loi sur les espèces en péril* qui a conféré au COSEPAC une reconnaissance législative officielle¹¹⁴.

En vertu de l'article 16 *L.E.P.*, c'est le ministre de l'Environnement qui procède à la nomination des membres du COSEPAC, mais après consultation du CCCEP et d'organismes d'experts, entre autres la Société Royale du Canada. Chaque membre du COSEPAC doit posséder une expertise soit liée à la biologie de la conservation, la dynamique des populations, la taxinomie, la systématique ou la génétique en tant que disciplines, ou encore aux connaissances des collectivités ou des peuples autochtones en matière de conservation des espèces sauvages¹¹⁵. Les membres, nommés pour des mandats renouvelables d'au plus quatre ans, peuvent recevoir la rémunération et les indemnités que fixe le ministre mais ne font pas partie, en cette qualité, de l'administration publique fédérale¹¹⁶.

¹¹⁴ Pour un historique du COSEPAC, consulter le site internet du Comité, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct6/sct6_3_f.cfm#hist> (date de consultation : 18 juillet 2007).

¹¹⁵ Art. 16(2) *L.E.P.*

¹¹⁶ Art. 16(3)-(5) *L.E.P.*

Le COSEPAC compte 30 membres ayant droit de vote, et d'autres agissant comme substituts advenant l'empêchement des premiers. Les 30 membres votants sont d'abord des membres gouvernementaux, soit des scientifiques provenant des dix provinces, des trois territoires, de quatre organismes fédéraux impliqués dans la conservation des espèces (le Service canadien de la faune, l'Agence Parcs Canada, le ministère des Pêches et des Océans et le Partenariat fédéral en matière d'information sur la biodiversité, lequel est présidé par le Musée canadien de la nature). Le COSEPAC comprend aussi trois membres scientifiques non gouvernementaux, les coprésidents des Sous-comités de spécialistes des espèces (SSE) (aussi appelés groupes taxinomiques)¹¹⁷ ainsi que le coprésident du Sous-comité des connaissances traditionnelles autochtones (CTA). Le COSEPAC est en effet tenu en vertu de l'article 18 *L.E.P.* d'établir des sous-comités de spécialistes qui l'aideront dans la réalisation et l'examen des rapports de situation sur les espèces sauvages, qui le conseilleront ou exerceront certaines de ses fonctions. Ont ainsi été créés neuf sous-comités compétents à l'égard des catégories d'espèces sauvages et un sous-comité compétent en matière de connaissances traditionnelles des peuples autochtones¹¹⁸. Le COSEPAC détermine la

composition de ces sous-comités, lesquels peuvent comprendre des personnes non membres du COSEPAC¹¹⁹.

Le COSEPAC possède une autonomie importante en ce qui a trait à son fonctionnement, bien que le ministre de l'Environnement lui fournisse son personnel (professionnels, techniciens, secrétaires, commis et autres personnes) et les installations et fournitures qu'il estime nécessaires à l'exécution de sa mission¹²⁰. Au sein de la Direction des espèces en péril du Service canadien de la faune, c'est la Division de l'évaluation qui tient ainsi lieu de secrétariat du COSEPAC. Ces liens qui

¹¹⁷ Ces groupes portent sur les amphibiens et reptiles, les arthropodes, les poissons marins, les poissons d'eau douce, les mammifères terrestres, les mammifères marins, les mollusques, les plantes et lichens et les oiseaux.

¹¹⁸ Le président et les membres du Sous-comité des CTA doivent être nommés par le ministre après consultation de toute organisation autochtone qu'il estime indiquée (art. 18(3)). Déjà en 2000, le COSEPAC avait ajouté aux SSE un sous-comité pour aider à l'incorporation des connaissances traditionnelles autochtones au processus d'évaluation des espèces. Au sujet du Sous-comité des CTA et de ce que constituent les connaissances traditionnelles autochtones, voir le site du COSEPAC, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct4/index_f.cfm> (date de consultation : 20 juillet 2007). Voir aussi Section 3.B ci-dessous pour nos remarques.

¹¹⁹ La liste des membres des sous-comités du COSEPAC est disponible en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct6/sct6_4_f.cfm#3> (date de consultation : 20 juillet 2007).

¹²⁰ Art. 20 *L.E.P.*

unissent les membres du COSEPAC au ministère de l'Environnement fédéral, de même que leurs fonctions principales auprès de ministères provinciaux ou fédéraux ou d'autres organismes n'influencent pas indûment leurs prises de positions. La *L.E.P.* précise que « [c]haque membre du COSEPAC exerce ses fonctions de façon indépendante »¹²¹. Le COSEPAC établit ses règles de conduite et détermine pour l'essentiel la façon dont il exerce son mandat, sous réserve de l'approbation du CCCEP¹²². Il choisit la personne qui préside ses réunions établit les règles concernant la tenue de ses réunions et la conduite de ses activités et celles de ses sous-comités, lesquels doivent nécessairement être présidés par un de ses membres¹²³.

