

Le pouvoir de délimiter le domaine de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*

Hugo Tremblay

Volume 55, Number 3, September 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026748ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026748ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tremblay, H. (2014). Le pouvoir de délimiter le domaine de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. *Les Cahiers de droit*, 55(3), 713–773.
<https://doi.org/10.7202/1026748ar>

Article abstract

Case law and doctrine on matters at the periphery of the jurisdiction granted by section 22 of the Quebec (Canada) Environment Quality Act reflect an imperfect implementation of the principles of administrative law. To address this issue, this article proposes to recognize that the Quebec Minister of Sustainable Development, Environment, Wildlife and Parks has the discretionary power to define the terms and field of competency granted by section 22. The normative framework guiding the exercise of the Minister's power as well as the applicable standard of judicial review are analyzed in light of examples relating to wetland development and unconventional hydrocarbon exploration, two topics that have attracted attention from the Courts and public opinion in the Province. The analysis concludes with some recommendations that may fuel the forthcoming legislative review of section 22.

Le pouvoir de délimiter le domaine de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*

Hugo TREMBLAY*

Le traitement jurisprudentiel et doctrinal des questions qui se trouvent aux limites du champ d'application de l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement reflète une intégration imparfaite des principes du droit administratif. Afin d'y remédier, l'auteur propose de reconnaître que le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs dispose du pouvoir de définir les termes et le domaine de l'article 22. L'analyse du cadre normatif qui guide l'exercice de ce pouvoir de même que certains aspects de son contrôle judiciaire sont illustrés par des références au développement des milieux humides et à l'exploration des hydrocarbures non conventionnels, deux sujets qui ont récemment retenu l'attention des tribunaux et de l'opinion publique. Les conclusions de cette étude dégagent des pistes de réflexion qui peuvent alimenter le processus annoncé de réforme du régime de l'article 22.

Case law and doctrine on matters at the periphery of the jurisdiction granted by section 22 of the Quebec (Canada) Environment Quality Act reflect an imperfect implementation of the principles of administrative law. To address this issue, this article proposes to recognize that the Quebec Minister of Sustainable Development, Environment, Wildlife and Parks has the discretionary power to define the terms and field of

* Avocat, chercheur et chargé de cours, Université de Montréal. Je remercie M^e Michel Bélanger, pour son aide et ses précieux conseils, le professeur Paul Daly, pour sa disponibilité et ses commentaires, et les réviseurs anonymes qui ont permis d'améliorer cet article par leurs observations attentives et détaillées. Je suis responsable de toute erreur ou omission.

competency granted by section 22. The normative framework guiding the exercise of the Minister's power as well as the applicable standard of judicial review are analyzed in light of examples relating to wetland development and unconventional hydrocarbon exploration, two topics that have attracted attention from the Courts and public opinion in the Province. The analysis concludes with some recommendations that may fuel the forthcoming legislative review of section 22.

El tratamiento jurisprudencial y doctrinal de cuestiones que circunscriben los límites del campo de aplicación del artículo 22 de la Ley Sobre la Calidad del Medio Ambiente (Provincia de Quebec, Canadá) refleja una integración imperfecta de los principios del derecho administrativo. Para superar este inconveniente, dicho artículo propone que se reconozca el poder discrecional del cual dispone el Ministro del Desarrollo Sostenido, Medio Ambiente y Parques para que defina los términos y el campo de aplicación del artículo 22. Se ha hecho alusión al análisis del marco normativo el cual sirve de guía en el ejercicio de este poder, al igual que algunos aspectos de su control judicial, que se han ilustrado con el desarrollo de las zonas húmedas y la exploración de gases e hidrocarburos no convencionales, dos temas que recientemente han llamado la atención de los tribunales y de la opinión pública. Las conclusiones de este estudio han brindado pistas de reflexión que podrían sustentar el anunciado proceso de enmienda del artículo 22.

	<i>Pages</i>
1 Le pouvoir d'octroyer un certificat d'autorisation	725
1.1 Les principes permettant de catégoriser le pouvoir	725
1.2 L'étendue de la discrétion du ministre	726
2 L'interprétation de la loi par les tribunaux	730
2.1 La primauté de l'interprétation judiciaire	730
2.2 La séparation des pouvoirs et le rôle des tribunaux	732
2.3 Des considérations pratiques	736

3 Le pouvoir ministériel de définir le domaine de l'article 22	738
3.1 Le pouvoir d'appliquer la loi	739
3.2 Le contexte législatif	740
3.3 La jurisprudence	742
3.4 Le pouvoir d'émettre des directives administratives	743
3.5 Un acte discrétionnaire plutôt que prédécisionnel ou postdécisionnel.....	750
4 Le contrôle judiciaire du pouvoir du ministre	752
4.1 Le cadre général.....	753
4.2 La clause privative	755
4.3 L'objet de la Loi et de la disposition.....	755
4.4 L'habilitation du ministre.....	756
4.5 La nature de la question	757
4.6 L'expertise du ministre.....	759
4.7 La technique de codification législative.....	760
4.8 Les principes d'interprétation.....	760
4.9 La catégorie de décision	761
5 Le recours en jugement déclaratoire	766
5.1 L'accessibilité au recours	766
5.2 Les conséquences de la permissivité	767
Conclusion	770

L'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LQE)¹ assujettit les activités susceptibles de modifier la qualité de l'environnement à un régime d'autorisation préalable sous la responsabilité du ministère du Développement durable, de l'Environnement, et de la Lutte contre les changements climatiques (MDDELCC)². Le texte de l'article se lit ainsi :

22. Nul ne peut ériger ou modifier une construction, entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ni augmenter la production d'un bien ou d'un service s'il est susceptible d'en résulter une émission, un dépôt, un dégagement ou un rejet de contaminants

1. *Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2 (ci-après «LQE» ou «Loi»).

2. *Id.*, art. 1 (18); *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, R.L.R.Q., c. M-30.001, art. 5 et 7 (ci-après «LMDDEP»). Voir aussi l'article 1 de même que les alinéas 1 et 2 de l'annexe du *Décret concernant les modalités de signature de certains documents du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, R.L.R.Q., c. M-30.001, r. 1. Au sujet de la délégation du pouvoir discrétionnaire du Ministre dans ce contexte, voir l'affaire *Ferme René Gagnon, s.e.n.c. c. Tribunal administratif du Québec*, 2006 QCCS 968, par. 56-92 (ci-après l'affaire «*Ferme René Gagnon*») et *infra*, section 3.

dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement du ministre un certificat d'autorisation.

Cependant, quiconque érige ou modifie une construction, exécute des travaux ou des ouvrages, entreprend l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ou augmente la production d'un bien ou d'un service dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, un marécage ou une tourbière doit préalablement obtenir du ministre un certificat d'autorisation³.

Cet article met en place l'un des mécanismes fondamentaux de la LQE dont le fonctionnement est détaillé par d'autres dispositions de la Loi et par le *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement* (RALQE)⁴. Son application et sa portée provoquent des débats juridiques depuis longtemps. D'une part, la nature et l'exercice du pouvoir d'autorisation dont le MDDELCC dispose en vertu de l'article 22 LQE ont été régulièrement soumis à l'examen des tribunaux. Le débat porte alors sur la façon dont le ministre exerce son pouvoir de refuser ou d'accepter d'émettre un certificat d'autorisation, notamment sur la légalité de sa décision de même que sur le respect des paramètres qui encadrent son pouvoir discrétionnaire. D'autre part, le champ d'application de l'article 22 et la définition des termes qui en délimitent la portée ont aussi entraîné de nombreuses contestations. Dans ce contexte, le débat porte plutôt sur le fait

3. LQE, préc., note 1, art. 22.

4. *Id.*, art. 23-24.3; *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 3, art. 1-10 (ci-après «RALQE» ou «Règlement»). Selon Martin PAQUET, «Les contrôles de l'administration», dans Robert DAIGNEAULT et Martin PAQUET, *L'environnement au Québec*, Brossard, Publications CCH, 1994, feuilles mobiles, à jour en 2014, p. 9,001, à la page 9,051, «[le] vaste champ d'application de la procédure d'autorisation de l'article 22 de la loi en fait celle qui est de loin la plus souvent utilisée par l'Administration pour contrôler l'acceptabilité environnementale des activités humaines». Selon le professeur Lorne Giroux, maintenant juge à la Cour d'appel:

Depuis son origine, la *L.Q.E.* repose sur deux mécanismes fondamentaux : une prohibition générale de polluer édictée par l'article 20 et l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation avant d'entreprendre une activité susceptible de modifier la qualité de l'environnement. Vu de façon plus prosaïque et plus réaliste, ce second mécanisme conduit à l'octroi d'autorisations ou de permis de polluer.

Lorne GIROUX, «La Loi sur la qualité de l'environnement : grands mécanismes et recours civils», dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 263, à la page 267. Selon Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 918 et 919, il s'agirait plus exactement d'un «privilege» de polluer plutôt que d'un permis ou d'un «droit» de polluer puisque l'obtention d'un certificat dépend d'une décision discrétionnaire, comme nous le détaillerons plus bas.

qu'un projet spécifique puisse être assujéti ou non à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation avant d'être entrepris.

À cet égard, certains termes qui déterminent le domaine d'application du régime d'autorisation ont suscité une attention particulière⁵. L'article 22 LQE prévoit notamment qu'une activité ne peut être entreprise dans un milieu humide, tel un « cours d'eau », un « marais », un « marécage » ou une « tourbière », à moins que le MDDELCC ne la permette au préalable par l'émission d'un certificat d'autorisation. Les différents types de milieux humides énumérés ne sont pas définis par la LQE, ce qui génère des incertitudes quant à l'application de l'article 22 selon qu'un projet se trouve ou non dans un marais ou une tourbière. Les tribunaux ont été appelés à trancher des questions de cet ordre à plusieurs reprises pour établir si des projets spécifiques sont effectivement assujéti à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation⁶.

De telles incertitudes ont motivé des recours en jugement déclaratoire de la part de promoteurs de projets de développement afin de clarifier l'application de l'article 22 LQE⁷. En effet, ce régime d'autorisation impose des contraintes significatives et des coûts additionnels que le promoteur

-
5. Outre les jugements cités plus bas, voir par exemple : *La Nouvelle-Beauce (MRC de) c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP))*, 2012 QCCS 5859, par. 49-58, pour l'interprétation du terme « dragage » : *Québec (Procureur général) c. Placements Jean Miller inc.*, 2011 QCCS 3428, par. 183-198, pour l'interprétation du terme « route » : *L. Dubord Entrepreneur inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5978, pour l'interprétation des termes « cours d'eau », et *Gestion C.A.B.S. inc. c. Québec (Procureur général)*, J.E. 96-94 (C.S.), pour l'interprétation des termes « activités agricoles ». Voir aussi Daniel BOUCHARD et Valérie BELLE-ISLE, « Les autorisations visant les milieux humides : la dissolution du droit », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 271, Robert DAIGNEAULT, « Imprécision du concept de milieux humides », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 71.
 6. Pour un bref historique, voir Robert DAIGNEAULT, « Règles administratives en matière d'environnement : quand l'administration fait ses propres lois », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 477, aux pages 496 et 497.
 7. *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., c. C-25, art. 453 et 462 (ci-après « C.p.c. »). Voir par exemple : *3563308 Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 4440, par. 12 (ci-après « affaire 3563308 Canada inc., C.S. ») (requête en irrecevabilité du Procureur général du Québec à l'encontre d'une requête en jugement déclaratoire visant à établir que les terrains dont la demanderesse est propriétaire ne sont pas des « marécages » au sens de l'alinéa 2 de l'article 22 LQE) ; *9007-5193 Québec inc. c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2006 QCCS 4527 (jugement déclaratoire visant à écarter l'interprétation du ministre à l'effet que des modifications d'un site de matériaux secs assujéti à

d'un projet pourrait vouloir éviter⁸. De ce point de vue, il peut sembler judicieux d'obtenir un jugement à l'effet qu'un projet est exclu du domaine de l'article 22 LQE avant même de présenter une demande de certificat au ministre. Se prononçant sur une requête en irrecevabilité présentée par le ministre à l'encontre de la requête en jugement déclaratoire d'un promoteur qui demandait de confirmer que son projet n'était pas assujéti à l'article 22 LQE malgré des indices suggérant la présence de marais sur le site visé, la Cour supérieure a jugé dans l'affaire *Société en commandite Investissements Richmond c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)* qu'un tel recours était recevable :

[39] D'entrée de jeu, le Tribunal n'a nullement la conviction que la Requête pour jugement déclaratoire soit manifestement mal fondée, et il est d'avis qu'un débat au mérite s'impose.

[40] En effet, l'absence de définition des termes « marais » et « marécage » dans la LQE crée une difficulté réelle reliée au droit des Intimées dans le cadre de leur développement des Parties B des Lots, et ce, à la lumière du Guide d'identification utilisée, pour fins internes, par le MDDEP, mais ayant, malgré tout, un impact sur l'application de l'article 22, alinéa 2 de la LQE.

[41] En effet, tel que mentionné précédemment, il fut déjà jugé que le « sens ordinaire » devait être donné à ces termes. Or, il semble que le Guide d'identification, à tort ou à raison, dépasse ce « sens ordinaire ».

[42] Exiger dès à présent que les Intimées fassent, d'abord, une demande de C.A. afin d'avoir un cas précis à considérer, ne résout pas la difficulté réelle et actuelle soulevée par les Intimées.

[43] Dans ces circonstances, le Tribunal est d'avis qu'il est approprié que le débat au fond ait lieu sur la Requête pour jugement déclaratoire, ce qui permettra, entre autres, d'analyser adéquatement l'interprétation à donner aux termes « marais » et « marécage » de l'article 22 alinéa 2 de la LQE, y inclus l'étendue du pouvoir discrétionnaire du MDDEP exercé, entre autres, par l'utilisation, à titre de référence, du Guide d'identification.

l'article 22 LQE constituent un agrandissement interdit; l'appel de cette décision dans l'affaire *Québec c. 9007-5193 Québec inc.*, 2007 QCCA 667, portait uniquement sur les conclusions *en mandamus*).

8. À titre d'exemple de mesures pouvant imposer des coûts au promoteur, l'article 2 de la *Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique*, R.L.R.Q., c. M-11.4, prévoit que, dans « le cas d'une demande d'autorisation faite en vertu de [l'article 22 LQE] pour un projet affectant un milieu humide ou hydrique, le [MDDELCC] peut exiger du demandeur des mesures de compensation visant notamment la restauration, la création, la protection ou la valorisation écologique d'un milieu humide, hydrique ou terrestre ».

[44] Le juge au mérite sera en mesure de décider en pleine connaissance de cause, après avoir considéré toute la preuve et entendu tous les arguments qui lui seront présentés par les parties⁹.

Ce type de recours s'est récemment manifesté sous une variante inhabituelle lorsqu'une requête en jugement déclaratoire a été présentée pour déterminer l'application de l'article 22 LQE à des projets modifiant la qualité de l'environnement non pas par leurs promoteurs, comme c'est généralement le cas, mais plutôt par un titulaire du droit à la qualité de l'environnement. Dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement c. Junex inc.*, l'intimée Pétria avait procédé à des travaux de forage destinés à rechercher du pétrole dans le Shale de Macasty situé en sous-sol de l'île d'Anticosti au cours de l'été et de l'automne 2012, et d'autres activités de forage et de fracturation visant ce gisement avaient été prévues par les intimées au cours de 2013 et de 2014¹⁰. Non seulement les travaux de forage de 2012, accomplis par une équipe de foreurs grâce à une foreuse afin d'obtenir des carottes de forage dans le cadre d'un permis de recherche émis en vertu de la *Loi sur les mines*, étaient susceptibles de modifier la qualité de l'environnement, mais ils l'avaient même réellement modifiée par un prélèvement d'eau de même que par le rejet d'eaux de forage, d'huile et de ciment dans l'environnement¹¹. D'emblée, le texte du RALQE semblait assujettir de telles opérations à l'octroi d'un certificat d'autorisation du ministre :

2. [...] sont soustraits à l'application du premier alinéa de l'article 22 de la Loi :

[...]

(6) les travaux de forage autorisés en vertu de la *Loi sur les mines* (chapitre M-13.1), à l'exclusion :

a) de ceux destinés à rechercher ou à exploiter du pétrole ou du gaz naturel dans le shale, communément appelé « schiste » ;

9. *Société en commandite Investissements Richmond c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCS 6106 (ci-après « affaire *Investissements Richmond* »). Le critère de la difficulté réelle mentionné au paragraphe 42 est prévu par l'article 453 C.p.c.

10. *Centre québécois du droit de l'environnement c. Junex inc.*, 2013 QCCS 3962 (ci-après « affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.* »).

11. Pièce R-14.1, « En liasse, rapports d'inspection de la Direction du bureau des hydrocarbures du ministère des Ressources naturelles en date du 3 octobre 2012 pour le puits Princeton Lake et des 2 et 3 octobre 2012 pour le puits Highcliff », au soutien de la Requête introductive d'instance amendée en jugement déclaratoire, [En ligne], [www.cqde.org/petrole-sous-anticosti/] (1^{er} décembre 2013) (ci-après « Requête »). À propos du permis de recherche, voir aussi la *Loi sur les mines*, R.L.R.Q., c. M-13.1, art. 165 (ci-après « LM »).

b) de toute opération de fracturation destinée à rechercher ou à exploiter du pétrole ou du gaz naturel¹².