L'évaluation scientifique des espèces en péril réalisée par le COSEPAC relève de l'une ou l'autre de deux démarches distinctes. Tout d'abord le processus régulier d'évaluation conduit chaque année à l'examen et à la classification d'un certain nombre d'espèces par le COSEPAC. Par ailleurs, la loi prévoit un mécanisme d'inscription d'espèces à la liste de l'annexe I dans les situations d'urgence¹²⁴. Dans ce cas, le COSEPAC doit faire préparer un rapport de situation de l'espèce, et au plus tard un an après la prise du décret, présenter au ministre un rapport écrit dans le but de confirmer ou non la classification de l'espèce établie par le décret¹²⁵.

¹²¹ Art. 16(6) *L.E.P.* Le site du COSEPAC précise que :

[I]es membres du COSEPAC sont des universitaires, des spécialistes indépendants, des Autochtones ou des biologistes des gouvernements, des musées ou indépendants qui donnent gratuitement leur temps et leurs efforts,

en ligne <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct6/sct6_4_f.cfm> (date de consultation : 20 juillet 2007).

¹²² Voir le mandat du COSEPAC, tel qu'approuvé par le CCCEP en septembre 2003, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct6/sct6_2_f.cfm> (date de consultation : 20 juillet 2007).

¹²³ Art. 18(2) *L.E.P.*

¹²⁴ Art. 29(1) *L.E.P.* qui se lit comme suit :

Si le ministre est d'avis que la survie d'une espèce sauvage est menacée de façon imminente, il est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, de recommander d'urgence au gouverneur en conseil de modifier la liste pour y inscrire l'espèce comme espèce en voie de disparition.

Dans ces cas, le ministre doit nécessairement fonder son avis au gouverneur en conseil sur l'une ou l'autre de deux sources d'informations : une évaluation du COSEPAC réalisée en vertu de l'article 28 (et qui suit une demande de toute personne qui estime que la survie d'une espèce sauvage est menacée de façon imminente) ou l'information à laquelle le ministre a accès (art. 29(2) *L.E.P.*).

¹²⁵ Art. 30(1) *L.E.P.* Si le COSEPAC recommande de classer à nouveau ou de radier l'espèce de la liste, le ministre peut faire une recommandation au gouverneur en conseil concernant la modification de la liste (art. 31 *L.E.P.*).

Le processus régulier d'évaluation d'une espèce par le COSEPAC peut être initié de différentes façons. Nous avons déjà mentionné le fait qu'en vertu de la loi, le COSEPAC détermine le moment auquel doit être effectuée l'évaluation des espèces, sous réserve que la priorité soit donnée à celles dont la probabilité d'extinction est la plus grande. Comment cette probabilité peut-elle être établie? Diverses informations et sources sont utilisées par le COSEPAC pour prioriser les espèces pour lesquelles un rapport de situation sera préparé. Les sous-comités taxinomiques ainsi que celui sur les connaissances traditionnelles autochtones du COSEPAC jouent un rôle important au plan de l'établissement de ces priorités, en raison de leur expertise à l'endroit des espèces¹²⁶.

Cette première étape franchie, le COSEPAC doit faire effectuer un rapport de situation pour chaque espèce qu'il aura sélectionnée. Ce rapport constitue en fait le pilier du processus d'évaluation puisque « l'évaluation de la situation d'une espèce sauvage par le COSEPAC se fonde obligatoirement sur le rapport de situation relatif à l'espèce qu'il a soit fait rédiger, soit reçu à l'appui d'une demande »¹²⁷. Tout comme pour l'étape de la priorisation des espèces, le COSEPAC apparaît bénéficier d'une marge de manœuvre et d'une indépendance importantes dans la réalisation de cette tâche, laquelle se base, rappelons-le, sur des considérations scientifiques. La définition du terme « rapport de situation » se lit en effet comme suit :

Sommaire de la meilleure information accessible sur la situation d'une espèce sauvage, notamment les données scientifiques ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones, dont la forme et le contenu sont conformes aux exigences réglementaires prévues en application du paragraphe 21(2)¹²⁸.

¹²⁶ La liste des espèces candidates au 14 juin 2007 peut être consultée sur le site internet du COSEPAC. Les espèces candidates à l'évaluation ont été classées en trois groupes prioritaires par les SSE. Alors que :

[l]e groupe 1 regroupe les espèces qui ont la priorité d'évaluation par le COSEPAC la plus élevée et comprend les espèces présumées en voie de disparition au Canada, [l]es groupes 2 et 3 regroupent des espèces de priorité intermédiaire et inférieure, respectivement, en ce qui a trait à leur évaluation par le COSEPAC.

Voir Gouvernement du Canada, COSEPAC, *Liste des espèces candidates du COSEPAC*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct3/sct3_1_f.cfm#p1> (date de consultation : 20 juillet 2007).

¹²⁷ Art 21(1) *L.E.P.*

¹²⁸ Art. 2(1) *L.E.P.* En ce qui concerne l'incorporation des connaissances traditionnelles autochtones et des connaissances de collectivités dans l'évaluation des espèces, voir Section 3.B ci-dessous pour nos remarques.