Pourtant, le MDDELCC avait décidé que l'article 22 LQE ne s'appliquait pas à ce type de travaux¹³. Dans leur recours en jugement déclaratoire,

-
12. RALQE, préc., note 4, art. 2 (6) (l'italique est de nous). Le texte du RALQE a été amendé en 2011 à la suite du débat sur le développement des gaz de schiste pour accroître le contrôle administratif des activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures, faciliter l'obtention d'informations scientifiques destinées à compléter un processus d'évaluation environnementale stratégique de cette filière énergétique et permettre la consultation des communautés touchées : *Règlement sur la transmission de renseignements liés à l'exécution de certains travaux de forage et de fracturation de puits gaziers ou pétroliers*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 47.1 ; *Décret 571-2011 concernant le Règlement modifiant le Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, (2011) 143 G.O. II, 2061B ; BUREAU D'AUDIENCES PUBLIQUES SUR L'ENVIRONNEMENT, *Développement durable de l'industrie des gaz de schiste au Québec. Rapport d'enquête et d'audience publique*, Québec, 2011, p. 1, 223, 225, 239 et 241, [En ligne], [www.bape.gouv.qc.ca/sections/rapports/publications/bape273.pdf] (1^{er} décembre 2013) ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, « Composition du Comité d'évaluation environnementale stratégique », communiqué, 12 mai 2011, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/infuseur/communique.asp?no=1857] (10 juillet 2014) ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, « Évaluation environnementale stratégique – Adoption des mesures transitoires », communiqué, 5 mai 2011, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/infuseur/communique.asp?no=1855] (10 juillet 2014) ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, « Processus de sélection des membres du Comité de l'évaluation environnementale stratégique », communiqué, 14 avril 2011, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/infuseur/communique.asp?no=1848] (10 juillet 2014) ; MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE LA FAUNE, « Développement de la filière gazière au Québec – Le gouvernement du Québec accueille favorablement les recommandations du Commissaire au développement durable », communiqué, 30 mars 2011 ; MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE LA FAUNE, « Exploration pétrolière et gazière au Québec – La ministre Normandeau assujettira toutes les nouvelles demandes de fracturation à l'évaluation environnementale stratégique », communiqué, 16 mars 2011 ; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, « Gaz de schiste – Les activités de l'industrie seront assujetties au développement des connaissances scientifiques », communiqué, 8 mars 2011, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/infuseur/communique.asp?no=1831] (10 juillet 2014).
13. Selon la lettre d'Alain Gaudreault, directeur régional de l'analyse et de l'expertise de la Côte-Nord du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, à Sylvain Archambault, de Coalition Saint-Laurent, 29 août 2012, Sept-Îles (ci-après « Lettre d'Alain Gaudreault ») : « Ce type d'activité est considéré comme des travaux préliminaires d'investigation, ayant peu d'impact sur l'environnement, et sont exclus du premier alinéa de l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement (LQE). » Depuis, le ministre a réitéré cette position de principe : voir MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, *Complément d'information*

les requérants ont donc fait valoir que la décision d'exclure ces travaux de forage exploratoire destinés à la recherche de pétrole dans le *shale* était mal fondée parce que contraire à l'évidence, aux textes législatif et réglementaire, aux règles d'interprétation applicables et à l'intention du législateur¹⁴. Les requérants argumentaient que les travaux de forage étaient assujettis à l'article 22 LQE, qu'ils ne pouvaient être entrepris sans l'obtention au préalable d'un certificat d'autorisation du Ministre et que la décision erronée du MDDELCC de les soustraire au régime d'autorisation entraînerait des contraventions au droit à la qualité de l'environnement lorsque d'autres travaux du même type seraient menés en 2013 et en 2014 tel qu'annoncé, ce qui causait une difficulté réelle justifiant leur recours¹⁵.

La Cour supérieure a accueilli les requêtes en irrecevabilité des intimées et a rejeté le recours des requérants au motif qu'elle devait faire preuve de déférence à l'égard du ministre et éviter d'intervenir ou de se substituer à lui dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire :

sur une question posée lors de l'audience publique relativement au rôle que joue le ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (MDDEFP) sur le contrôle des puits pétroliers et gaziers, 2013, [En ligne], [www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/nappes_phreatiques_%C3%AElles-de-la-madeleine/documents/DB55.pdf] (1^{er} décembre 2013). Une telle décision semble indiquer un renversement de la position du ministre : voir MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Les enjeux environnementaux de l'exploration et de l'exploitation gazières dans les Basses-Terres du Saint-Laurent*, 2010, p. 2, 15, 27, 42, 44, 49 et 50 (présenté au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement comme document DB1 dans le cadre de l'enquête et audience publique sur le développement durable de l'industrie des gaz de schiste au Québec), [En ligne], [www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/Gaz_de_schiste/documents/DB1.pdf] (1^{er} décembre 2013), où le ministre mentionne notamment qu'« [u]n certificat d'autorisation en vertu de la LQE est requis pour tout captage d'eau de surface », ce qui semble *a priori* viser le prélèvement d'eau dans le lac de la Tour effectué par Pétrolia en 2012 sur l'île d'Anticosti pour mener ses forages. Outre les prélèvements d'eau, le MDDELCC avait tenté dès octobre 2010 d'assujettir à l'article 22 LQE les « travaux de complétion » des puits par une note d'instructions (MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Note d'instruction. Assujettissement des travaux de complétion des puits gaziers à un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/publications/note-instructions/10-07.htm] (1^{er} décembre 2013)), bien que la version antérieure de l'alinéa 6 de l'article 2 RALQE exclue tous les forages autorisés en vertu de la *Loi sur les mines*.

14. Requête, préc., note 11.

15. À l'égard du droit à la qualité de l'environnement, voir : LQE, préc., note 1, art. 19.1 et suiv. ; Sophie THÉRIAULT et Charles TREMBLAY-POTVIN, « Droit à l'environnement », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit de l'environnement*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2012.

[34] La procédure démontre que pour certaines activités passées, les Intimées n'ont pas eu à obtenir le certificat d'autorisation prévu à l'article 22 de la Loi, et ce, par suite de la décision du Ministre.

[35] Les Requérants sont en désaccord avec le Ministre à propos de l'application de l'article 22 *L.q.e.* pour ces travaux faits l'automne 2012.

[36] Cette Cour n'a pas à se substituer au Ministre dans l'exercice du pouvoir que la Loi lui confère et ce, d'autant que les travaux sont terminés.

[37] De plus, la requête pour jugement déclaratoire est prématurée en ce qui concerne l'application de l'article 22 *L.q.e.* à d'éventuelles activités des Intimées.

[38] Le Tribunal ne peut rien y faire et ne voit aucune difficulté qui pourrait justifier l'intervention de la Cour à propos de travaux qui n'existent pas encore.

[39] Les attributions de compétence décidées par le législateur ne peuvent être contournées par un jugement déclaratoire.

[...]

[45] Considérer la demande de jugement déclaratoire formulée par les Requérants, alors qu'il n'y a aucune décision du Ministre, ne relève pas de la compétence de cette Cour à ce stade¹⁶.

Cette décision s'accorde difficilement avec le jugement rendu dans l'affaire *Investissements Richmond*¹⁷. La comparaison du contexte factuel et des motifs des deux jugements révèle des contradictions.

D'abord, l'absence de définition des termes qui déterminent l'application de l'article 22 LQE à des projets modifiant la qualité de l'environnement, soit « marais » dans l'affaire *Investissements Richmond* et « travaux de forage » dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement c. Junex inc.*, est considérée comme génératrice d'une difficulté réelle justifiant un recours en jugement déclaratoire dans le premier cas mais non dans le second¹⁸. Pourtant, les contraintes potentiellement imposées par l'article 22 LQE au droit du promoteur de développer sa propriété ne peuvent pas, en principe, être considérées comme plus graves qu'une atteinte possible au droit à la qualité de l'environnement, puisque ce dernier a été fréquemment identifié comme l'expression des valeurs fondamentales de notre société¹⁹.

16. *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.*, préc., note 10. La décision de la Cour supérieure a été renversée par la Cour d'appel: *Centre québécois du droit de l'environnement c. Junex inc.*, 2014 QCCA 849 (ci-après « affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.A.* »). La décision de la Cour d'appel est discutée plus bas.

17. *Investissements Richmond*, préc., note 9.

18. À l'égard de la « difficulté réelle », voir C.p.c., art. 453.

19. Selon la Cour suprême dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 42 et 55 (ci-après « affaire *Canadien Pacifique* »), la protection de l'environnement est devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne.

A priori, l'appréciation divergente de la recevabilité des deux recours ne peut donc pas s'expliquer par l'importance inégale des différents droits dont les requérants demandent la clarification.

Ensuite, la Cour supérieure considère comme recevable le recours judiciaire entrepris dans l'affaire *Investissements Richmond* afin d'établir si un projet se situe dans le champ d'application de l'article 22 LQE avant même que le promoteur soumette une demande de certificat d'autorisation et avant que le MDDELCC soit appelé à exercer le pouvoir discrétionnaire dont il dispose en vertu de cet article. Or, la Cour supérieure conclut à l'irrecevabilité du recours intenté à des fins similaires dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.*, parce qu'il est prématuré tant que le ministre n'a pas pris de décision ni exercé son pouvoir discrétionnaire. Bien que l'objet des deux recours soit identique, la Cour ne fait preuve d'aucune déférence à l'égard du décideur administratif dans le premier cas, alors qu'elle s'impose un devoir de réserve dans le deuxième cas. Une telle divergence est d'autant plus étonnante que le MDDELCC avait effectivement pris une décision de principe dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.* en concluant que l'article 22 LQE ne s'appliquait pas, non seulement à un projet ponctuel et spécifique, mais à tous les travaux de forage du type en cause²⁰.

Ces contradictions mènent au cœur d'une problématique de droit administratif apparemment irrésolue à l'égard de l'article 22 LQE, mais cruciale pour l'application du régime d'autorisation ministérielle. Il s'agit d'établir si le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'interpréter les termes et de déterminer le champ d'application de l'article 22 LQE avant même qu'il décide d'octroyer ou de refuser d'émettre un certificat d'autorisation.

Cet énoncé a notamment été repris par la Cour d'appel du Québec dans des motifs traitant du droit à la qualité de l'environnement : *Gestion Serge Lafrenière inc. c. Calvé*, [1999] R.J.Q. 1313, par. 24 (C.A.) (ci-après «affaire *Gestion Serge Lafrenière*»). Voir aussi : *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 19 (ci-après «affaire *Cie pétrolière Impériale*») ; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, 266 et 267 ; *Brais c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 858, par. 20 (ci-après «affaire *Brais*») ; *St-Luc-de-Vincennes (Municipalité de) c. Compostage Mauricie inc.*, 2008 QCCA 235, par. 46. En 2006, le législateur québécois a d'ailleurs ajouté le droit à un environnement sain à la *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q., c. C-12, art. 46.1. D'autre part, les cours ont souligné que l'exercice du droit de propriété est normalement soumis à des contraintes du fait de dispositions législatives ou réglementaires destinées à protéger l'environnement : *Municipalité régionale de comté d'Abitibi c. Ibitiba ltée*, [1993] R.J.Q. 1061, 1066-1068 (C.A.), récemment repris dans l'affaire *Wallot c. Québec (Ville de)*, 2011 QCCA 1165, par. 45 et 60.

20. *Supra*, note 12.

Le cas échéant, l'existence et la portée de ce pouvoir affecteront le rôle joué par les tribunaux dans l'application de l'article 22 LQE en délimitant l'étendue de la déférence qu'ils accorderont au décideur administratif et le degré d'intervention qu'ils exerceront par le contrôle judiciaire.

L'ambiguïté actuelle entourant l'existence d'un tel pouvoir se manifeste notamment par une oscillation de la position du MDDELCC au gré des recours : quand les tribunaux ont été appelés à décider si un projet est assujéti à l'article 22 LQE parce qu'il se situe dans un marais ou un cours d'eau, le ministre a argumenté alternativement que la délimitation du champ d'application de cet article constitue une décision envers laquelle les cours doivent faire preuve de déférence ou, au contraire, que la question doit être réglée par la Cour supérieure saisie d'une requête en jugement déclaratoire²¹. La clarification des incertitudes entourant l'existence de ce pouvoir permettrait de dégager les principes du droit administratif qui guident la définition des termes et la délimitation du domaine de l'article 22 LQE pour favoriser la prévisibilité et l'uniformité de l'application du régime d'autorisation ministérielle. Les pistes de réflexion dégagées par cette analyse pourraient aussi alimenter le processus annoncé de réforme du régime de l'article 22 LQE²².

Afin d'offrir une perspective complète sur la question, cet article précise, en premier lieu, la nature et l'étendue du pouvoir que les tribunaux ont reconnu au ministre sous l'article 22 LQE (section 1). Puis, une revue de la jurisprudence relative au régime d'autorisation ministériel amène à considérer la possibilité que le MDDELCC ne dispose pas d'un pouvoir d'interpréter les termes et de définir le champ d'application de l'article 22 LQE (section 2). Alternativement, si le ministre dispose d'un tel pouvoir, sa portée et ses modalités sont ensuite identifiées (section 3). Finalement, l'examen des règles de droit administratif pertinentes en matière de contrôle judiciaire et du recours en jugement déclaratoire permet de déterminer le rôle que les tribunaux pourraient jouer à l'égard de ce pouvoir (section 4 et 5).

21. Comparer les affaires *Investissements Richmond*, préc., note 9, par. 32 b), et *Paquet c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs*, 2013 QCTAQ 0668, par. 20-24.

22. Voir MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, *Plan d'action de simplification réglementaire et administrative du ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs*, 2013, [En ligne], [www.mddefp.gouv.qc.ca/ministere/simplification/plan-action-reglementaire-administrative.pdf] (3 mars 2014).

1 Le pouvoir d'octroyer un certificat d'autorisation

Le régime d'autorisation préalable prévu par l'article 22 LQE permet au ministre d'exercer un contrôle administratif de nature préventive à l'égard des activités susceptibles d'altérer la qualité de l'environnement avant même qu'elles débutent²³. Le MDDELCC dispose indéniablement d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice du contrôle administratif prévu par ce régime d'autorisation. Toutefois, ni la jurisprudence ni la doctrine ne semblent avoir expressément reconnu que le pouvoir discrétionnaire du ministre s'étend à l'interprétation des termes et à la définition du champ d'application de l'article 22 LQE²⁴.

1.1 Les principes permettant de catégoriser le pouvoir

Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Bélanger*, l'appel d'un jugement en nullité d'un certificat d'autorisation a donné à la Cour d'appel l'occasion d'énoncer certains principes généraux du droit administratif qui permettent de déterminer la nature et la portée du pouvoir accordé au ministre :

- La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur des limites imposées par la Loi.

23. *Lafarge Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] R.J.Q. 1832 (C.A.) (ci-après «affaire *Lafarge Canada*») (en appel d'une décision de la Cour supérieure sur une requête en jugement déclaratoire); *C.R.I. Environnement inc. c. Coteau-du-Lac (Municipalité de)*, 2010 QCCS 4062, par. 63-65 (ci-après «affaire *C.R.I. Environnement*»). Voir aussi Christine DUCHAINE, «Les éclairages des tribunaux relativement aux autorisations environnementales», dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2010)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 333, aux pages 340-346.

24. Les seules instances où la question pourrait avoir été directement abordée par la jurisprudence semblent être les affaires *Québec (Procureur général) c. Forces Motrices Batiscan Inc.*, [2004] R.J.Q. 40 (C.A.) (ci-après «affaire *Forces Motrices Batiscan*») et, 9047-4784 *Québec inc. c. Bécharde*, 2007 QCCS 710 (ci-après «affaire *Bécharde*»): voir *infra*, section 3. Quant à la doctrine, le texte qui aborde le plus directement cette question est celui d'André PRÉVOST, «Les limites du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Environnement et de la Faune du Québec», dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 133, aux pages 152 et 153. Cet auteur indique brièvement que le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décider de l'assujettissement d'un projet à l'article 22 LQE, mais il avance que l'essentiel de la discrétion s'exerce au moment de décider si un projet est «susceptible» d'altérer l'environnement.

Un pouvoir est donc discrétionnaire lorsque l'autorité administrative a le choix entre plusieurs solutions²⁵ ;

- Le pouvoir discrétionnaire s'oppose à la compétence liée selon laquelle un décideur administratif doit agir dans un sens déterminé lorsque certaines conditions objectives prévues par la loi existent²⁶ ;
- Le texte qui confère le pouvoir permet de déterminer s'il est discrétionnaire. Si le législateur utilise le terme « doit », il confère un pouvoir lié, alors qu'un pouvoir discrétionnaire est généralement attribué à son titulaire par le terme « peut » ou des expressions équivalentes²⁷ ;
- Outre le texte de la disposition, le contexte législatif peut aussi indiquer si un pouvoir est discrétionnaire²⁸ ;
- L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est valide que dans la mesure où il correspond à l'esprit et à la lettre de la norme habilitante. De même, lorsque certains actes sont estimés nécessaires pour la mise en œuvre d'une loi, l'autorité administrative est habilitée à les poser par déduction nécessaire, même si la loi ne prévoit pas expressément de pouvoir habilitant²⁹ ;
- L'intervention judiciaire à l'égard d'un pouvoir discrétionnaire n'est possible que dans les cas d'abus ou de détournement de la discrétion à des fins autres que celles prévues par la loi³⁰.

1.2 L'étendue de la discrétion du ministre

Les principes énoncés par la Cour d'appel guident l'étude des pouvoirs accordés au ministre. D'abord, une simple lecture des textes législatif et réglementaire révèle une partie des pouvoirs discrétionnaires dont dispose le ministre. Les dispositions de la LQE et du RALQE prévoient les modalités du processus d'autorisation. Pour les projets assujettis, toute demande de certificat doit être adressée par écrit au ministre et comporter une série de documents et de renseignements³¹. Des règlements afférents à la LQE qui portent spécifiquement sur certains secteurs d'activité peuvent imposer des normes additionnelles au processus d'autorisation d'un projet

25. *Québec (Procureur général) c. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, par. 51 et 52 (ci-après « affaire *Bélanger* »).

26. *Id.*, par. 53.

27. *Id.*, par. 54.

28. *Id.*, par. 55.

29. *Id.*, par. 56.

30. *Id.*, par. 57.

31. LQE, préc., note 1, art. 22, al. 3 ; RALQE, préc., note 4, art. 7 et 8.

assujetti³². De plus, le MDDELCC *peut* exiger de celui qui demande un certificat tout renseignement, toute recherche ou toute étude pour connaître les conséquences du projet sur l'environnement et juger de son acceptabilité³³. Finalement, le ministre doit, avant de donner son approbation à une demande de certificat, s'assurer que le projet sera conforme à la loi et aux règlements³⁴. Il *peut*, à cette fin, exiger toute modification du plan ou du projet soumis³⁵. Le texte de la LQE montre donc que le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire de requérir des informations supplémentaires et d'un pouvoir discrétionnaire d'imposer des modifications à l'égard d'un projet qui fait l'objet d'une demande d'autorisation avant d'octroyer un certificat³⁶.

Outre ces dispositions, la LQE et le RALQE restent silencieux à l'égard de la nature du pouvoir dont dispose le ministre en vertu du régime d'autorisation. En particulier, ni la Loi ni le Règlement n'indiquent expressément si le pouvoir du ministre d'émettre un certificat est un pouvoir lié ou discrétionnaire. Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine ont indiscutablement consacré le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer un certificat d'autorisation ou d'en refuser la demande, de même que la déférence qui s'impose à l'égard du pouvoir du ministre et qui s'exprime par le recours à la norme de contrôle de la décision raisonnable³⁷. Le cadre qui circonscrit l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est décrit comme suit :

32. Par exemple, voir le *Règlement sur les carrières et sablières*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 7.

33. LQE, préc., note 1, art. 22, al. 4.

34. *Id.*, art. 24, al. 1.

35. *Id.*

36. Odette NADON, « Autorisation préalable – Certificat d'autorisation de la *Loi sur la qualité de l'environnement* », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit de l'environnement*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2012, par. 27 et 28. Comme l'impliquent les motifs de l'affaire *Bélanger*, préc., note 25, reproduits plus haut, l'utilisation du terme « peut » aux articles 22, al. 4 et 24, al. 1 LQE indique un pouvoir discrétionnaire puisque la Loi ne dicte pas de décision précise, mais qu'elle accorde un choix d'options au décideur administratif. Selon l'article 51 de la *Loi d'interprétation*, R.L.R.Q., c. I-16 (ci-après « LI ») : « Chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose "pourra" ou "peut" être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non. »

37. Quant au pouvoir discrétionnaire dont le ministre dispose en vertu de l'article 22 LQE, voir : *Bélanger*, préc., note 25, par. 37-61 ; *St-Damien (Municipalité de) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCS 2897 (ci-après « *St-Damien* ») ; *Lutins Du Mont-Sutton Ltée c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs)*, 2013 QCTAQ 06129, par. 80-100 (ci-après « *Lutins Du Mont-Sutton* »). Quant au principe selon lequel les tribunaux ne peuvent intervenir à l'égard du jugement de l'autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la LQE relativement à l'opportunité

- 1) le ministre doit s'assurer d'avoir en main tous les renseignements nécessaires pour poser un jugement éclairé et raisonnable sur l'acceptabilité d'un projet ;
- 2) le ministre doit se former sa propre opinion sur l'acceptabilité d'un projet et ne peut donc s'en remettre uniquement à l'avis du demandeur de certificat d'autorisation, de son consultant ou à des représentations quelconques de l'un d'eux ;
- 3) le ministre peut exiger des modifications à un projet et plus spécifiquement aux plans et devis, lorsqu'il estime que de telles modifications sont nécessaires pour qu'il soit conforme à la loi et aux règlements adoptés pour son application, le cas échéant³⁸.

Le ministre doit donc respecter les paramètres que la Loi lui impose dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'octroyer un certificat d'autorisation. Il doit notamment s'assurer qu'un projet se conforme à la Loi et à son règlement d'application, selon ce que prévoit l'article 24 LQE³⁹. En l'absence de toute norme réglementaire régissant un type de projet spécifique, le ministre doit s'assurer du respect du cadre de l'article 20 LQE qui prévoit notamment une prohibition d'émettre dans l'environnement des contaminants « susceptible[s] de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens⁴⁰ ». Des règlements adoptés en vertu de la LQE peuvent imposer des balises supplémentaires qui limitent davantage le pouvoir discrétionnaire à l'égard de certains types de projets⁴¹. Les principes de précaution et de prévention orientent aussi l'exercice de la discrétion du ministre, ce qui l'empêche de s'en remettre aux informations fournies par le demandeur d'autorisation et lui impose d'effectuer sa propre vérification à l'égard d'un projet assujéti avant d'émettre un certificat⁴².

ou à la pertinence politique d'un projet de développement, voir : *Québec (Procureur général) c. Germain Blanchard ltée*, 2005 QCCA 605, par. 39-64 (ci-après «*Germain Blanchard*») ; *Gestion Serge Lafrenière*, préc., note 19.

38. M. PAQUET, préc., note 4, à la page 9,057. Ce passage est repris par la jurisprudence : voir *C.R.I. Environnement*, préc., note 23, par. 66 ; *Lutins Du Mont-Sutton*, préc., note 37, par. 89.
39. *Québec (Ministre de l'Environnement et de la Faune) c. Marina L'Escale inc.*, J.E. 2000-1084, par. 20 (C.A.) (ci-après «*affaire Marina L'Escale*») ; *Gélinas c. Grand-Mère (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 721, par. 103-114, 136-147 et 155 (C.S.) (ci-après «*affaire Gélinas*»).
40. *St-Damien*, préc., note 37, par. 249, 250, 252 et 263 ; *Chertsey (Municipalité de) c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2008 QCCS 1361, par. 123 (ci-après «*affaire Chertsey*») ; *Gélinas*, préc., note 39, par. 110-114.
41. Voir : *St-Damien*, préc., note 37, par. 259 et 265 ; *Chertsey*, préc., note 40, par. 50-53, 116, 117, et 122-131 ; *Chagnon c. Ferme Blanchette et Fils inc.*, J.E. 2003-2034, par. 137-143 (C.S.) (ci-après «*affaire Ferme Blanchette et Fils*»).
42. Voir l'affaire *St-Damien*, préc., note 37, par. 274-286, 359-360, et 420-438.

Ainsi, le ministre dispose indéniablement de pouvoirs discrétionnaires sous l'article 22 LQE. Toutefois, ni la jurisprudence ni la doctrine ne semblent avoir expressément répondu à la question que ce texte soulève : comment faut-il concevoir le rapport du ministre à l'interprétation des termes et à la délimitation du champ d'application de l'article 22 LQE ?

D'emblée, la réponse que les principes généraux du droit administratif suggèrent prend la forme d'une alternative strictement binaire : soit le ministre peut effectuer un ou des choix dans l'interprétation des termes et la définition du domaine de l'article 22 LQE, soit il ne le peut pas⁴³. En d'autres mots, l'assujettissement à l'article 22 LQE dans une situation donnée s'opère par l'intermédiaire du ministre, ou, au contraire, procède sans son intervention. Dans le premier cas, le ministre disposerait nécessairement d'un pouvoir discrétionnaire. Par contre, il ne disposerait d'aucun pouvoir dans la deuxième situation, la définition des termes et du champ de l'article 22 LQE s'effectuant alors de façon automatique, par le biais d'un acte lié ou par l'intervention des tribunaux. Cette alternative reflète la dialectique traditionnelle entre la discrétion et la règle de droit dans l'application de la loi : « L'acte sera discrétionnaire lorsque l'autorité compétente aura le choix entre plusieurs solutions. En revanche, l'acte sera réputé non discrétionnaire lorsque l'auteur de l'acte n'a pas d'option, mais doit nécessairement agir dans un sens déterminé, dès lors que certaines conditions objectives, prévues par la norme, existent⁴⁴. »

43. À propos de la dualité droit-discrétion, voir en général Geneviève CARTIER, « Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le difficile passage de la théorie à la pratique », dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 187.

44. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 4, p. 164. Voir aussi l'affaire *Baker c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [1999] 2 R.C.S. 817, par. 52 (ci-après « affaire Baker »). Les motifs de l'affaire *Bélanger*, préc., note 25, cités plus haut sont au même effet. William J. ATKINSON, « La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique », (1978) 19 *C. de D.* 187, 189, énonce lapidairement que « la discrétion est définie en relation à sa non-existence, c'est-à-dire l'existence d'une norme ». Cet article établit d'ailleurs, à la page 195, un lien intéressant entre la discrétion administrative et le pouvoir politique qui est exploré plus bas (*infra*, note 106) :

L'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une étape essentielle de la détermination du droit dans les cas précis où les droits et obligations des parties ne découlent pas de la simple détermination d'une question de faits dont dépend l'application d'une règle. Lorsque ce processus n'est pas possible, le pouvoir discrétionnaire intervient. L'administrateur jouera ce rôle en mettant en œuvre une politique qui deviendra les motifs à l'appui de sa décision. Par ailleurs, il est important de noter que la discrétion qui en découle peut non seulement impliquer un jugement individualisé à une situation unique ou un jugement technique mais également un jugement politique.

L'identification de cette alternative entre l'acte discrétionnaire ou lié invite à en considérer successivement chacun des pôles. Est d'abord examinée la possibilité que le ministre ne dispose d'aucun pouvoir à l'égard de l'interprétation des termes et de la délimitation du champ d'application de l'article 22 LQE, comme semble le suggérer une partie de la jurisprudence (section 2). Puis la situation inverse est étudiée (section 3).

2 L'interprétation de la loi par les tribunaux

La capacité de définir les termes et de délimiter le champ d'application de l'article 22 LQE donne le pouvoir de décider dans quelles situations les promoteurs d'activités, d'opérations ou de procédés qui modifient la qualité de l'environnement sont assujettis à l'obligation de soumettre une demande de certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 LQE. Plusieurs arguments semblent indiquer que le ministre ne dispose pas d'un tel pouvoir.

2.1 La primauté de l'interprétation judiciaire

Les tribunaux ont établi à plusieurs reprises que l'interprétation administrative des termes de l'article 22 LQE par le Ministre doit être écartée sans égard lorsqu'elle est contraire à la loi.

Plusieurs exemples illustrent cette tendance⁴⁵. Dans l'affaire *Filion c. Vallée-du-Richelieu (Municipalité régionale de comté de la)*, un recours en injonction permanente visait à faire cesser des travaux de détournement et de redressement d'un cours d'eau entrepris sans certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 LQE⁴⁶. Une des questions débattues en l'instance portait sur l'assujettissement des travaux à l'article 22, compte tenu d'une exception à l'exclusion énoncée au paragraphe 3 de l'article 1 RALQE selon laquelle les travaux «à des fins d'accès public ou à des fins

45. Par exemple, voir l'affaire *St-Jean-de-Matha (Municipalité de) c. Québec (Procureur général)*, J.E. 99-86, 89, 91, 92 et 103-118 (C.S.) (ci-après «affaire *St-Jean-de-Matha*»), où les cellules d'un lieu d'enfouissement sanitaire avaient atteint leur pleine capacité conformément aux autorisations données par le MDDELCC et les définitions législatives et réglementaires en vigueur. Toutefois, lorsque le ministre a annoncé une nouvelle interprétation des articles pertinents de la LQE et du *Règlement sur les déchets solides*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 13, l'opérateur du site a pu reprendre l'enfouissement dans les cellules existantes sans obtenir l'autorisation ministérielle requise ni se soumettre à la procédure d'évaluation des impacts. La Cour a écarté sans déférence aucune l'interprétation des termes «modification» et «agrandissement» proposée par le ministre en s'appuyant sur les règles usuelles d'interprétation des lois afin de déterminer qu'une autorisation était bel et bien requise malgré l'existence d'une directive ministérielle à l'effet contraire.

46. *Filion c. Vallée-du-Richelieu (Municipalité régionale de comté de la)*, 2006 QCCA 385 (ci-après «*Filion*»).

municipales, industrielles, commerciales ou publiques» restaient soumis à l'obtention d'un certificat d'autorisation⁴⁷. Le MDDELCC avait développé une interprétation administrative qui était fondée sur cette exception à l'exclusion et selon laquelle les travaux «à des fins privées» en milieu humide n'étaient pas assujettis à l'obtention d'un certificat d'autorisation⁴⁸. La Cour d'appel, sous la plume de l'honorable juge Giroux, a écarté cette interprétation parce qu'elle n'était pas conforme au texte de l'article 22 LQE ni à celui du RALQE, en soulignant que le ministre ne pouvait pas prétendre ne pas avoir compétence pour délivrer un certificat d'autorisation pour des travaux qui étaient assujettis au régime d'autorisation⁴⁹.

De plus, les règles d'interprétation juridique prévoient que l'interprétation de la loi par un décideur administratif n'exerce aucune autorité contraignante sur l'interprétation qu'en font les tribunaux⁵⁰. Les décisions qui écartent une interprétation administrative, comme c'est le cas dans l'affaire *Filion*, montrent d'ailleurs que l'interprétation du MDDELCC est jugée contraire à la loi lorsqu'elle est, en fait, non conforme à l'interprétation judiciaire des dispositions législatives et réglementaires applicables⁵¹. L'indépendance des tribunaux à l'égard de l'interprétation administrative s'exprime ainsi : «Il n'est pas douteux qu'en règle générale le juge n'est pas lié par l'interprétation que l'Administration a pu donner au texte d'une loi ou d'un règlement : c'est en principe au juge qu'il revient d'interpréter la loi et, sauf circonstances particulières, l'interprétation administrative ne peut exercer sur l'interprétation judiciaire aucune autorité contraignante⁵².»

47. *Id.*, par. 22-39; RALQE, préc., note 4, art. 1 (3).

48. *Filion*, préc., note 46, par. 23 et 24. Néanmoins, le MDDELCC considérait comme assujettis les travaux spécifiques effectués dans le contexte de cette affaire.

49. *Id.*, par. 25 et 30. Cette règle a été réitérée récemment dans l'affaire *6169970 Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 696, par. 64 (ci-après «affaire 6169970 Canada inc.»), où la Cour d'appel a mis en garde le MDDELCC et lui a rappelé que les interprétations administratives doivent être conformes à la LQE et au RALQE.

50. Par exemple, dans l'affaire *Brais*, préc., note 19, par. 10, la Cour d'appel considère que l'interprétation du terme «marais» par un biologiste expert du MDDELCC constitue une suggestion. Cette interprétation se trouve consignée dans un rapport produit avant le début de procédures en injonction intentées par le ministre contre le contrevenant à la LQE ayant fait défaut de présenter une demande de certificat et d'obtenir l'autorisation requise en vertu de l'article 22 LQE.

51. *St-Jean-de-Matha*, préc., note 45; *Filion*, préc., note 46.

52. Pierre-André CÔTÉ avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 634, par. 1975. Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 626, énonce que : «[T]he opinion of administrative interpreters is not binding on the courts. Except in so far as they are empowered to do so by statute, administrators can neither make law (that is the job of the legislature) nor determine its true meaning (that is the job of the courts). All they can do is offer an opinion that is

2.2 La séparation des pouvoirs et le rôle des tribunaux

En théorie, l'interprétation de la loi appartient généralement aux tribunaux et non à l'Administration conformément au principe de la séparation des pouvoirs, tel que le préfigurent d'ailleurs les arguments invoqués par les cours lorsqu'elles écartent une interprétation administrative. Comme l'énonce la Cour suprême : « Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement – le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi ; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques ; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques⁵³. »

L'évolution du droit administratif, en particulier du contrôle judiciaire de la légalité des actes de l'Administration, a fortement atténué les implications du principe de la séparation des pouvoirs⁵⁴. Néanmoins, la jurisprudence récente y réfère encore quand les tribunaux énoncent que la définition des termes et du domaine de l'article 22 LQE est une question d'interprétation des lois appartenant à la fonction judiciaire⁵⁵. Par exemple,

more or less persuasive.» Ce passage est d'ailleurs cité par la Cour d'appel dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Atocas de l'érable inc.*, 2013 QCCA 1794, par. 26 (ci-après « affaire *Atocas de l'érable* »).

53. *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455, 469-470. Voir aussi *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 52-54. Une perspective historique détaillée sur la séparation des pouvoirs dans un contexte de contrôle judiciaire est fournie par l'affaire *Canada (Pêches et Océans) c. Fondation David Suzuki*, 2012 CAF 40, par. 71-76 (ci-après « affaire *Fondation David Suzuki* »).
54. Voir David DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », (2002) 27 *Queen's L.J.* 445, 454, qui décrit ainsi le problème justifiant l'évolution du principe de séparation des pouvoirs vers une approche plus nuancée : « An administrative tribunal is created by its enabling statute to implement the regime of that statute, and as such is part of the executive branch of government. As soon as the tribunal's task of implementing the statute requires it to interpret the law, whether by implication or by express statutory authorization, a problem arises for the rigid doctrine of the separation of powers. »
55. Dans l'affaire *Bécharde*, préc., note 24, par. 134, la Cour supérieure a tranché un litige qui portait sur l'interprétation d'un terme délimitant le domaine d'application de l'article 22 LQE en indiquant que « l'interprétation d'une loi est une question de droit et est du ressort des tribunaux ». Toutefois, la Cour a pris aussi soin de mentionner que l'interprétation favorisée par le ministre était déraisonnable, et peut-être même manifestement déraisonnable, ce qui permettait de couvrir la possibilité que le décideur administratif ait compétence pour interpréter la loi : *Bécharde*, par. 137. De même, dans l'affaire *Forces Motrices Batiscan*, préc., note 24, par. 71, la Cour d'appel a indiqué que l'interprétation des dispositions législatives et réglementaires de la LQE constitue une question de droit pur qui n'accepte pas de réponse incorrecte. Ces deux décisions sont analysées plus bas dans la section 3.

la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.* énonce ce qui suit :

[14] Il est bien acquis que c'est le MDDEFP qui a compétence exclusive pour trancher une demande de certificat d'autorisation soumise conformément à l'article 22 *L.Q.E.* sous la seule réserve du recours éventuel du requérant devant le Tribunal administratif du Québec selon l'article 96 *L.Q.E.* Il est également reconnu que, dans l'exercice de ce pouvoir de décision, le ministre jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire [...].