Le rapport de situation se présente donc comme une compilation de toute l'information disponible sur une espèce, laquelle compilation est effectuée non pas directement par le COSEPAC, mais bien en son nom par des personnes qui ont une expertise et qui sont engagées par contrat à la suite d'un processus d'appel d'offres¹²⁹. Il est parfois difficile de trouver pour certaines espèces un auteur pour rédiger un rapport; la priorité établie par le COSEPAC se heurte donc aussi aux réalités de la pratique. Il arrive exceptionnellement qu'un membre du COSEPAC rédige un rapport, même si cette façon de faire n'est pas favorisée en raison du double rôle que ce membre sera appelé à jouer, soit réaliser un rapport et voter pour son acceptation par la suite. Par contre, les membres bénévoles des sous-comités taxinomiques sont plus souvent appelés à préparer des rapports de situation puisqu'ils ne sont pas des membres votants du COSEPAC et, s'agissant d'experts recrutés dans les universités ou les musées canadiens, ils sont parfois les seuls à posséder les connaissances nécessaires concernant certaines espèces.

La réalisation d'un rapport de situation concernant une espèce est un processus long, qui s'étale généralement sur environ deux années, du début de la collecte d'informations jusqu'au vote concernant l'évaluation, lors d'une réunion plénière du COSEPAC. Sous la supervision des coprésidents du groupe taxinomique concerné, l'auteur du rapport devra ramasser l'information disponible, procéder à l'analyse de celle-ci et écrire le rapport. Celui-ci sera évalué par des pairs, notamment par des experts membres des sous-comités établis par le COSEPAC.

En vertu du paragraphe 23(1) *L.E.P.*, le COSEPAC doit évaluer, motifs à l'appui, la situation d'une espèce sauvage dans l'année suivant la réception du rapport de situation qui la concerne. C'est pendant la réunion plénière annuelle du COSEPAC que l'on procédera au vote pour chacune des espèces pour lesquelles un rapport a été complété. La pratique actuelle au sein du COSEPAC prévoit de voter sous forme électronique, ce qui assure que le vote de chacun des membres ne sera pas divulgué, ni à l'endroit des autres membres, ni face aux employeurs dans le cas des membres qui proviennent de l'une ou l'autre des juridictions fédérale, provinciales ou territoriales. Les membres du COSEPAC doivent voter en leur âme et conscience selon les principes scientifiques et non en tenant compte des considérations socio-économiques qui peuvent découler du statut d'espèce en péril. Le caractère secret du vote assure en grande partie cette indépendance d'esprit.

¹²⁹ Le site internet du COSEPAC sert à la diffusion des appels d'offre, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct7/index_f.cfm#CFB> (date de consultation : 30 juillet 2007).

La majorité exigée lors du vote varie en fonction des aspects sur lesquels le COSEPAC est appelé à se prononcer. Concernant l'éligibilité des espèces au processus d'évaluation, la majorité exigée en est une des deux tiers. Il en est de même pour l'acceptabilité du rapport de situation d'une espèce; la reconnaissance par le COSEPAC de la crédibilité du rapport nécessite cette majorité qualifiée. Une fois cette crédibilité assurée et établie, le vote concernant le statut de l'espèce – disparue, en voie de disparition, menacée ou préoccupante – est pris à la majorité simple. C'est souvent sur cet aspect du vote que les enjeux sont les plus importants, et les discussions les plus animées, car du statut de l'espèce dépendra l'ampleur des mesures de restriction à son endroit. Ainsi, le statut d'espèce préoccupante n'entraîne pas d'interdictions ou la prise de mesures de rétablissement; il en va évidemment autrement lorsque l'espèce est menacée ou en voie de disparition. Bien que les considérations socio-économiques ne soient pas du ressort du COSEPAC, il n'empêche que ses membres puissent être en partie influencés par celles-ci lors du vote concernant le statut de l'espèce. Cependant, là encore, le fait que les votes demeurent secrets empêche au moins une trop grande interférence de ce type de considérations. En effet, les résultats des votes ne sont détaillés nulle part, ni dans les documents publics, ni dans la recommandation éventuellement soumise au ministre de l'Environnement. La teneur des votes n'est pas révélée à l'extérieur du Comité, de même que les dissensions d'opinions ou les opinions minoritaires au sein du COSEPAC. La divulgation de ces détails n'apparaît pas souhaitable et pertinente puisqu'elle pourrait affecter la crédibilité du processus et l'indépendance des décideurs.

Il ressort de cette analyse que le COSEPAC constitue effectivement un comité consultatif composé d'experts à la fois compétents et crédibles et qu'il exerce sa fonction d'évaluation des espèces de façon indépendante, raisonnablement à l'abri des pressions pouvant être exercées par les décideurs politiques. Nous verrons cependant que l'amalgame malheureux qu'opère la *L.E.P.* entre les considérations scientifiques et les intérêts socioéconomiques au stade de la désignation des espèces ne s'avère pas conforme au principe de précaution.