[15] Ce n'est pas la situation envisagée en l'espèce. La question soulevée par les appelants se situe en amont de la décision du ministre et de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire une fois qu'il est saisi d'une demande de certificat d'autorisation.

[16] Il s'agit ici de savoir si l'exercice d'une activité d'exploration pétrolière ou gazière est assujéti, avant d'être entreprise, d'abord à la procédure d'information et de consultation publique des articles 7.1 et 7.2 du *Règlement relatif à l'application* et, ensuite, à l'exigence de la demande et de l'obtention d'un certificat d'autorisation.

[17] Cette question est celle de la détermination du champ d'application de l'article 22 *L.Q.E.* et du paragraphe 6 de l'article 2 du *Règlement relatif à l'application*. Elle ne dépend pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais de l'interprétation à donner aux textes législatifs et réglementaires. À ce titre, elle est du ressort des tribunaux judiciaires. Aucune déférence n'est alors due au ministre qui ne peut utiliser son pouvoir discrétionnaire lorsque la *L.Q.E.* et ses règlements déterminent la voie à suivre⁵⁶.

Une telle approche correspond à l'idée qui transparait en filigrane à quelques reprises dans la jurisprudence et la doctrine selon laquelle la règle d'assujétissement à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation repose sur un processus autonome d'application de la loi sans intervention administrative⁵⁷. Dans une certaine mesure, l'autonomie virtuelle

56. *Centre québécois du droit de l'environnement, C.A.*, préc., note 16. Cet arrêt est au même effet que l'affaire *6169970 Canada inc.*, préc., note 49, par. 28 et 40. Dans l'affaire *6169970 Canada inc.*, il s'agissait de déterminer si un projet d'immeuble comprenant 70 unités de condominiums résidentiels sur un terrain situé en zone inondable devait obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 *LQE* ou, au contraire, n'était pas assujéti à cet article compte tenu d'une exception prévue dans le *RALQE*. La réponse à cette question dépendait de l'interprétation des termes « à des fins commerciales » à propos de laquelle le promoteur du projet et le MDDELCC ne s'entendaient pas.

57. *Filion*, préc., note 46, par. 26-29; *Lepage c. Le sous-ministre de l'Environnement, C.S.* Trois-Rivières, n° 400-05-000221-854, 17 avril 1986, j. Lacoursière, 6 et 7 (ci-après « affaire *Lepage* »), tel que rapporté dans A. PRÉVOST, préc., note 24, p. 169; L. GIROUX, préc., note 4, p. 278-287. FRANZ NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa, Heidenberg, 1986, p. 238 et 239, tel que cité par la Cour suprême dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (ci-après « *Nova Scotia Pharmaceutical Society* »), établit une différence

du processus d'application est rendue possible par la définition extrêmement large dans la LQE des termes «susceptible» et «environnement» qui permet *a priori* d'assujettir toutes les activités entraînant une simple possibilité objective plutôt qu'une probabilité réelle de modifier la qualité de l'environnement, ce qui remédie à l'absence d'un décideur administratif habilité à trier les projets assujettis de ceux qui sont exclus⁵⁸.

De plus, la technique que le législateur a empruntée pour codifier la Loi fait directement appel à l'intervention des tribunaux afin qu'ils définissent et précisent les termes de l'article 22 LQE. Dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, la Cour suprême a indiqué que la codification générale et souple plutôt que stricte et précise des lois visant la protection de l'environnement est souhaitable et légitime⁵⁹. Or, une telle technique de codification implique que le législateur se fie aux tribunaux pour rendre possible l'application de la loi :

Le rôle de médiateur du pouvoir judiciaire revêt une importance particulière dans les cas où des difficultés pratiques empêchent le législateur de formuler des lois en termes précis [...].

[Les législateurs] peuvent opter pour une interdiction plus générale de «pollution», et se fier sur les tribunaux pour déterminer si, dans un cas particulier, le rejet d'une substance dans l'environnement naturel est suffisamment important pour en rendre l'auteur passible de sanction légale. Cette seconde option est bien sûr plus souple et plus susceptible de s'adapter à l'évolution de nos connaissances en matière de protection de l'environnement [...].

entre, d'une part, les dispositions générales que les tribunaux doivent interpréter pour en rendre possible l'application dans des cas particuliers et, d'autre part, les dispositions «mécaniques» à l'égard desquelles le pouvoir judiciaire applique simplement la loi. La citation de W.J. ATKINSON, préc., note 44, reproduite plus haut, est au même effet.

58. Quant au terme «environnement», voir la LQE, préc., note 1, art. 1 (4); quant au terme «susceptible», voir l'affaire *Auto-Core Désulmé c. Québec (Procureur général)*, [2005] R.J.Q. 49, par. 26, 27, 32 et 34 (C.A.). Voir aussi Paule HALLEY, «La règle de *minimis non curat lex* en droit de l'environnement», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2004*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 251. Quant à l'application automatique de l'alinéa 2 de l'article 22 LQE, selon Robert DAIGNEAULT, «Débordements récents en droit de l'eau», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 306, à la page 317, toute intervention réglementaire dans un milieu humide nécessite un certificat, sous réserve des exclusions réglementaires.
59. *Canadien Pacifique*, préc., note 19, par. 52-54. Cet arrêt vise le pendant ontarien de la LQE, mais les motifs de la Cour visent l'ensemble des lois environnementales au Canada, et la LQE est citée comme exemple de disposition analogue à celle étudiée en l'espèce : par. 41.

Les tribunaux ont donc pour rôle d'interpréter et de clarifier le langage d'une disposition législative⁶⁰.

Récemment, cette technique de codification a été remise en cause⁶¹. Pourtant, la Cour suprême a souligné les dangers du recours à des termes trop précis dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁶². La Cour a aussi réitéré la validité et la légitimité de cette technique en 2013 dans l'affaire *Castonguay Dynamitage Ltée. c. Ontario (Environnement)*⁶³. Compte tenu de ces enseignements, les doutes soulevés envers la technique de codification empruntée dans la LQE au nom d'un prétendu accroissement de la sécurité juridique doivent être relativisés⁶⁴.

Dans l'ensemble, les arguments liés au partage des pouvoirs et au rôle des tribunaux tendent donc à établir que la détermination du champ d'application de l'article 22 LQE est une question de droit et d'interprétation de la loi qui appartient à la branche judiciaire. Si tel était le cas, l'obligation de présenter une demande de certificat d'autorisation s'imposerait indépendamment de toute décision du ministre. Ne disposant pas du pouvoir de définir les termes et de délimiter le domaine de l'article 22 LQE, le MDDELCC ne pourrait pas décider dans quelles situations les promoteurs d'activités, d'opérations ou de procédés qui modifient la qualité de l'environnement sont assujettis à l'article 22 LQE. L'hypothèse de

60. *Id.*, par. 48, 53 et 73 (l'italique est de nous).

61. Un éventail complet d'intervenants s'accorde sur ce point. Quant aux praticiens, voir D. BOUCHARD et V. BELLE-ISLE, préc., note 5, p. 277. Dans le domaine académique, Sophie LAVALLÉE, *Analyse de l'état du droit et recommandations en vue de l'adoption d'une loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides au Québec. Rapport final*, Centre de la science de la biodiversité au Québec, p. 8, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/rives/Analyse-etat-actuel-droit-recommandations-loi.pdf] (1^{er} décembre 2013), considère que l'imprécision des termes de l'article 22 LQE rend l'octroi d'un certificat plus facile à contester. Les organisations environnementales semblent être du même avis : NATURE QUÉBEC, *Mémoire présenté à l'Assemblée nationale du Québec, Commission des Transports et de l'Environnement, dans le cadre de la consultation générale sur le Projet de loi n° 71 : Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique*, Québec, 2012, p. 35, [En ligne], [www.naturequebec.org/fichiers/Biodiversite/ME12-05-03_MilieuxHumides.pdf] (23 juin 2014).

62. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 57, 625, 626, et 635-643. Cette affaire ne concerne pas la législation environnementale.

63. *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, [2013] 3 R.C.S. 323, par. 9 et 26-29.

64. Selon les mots de la Cour suprême dans l'affaire *Canadien Pacifique*, préc., note 19, 1069, requérir une précision accrue « nuirait manifestement au pouvoir du législateur d'assurer la protection de l'environnement et constituerait un important recul en matière de politique sociale ». Le fouillis des normes administratives démontré par R. DAIGNEAULT, préc., note 5, semble ultimement démontrer le besoin de préserver le caractère indéfini de certains termes.

l'inexistence de ce pouvoir explique que les tribunaux ne procèdent pas à l'analyse de la norme de contrôle de la légalité en présence d'une interprétation administrative des termes de la Loi ou de ses règlements avec laquelle ils sont en désaccord⁶⁵.

2.3 Des considérations pratiques

Le rôle interprétatif des tribunaux est étayé par des considérations de nature pratique et opérationnelle selon lesquelles l'existence d'un pouvoir du ministre de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE se heurterait à des embûches significatives.

D'abord, la LQE n'accorde au ministre aucun moyen pour rendre effectif un tel pouvoir. Les promoteurs d'un projet qui peut tomber dans le champ d'application de l'article 22 LQE n'ont aucune obligation ni devoir de fournir quelque information que ce soit au ministre à l'égard de leur projet avant de présenter une demande de certificat d'autorisation⁶⁶. L'exercice du pouvoir du ministre dépendrait donc du bon vouloir du promoteur, qui déciderait en toute liberté d'informer ou non le MDDELCC de son intention d'entreprendre un projet avant de présenter une demande de

65. Par exemple, voir : *6169970 Canada inc.*, préc., note 49; *Recyclage Ste-Adèle inc. c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCA 1497 (la Cour d'appel y écarte l'interprétation ministérielle d'un autre règlement que le RALQE); *Filion*, préc., note 46 (où l'invalidation de l'interprétation ministérielle n'était cependant pas essentielle : par. 40); *St-Jean-de-Matha*, préc., note 45. L'affaire *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 1, 2, 12, 19-22 et 27-34 (ci-après « affaire *Mines Alerte* »), va dans le même sens, bien qu'il s'agisse d'un autre cadre législatif et d'un décideur administratif différent. *A contrario* : *Bécharde*, préc., note 24, par. 80, 81 et 106 et suiv., bien que les motifs de cette affaire soient ambigus puisqu'ils réfèrent à la fois à la norme de la décision raisonnable et à celle de la décision correcte (voir par. 134-136).

66. Dans le cadre d'un nouvel effort de simplification réglementaire et administrative en faveur des entreprises, le MDDELCC indique pourtant qu'il désire « maintenir des liens étroits avec les demandeurs d'autorisation tant *en amont du dépôt de la demande* que pendant le traitement de celle-ci » (l'italique est de nous) : MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, « Simplification réglementaire et administrative – Le MDDEFP souhaite réduire les délais pour délivrer une autorisation environnementale », communiqué, 28 février 2014, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/infuseur/communiqu.asp?no=2801] (3 mars 2014). MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, préc., note 22, indique que le MDDELCC entend réformer le régime de l'article 22 LQE, ce qui pourrait fournir l'occasion de donner un cadre juridique aux contacts avant le dépôt d'une demande de certificat, alors qu'un tel cadre n'existe pas actuellement.

certificat⁶⁷. Néanmoins, si le ministre était avisé d'une façon ou d'une autre qu'un projet potentiellement assujéti se préparait, les informations parcel-laires dont il disposerait ne pourraient pas lui permettre de déterminer de façon éclairée si un projet tombe dans le champ d'application de l'article 22 LQE. En somme, le ministre ne disposerait d'aucun moyen d'obtenir les informations nécessaires à l'exercice de son pouvoir de délimiter le champ de l'article 22 LQE, contrairement à ce qui est le cas lorsque le ministre exerce sa discrétion d'accorder ou de refuser un certificat d'autorisation⁶⁸.

Ensuite, l'interprétation de la portée des termes de l'article 22 LQE par le ministre pourrait varier dans le temps d'un projet à l'autre en fonction des demandes de certificat des différents promoteurs, de telle sorte que des projets identiques ou similaires pourraient successivement se retrouver exclus puis ensuite assujétis, et finalement, à nouveau exclus du champ d'application de l'article 22 LQE⁶⁹. L'application de la loi serait moins cohérente, constante et prévisible que fluctuante et inégale si le ministre, et non les tribunaux, disposait effectivement du pouvoir de déterminer le sens des termes et le domaine couvert par l'article 22 LQE. Par exemple, dans l'affaire *Lepage c. Le sous-ministre de l'Environnement*, où la Cour se penchait sur l'autorisation de deux sites adjacents exploitant des matériaux identiques comme sablière pour l'un et carrière pour l'autre, l'honorable juge Lacoursière a indiqué que l'interprétation donnée par le MDDELCC aux termes « carrière » et « sablière » ne pouvait être acceptée, car elle équivaldrait à laisser l'application de la loi à la discrétion et à l'arbitraire du fonctionnaire en charge, ce que le législateur ne pouvait avoir désiré⁷⁰.

Finalement, il est inévitable que, dans certaines situations, les tribu-naux soient appelés à définir en premier lieu les termes qui délimitent le

67. La définition du terme « entreprendre » selon son sens usuel par les tribunaux confirme que le ministre ne dispose pas du pouvoir de résoudre cette difficulté par une interprétation si large qu'il pourrait demander des informations au promoteur avant même que son projet se concrétise. Le mot « entreprendre » à l'article 22 LQE marque le moment le plus précoce auquel le régime d'autorisation commence à s'appliquer à l'égard d'un projet. Si le ministre pouvait interpréter ce terme à sa guise, il pourrait lui donner un sens qui donne prise au régime de l'article 22 au moment de la conception du projet et avant que celui-ci se concrétise. Ce n'est cependant pas le cas : voir l'affaire *Lafarge Canada*, préc., note 23.

68. Sous réserve de l'article 120 LQE. À propos des pouvoirs du ministre d'obtenir des informations et documents une fois qu'une demande d'autorisation lui est soumise, voir *supra*, section 1.

69. Selon Guy RÉGIMBALD et autres, *Administrative Law. Halsbury's Law of Canada*, Markham, LexisNexis, 2013, p. 203 : « *Stare decisis* does not apply to administrative tribunals. A tribunal is not bound to follow its previous decisions on similar issues, but it may consider earlier decisions ».

70. *Lepage*, préc., note 57.

champ d'application de l'article 22 LQE sans que le MDDELCC intervienne. Par exemple, un particulier peut tenter une requête en injonction devant la Cour supérieure pour demander le respect de son droit à la qualité de l'environnement lorsqu'il pense qu'un projet résidentiel dans son voisinage est entrepris dans un marais ou une tourbière sans certificat d'autorisation⁷¹. Le projet résidentiel n'enfreindra le droit à la qualité de l'environnement que s'il est réellement situé dans un tel milieu humide. La Cour déterminera alors s'il existe effectivement un milieu humide en fonction de la preuve qui lui est soumise par le titulaire du droit à la qualité de l'environnement et par le promoteur du projet sans que le ministre doive intervenir⁷². Il semblerait hasardeux de lier à l'interprétation du ministre la recevabilité du recours permettant à un particulier de s'assurer que des tiers respectent son droit à la qualité de l'environnement⁷³.

3 Le pouvoir ministériel de définir le domaine de l'article 22

Malgré les arguments avancés dans la section 2, l'idée que le MDDELCC ne dispose d'aucun pouvoir de définir les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE fait abstraction de plusieurs aspects essentiels du droit administratif, ignore certaines caractéristiques fondamentales du régime mis en place par la Loi et contredit certains jugements de même que des pratiques administratives reconnues⁷⁴.

71. Voir LQE, préc., note 1, art. 19.1-19.7 et 22; RALQE, préc., note 4, art. 1 *a contrario* et 3.

72. Par exemple, voir l'affaire *Brais*, préc., note 19. Dans l'affaire *Racette c. Agrégats C.F. Paquette inc.*, [1995] R.J.Q. 1180 (C.S.), la demande en injonction permanente d'un particulier est soumise à la Cour qui doit déterminer si l'article 22 LQE s'applique à des activités industrielles entreprises sans certificat d'autorisation et qui, pour ce faire, interprète le terme «susceptible».

73. L'argument de la concurrence des compétences du ministre et des cours est aussi pertinent dans le cadre de l'analyse de la norme de contrôle entreprise plus bas (*infra*, section 4) et milite en faveur de la décision correcte : voir l'affaire *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 14 et 15 (ci-après «affaire *Rogers Communications*»).

74. Dans certains cas, le ministre applique la Loi comme s'il disposait du pouvoir de délimiter le domaine de l'article 22 LQE. Par exemple, la Corporation de gestion du parc régional de Val-d'Irène a fait la demande de certificat d'autorisation n° 200391315 pour la réalisation de travaux en rive d'un ruisseau en date du 11 février 2014, et le ministre a décidé que les travaux visés par la demande n'étaient pas assujettis le 13 mars 2014 : voir MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, «Registres publics», [En ligne], [www.registres.mddefp.gouv.qc.ca/] (23 juin 2014). Dans une certaine mesure, la soumission de demandes de certificat exclues du champ de l'article 22 LQE requiert ce genre de réponse de la part du ministre, en particulier lorsque l'exclusion ne fait aucun doute.

3.1 Le pouvoir d'appliquer la loi

L'application de la loi par l'autorité administrative implique inéluctablement un processus d'interprétation qui confine au pouvoir discrétionnaire⁷⁵. Dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême a souligné le caractère discrétionnaire de l'activité interprétative des décideurs administratifs. Selon la Cour, il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions « discrétionnaires » et les décisions « non discrétionnaires », puisque la plupart des décisions administratives comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite. En outre, « il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options⁷⁶ ».

Le lien insécable entre l'application de la loi, son interprétation et l'existence d'un pouvoir discrétionnaire provient de la nature indéfinie du langage comme instrument d'expression des normes :

Or, toute activité interprétative implique une certaine création de la part de l'interprète ; il est aujourd'hui reconnu que les textes de nature législative n'ont pas toujours, loin de là, un sens évident et définitif. C'est ce qu'on nomme la part d'indétermination du droit. Toute règle de droit ou tout principe normatif comporte en effet une imprécision relative. Les interprètes des textes législatifs, particulièrement les titulaires du pouvoir judiciaire, bénéficient d'une certaine marge de discrétion dans la détermination du sens de ces textes. Cette discrétion sera plus ou moins grande selon le style de rédaction employé par l'auteur, ainsi que selon la nature particulière des textes à interpréter. En effet, un texte législatif rédigé en des termes précis et restreints se prêtera moins à un rôle créateur de la part de l'interprète que des règles de droit énoncées en des termes larges et généraux⁷⁷.

D'ailleurs, le législateur a rédigé la LQE en termes généraux afin de laisser une marge d'interprétation au ministre et lui permettre d'en faire une application évolutive en tenant compte des situations non prévues par les codificateurs, des avancées techniques relatives aux méthodes de production et de contrôle des activités polluantes, et du développement des connaissances scientifiques à l'égard des processus écologiques. Le recours à cette technique législative, qui induit délibérément une latitude dans

75. Pour un point de vue théorique, voir Cass R. SUNSTEIN, « Problems with Rules », (1995) 83 *Cal. L. Rev.* 953, 984 et 985.

76. *Baker*, préc., note 44, par. 54. Voir aussi : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 4, p. 65 et 66, D. DYZENHAUS, préc., note 54.

77. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 774 (l'italique est de nous).

l'interprétation de la loi, permet d'inférer l'existence d'un pouvoir ministériel de définir les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE :

En effet, le législateur québécois a préféré faire reposer la protection de l'environnement sur un cadre juridique présentant un langage général et souple, plutôt que détaillé et exhaustif, et s'en remettre ainsi à l'expertise du ministre et de ses fonctionnaires en ce qui a trait à la protection de l'environnement et à l'administration de la L.Q.E. Cette approche était particulièrement indiquée pour s'adapter à une matière aussi évolutive que l'est le droit de l'environnement, permettant ainsi à la L.Q.E. de s'adapter aux progrès de la science de même qu'aux préoccupations changeantes de la société, sans qu'il soit nécessaire de la réaménager périodiquement [...].

De la même manière, la vaste majorité des dispositions de la L.Q.E., et particulièrement celles relatives aux différents mécanismes d'autorisation et d'ordonnance, sont formulées en termes tout aussi vastes et généraux, permettant ainsi au ministre d'user de discrétion dans leur application en vue d'atteindre les objectifs poursuivis en matière de protection de l'environnement⁷⁸.

3.2 Le contexte législatif

L'interprétation contextuelle de l'ensemble des dispositions pertinentes de la LQE indique que le ministre doit être en mesure de définir les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE, même si le texte de la Loi ne lui accorde pas expressément ce pouvoir⁷⁹. La LQE prévoit notamment que le ministre peut, à sa discrétion, ordonner la démolition de travaux, de constructions ou d'ouvrages exécutés en violation de la Loi ou de ses règlements, de même que la remise en état des lieux et la mise en œuvre de mesures compensatoires⁸⁰. Par exemple, ce pouvoir d'ordonnance peut s'exercer à l'encontre d'un projet assujéti à l'article 22 LQE

78. A. PRÉVOST, préc., note 24, p. 138 et 139. Cette citation est reprise avec approbation par la Cour d'appel dans l'affaire *Gestion Serge Lafrenière*, préc., note 19. Voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Récupère-Sol inc.*, 2003 CanLII 3898, par. 137 (C.Q.); Sophie LAVALLÉE et Denis LEMIEUX, « La multiplicité des rôles du ministre de l'Environnement s'oppose-t-elle à l'exigence de l'impartialité? », (2003) 44 C. de D. 73, 75.

79. Comme l'indique la Cour d'appel dans l'affaire *Bélanger*, préc., note 25, par. 55, le contexte législatif permet d'inférer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire.

80. LQE, préc., note 1, art. 114. Voir aussi, art. 115.2 et suiv. Dans l'affaire *St-Henri de Lévis (Corp. mun. de) c. Provincial Hardwoods inc.*, J.E. 85-937, 944 (C.A.), la Cour d'appel endosse des propos à l'effet que le pouvoir de l'article 114 est discrétionnaire. Voir également l'affaire *Kozlowski c. Québec (Ministère de l'Environnement et de la Faune)*, 2014 QCTAQ 02892, par. 522 (ci-après « affaire *Kozlowski* »). Toujours dans le même sens, mais à l'égard d'un autre pouvoir d'ordonnance du ministre, voir l'affaire *Cie pétrolière Impériale ltée*, préc., note 19. Selon L. GIROUX, préc., note 4, p. 320, le « pouvoir d'ordonnance est limité aux strictes frontières de l'habilitation législative. Ce pouvoir n'est pas implicite ni inhérent. » Voir aussi Suzanne COMTOIS et Marie-Claude BELLEMARE, « Sanctions administratives, recours devant le Tribunal administratif du

mais entrepris dans un marais sans certificat d'autorisation⁸¹. Le ministre ne serait pas en mesure d'émettre une telle ordonnance s'il ne déterminait pas au préalable que le projet est effectivement situé dans un marais⁸². La *Loi d'interprétation* prévoit d'ailleurs que l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin⁸³. Cette disposition est étayée par la doctrine de la compétence par déduction nécessaire, qui veut que les pouvoirs conférés par une loi habilitante comprennent non seulement ceux qui y sont expressément énoncés mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif⁸⁴.

Ainsi, la capacité d'émettre une ordonnance implique que le ministre dispose du pouvoir d'identifier et de délimiter les milieux auxquels s'applique l'article 22 LQE à l'égard d'un projet, même si celui-ci n'a pas suivi le processus de demande de certificat d'autorisation. Il serait étonnant que le ministre dispose de ce pouvoir uniquement pour émettre une ordonnance, mais n'en dispose en aucune autre circonstance⁸⁵. En plus d'être

Québec et révision judiciaire», dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit public», *Droit de l'environnement*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2012, par. 5-7 et 62-69.

81. Dans les affaires *Kozlowski*, préc., note 80, et *Kozlowski c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2013 QCTAQ 07515, le ministre a émis une ordonnance en vertu de l'article 114 LQE parce que des travaux auraient été effectués sans certificat d'autorisation dans un littoral ou une rive. Voir aussi l'affaire *9047-4784 Québec inc. c. Mulcair*, J.E. 2005-2106 (C.S.).
82. Selon M. PAQUET, préc., note 4, à la page 10,062: «L'exercice du pouvoir d'ordonnance de l'article 114 requiert avant tout que le ministre puisse établir une violation de la loi et, ensuite, qu'il évalue et détermine les mesures les plus adéquates pour la protection de l'environnement.» Dans l'affaire *3563308 Canada inc., C.S.*, préc., note 7, et *3563308 Canada inc. c. Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs)*, 2013 QCTAQ 03452, le ministre avait émis une ordonnance en vertu de l'article 115.2 LQE afin de faire cesser les travaux d'un développeur immobilier dans un boisé humide. Le développeur avait réagi à cette ordonnance par une requête en jugement déclaratoire visant à établir que le terrain n'est pas un marécage et par une contestation de l'ordonnance devant le Tribunal administratif du Québec (TAQ) en vertu de l'article 96 LQE. L'affaire devant le TAQ illustre (par. 53-56, 66 et 123-125) comment les biologistes et les inspecteurs du MDDELCC déterminent qu'un terrain faisant l'objet de travaux de construction entrepris sans certificat d'autorisation est un marais au sens de l'article 22 LQE avant que le ministre émette une ordonnance d'arrêt des travaux et de remise en état des lieux.
83. LI, préc., note 36, art. 57.
84. Voir l'affaire *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51, 73 et 74.
85. Outre les pouvoirs d'ordonnance, les mêmes arguments peuvent être repris à l'égard du pouvoir d'imposer des sanctions administratives en cas de contravention à la Loi pour justifier l'existence d'un pouvoir implicite de définir les termes et déterminer la portée

impraticable, une telle distinction ferait abstraction de la complémentarité entre les articles 22 et 114 ou 115.2. LQE : les pouvoirs d'ordonnance offrent les moyens coercitifs et curatifs d'assurer le respect du régime d'autorisation, qui, lui, est de nature préventive, et de remédier aux contraventions⁸⁶.

3.3 La jurisprudence

Quelques jugements indiquent que le ministre dispose effectivement du pouvoir d'interpréter les termes et de délimiter le domaine de l'article 22 LQE⁸⁷.

Dans l'affaire 9047-4784 *Québec inc. c. Bécharde*, le cœur du litige portait sur la qualification comme « marécage » au sens de l'article 22 LQE d'un terrain aménagé sans certificat d'autorisation par un promoteur immobilier⁸⁸. Le ministère du Développement durable de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (MDDEFP), selon l'appellation de l'époque, considérait que les travaux avaient été effectués dans un marécage et avait émis une ordonnance de démolition en vertu de l'article 114 LQE, ce que contestait le promoteur⁸⁹. Avant de trancher la question sur le fond, la Cour supérieure a procédé à l'analyse de la norme de contrôle applicable à la décision discrétionnaire du ministre, indiquant par-là que ce dernier disposait du

de l'article 22 LQE, préc., note 1, art. 115.13 et suiv. De même, les pouvoirs d'enquête et d'examen des articles 119 et suiv. LQE qui donnent les moyens de constater une contravention à la Loi, et donc rendent opérationnels les pouvoirs d'ordonnance et de sanction administrative du ministre, reposent sur une capacité similaire d'évaluer de façon préliminaire si une situation est couverte ou non par l'article 22 LQE : le CENTRE DE CONTRÔLE ENVIRONNEMENTAL DU QUÉBEC, *Directive sur le traitement des manquements à la législation environnementale*, p. 7 et 18, [En ligne], [www.mddelcc.gouv.qc.ca/lqe/directive-traitement-manquements.pdf], (10 juillet 2014) réfère plusieurs fois à des manquements à la Loi constatés par les inspecteurs du MDDELCC, manquements dont la gravité est notamment évaluée en fonction du type de milieu atteint, dont les milieux humides visés au deuxième alinéa de l'article 22 LQE.

86. À propos du caractère préventif du régime de l'article 22 LQE, voir l'affaire *Malartic (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, 2012 QCCA 1584, par. 77. Voir aussi Yvon DUPLESSIS, Jean HÉTU et Jean PIETTE, *La protection juridique de l'environnement au Québec. Comprenant une jurisprudence inédite des tribunaux québécois*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 82.

87. La doctrine laisse aussi entendre à quelques reprises que ce pouvoir existe : A. PRÉVOST, préc., note 24 ; Patrick KENNIFF et Lorne GIROUX, « Le droit québécois de la protection et de la qualité de l'environnement », (1974) 15 C. de D. 5, 28 et 60.

88. *Bécharde*, préc., note 24.

89. *Id.*, par. 45.

pouvoir d'interpréter le terme « marécage » afin de déterminer si le projet immobilier était visé par l'article 22 LQE⁹⁰.

La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Forces Motrices Batiscan inc.* va dans le même sens, bien qu'elle diverge quant à la norme de contrôle spécifique applicable au pouvoir ministériel d'interprétation⁹¹. Cet arrêt ne portait pas directement sur le pouvoir du ministre de définir les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE, mais plutôt sur le contrôle de la légalité d'une décision du Tribunal administratif du Québec (TAQ) de maintenir un certificat d'autorisation émis par le MDDELCC dont la validité était contestée. Néanmoins, la compétence du ministre en vertu de l'article 22 LQE restait essentielle à la solution du litige, la décision du TAQ étant entachée de nullité⁹². Le litige tirait son origine de l'interprétation et de l'application erronées des termes « réservoir d'une superficie totale excédant 50 000 mètres carrés » par le ministre à l'égard d'un projet de barrage : selon que ces termes étaient interprétés d'une manière ou d'une autre, soit le ministre, soit le gouvernement était compétent pour octroyer un certificat d'autorisation⁹³. L'erreur d'interprétation du ministre l'avait initialement amené à se considérer comme compétent en vertu de l'article 22 LQE puis à octroyer un certificat autorisant un projet de barrage. Avant d'établir l'interprétation correcte des termes en litige, la Cour d'appel a procédé à l'analyse de la norme de contrôle de la légalité de l'acte administratif, ce qui implique incontestablement l'existence d'un pouvoir du ministre en cette matière⁹⁴.

3.4 Le pouvoir d'émettre des directives administratives

La reconnaissance par les tribunaux du pouvoir discrétionnaire du ministre d'émettre des directives administratives pour clarifier et détailler l'exercice de la discrétion que lui accorde la Loi milite aussi en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir d'interpréter les termes et de délimiter le

90. *Id.*, par. 60-84, en particulier le paragraphe 80.

91. *Forces Motrices Batiscan*, préc., note 24. Les questions relatives à la norme de contrôle de la légalité des actes de l'administration par les tribunaux sont étudiées plus bas dans la section 4.

92. *Id.*, par. 60 et 63. De plus, le TAQ a rendu une décision comme s'il se trouvait dans la position du ministre lorsqu'une contestation est entreprise en vertu de l'article 96 LQE : voir la *Loi sur la justice administrative*, R.L.R.Q., c. J-3, art. 15.

93. *Forces Motrices Batiscan*, préc., note 24, par. 32 et 33. Voir aussi le *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 23, art. 2, al. 1 (a).

94. *Forces Motrices Batiscan*, préc., note 24, par. 70-75.

champ d'application de l'article 22 LQE⁹⁵. De toute évidence, ces deux pouvoirs sont si étroitement liés qu'ils peuvent se confondre⁹⁶.

En effet, le MDDELCC a émis des directives relatives à l'application de l'article 22 LQE, dont certaines contiennent des indications portant sur la définition des termes qui déterminent l'assujettissement au régime d'autorisation⁹⁷. Par exemple, la *Directive sur les exclusions administratives à l'application de l'article 22 LQE*, complète par des «exclusions administratives» la liste des projets que le RALQE soustrait à la procédure

-
95. À propos du pouvoir du ministre d'émettre des directives administratives, voir en général Jean PIETTE, «L'usage des politiques, des directives et des guides en droit de l'environnement», dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2007*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 476, et plus particulièrement aux pages 503-507 dans le contexte de l'article 22 LQE qui définit les directives comme des «instruments de portée générale qui ne constituent pas des normes juridiques, mais qui proposent des lignes de conduite ou des orientations aux représentants de l'autorité administrative dans l'exécution de leurs tâches auprès des administrés». À l'instar de cet article, le présent texte utilise la plupart du temps le terme «directive» pour désigner l'ensemble des politiques, directives, guides, notes d'instructions ou autres documents de même nature utilisés par le MDDELCC. À l'égard de la nature discrétionnaire du pouvoir d'émettre des directives, voir Michel FILION, «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives», (1979) 20 C. de D. 855, 888.
96. L'affaire *Giroux c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2012 QCCA 1611, par. 57-60, établit un lien entre le pouvoir d'émettre des directives et l'article 57 LI, préc., note 36.
97. Voir : *Directive préliminaire n° 026 sur les lacs artificiels*, dans *Politiques et directives de l'environnement au Québec*, Brossard, Publications CCH, 1995, feuilles mobiles, à jour en 2010, n° 29,011; MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, *Démarche d'autorisation des projets dans les milieux humides assujettis à l'article 22, 2^e alinéa de la Loi sur la qualité de l'environnement*, 2006, [En ligne], [www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/rabaska/documents/DB74.pdf] (1^{er} décembre 2013); MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Les milieux humides et l'autorisation environnementale*, 2012, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/rives/milieux-humides-autorisations-env.pdf] (1^{er} décembre 2013). Il n'est cependant pas possible d'effectuer une recension des directives dans le cadre du présent article. Selon J. PIETTE, préc., note 95, à la page 478 :
 À l'heure actuelle, bien malin sera celui qui pourra identifier avec justesse le nombre de directives, politiques, notes d'instructions ou guides publiés ou appliqués par le Ministère. Nous avons cherché à en faire l'inventaire et voici les résultats. L'ouvrage intitulé *Droit québécois de l'environnement*, dans sa première édition, en vigueur jusqu'à la fin de 2006, contenait 7 politiques, 10 directives et 4 directives préliminaires, mais aucun guide. L'ouvrage *L'Environnement au Québec*, quant à lui, contient 10 politiques, 16 directives et 3 directives préliminaires. Enfin, la source que nous pourrions présumer être la plus fiable, à savoir le site Internet du Ministère, fait état de l'existence de pas moins de 4 politiques, 20 directives et 42 guides, dont certains sont disponibles en ligne alors que d'autres doivent être achetés. Certains sont d'ailleurs très difficiles à obtenir. Toutefois, nous avons été étonnés de ne pas y trouver la

d'autorisation et comporte aussi des commentaires précisant la portée des exclusions approuvées par l'Administration⁹⁸. Le *Guide d'identification des milieux humides* produit par le MDDELCC explique comment identifier et délimiter un lac, un cours d'eau, un étang, un marais, un marécage et une tourbière au sens du deuxième alinéa de l'article 22 LQE⁹⁹. Autrement dit, le Guide définit certains termes de l'article 22 et indique les méthodes à utiliser pour délimiter son champ d'application spatial à l'égard des milieux humides. Par exemple, le Guide énonce ceci :

La limite supérieure du marais riverain est déterminée par la ligne des hautes eaux (LHE), c'est-à-dire l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres. Tel qu'il a été énoncé précédemment, la LHE s'établit à l'aide de la méthode botanique, de la cote maximale d'exploitation d'un ouvrage de retenue des eaux, du sommet d'un mur de soutènement ou de la cote d'inondation d'une crue de récurrence deux ans¹⁰⁰.