B. La portée dominante laissée à la discrétion gouvernementale et aux considérations socioéconomiques dans le processus de désignation des espèces

Depuis la promulgation de la *L.E.P.*, l'inscription sur la liste de l'annexe I d'une espèce en péril justifiée par la suite la prise de mesures qui pourront avoir des conséquences économiques et sociales importantes

telles que l'élaboration d'un plan de rétablissement obligatoire et des interdictions visant les prélèvements de l'espèce et la destruction de sa résidence. Afin que le gouvernement fédéral conserve ultimement le contrôle de ces conséquences et qu'il puisse même parfois les empêcher, le législateur a décidé de scinder en deux le processus menant à la désignation des espèces en péril : il revient au COSEPAC, en raison de son expertise scientifique, d'évaluer et de classifier les espèces, mais il appartient au gouvernement, décideur politique, de lister celles-ci ou non, en tenant compte de l'ensemble des considérations scientifiques, économiques, sociales, culturelles et autres qui pourraient selon son appréciation s'avérer pertinentes. Rappelons qu'en vertu du paragraphe 27(1) de la *L.E.P.*, c'est en effet le gouverneur en conseil qui détient le pouvoir d'inscrire par décret une espèce sauvage à la Liste des espèces en péril qui figure à l'annexe I de la Loi. Le gouverneur en conseil agit sur recommandation du ministre de l'Environnement pour toute modification de cette liste, qu'il s'agisse de l'inscription d'une espèce, de sa reclassement ou de la radiation d'une espèce sauvage déjà inscrite¹³⁰. En prenant en compte l'évaluation de la situation de l'espèce faite par le COSEPAC, le ministre de l'Environnement fait une recommandation au gouverneur en conseil, lequel peut confirmer l'évaluation et inscrire l'espèce sur la liste, décider de ne pas inscrire l'espèce sur la liste ou encore renvoyer la question au COSEPAC pour

renseignements supplémentaires ou pour réexamen¹³¹. La Loi permet ainsi au gouvernement de ne pas inscrire sur la Liste des espèces en péril une espèce qui en possède malheureusement tous les attributs, et ce, contrairement à l'avis des experts qui ont procédé à l'évaluation de sa situation. Ce faisant, une espèce peut échapper, malgré son statut précaire, à toute possibilité de protection offerte par la Loi, sur la base de motifs autres que scientifiques retenus par le gouvernement. Le législateur fédéral a ainsi conféré aux intérêts politiques et économiques une mainmise sur l'ensemble de l'application de la Loi, ce qui entache à notre avis sérieusement sa crédibilité et le sérieux de la démarche fédérale de protection des espèces.

Ainsi que nous l'ont exprimé certains des fonctionnaires rencontrés dans le cadre de notre étude, il faudra donc mesurer l'efficacité de la *L.E.P.* à la volonté du gouvernement d'assurer l'application de la Loi à des espèces considérées en péril par le COSEPAC, même lorsque leur

¹³⁰ Art. 27(1) *L.E.P.*

¹³¹ Art. 27(1.1) *L.E.P.* Dans les cas de refus d'inscrire l'espèce ou de renvoi pour réexamen au COSEPAC, les motifs de cette décision doivent être déclarés par le ministre, avec l'agrément du gouverneur en conseil, dans le registre établi par l'article 120 de la Loi.

protection heurterait des intérêts économiques établis. Or, la pratique gouvernementale actuelle pointe malheureusement dans la direction opposée. Il est vrai que dans la grande majorité des cas les espèces considérées en péril par le COSEPAC ont été ajoutées à la liste des espèces en péril, à la suite de la recommandation favorable du ministre de l'Environnement, et de la confirmation de l'évaluation par le gouverneur en conseil¹³². Cependant, il semble que lorsque des enjeux économiques et sociaux sérieux sont en cause, la protection des espèces n'est pas assurée par le gouvernement, qui décidera dès lors ne pas les ajouter à la liste. Ainsi, le bison des prairies, considéré menacé dans le rapport d'évaluation du COSEPAC de 2004¹³³, n'a pas été ajouté à la liste « en raison d'éventuelles répercussions économiques pour l'industrie canadienne du bison »¹³⁴. Trois populations de la morue franche de l'Atlantique n'ont pas été ajoutées à la liste pour des motifs socioéconomiques¹³⁵, de même que le saumon coho du Fraser

¹³² Voir Gouvernement du Canada, ministère de l'Environnement, *Loi sur les espèces en péril : Rapport au Parlement*, 2005 à la p. 14 (tableau 2), en ligne : <http://www.registrelep.gc.ca/virtual_sara/files/reports/ar%5FSARA%5FAnnualReport%5F0607%5Ff%2Epdf> (date de consultation : 26 juillet 2007).

¹³³ Voir COSEPAC, *Sommaire de l'évaluation, Bison des prairies*, en ligne : <http://www.registrelep.gc.ca/virtual_sara/files/cosewic/as%5Fplains%5Fbison%5Ff%2Epdf> (date de consultation : 24 juillet 2007).

¹³⁴ Les motifs de la décision de la gouverneure générale en conseil se lisent comme suit :

La sensibilisation accrue aux questions de sécurité alimentaire (p. ex., l'encéphalopathie spongiforme bovine) et aux évolutions sanitaires émergentes (p. ex., la diminution de la consommation de viande rouge) a fait chuter la demande de viande de bison et son prix, ce qui a eu une incidence négative sur l'industrie canadienne du bison. L'inscription du bison des prairies pourrait avoir une autre répercussion négative sur le marché canadien de la consommation du bison. Du point de vue génétique, il n'est pas facile de distinguer les troupeaux sauvages de ceux d'élevage puisque le stock original au Canada de tous les troupeaux de bisons existants provient de troupeaux privés descendus des quelques bisons sauvages qui restaient à la fin des années 1800. Agriculture et Agroalimentaire Canada (AAC) et la Canadian Bison Association ont déclaré que l'inscription du bison pourrait être défavorable à l'industrie, puis qu'elle réduirait encore plus la demande de produits du bison.