Les commentaires de la jurisprudence et de la doctrine à l'égard du pouvoir du MDDELCC d'émettre des directives administratives ont donc une importance cruciale pour baliser le pouvoir de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE. D'emblée, la jurisprudence reconnaît indubitablement le pouvoir implicite d'élaborer des directives comme inhérent à la fonction administrative discrétionnaire¹⁰¹. Cependant, le pouvoir d'émettre

Note d'instruction 98-01 sur le bruit dont les normes sont largement appliquées par le Ministère, notamment par l'entremise de l'annexe 3 du formulaire de demande de certificat d'autorisation.

98. Voir : *Directive sur les exclusions administratives à l'application de l'article 22 LQE*, dans *Politiques et directives de l'environnement au Québec*, préc., note 97, n° 36,001 (ci-après « Directive sur les exclusions administratives »); M. PAQUET, préc., note 4, à la page 9,057-10, selon qui « il se trouve sur cette liste des projets qui seraient autrement assujettis à la procédure d'autorisation, ce qui fait dire à certains que les exclusions administratives s'y rapportant sont illégales ».

99. MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA FAUNE ET DES PARCS, *Guide d'analyse des projets d'intervention dans les écosystèmes aquatiques, humides et riverains assujettis à l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/rives/delimitation.pdf] (1^{er} décembre 2013) (ci-après « Guide d'analyse des projets assujettis à l'article 22 LQE dans les milieux humides »).

100. *Id.*, p. 4.

101. Suzanne COMTOIS, « Les directives : un compromis entre le droit traditionnel et le règne de la discrétion », dans *Droit contemporain. Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 804, à la page 810. L'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 35 et 36, est un exemple de jurisprudence de la Cour suprême reconnaissant le pouvoir d'élaborer des directives. Pour une étude jurisprudentielle détaillée de la directive, voir l'affaire *Mead Johnson Canada c. Robillard*, [1995] R.J.Q. 1089, 1102-1104, reprise par la Cour d'appel dans l'affaire *Chazi c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1703, par. 24. Pour des études doctrinales récentes qui traitent

des directives joue un rôle résiduaire par rapport au cadre législatif et réglementaire :

Il convient par ailleurs de préciser que la directive ou l'énoncé administratif n'est pas un procédé qui peut se substituer tout simplement au règlement. Il ressort en effet de la jurisprudence qu'un organisme qui a le pouvoir de faire quelque chose par voie réglementaire seulement, ne peut procéder par directive en évoquant un pouvoir implicite [...] Toutefois, l'organisme qui est investi du double pouvoir de réglementer ou de décider discrétionnairement sur les mêmes sujets peut, en l'absence de règlement, adopter des énoncés politiques ou directives pour le guider dans la prise de décisions individuelles¹⁰².

Une directive peut énoncer des normes objectives qui guident généralement le pouvoir discrétionnaire, mais ces normes doivent être conformes à l'objectif des dispositions législatives ou réglementaires qu'elles visent à préciser. Dans l'affaire *Reliance Power Equipment Ltd. c. Montréal (Ville de)*, un certificat d'autorisation octroyé pour l'établissement d'un lieu d'entreposage de substances toxiques imposait des conditions d'opération par référence au *Guide d'entreposage des biphényles polychlorés* que le ministre avait adopté¹⁰³. En déterminant si le Guide pouvait être imposé au titulaire du certificat, la Cour d'appel a indiqué que le fondement législatif du Guide n'était pas contesté, que les énoncés contenus dans le Guide étaient conformes aux objectifs de protection de l'environnement poursuivis par la LQE et qu'il ne pouvait être reproché au ministre de se fonder sur les normes objectives du Guide pour prendre sa décision, une telle transparence étant à encourager plutôt qu'à décourager¹⁰⁴.

Bien qu'une directive puisse jouer le rôle d'un guide général pour son pouvoir discrétionnaire, le ministre ne peut pas lier ce dernier par l'application automatique d'une directive ou d'une politique administrative : il ferait défaut d'exercer sa discrétion à l'égard de chaque cas individuel et

de la question, voir Daniel MOCKLE, « Instruments de gestion », dans JurisClasseur Québec, *Droit administratif*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, à jour en 2013, qui détaille les conditions générales de validité des directives (par. 25 et 34), et selon qui « le procédé de la directive a été présenté comme un mécanisme d'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des règles administratives » (par. 34); Guy RÉGIMBALD et autres, préc., note 69, p. 201-213; John Mark KEYES, *Executive Legislation*, 2^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2010.

102. S. COMTOIS, préc., note 101, à la page 811.

103. *Reliance Power Equipment Ltd. c. Montréal (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 2317 (C.A.) (ci-après « affaire *Reliance Power Equipment* »).

104. *Id.*, par. 36 et 39. La Cour d'appel a rejeté l'argument que le refus d'octroyer un certificat d'autorisation était invalide parce que la décision du ministre s'appuyait sur la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, R.L.R.Q., c. Q-2, r. 35 (ci-après « Politique de protection des rives »), dans l'affaire *Marina L'Escale*, préc., note 39, par. 23, en soulignant qu'il pouvait très bien la suivre.

transformerait illégalement son pouvoir administratif en pouvoir réglementaire¹⁰⁵. Par conséquent, le ministre semble lier sa discrétion de façon illégale dès qu'il prend une décision de principe par le biais d'une directive administrative à l'effet qu'un type de projet spécifique potentiellement assujéti à l'article 22 LQE ne l'est généralement pas¹⁰⁶. Une telle limite, par ailleurs entièrement justifiée, peut engendrer le soupçon que le ministre n'a pas exercé sa discrétion chaque fois qu'il agit à l'égard d'un projet de façon conforme à ce que prévoient des directives, ce qui accroît les risques de poursuite à l'égard du MDDELCC¹⁰⁷. Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Germain Blanchard ltée*, le refus d'émettre un certificat d'autorisation qui aurait permis l'ouverture d'un site de dépôt de matériaux secs avait été annulé par la Cour supérieure au motif que le ministre avait suivi aveuglément les orientations du *Plan d'action québécois sur la gestion des matières résiduelles 1998-2008* prévoyant l'élimination de tels sites¹⁰⁸. La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance au motif que le ministre avait procédé à une étude adéquate du dossier. Elle a conclu aussi que les tribunaux avaient souvent reconnu la possibilité pour l'Administration de baliser son pouvoir discrétionnaire au moyen de politiques ou de lignes directrices permettant aux justiciables d'en mieux connaître les conditions d'exercice, mais que cette possibilité ne pouvait donner à l'autorité administrative le droit de s'en remettre à une ligne de conduite

105. Voir l'affaire *Construction Bérou inc. c. Paradis*, J.E. 93-331, 343-346 (C.S.).

106. L'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.*, préc., note 10, fournit une illustration de ce genre de situation.

107. Peut-être faut-il chercher une tentative du ministre de s'affranchir des risques et des contraintes générés par cette approche binaire de la relation entre discrétion et directive dans l'argument du Procureur général à l'effet que la décision du MDDELCC relativement aux critères applicables pour la détermination des termes « marais » ou « marécage » constitue non pas seulement une décision discrétionnaire mais même une décision politique : *Investissements Richmond*, préc., note 9, par. 32 b). Compte tenu du caractère hautement scientifique et technique des définitions en cause, de même que de la nature opérationnelle du régime d'autorisation de l'article 22 LQE, le pouvoir discrétionnaire d'en définir les termes et le domaine peut difficilement être qualifié de politique : à l'égard du caractère scientifique et technique, voir le Guide d'analyse des projets assujéti à l'article 22 LQE dans les milieux humides, préc., note 99 ; à l'égard de la nature opérationnelle plutôt que politique – généralement pertinente en matière de responsabilité de l'État, voir : *Holland c. Saskatchewan*, [2008] 2 R.C.S. 551 ; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705 ; *Gagné c. Caillé*, J.E. 81-1, 7 (C.S.), repris dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. PAX Construction*, [1984] R.L. 102, 118 (C.S.). Dans l'affaire *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 14, la Cour suprême mentionne que la tentative de conserver une distinction claire entre la politique et le contrôle de la légalité a été abandonnée.

108. *Germain Blanchard*, préc., note 37, par. 32-34, 81, 117 et 118.

préétablie au détriment de l'autonomie décisionnelle qui lui est attribuée en vue d'apprécier chaque cas à son mérite¹⁰⁹.

La directive structure aussi l'exercice de la discrétion en fournissant des instructions internes à l'intention des fonctionnaires qui assistent le ministre. Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Atocas de l'érable inc.*, un entrepreneur avait présenté une demande de certificat d'autorisation au ministre pour exploiter une culture de canneberges dans un milieu humide composé de tourbières et de marécages¹¹⁰. Au cours de ses discussions avec l'entrepreneur pour en arriver à un projet acceptable, le ministre avait suivi sa propre *Note d'instruction n° 06-01* et sa directive intitulée *Démarche d'autorisation des projets dans les milieux humides assujettis à l'article 22 alinéa 2 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, qui requerraient que le promoteur atténue le plus possible l'impact de son projet sur le milieu humide par une démarche d'évitement, de minimisation et de compensation. La Cour supérieure avait déclaré nulle la directive, décision que la Cour d'appel a renversé aux motifs suivants :

[78] Le pouvoir du Ministre étant discrétionnaire, ceci signifie que la directive ne saurait être contraignante, autrement elle transformerait le pouvoir discrétionnaire en pouvoir lié. Il s'agit donc tout au plus d'un guide qui laisse au Ministre et à ses fonctionnaires le soin d'analyser, au cas par cas, les demandes d'autorisation des projets dans les milieux humides en conformité avec la loi et la réglementation applicables, et plus généralement, de porter un jugement sur leur acceptabilité environnementale.

[...]

[83] À mon avis, non seulement la directive est conforme au pouvoir discrétionnaire accordé au Ministre en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, mais elle est inhérente à sa discrétion¹¹¹.

Cependant, les instructions fournies aux fonctionnaires par une directive ne doivent pas empêcher la discrétion de s'exercer pleinement dans le respect des règles applicables en matière de délégation de pouvoir¹¹². Dans l'affaire *Ferme René Gagnon s.e.n.c. c. Tribunal administratif du Québec*, une demande de certificat d'autorisation pour exploiter une ferme porcine

109. *Id.*, par. 84.

110. *Atocas de l'érable*, préc., note 52.

111. *Id.*

112. Voir : *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4861, par. 158-161 (ci-après «affaire *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière* »); William ATKINSON et Marie-Claude LÉVESQUE, «Délégation de pouvoirs et délégation de signature: l'exercice par des fonctionnaires des pouvoirs confiés à leur ministre», (1982) 42 *R. du B.* 327; D. BOUCHARD et V. BELLE-ISLE, préc., note 5, aux pages 293 et 294.

avait été analysée par un fonctionnaire du MDDELCC¹¹³. Le fonctionnaire avait initialement recommandé l'émission du certificat à son directeur régional qui, lui, disposait du pouvoir discrétionnaire prévu par l'article 22 LQE du fait d'une délégation explicite opérée par les dispositions réglementaires applicables¹¹⁴. Toutefois, le MDDELCC n'avait finalement pas émis le certificat parce que la sous-ministre avait appelé le directeur régional pour lui communiquer une directive à l'effet d'imposer un moratoire empêchant toute nouvelle ferme porcine. La Cour supérieure a ordonné au ministre d'émettre le certificat et fit les commentaires suivants :

[81] Ce que les auteurs Atkinson et Lévesque disent, et qui est exprimé par l'adage *delegatus non potest delegare* (qui constitue d'ailleurs une règle d'interprétation), est que : *en principe, la délégation d'un pouvoir discrétionnaire de nature purement administrative, judiciaire ou quasijudiciaire est illégale à moins d'être expressément autorisée par le législateur.*

[82] *Il existe ce que les auteurs ont appelé le pouvoir implicite de déléguer que la jurisprudence a reconnu au fil des années.* La complexité et l'abondance des dossiers traités par un ministre l'obligent à déléguer des pouvoirs que la loi lui impose d'exercer.

[83] Aussi, *plutôt que de s'en remettre au pouvoir implicite de déléguer que la jurisprudence avait reconnu, le législateur a choisi de régir explicitement le pouvoir de délégation.* Dans notre cas, c'est exactement le troisième type d'exceptions statutaires au pouvoir implicite de délégation auquel nous avons affaire et dont parlent les auteurs Atkinson et Lévesque¹¹⁵.

La délégation du pouvoir discrétionnaire qui peut s'opérer sous diverses formes par le biais d'une directive est donc soumise à une exigence de légalité qui impose des limites significatives à la liberté dont dispose le ministre lorsqu'il élabore une directive. En particulier, la jurisprudence semble refuser que la délégation de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir puisse être implicitement autorisée si le législateur en a par ailleurs expressément autorisé la délégation, ou si la structure de la loi ou une énumération des fonctions et des pouvoirs d'une autorité empêche qu'elle puisse l'être¹¹⁶. Ce principe porte à conséquence dans la mesure où le pouvoir du ministre est expressément délégué et ses fonctions en partie

113. *Ferme René Gagnon*, préc., note 2.

114. Relativement aux règles applicables à la délégation du pouvoir du ministre, voir *supra*, note 2.

115. *Ferme René Gagnon*, préc., note 2 (l'italique est de nous) ; voir aussi les paragraphes 76-78 et 84.

116. Gaston PELLETIER, « La délégation d'une fonction ou d'un pouvoir administratif », dans *Conférence des juristes de l'État 2011. XIX^e Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 411, à la page 429.

détaillées par de nombreuses dispositions¹¹⁷. Constitue aussi une forme de délégation illégale le fait d'exercer un pouvoir discrétionnaire sous la dictée d'un tiers lorsque le décideur administratif estime devoir suivre un conseil ou un avis alors que sa discrétion doit être autonome et indépendante¹¹⁸. Par exemple, le MDDELCC pourrait faire défaut d'exercer son pouvoir discrétionnaire de définir les termes « travaux de forage » à l'alinéa 6 de l'article 2 RALQE s'il liait sa position à l'avis donné par le ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles selon qui les travaux de forage menés sur Anticosti sont des « sondages¹¹⁹ ».

3.5 Un acte discrétionnaire plutôt que prédécisionnel ou postdécisionnel

Un dernier aspect relatif à la caractérisation du pouvoir discrétionnaire du ministre d'interpréter les termes et de délimiter le champ d'application de l'article 22 LQE requiert considération. Ce pouvoir du ministre s'exerce avant même qu'entre en jeu l'ensemble des pouvoirs discrétionnaires explicitement accordés par la Loi ou déjà révélés à ce jour par la jurisprudence dans le cadre du régime de certificat d'autorisation ministériel¹²⁰. *A priori*, cet hypothétique pouvoir semble se rapprocher d'une catégorie d'actes administratifs qui ont été identifiés et reconnus comme prédécisionnels. Dans l'affaire *Élevages Lessard inc. c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, la Cour supérieure a rejeté une demande en *mandamus* pour forcer le ministre à émettre un certificat d'autorisation et a indiqué que chaque type d'actes administratifs peut être envisagé selon trois phases de l'action gouvernementale : la première phase vise les actes prédécisionnels qui surviennent avant que le pouvoir discrétionnaire soit exercé ; la seconde phase regroupe les actes qui constituent la décision discrétionnaire ; et la troisième phase renferme tous les actes postdécisionnels qui ont pour but

117. Relativement aux règles applicables à la délégation du pouvoir du ministre, voir *supra*, note 2.

118. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 4, par. 4.21.

119. À propos de la position du MDDELCC, c'est ce qui semble se dégager des propos du député Scott McKay : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 1^{re} sess., 40^e légis., 18 février 2014, vol. 43, n^o 12, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n^o 37, Loi interdisant certaines activités destinées à rechercher ou à exploiter du gaz naturel dans le schiste », 17h45 (M. Scott McKay), [En ligne], [www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cte-40-1/journal-debats/CTE-140218.html#17h30] (30 mars 2014). L'article 1 de ce projet de loi introduisait les termes de « sondage stratigraphique » en droit québécois : *Loi interdisant certaines activités destinées à rechercher ou à exploiter du gaz naturel dans le schiste*, projet de loi n^o 37 (adoption du principe – 26 novembre 2013), 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc). Voir aussi la Requête, préc., note 11.

120. *Supra*, section 1.

de mettre en œuvre et de donner effet aux actes discrétionnaires¹²¹. La Cour a ajouté que la différence fondamentale entre, d'une part, les actes discrétionnaires et, d'autre part, les actes prédécisionnels et postdécisionnels se résume à leur effet juridique, seuls les premiers ayant un impact sur les droits et devoirs des citoyens.

Pour attrayante qu'elle soit en théorie, la typologie des pouvoirs prédécisionnel, discrétionnaire et postdécisionnel se heurte à certaines difficultés, comme le démontre son application à l'article 22 LQE. D'abord, la demande d'informations supplémentaires par le ministre à l'égard d'un projet avant l'éventuel octroi d'un certificat d'autorisation affecte directement les devoirs du promoteur du projet en lui imposant des obligations et des coûts supplémentaires lorsqu'il doit embaucher des experts pour déterminer par des études scientifiques les impacts potentiels de son projet sur l'environnement¹²². La différence fondamentale établie dans l'affaire *Élevages Lessard* entre, d'une part, les actes discrétionnaires et, d'autre part, les actes prédécisionnels s'en trouve donc minée. Ensuite, la décision de demander des informations supplémentaires à l'égard d'un projet constitue l'expression d'un pouvoir discrétionnaire préalable à l'octroi d'un certificat d'autorisation, de telle sorte que cet acte est à la fois décisionnel et prédécisionnel. La confusion des actes prédécisionnels et décisionnels est également apparente par rapport à une décision préliminaire du ministre établissant qu'un hypothétique projet industriel se situerait somme toute hors d'un marais ou d'une tourbière malgré quelques indices contraires : bien que préalable à la décision d'octroyer un certificat d'autorisation, cet acte est discrétionnaire et affecte directement les devoirs du promoteur de projet en le soustrayant à l'obligation de demander un certificat.