Voir la *Déclaration énonçant les motifs de la décision de ne pas inscrire sur la liste le bison des prairies*, annexée au *Décret donnant avis des décisions de ne pas inscrire certaines espèces sur la Liste d'espèces en péril*, TR/2005-72, Gaz. C. 2005.II.1797.

¹³⁵ « L'inscription de la morue franche pourrait faire disparaître tout espoir de rétablissement de la pêche de la morue franche dans un avenir proche, ce qui aurait pour conséquence d'accroître l'exode des collectivités rurales côtières ». Voir la *Déclaration de ne pas ajouter à la liste trois populations de la morue franche de l'Atlantique et une population du saumon coho*, annexée au *Décret donnant avis des décisions de ne pas inscrire certaines espèces sur la Liste d'espèce en péril*, TR/2006-61, Gaz. C. 2006.II.289.

intérieur¹³⁶, pourtant désigné comme espèce en voie de disparition par le COSEPAC en 2002¹³⁷.

Le refus d'inscrire une espèce a aussi été associé à une volonté du gouvernement d'assurer une meilleure consultation de groupes éventuellement concernés, en particulier les populations autochtones. Ainsi, cinq populations de bélugas servant à des fins sociales, cérémoniales, culturelles et de subsistance pour des Inuits ont jusqu'à maintenant échappé à l'inscription sur la liste des espèces en péril, en raison de la nécessité de consulter davantage le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut, et de tenir pleinement compte du point de vue des Inuits¹³⁸. De même, d'autres espèces n'ont pas été inscrites à la liste, parce que le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut et le gouvernement du Nunavut :

ont fait part de leurs préoccupations concernant la prise en compte des connaissances des collectivités et des peuples autochtones dans l'évaluation de ces espèces.

De plus, se référant à l'alinéa 34(4)(b) de la *L.E.P.*, ils ont argumenté que :

le ministre de l'Environnement doit consulter les conseils de gestion des ressources fauniques si une espèce se trouve dans une aire à l'égard de laquelle un conseil de gestion des ressources fauniques est habilité par un accord sur des revendications territoriales à exercer des attributions à l'égard d'une espèce sauvage¹³⁹.

¹³⁶ *Ibid.* :

Sur la recommandation du ministre de l'Environnement fondée sur le conseil du ministre des Pêches et des Océans, la gouverneure en conseil a pris la décision de ne pas inscrire à la Liste le saumon coho (population du Fraser intérieur) compte tenu des incertitudes liées aux changements dans le milieu marin et des répercussions socio-économiques possibles sur les utilisateurs touchés par cette incertitude. Cette décision permettra une certaine souplesse dans la gestion des incertitudes liées à la survie en milieu marin et des éventuels problèmes de rétablissement si la survie en milieu marin se détériore.

¹³⁷ Voir COSEPAC, Sommaire de l'évaluation, Saumon coho (population du Fraser intérieur), en ligne : <http://www.registrelep.gc.ca/virtual_sara/files/cosewic/as%5Fcoho%5Fsalmon%5Ff%2Epdf> (date de consultation : 24 juillet 2007).

¹³⁸ Voir la *Déclaration énonçant les motifs de la décision de ne pas inscrire sur la liste cinq populations de bélugas, la maraîche et deux populations d'esturgeons blancs*, annexée au *Décret donnant avis des décisions de ne pas inscrire certaines espèces sur la Liste d'espèce en péril*, TR/2006-110, Gaz. C. 2006.II.1127.

¹³⁹ Voir la *Déclaration énonçant les motifs de la décision de ne pas inscrire sur la liste le bryum de Porsild, le Caribou de Peary et la population dolphin-et-union du caribou de la toundra*, annexée au *Décret donnant avis des décisions de ne pas inscrire*

Cet argument bien que légitime nous semble mal fondé. En effet, il aurait été sans doute plus approprié d'invoquer le paragraphe 27(2)(c) de la *L.E.P.* plutôt que l'alinéa 34(4)(b) de cette même loi puisque ce dernier vise les mesures de protection offertes *une fois qu'une espèce est inscrite sur la liste des espèces en péril*. Par ailleurs, il est vrai que les Conseils de gestion des ressources fauniques peuvent être intégrés au processus d'évaluation des espèces et c'est dans cette optique que le COSEPAC a élaboré des lignes directrices à cet effet¹⁴⁰. Il est vrai aussi que les connaissances traditionnelles autochtones et les connaissances des collectivités doivent être prises en compte par le COSEPAC dans le cadre de l'évaluation des espèces¹⁴¹. Dans l'avenir, le Sous-comité des CTA formé en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi devrait s'acquitter de cette tâche pour ce qui est des connaissances autochtones¹⁴². Le COSEPAC a par ailleurs débuté une réflexion sur l'incorporation des connaissances

des collectivités au processus d'évaluation¹⁴³. Or, il ressort clairement des paramètres visant l'intégration des connaissances autochtones et des collectivités que ce qui est recherché par le COSEPAC est l'accès à des informations qui puissent compléter les données scientifiques obtenues sur la situation biologique des espèces évaluées et non « des opinions ou des commentaires sur les conséquences des mesures de conservation éventuelles »¹⁴⁴.

certaines espèces sur la Liste d'espèce en péril, TR/2005-72, Gaz. C. 2005.II.1797.