Malgré les difficultés auxquelles elle se butte, la typologie des pouvoirs prédécisionnel, discrétionnaire et postdécisionnel a l'avantage de mettre l'accent sur l'enchaînement chronologique des différents pouvoirs exercés par le ministre en vertu des articles 22 et 24 LQE. Cette perspective révèle que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire tôt dans le processus d'autorisation peut influencer sur l'exercice subséquent par le ministre d'un ou de plusieurs de ses autres pouvoirs. Par exemple, la décision du ministre de demander une étude supplémentaire sur un aspect spécifique d'un projet

121. *Élevages Lessard inc. c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, J.E. 2003-1060, par. 23-25 (C.S.) (ci-après «affaire *Élevages Lessard*»), appel rejeté dans l'affaire *Élevages Lessard inc. c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2004 CanLII 72939 (C.A.). Pour la référence à l'ouvrage de doctrine cité, voir P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 4, p. 143 et 144, 153-155, 190 et 637 (qui correspondent aux pages 104, 109-111, 141 et 488 de la première édition de l'ouvrage citée dans le jugement).

122. Pour le pouvoir de demander des informations supplémentaires, voir *supra*, note 35.

en milieu hydrique pourrait le pousser à demander des modifications au projet ou même à refuser l'octroi du certificat, modifications ou refus qu'il n'aurait pas considérés sans l'étude supplémentaire démontrant la sensibilité exceptionnelle d'une composante de l'écosystème affecté par l'éventuel projet¹²³. De même, si l'exercice par le ministre d'un pouvoir discrétionnaire de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE devait mener à la décision qu'un éventuel projet se situe hors d'un marais ou d'une tourbière malgré quelques indices à l'effet contraire, le régime d'autorisation ne s'appliquerait tout simplement pas au projet : le ministre perdrait alors la possibilité de demander des informations supplémentaires comme celle de refuser l'émission d'un certificat. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire d'octroyer un certificat dépend des étapes antérieures du processus d'autorisation. Cet étapisme, qui rend conditionnel l'exercice de certains pouvoirs administratifs discrétionnaires, rappelle la doctrine des faits préliminaires et la question de juridiction véritable qui ont été développées dans le cadre du contrôle de la légalité de l'action administrative par les tribunaux et qui feront l'objet de la section 4.

4 Le contrôle judiciaire du pouvoir du ministre

S'il semble impossible de confirmer hors de tout doute le pouvoir du ministre de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE, trop d'éléments concourent à démontrer son existence pour conclure le contraire. Son existence tenue pour acquise, il faut identifier les limites et les modalités d'exercice de ce pouvoir. L'étude du lien entre celui-ci et le pouvoir d'émettre des directives administratives a déjà permis d'identifier certaines contraintes dont le ministre doit tenir compte lorsqu'il définit les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE¹²⁴. Néanmoins, le pouvoir de délimiter le champ d'application de l'article 22 reste apparemment large à ce stade de l'analyse. Par exemple, il semble entièrement acceptable que le ministre privilégie une méthode scientifique plutôt qu'une autre dans une directive pour déterminer le domaine d'application spatial de l'article 22 LQE à l'égard des milieux humides¹²⁵. L'analyse de la norme de contrôle

123. *Supra*, section 1, notamment, les notes 33, 35 et 36.

124. *Supra*, section 3, plus particulièrement le texte afférent aux notes 94 et suivantes.

125. À titre d'illustration, le ministre préfère la méthode botanique plutôt que celle de la récurrence des inondations bisannuelles pour identifier la ligne des hautes eaux qui délimite la rive et le littoral : Politique de protection des rives, préc., note 104, art. 2.1 ; Guide d'analyse des projets assujettis à l'article 22 LQE dans les milieux humides, préc., note 99, p. 3.

judiciaire effectuée à dessous vise donc à déterminer avec plus de précision les contours du pouvoir accordé au ministre en la matière¹²⁶.

4.1 Le cadre général

Le contrôle de la légalité des actes de l'Administration par le pouvoir judiciaire porte non pas sur l'opportunité de la décision qui fait l'objet du contrôle mais plutôt sur sa légalité¹²⁷. Autrement dit, les cours ne dictent pas comment le ministre doit exercer son pouvoir de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE : elles exercent plutôt une certaine déférence et n'interviennent que lorsque l'exercice de ce pouvoir est contraire à la loi. La légalité de la décision discrétionnaire est établie en fonction de la norme de contrôle applicable, qui peut être soit celle de la décision correcte, soit celle de la décision raisonnable¹²⁸. Dans le premier cas, les cours interviennent au motif d'illégalité lorsque la décision est simplement incorrecte, ce qui impliquerait une absence de discrétion de la part du ministre puisqu'il devrait agir de la seule façon acceptable¹²⁹. Dans le deuxième cas, les cours sanctionnent la décision déraisonnable, ce qui impliquerait qu'il n'existe pas une seule décision possible, mais plutôt un certain nombre de conclusions rationnelles acceptables parmi lesquelles le ministre pourrait choisir selon son gré¹³⁰. Le choix de la norme de contrôle applicable au pouvoir du ministre de délimiter le domaine de l'article 22

126. Voir l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 29 (ci-après «affaire *Dunsmuir*»).

127. *Gestion Serge Lafrenière*, préc., note 19, 11-12.

128. *Dunsmuir*, préc., note 126, par. 45.

129. *Id.*, par. 50. Si la norme de la décision correcte s'applique, il semble *a priori* n'exister aucune différence effective entre, d'une part, la situation envisagée plus haut dans la section 2 où le ministre ne dispose d'aucun pouvoir de délimiter l'article 22 LQE, l'interprétation de la loi relevant des cours et, d'autre part, la situation envisagée plus haut dans la section 3 où le ministre dispose du pouvoir de définir le domaine d'application de l'article 22 LQE. Dans les deux cas, la marge discrétionnaire du ministre apparaît nulle. Néanmoins, cet article argumente que l'existence ou l'inexistence du pouvoir du ministre porte à conséquence, même si la norme de la décision correcte s'applique. Si le pouvoir du ministre existait, il imposerait aux cours d'exercer un devoir de réserve tant que le ministre n'a pas encore pris de décision à l'égard de la définition d'un terme qui délimite le champ de l'article 22 LQE. Autrement dit, les cours ne pourraient pas établir le sens d'un terme délimitant le champ d'application du régime d'autorisation en raison de leur devoir de déférence judiciaire avant que le ministre exerce son pouvoir, de telle sorte qu'une requête en jugement déclaratoire à cet effet par le promoteur d'un projet potentiellement assujéti à l'article 22 ou le titulaire du droit à la qualité de l'environnement prévu aux articles 19.1 et suiv. LQE devrait être rejetée. Ce n'est cependant pas le cas si le pouvoir du ministre n'existe pas. À l'égard de la requête en jugement déclaratoire, voir *infra*, la section 5.

130. *Id.*, par. 47.

LQE joue donc un rôle important pour établir l'étendue de la marge de manœuvre discrétionnaire envers laquelle les cours doivent faire preuve de déférence et refuser d'intervenir.

La Cour suprême a énoncé la méthode à suivre pour déterminer la norme de contrôle : il faut d'abord vérifier si la jurisprudence a déjà établi de manière satisfaisante la norme de contrôle applicable au pouvoir en question. Si la démarche se révèle infructueuse, il faut ensuite effectuer une analyse selon les paramètres suivants :

[64] L'analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l'application de la norme de la décision raisonnable¹³¹.

La première étape du processus établi par la Cour suprême n'est pas concluante à l'égard du pouvoir du ministre de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE. L'existence même du pouvoir n'étant pas expressément confirmée, il n'est pas étonnant que la jurisprudence n'ait pas encore arrêté la norme de contrôle y applicable. D'une part, la Cour supérieure laisse entendre que la norme serait probablement celle de la décision raisonnable dans l'affaire *Béchar*¹³². D'autre part, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Forces Motrices Batisca* suggère que le pouvoir du ministre serait assujéti au contrôle de la décision correcte¹³³. Il faut alors procéder à la seconde étape qui requiert une analyse contextuelle en fonction d'une série de facteurs¹³⁴. Plusieurs de ces facteurs ont une influence variable selon les circonstances de chaque dossier, de telle

131. *Id.* La Cour suprême a récemment précisé que le cadre d'analyse de l'affaire *Dunsmuir* s'applique aux décideurs administratifs en général, ce qui comprend des ministres lorsqu'ils émettent des autorisations, plutôt qu'aux seuls tribunaux administratifs : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, par. 53 et 54.

132. *Béchar*, préc., note 24.

133. *Forces Motrices Batisca*, préc., note 24, par. 71.

134. Contrairement à ce qui est le cas lorsqu'un litige est porté devant les tribunaux, l'analyse de la norme de contrôle entreprise ici s'accomplit dans l'abstrait plutôt qu'en relation avec des faits particuliers ou avec une décision spécifique. Par conséquent, et tel qu'il appert des paragraphes suivants, il n'est pas possible de qualifier invariablement la question soumise à l'analyse de la norme de contrôle comme une question d'interprétation de loi relevant de l'expertise d'un décideur administratif à l'égard d'une disposition clairement située dans son champ de compétence ni comme une question de juridiction véritable. Il n'est donc pas plus possible de structurer l'analyse en fonction de la présomption

sorte que leur analyse ne mène pas à la conclusion qu'une seule et même norme de contrôle s'applique immuablement. En effet, chaque décision rendue par un même décideur administratif peut faire appel à différentes normes de contrôle de la part des tribunaux en fonction de la nature des motifs allégués lors de la révision¹³⁵.

4.2 La clause privative

Le pouvoir du ministre d'interpréter les termes et le champ d'application de l'article 22 LQE ne fait l'objet d'aucune clause privative. Les cours ne doivent donc pas accorder une déférence indue au ministre dans l'exercice de ce pouvoir. Cet élément milite invariablement en faveur de la norme de contrôle de la décision correcte.

4.3 L'objet de la Loi et de la disposition

La LQE est une loi d'ordre publique destinée à protéger l'environnement, à préserver la santé et le bien-être de la population en contrôlant les sources de pollution et à donner effet au droit de toute personne à la qualité de l'environnement¹³⁶. Lorsque les objectifs de la loi sont définis non pas principalement comme consistant à établir les droits et les obligations juridiques des parties l'une envers l'autre, mais plutôt à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts comme c'est le cas pour la LQE, alors l'opportunité d'une supervision judiciaire diminue¹³⁷. Ainsi, l'objet général de la Loi milite en faveur de la norme de la décision raisonnable.

Pendant, chacune des dispositions de l'article 22 LQE et du RALQE peut avoir un objet plus spécifique qui doit être identifié afin d'évaluer le caractère raisonnable de la décision du ministre à l'aune de l'étalon approprié dans un cas particulier. Par exemple, le législateur a ajouté en 1988 l'alinéa 2 à l'article 22 LQE afin d'éviter les difficultés de preuve à l'égard des activités qui modifient la qualité de l'environnement aquatique,

de déférence que les cours semblent favoriser actuellement à l'égard des décisions d'interprétation législative par les décideurs administratifs : à propos de la présomption de déférence, voir *infra* note 165.

135. *Id.*, par. 40; *Ferme René Gagnon*, préc., note 2, par. 41, citant la Cour suprême dans l'affaire *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, par. 58.

136. Voir : *Cie pétrolière Impériale ltée*, préc., note 19, par. 20 et 21 ; *Lafarge Canada*, préc., note 23.

137. Voir l'affaire *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 36 (ci-après « affaire *Pushpanathan* »).

compte tenu de la complexité et de la fragilité de ces milieux¹³⁸. L'application de cet alinéa devrait refléter son objet. De la même façon, l'application de l'alinéa 6 de l'article 2 RALQE par le ministre devrait refléter l'intention du législateur lorsqu'il a assujéti certains travaux de forage autorisés en vertu de la *Loi sur les mines* à l'article 22 LQE pour favoriser le contrôle et la supervision accrues des activités d'exploration des gisements d'hydrocarbures au Québec afin d'acquérir des connaissances scientifiques et d'informer et de consulter le public à leur propos¹³⁹. Dans ce cas, l'identification précise de l'objet de la disposition permettrait d'évaluer plus aisément le caractère raisonnable de l'interprétation du ministre s'il considère que certaines opérations d'exploration pétrolière autorisées en vertu de la *Loi sur les mines* et réalisées avec des foreuses à trépan afin d'obtenir des carottes de forage des strates géologiques situées à plusieurs centaines de mètres sous terre ne sont pas des «travaux de forage» assujéti à l'article 22 LQE¹⁴⁰.

4.4 L'habilitation du ministre

En règle générale, le législateur n'a pas explicitement accordé au ministre le pouvoir de définir les termes et le champ d'application de

138. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, 2^e sess., 33^e légis., 23 novembre 1988, vol. 30, n^o 66, p. 3319; *Journal des débats – Commissions parlementaires*, 2^e sess., 33^e légis., 29 novembre 1988, n^o 45, « Étude détaillée du Projet de loi n^o 99 – Loi modifiant la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives », p. 2002 et 2003.

139. RALQE, préc., note 4, art. 2 (6), 3 (3), 7.1 et 7.2. Voir aussi les sources mentionnées à la note 12. Cette illustration réfère à l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement*, C.S., préc., note 10.

140. Le RALQE ne spécifie pas à quelle autorisation l'alinéa 6 de l'article 2 réfère. Dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement*, C.S., préc., note 10, le MDDELCC semble avoir interprété ce terme comme référant au permis de l'article 160 LM, préc., note 11. Il s'agit d'une interprétation restrictive, puisque l'autorisation peut aussi faire référence au permis de l'article 165 LM. À l'époque où tous les forages à des fins de recherche d'hydrocarbure étaient effectivement autorisés sous l'article 160 LM, la question ne se posait pas, mais maintenant qu'il existe une variété potentiellement infinie de types de forage qui sont exclus de la portée de cet article tout en restant visés par l'article 165 LM selon la terminologie que les compagnies d'exploitation décideront d'utiliser (pourquoi pas « creusage hélicoïdal », « perforation diagraphique », etc., qui peuvent aussi bien référer à des travaux de forage que les termes « sondage stratigraphique »), l'interprétation des termes « autorisés en vertu de la Loi sur les mines » à l'alinéa 6 de l'article 2 RALQE devient limitatrice de la compétence du MDDELCC sous l'article 22 LQE. Notons que la modification de l'application de l'article 160 LM découle probablement de l'usage d'un pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Énergie et des Ressources naturelles d'interpréter et de délimiter l'article 160 LM analogue au pouvoir du MDDELCC qui fait l'objet du présent texte.

l'article 22 LQE. S'il n'a pas tout simplement voulu priver le ministre de ce pouvoir, à tout le moins faut-il inférer de ce silence que le législateur n'a pas désiré accorder un large pouvoir discrétionnaire au ministre. La plupart du temps, ce facteur milite donc en faveur de la norme de contrôle de la décision correcte, d'autant plus que le ministre dispose d'une habilitation expresse dans certaines situations particulières, auxquels cas ce facteur suggère plutôt l'application de la norme de la décision raisonnable. Les tribunaux doivent exercer une certaine déférence lorsque le législateur accorde explicitement un pouvoir discrétionnaire au ministre de définir des termes qui délimitent la portée de l'article 22 LQE. C'est notamment le cas du pouvoir du Ministre de définir les milieux visés par la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables* qui délimitent certaines exclusions prévues par le RALQE au domaine d'application de l'article 22 LQE¹⁴¹.

4.5 La nature de la question

En général, l'assujettissement ou l'exclusion d'un projet spécifique au régime d'autorisation de l'article 22 LQE est déterminé par le processus de qualification juridique usuel. Ce processus implique d'abord l'identification des activités effectivement planifiées et du milieu réellement visé dans un cas spécifique, puis l'interprétation des termes généraux et des catégories abstraites prévus dans les dispositions de l'article 22 LQE et du RALQE afin d'établir comment la règle de droit s'applique aux faits. Par exemple, il pourrait s'agir de déterminer si l'installation d'une série de trois tuyaux de béton de diamètre inférieur à 2 mètres sous une route en construction dans un milieu forestier où sont présents des mouchetures, des racines à nu et de l'eau, doit être qualifiée comme la « construction [...] de ponceaux » au sens de l'alinéa 4 de l'article 3 RALQE pour enjamber un « marécage » au sens de l'alinéa 2 de l'article 22 LQE, de telle sorte que l'obligation de demander un certificat d'autorisation ne s'appliquerait pas¹⁴². Ainsi, le

141. LQE, préc., note 1, art. 2.1 ; RALQE, préc., note 4, art. 1 (3) et 2 *in limine* ; Politique de protection des rives, préc., note 104, art. 2.1 et suiv. ; *Société en commandite de Tilly de Laval c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 4495, par. 63-74 et 92-108. Selon la LMDDEP, préc., note 2, art. 11, le ministre dispose du pouvoir d'élaborer des politiques visant la protection des écosystèmes et de la biodiversité, la prévention, la réduction ou la suppression de la contamination de l'eau, de l'air et du sol, l'établissement et la gestion de réserves aquatiques, de réserves de biodiversité, de réserves écologiques et de paysages humanisés, et la sauvegarde des espèces floristiques menacées ou vulnérables. Il serait possible que l'exercice de ce pouvoir mène à la définition de termes délimitant le champ d'application de l'article 22 LQE qui militent aussi en faveur de la norme de la décision raisonnable.