¹⁴⁰ Voir Gouvernement du Canada, COSEPAC, *Inclusion des conseils de gestion des ressources fauniques (CGRF) dans le processus d'évaluation de la situation du COSEPAC*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct0/wmb_f.cfm> (date de consultation : 25 juillet 2007).

¹⁴¹ Art. 15(2) *L.E.P.*

¹⁴² Voir Gouvernement du Canada, COSEPAC, *Sous-comité des connaissances traditionnelles autochtones*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct4/index_f.cfm> (date de consultation : 25 juillet 2007).

¹⁴³ Voir Gouvernement du Canada, COSEPAC, *Incorporer les connaissances des collectivités au processus d'évaluation du COSEPAC*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct6/sct6_7_f.cfm> (date de consultation : 25 juillet 2007).

¹⁴⁴ *Ibid.* Ainsi, les connaissances des collectivités utiles au COSEPAC sont présentées comme suit :

information dérivée de l'observation, de l'expérience personnelle et de la culture renseignant sur la répartition et l'abondance actuelles ou passées de la population d'une espèce (ou un groupe d'espèces), l'utilisation ainsi que la disponibilité de l'habitat, les caractéristiques du cycle biologique, les relations écologiques et les menaces éventuelles à la survie de l'espèce.

Ces renseignements pourraient être obtenus des résidents de longue date de zones rurales concernées, de membres d'organismes communautaires qui protègent les espèces sauvages, de groupes de naturalistes, d'usagers commerciaux et récréatifs d'espèces sauvages (chasseurs, trappeurs, pêcheurs), etc.

Il est malheureux qu'au stade de la désignation des espèces en péril, la *L.E.P.* permette un amalgame des motifs : d'une part, d'ordre scientifique ou fondés sur des connaissances traditionnelles autochtones et des collectivités et d'autre part, d'ordre économique. En effet, en conférant au gouvernement un pouvoir discrétionnaire de refuser l'ajout d'une espèce pourtant clairement désignée comme espèce en péril par l'instance scientifique compétente, le législateur fédéral a confondu les genres et risque d'induire les citoyens en erreur. Ainsi que le soutient l'auteur David R. Boyd :

Giving the federal cabinet the ability to ignore expert scientific advice in deciding the status of an endangered species may undermine the Act [...] At the very least, scientifically based listing decisions provide a basis for public education about the magnitude of the biodiversity problem, even if social and economic considerations subsequently lead politicians to provide suboptimal levels of protection for certain listed species¹⁴⁵.

La seule consolation à cet égard est que la *L.E.P.* oblige à la divulgation des motifs du gouvernement et qu'ainsi le citoyen avisé ne se laissera pas duper. Mentionnons en terminant sur ce point qu'une fois les risques potentiels identifiés, l'application du principe de précaution n'empêche toutefois pas la prise en compte de considérations socioéconomiques et la consultation des groupes et des personnes concernés par les mesures de protection qui pourraient être imposées. Ainsi, au stade du rétablissement de l'espèce, il sera nécessaire que le gouvernement procède à un certain arbitrage entre des intérêts opposés pour décider par exemple des plans d'action et des plans de gestion les plus appropriés. D'ailleurs, l'article 38 *L.E.P.* prévoit la prise de « mesures efficaces » (« cost-effective measures » dans la version anglaise). Sans doute la Loi ne vise-t-elle pas un retour à l'âge de pierres pour assurer la protection des espèces! Il ne nous apparaît cependant pas conforme au principe de précaution que les intérêts économiques soient pris en compte au stade de la désignation des espèces en péril, comme c'est le cas actuellement.

Dans le cas des connaissances traditionnelles autochtones, sont visées les « connaissances qu'ont accumulées des peuples autochtones au sujet des espèces sauvages et de leur environnement » auxquelles s'ajoutent « des éléments culturels, spirituels et historiques ». L'incorporation de ces connaissances aux évaluations des espèces effectuées par le COSEPAC « améliore le processus et donc la qualité des désignations effectuées par le COSEPAC, en ajoutant de l'information et des perspectives sur les espèces sauvages, qui ne sont pas disponibles dans les documents scientifiques publiés » : voir Gouvernement du Canada, COSEPAC, *Les connaissances traditionnelles autochtones*, en ligne : <http://www.cosewic.gc.ca/fra/sct4/sct4_1_f.cfm> (date de consultation : 25 juillet 2007).

¹⁴⁵ *Supra* note 31.

Outre le refus d'inscrire une espèce, une autre stratégie que permet la *L.E.P.* consiste pour le gouvernement à renvoyer l'examen de la situation d'une espèce au COSEPAC s'il estime que les informations obtenues lors de son évaluation initiale sont insuffisantes. Le gouverneur en conseil s'est notamment prévalu de cette possibilité pour éviter d'inscrire à la liste six espèces qui avaient été évaluées en 2005 par le COSEPAC, lequel les avait considérées comme étant en péril¹⁴⁶. Pour plusieurs de ces espèces, le COSEPAC a réagi en mentionnant que les critiques des évaluations parues dans la Gazette du Canada n'étaient pas justifiées, et que le Comité ne devrait pas avoir à se pencher de nouveau sur leur situation. Dans une lettre accompagnant la présentation du rapport annuel du COSEPAC pour l'année 2006 adressée à Madame Rona Ambrose, alors ministre de l'Environnement, le président du COSEPAC s'exprime ainsi :

¹⁴⁶ Les motifs de la décision gouvernementale de renvoyer ces évaluations au COSEPAC se lisent comme suit :

Les six évaluations pour la morue franche de l'Atlantique (population de l'Arctique), le bocaccio, le brosmé, le marsouin commun (population de l'Atlantique Nord-Ouest), le cisco à mâchoires égales et la physe du lac Winnipeg sont renvoyées au COSEPAC pour plusieurs raisons : il existait des incertitudes concernant la différenciation ou la définition de l'espèce; les informations concernant l'abondance de l'espèce ou sa distribution étaient incomplètes; l'incorporation de ces informations suscitait des questions. Pour la morue franche de l'Atlantique (population de l'Arctique), l'évaluation ne tient pas compte des connaissances traditionnelles autochtones et ne permet pas de distinguer clairement les stocks de morues franches dulcicoles des stocks de morues marines. Pour le bocaccio, deux évaluations scientifiques subséquentes à celle du COSEPAC ont révélé des abondances différentes des espèces; on met également en doute la fiabilité des données qui appuient l'évaluation du COSEPAC. Dans le cas du brosmé, l'évaluation met l'accent principalement sur des données concernant la pêche au chalut qui sous-estiment l'abondance du brosmé. Dans le cas du marsouin commun (population de l'Atlantique Nord-Ouest), l'évaluation mélange trois sous-populations de marsouin commun alors que les informations sont insuffisantes pour évaluer l'abondance de deux d'entre elles. L'évaluation de la physe du lac Winnipeg se base sur un document scientifique qui n'a fait l'objet d'aucune révision par les pairs et qui n'indique pas clairement si la physe est une espèce à part entière ou une variante d'une autre espèce beaucoup plus abondante et présente ailleurs. En ce qui a trait à l'évaluation du cisco à mâchoires égales, il y a un manque d'information sur les connaissances traditionnelles autochtones. De plus, cette évaluation ne vise qu'une seule espèce alors qu'il y a insuffisamment d'information pour procéder ainsi.

Voir la *Déclaration des motifs de la décision de renvoyer au COSEPAC les évaluations de la morue franche de l'Atlantique (population de l'Arctique), du bocaccio, du brosmé, du marsouin commun (population de l'Atlantique Nord-Ouest), du cisco à mâchoires égales et de la physe du lac Winnipeg pour obtenir des renseignements supplémentaires ou pour réexamen*, annexée au *Décret donnant avis des décisions de ne pas inscrire certaines espèces sur la Liste d'espèce en péril*, TR/2006-61, Gaz. C. 2006.II.289.

J'attire votre attention sur une question qui se révèle extrêmement préoccupante pour le COSEPAC, étant donné son incidence sur la capacité du COSEPAC à remplir son mandat de façon rapide et opportune, tel que le définit la LEP. À ce jour, d'après ce qu'on peut lire dans la Gazette du Canada, le COSEPAC a été appelé à examiner ses évaluations initiales en raison, principalement, de la disponibilité énoncée de nouvelles données susceptibles de modifier de manière appréciable l'évaluation de la situation des espèces (du bocaccio, notamment) ou en raison d'un désaccord avec le résultat de l'évaluation du COSEPAC (dans le cas de l'héliotrin de Verna ou du brosmé, par exemple). Dans le premier cas, les renvois des évaluations des espèces n'étaient pas accompagnés des nouveaux renseignements évoqués dans la Gazette. En réalité, le temps écoulé entre la publication de la recommandation initiale de ces renvois et la transmission de ces nouveaux renseignements au COSEPAC dépassait six mois. Un tel délai a des répercussions négatives sur la capacité du COSEPAC à contribuer à l'application de la LEP.

Je dois dire que des désaccords entre les évaluations du COSEPAC et celles d'autres personnes ou organismes sont compréhensibles, voire prévisibles. Toutefois, un désaccord avec des évaluations du COSEPAC n'est pas une raison suffisante pour renvoyer ces évaluations d'espèces au COSEPAC, renvois qui ne font que retarder encore plus la décision concernant l'ajout ou l'exclusion de ces espèces à l'annexe 1 de la LEP¹⁴⁷.

En somme, la formulation et l'articulation de la Loi laissent place à interprétation et permet au gouvernement de contourner son esprit en rejetant les évaluations du COSEPAC pour plusieurs motifs : considérations socioéconomiques, nécessité de tenir des consultations publiques étendues, questions autochtones, besoin d'informations supplémentaires avant d'agir, besoin surtout de gagner du temps et de reporter à plus tard la prise de décisions effectives. En attendant, pour plusieurs espèces, la situation risque de devenir dramatique et de conduire directement à l'extinction. Des groupes environnementaux ont récemment décidé d'attaquer les positions gouvernementales sur plusieurs fronts, et notamment en déposant une communication auprès de la Commission de coopération environnementale en vertu de l'article 14 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (ANACDE)¹⁴⁸. Il sera intéressant de suivre l'évolution

¹⁴⁷ Voir Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, *Rapport annuel du COSEPAC (2006)*, en ligne : <http://www.registrelep.gc.ca/virtual_sara/files/cosewic/rac%5Frapport%5Fannuel%5Fdu%5FCOSEPAC%5F2006%5Ff%2Epdf> (date de consultation : 23 juillet 2007).

¹⁴⁸ Sierra Club (des États-Unis et du Canada), Nature Canada *et al.*, Communication à la Commission de coopération environnementale, N° SEM-06-005, 6 octobre 2006, en ligne : <http://www.ccc.org/files/pdf/sem/06-5-SUB_en.pdf> (date de consultation : 27 juillet 2007). L'ANACDE est un accord parallèle conclu entre le

de cette procédure, mais d'ores et déjà, le Secrétariat a considéré qu'il n'était pas de sa compétence d'exiger une réponse du Canada concernant certains points soulevés par la Communication, comme la prise en compte des considérations socioéconomiques au stade de la désignation de l'espèce et le retard dans l'acheminement des dossiers vers le Cabinet, après l'évaluation du COSEPAC. Le Secrétariat a considéré qu'il s'agissait là de questions d'interprétation de la Loi, et non de questions factuelles soulevant une question d'application effective de la Loi; elles ne peuvent dès lors être soumises dans le cadre d'une Communication en vertu de l'article 14 ANACDE¹⁴⁹. Cependant, d'autres allégations soulevées par la Communication ont été considérées par le Secrétariat comme soulevant des questions factuelles d'application de la Loi, comme le retard à respecter les délais prévus pour la réalisation des programmes de rétablissement, et le défaut de procéder à l'identification de l'habitat essentiel des espèces, tel qu'exigé par la *L.E.P.*¹⁵⁰ La procédure se poursuivra donc concernant ces éléments.

Conclusion

En regard du dossier complexe qu'est la protection de la biodiversité au Canada et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, la présente étude a une portée plutôt modeste, soit de déterminer si au stade de l'évaluation des espèces de la faune et de la flore sauvages qui paraissent être en péril, la législation fédérale prévoit et permet l'application du principe de précaution. Nous avons vu que la *L.E.P.* comprend des dispositions qui formulent ce principe et nous avons cherché à connaître, par des entretiens auprès de fonctionnaires fédéraux et l'étude des documents disponibles, sa portée effective dans l'évaluation des espèces. À cet égard, nous avons pu constater que l'organisme chargé au Canada de l'évaluation des espèces, le COSEPAC, répond aux principales exigences du principe en ce qui a trait à sa composition, son indépendance et son

Canada, les États-Unis et le Mexique dans la foulée de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Le texte de l'ANACDE est disponible en ligne : <http://www.cec.org/pubs_info_resources/law_treat_agree/naaec/index.cfm?varlan=francais> (date de consultation : 27 juillet 2007). Le Secrétariat de la Commission a reçu une réponse de la Partie visée dans cette Communication (le Canada) et a commencé à déterminer s'il recommanderait au Conseil la constitution d'un dossier factuel. La réponse du Canada reçue en date du 8 février 2007 est disponible en ligne : <http://www.cec.org/files/pdf/sem/06-5-RSP_fr.pdf> (date de consultation : 27 juillet 2007).

¹⁴⁹ Voir Secrétariat de la Commission de coopération environnementale, *Décision du Secrétariat en vertu des paragraphes 14(1) et 14(2)*, 11 décembre 2006, aux pp. 4-5, en ligne : <http://www.cec.org/files/pdf/sem/06-5-DET14_1_2_en.pdf>, (date de consultation : 27 juillet 2007).

¹⁵⁰ *Ibid.* aux pp. 5-6.

mode de fonctionnement. Également, les documents qui explicitent les critères utilisés dans l'évaluation font clairement référence aux situations d'incertitude scientifique quant à la situation des espèces et préconisent l'application de la précaution dans ces circonstances. Cependant, nous avons déploré le fait que la Loi permette au gouvernement, pour des motifs autres que scientifiques, de refuser ou de retarder l'inscription des espèces à la Liste des espèces en péril et conséquemment, la prise de mesures de protection à leur égard.

S'agissant de la prise en compte des incertitudes scientifiques, il serait pertinent de poursuivre la réflexion en effectuant une étude de cas plus concrète sur l'intégration du principe de précaution dans l'application des mesures préconisées par la *L.E.P.* Une telle démarche pourrait être entreprise par une équipe pluridisciplinaire composée de chercheurs provenant de divers domaines dont les sciences biologiques, environnementales et le droit. Ensemble, ces personnes pourraient procéder par études de cas, examinant des dossiers représentatifs à partir du moment où le COSEPAC intervient jusqu'au moment où les programmes de rétablissement sont élaborés et parachevés. Cette démarche fournirait un éclairage singulier et plus complet sur la prise en compte véritable du principe de précaution dans la protection des espèces menacées.