142. LQE, préc., note 1, art. 22 ; RALQE, préc., note 4, art. 3 (4).

facteur relatif à la nature de la question touche la plupart du temps une question mixte de fait et de droit, ce qui milite en faveur de la norme de contrôle de la décision raisonnable¹⁴³.

Toutefois, une telle conclusion à l'égard de ce facteur pourrait être inappropriée dans certaines situations¹⁴⁴. Par exemple, il peut arriver que le ministre définisse à l'avance dans une directive détaillée, par référence à des critères techniques exhaustifs, certaines sous-catégories générales d'activités afin d'établir qu'elles sont assujetties ou non à l'article 22 LQE¹⁴⁵. Si la question soulevée devant la cour porte plus particulièrement sur l'application ou le respect d'une telle directive de portée générale, le nœud du litige se rattache autant à l'exigence de l'exercice d'une réelle discrétion qu'à la qualification juridique de certains faits¹⁴⁶. La directive viserait spécifiquement à préciser les termes indéfinis de l'article 22 et de son règlement d'application en créant de nouvelles sous-catégories malgré l'absence d'une délégation de pouvoir appropriée pour ce faire, et bien que le législateur ait fait le choix de ne pas définir davantage les termes de la Loi. Lorsqu'une décision restreint la discrétion du décideur administratif pour un grand nombre de décisions à venir, l'application de la norme de contrôle de la décision correcte peut être plus appropriée¹⁴⁷.

143. Selon *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26, «[l]es questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits». Des nuances s'imposent à l'égard de ce facteur. Comme la Cour suprême l'a fait remarquer à plusieurs occasions, dans bien des cas il est «difficile d'établir une ligne de démarcation claire entre une question de fait, une question mixte de fait et de droit et une question de droit. En fait, ces questions sont souvent inextricablement liées» : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 71 et *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, par. 40 et 41. L'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, préc., note 131, par. 29-33, pourrait laisser penser que les questions portant sur la délimitation de l'article 22 LQE sont des questions de droit parce qu'il s'agit d'interprétation législative, mais les oscillations récurrentes des tribunaux à propos d'une dichotomie intenable au plan épistémologique suggèrent une conclusion prudente à l'effet qu'il s'agit généralement de questions mixtes. Par ailleurs, la qualification exacte de la nature de la question perd son importance dans la mesure où il est désormais reconnu que l'interprétation de loi par un décideur dans son champ de compétence impose la déférence.

144. Des nuances s'imposent à l'égard de ce facteur. Comme la Cour suprême l'a fait remarquer à plusieurs occasions, dans bien des cas il est «difficile d'établir une ligne de démarcation claire entre une question de fait, une question mixte de fait et de droit et une question de droit; en fait, ces questions sont souvent inextricablement liées» : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, préc., note 143, par. 71.

145. Voir la Directive sur les exclusions administratives, préc., note 98.

146. *Supra*, notes 105-118.

147. *Pushpanathan*, préc., note 137, par. 43.

4.6 L'expertise du ministre

Lorsqu'un décideur administratif interprète une loi étroitement liée à son mandat, et à l'égard de laquelle il dispose d'une expertise particulière et de connaissances spécialisées, la déférence est habituellement de mise¹⁴⁸. Par contre, le manque d'expertise du décideur administratif relativement à la nature de la question précise qu'il doit trancher ne justifie pas la retenue judiciaire¹⁴⁹. La compétence spécialisée et l'expertise du Ministre ont trait à la protection de l'environnement et de la biodiversité, et à la promotion du développement durable dans son volet environnemental¹⁵⁰. Le degré de déférence des cours variera selon que la question qui requiert de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE se trouve ou non dans le champ d'expertise du ministre. Par exemple, s'il est nécessaire de tenir compte de la définition de « marais » ou de « tourbière » que peut établir le ministre en fonction de critères scientifiques basés sur son expertise et celle de ses fonctionnaires spécialisés en matière environnementale, la déférence est moins souhaitable à l'égard de ce que le ministre définit comme des « travaux de forage » ou des « opérations de fracturation »

148. *Dunsmuir*, préc., note 126, par. 54. Pendant longtemps, l'expertise du décideur administratif a été identifiée comme « le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » : *Canada c. Southam inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50; *Toronto*, préc., note 143, par. 71. Depuis l'affaire *Dunsmuir*, l'importance de ce facteur semble avoir décliné de façon significative : Denis NADEAU, « L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition », (2013) 72 *R. du B.* 1, 36 et 37. Néanmoins, la retenue s'impose *a fortiori* lorsque le décideur administratif est un ministre : *Baker*, préc., note 44, par. 59. À l'égard de cette question, voir en général Mathieu SOCQUÉ, « La notion d'expertise du décideur administratif aux fins de l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle », (2006) 47 *C. de D.* 319.

149. *Pushpanathan*, préc., note 137, par. 33.

150. LMDDEP, préc., note 2, art. 10-12; LQE, préc., note 1, art. 2. Voir aussi l'affaire *Cie pétrolière Impériale*, préc., note 19, par. 21. L'effet de l'expertise des fonctionnaires du MDDELCC sur l'analyse de la norme de contrôle est difficile à déterminer. Dans l'affaire *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière*, préc., note 112, par. 161, la Cour considère que le ministre peut, dans l'exercice des pouvoirs que la loi lui confie, consulter les spécialistes du MDDELCC et se rallier à leurs recommandations si elles lui paraissent fondées, ce qui milite en faveur de la retenue judiciaire. Au même effet, voir l'affaire *Marina L'Escale*, préc., note 39, par. 12 et 26. Par contre, dans *Ferme Blanchette et Fils*, préc., note 41, par. 140, la Cour reconnaît que le ministre bénéficie des connaissances, de l'expérience et de l'expertise que possèdent les fonctionnaires de son ministère à qui la demande d'autorisation est confiée, mais conclut que ce contexte ne suggère pas pour autant qu'il faille exercer la plus grande retenue envers la décision du ministre.

pour l'exploration des hydrocarbures¹⁵¹. En effet, la question de ce que constituent des «travaux de forage» et des «opérations de fracturation» à des fins d'exploration pétrolière ne relève pas de l'expertise du ministre. L'encadrement des travaux de forage et des opérations de fracturation exploratoires de même que la gestion des aspects techniques de telles activités appartiennent plutôt au domaine d'expertise du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles¹⁵².

4.7 La technique de codification législative

Le législateur a rédigé la Loi et plus particulièrement l'article 22 LQE en termes généraux afin de laisser une marge d'interprétation qui permette d'en faire une application évolutive en tenant compte des situations non prévues par les codificateurs, des avancées techniques relatives aux méthodes de production et de contrôle des activités polluantes, et du développement des connaissances scientifiques à l'égard des processus écologiques. Comme nous l'avons exposé plus haut, cette technique de codification vise à la fois à préserver la marge de manœuvre discrétionnaire du ministre et à faire appel à la fonction de médiateur des tribunaux dans l'application de la Loi¹⁵³. L'Administration étant autant sollicitée que les cours, ce facteur ne milite pas en faveur d'une norme de contrôle plutôt que l'autre.

4.8 Les principes d'interprétation

Les principes d'interprétation législative suivent une méthode clairement établie¹⁵⁴. Les termes de l'article 22 LQE et du RALQE requièrent

151. Pour les termes «marais» et «tourbière», voir: LQE, préc., note 1, art. 22, al. 2; *Québec (Procureur général) c. Brais*, 2012 QCCS 1692, par. 33 et 34, confirmé en appel dans l'affaire Brais, préc., note 19, par. 9 et 10. Pour les termes «travaux de forage» et «opération[s] de fracturation», voir le RALQE, préc., note 4, art. 2 (6), 3 (3), 7.1 et 7.2. Cette illustration réfère à l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.*, préc., note 10.

152. *Loi sur le ministère des Ressources naturelles et de la Faune*, R.L.R.Q., c. M-25.2, art. 12 et 17.12.12, al.1 (5); LM, préc., note 11, art. 165 et 382; *Règlement sur le pétrole, le gaz naturel et les réservoirs souterrains*, R.L.R.Q., c. M-13.1, r 1. Comme suggéré à la note 118, un tel constat n'emporte pas que le ministre doive se conformer aux directives du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles lorsque la question se situe dans le champ d'expertise de ce dernier; si c'était le cas, le ministre ferait alors défaut d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué en le déléguant illégalement à son pair.

153. À l'égard de la marge de manœuvre discrétionnaire du ministre, voir plus haut le texte afférent à la note 77. À l'égard de la fonction médiatrice des tribunaux, voir plus haut le texte afférent aux notes 59 à 64.

154. Voir l'affaire *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26-30.

une interprétation large et généreuse quand ils accroissent l'étendue de la protection de l'environnement, mais une interprétation restrictive quand ils la restreignent¹⁵⁵.

Par exemple, les termes « exploitation d'une industrie » et « marais » de l'alinéa 2 de l'article 22 LQE définissent le champ d'application du régime destiné à protéger l'environnement, tandis que les termes « travaux préliminaires d'investigation » et « activités agricoles » de l'article 2 RALQE identifient des activités exclues de la portée de l'article 22 LQE¹⁵⁶. Ainsi, les principes applicables favorisent une interprétation large et généreuse des termes « exploitation d'une industrie » et « marais », mais une interprétation restrictive des termes « travaux préliminaires d'investigation » et « activités agricoles ». Si un projet spécifique qui semblait *a priori* assujéti au régime d'autorisation se retrouve exclu du domaine de l'article 22 LQE parce que le ministre ne se conforme pas aux principes applicables en conjuguant une interprétation restrictive du terme « marais » à l'interprétation généreuse des termes « travaux préliminaire d'investigation », les cours pourraient adopter une attitude moins déférente. Dans certains cas, le défaut du ministre de respecter les principes d'interprétation pourrait pousser les cours à ne faire preuve d'aucune réserve.

4.9 La catégorie de décision

Cette question constitue un facteur déterminant de l'analyse à l'égard de la norme de contrôle applicable au pouvoir du ministre¹⁵⁷. Comme

155. *Québec (Procureur général) c. Gestion environnementale Nord-Sud inc.*, 2012 QCCA 357, par. 114; *Québec (Procureure générale) c. Giguère et Geoffroy inc.*, 2011 QCCS 2278, par. 25.

156. LQE, préc., note 1, art. 22; RALQE, préc., note 4, art. 2 (7) et (12).

157. Voir plus haut le dernier paragraphe de la section 3. L'affaire *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 (ci-après « affaire *Smith* »), indique clairement que la Cour suprême s'éloigne de l'approche organique et contextuelle du contrôle judiciaire préconisée pendant un temps par le biais de l'« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour se réorienter vers une approche fondée sur des catégories de motifs d'intervention. Suivant cette réorientation, les questions touchant véritablement à la compétence – ou questions de juridiction véritable – sont soumises à la norme de contrôle de la décision correcte. Paul DALY, « Dunsmuir's Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review », (2012) 58 *R.D. McGill* 483, argumente que la nouvelle approche par catégorie de motifs d'intervention ne fonctionne pas, notamment parce que les catégories entrent en conflit et se chevauchent régulièrement. La difficulté à distinguer les questions de juridiction véritable des questions de faits préliminaires, que les commentaires de la Cour suprême rendent évidente dans les affaires *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1082-1090 (ci-après « affaire *Bibeault* »), et *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, 233, appuie l'argument du professeur Daly. En somme, il semblerait que le retour de la Cour suprême à un contrôle judiciaire fondé sur des

nous l'avons mentionné plus haut, le pouvoir de délimiter le domaine de l'article 22 LQE rend conditionnel, dans une certaine mesure, l'exercice d'autres pouvoirs discrétionnaires du ministre, ce qui rappelle la doctrine des conditions préliminaires et la question de juridiction véritable.

La doctrine des conditions préliminaires — ou « faits attributifs de compétence » — postule qu'une certaine situation doit préexister afin de donner naissance à la compétence d'un décideur administratif et de lui permettre d'utiliser le pouvoir discrétionnaire dont la loi le dote¹⁵⁸. Pour présenter le pouvoir de l'article 22 LQE dans la perspective de cette doctrine, il faut qu'une « activité » soit susceptible de modifier la qualité de « l'environnement » afin que le Ministre dispose du pouvoir d'émettre ou non un certificat d'autorisation¹⁵⁹. Selon la doctrine des conditions préliminaires, si la question que les cours devaient trancher portait sur la préexistence de faits générateurs de compétence, la déférence ne serait pas de mise¹⁶⁰. Cependant, cette doctrine a été clairement abandonnée par la Cour suprême, de telle sorte que son influence sur le processus de détermination de la norme de contrôle des décisions du ministre à l'égard de la délimitation du domaine de l'article 22 LQE est nulle, malgré le lien

catégories de motifs d'intervention boucle le processus amorcé par l'affirmation de la primauté de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qui visait justement à éviter les difficultés d'une impossible classification des motifs de contrôle qui soit à la fois parcimonieuse, cohérente et épistémologiquement inattaquable : voir l'affaire *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 20-25 et Lorne SOSSIN et Colleen FLOOD, « The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law », (2007) 57 *U.T.L.J.* 581, 591. La circularité de la démarche de la Cour suprême est bien illustrée par la citation suivante tirée de Paul DALY, « Contrôle de la légalité de l'administration », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit administratif*, fasc. 11, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2013, par. 27 : « D'après ce nouveau découpage [du contrôle par catégories de décision], les décisions auxquelles s'appliquera la norme de la décision correcte constituent les questions "juridictionnelles". » En ce qui concerne la difficulté de maintenir une distinction catégorielle entre les questions de procédure et de substance, voir David DYZENHAUS et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada », (2001) 51 *U.T.L.J.* 193. Matthew LEWANS, « Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir* », (2012) 38 *Queen's L.J.* 59, 81 présente un sommaire de l'évolution de l'analyse de la Cour suprême à cet égard, mais conclut néanmoins que la Cour suprême reste somme toute fidèle à l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

158. Voir David Phillip JONES et Anne S. DE VILLARS, *Principles of Administrative Law*, 5^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2009, p. 94, 95, 143 et 144.

159. Voir la LQE, préc., note 1, art. 22, al. 1.

160. Par exemple, voir l'affaire *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, 768-775.

évident entre la doctrine et le contexte dans lequel le ministre exerce le pouvoir à l'étude¹⁶¹.

Par contre, la doctrine des questions de juridiction véritable peut jouer un rôle décisif¹⁶². L'exercice du pouvoir de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE donne souvent au ministre la capacité de délimiter sa compétence¹⁶³. Autrement dit, en obtenant la capacité d'interpréter les termes de l'article 22, le ministre acquiert le pouvoir de décider s'il dispose ou non du pouvoir discrétionnaire d'octroyer un certificat d'autorisation que lui impose le législateur. Dans certains cas, la façon dont le ministre utilise son pouvoir tend à accroître sa compétence. Par exemple, le ministre a étendu le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 22 aux « prairies humides » en les assimilant à des « marais », alors que le législateur avait fait le choix de ne pas inclure ces premiers parmi les milieux visés par cette disposition¹⁶⁴. D'autre part, le ministre utilise fréquemment son pouvoir

-
161. *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 34 (ci-après « affaire *Halifax* »). À cette occasion, la Cour s'appuie sur l'arrêt *Bibeault*, préc., note 157, pour affirmer que la doctrine a été abandonnée depuis longtemps. L'affaire *Bibeault* écarte effectivement la doctrine, mais la Cour effectue dans ce jugement des nuances qui ne se retrouvent pas dans l'affaire *Halifax*. Dans l'affaire *Bibeault*, p. 1086, la Cour écrit ceci : « Quant à la notion de condition préalable, elle est fondée sur le principe qui veut que la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi soit limitée, et qu'un tel tribunal ne puisse, par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné. Le fondement théorique de cette notion est donc inattaquable. »
162. Relativement à cette question, voir généralement Stéphane ROCHETTE, « La norme de contrôle judiciaire et la catégorie des questions "véritables" de compétence », dans *Conférence des juristes de l'État 2013. XX^e Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 285.
163. Voir Paul DALY, *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 220-228, à l'égard du problème que présente la question de la juridiction relativement au respect des attributions de pouvoir accordées par le législateur. La comparaison du raisonnement à l'égard de la question de la juridiction expliqué par le professeur Daly aux motifs du juge Lamer à propos de la question des conditions préalables dans l'affaire *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, 489-492, indique à quel point la marge est mince entre ces deux catégories de questions.
164. La version initiale de l'alinéa 2 de l'article 22 LQE, préc., note 1, proposé par le projet de loi n^o 99, qui est devenu la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1988, c. 49, incluait les termes « prairie humide », ce qui n'est pas le cas de la version sanctionnée de l'alinéa. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, 2^e sess., 33^e légis., 6 décembre 1988, n^o 47, « Étude détaillée du Projet de loi 99 – Loi modifiant la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives », p. 2087-2089 ; Guide d'analyse des projets assujettis à l'article 22 LQE dans les milieux humides, préc., note 99, p. 4. Selon D. BOUCHARD et V. BELLE-ISLE, préc., note 5, p. 284,

d'interpréter les termes de la Loi et des règlements afférents pour limiter sa compétence et ses pouvoirs d'autorisation¹⁶⁵. Par exemple, le MDDELCC considère que des travaux de forage exploratoire sont des « sondages » plutôt que des « travaux de forage » afin de les exclure du champ de l'article 22 LQE¹⁶⁶. Ce type d'interprétation restrictive a principalement pour effet de priver le ministre de la compétence d'octroyer ou non un certificat d'autorisation qui lui est attribuée par le législateur. Lorsque c'est le cas, il apparaît clairement que le ministre a tranché une question de juridiction véritable à laquelle s'applique la norme de la décision correcte¹⁶⁷ :

en « assimilant les prairies humides à des marais par le biais du Guide d'analyse des projets, le MDDEP tente de faire indirectement ce que le législateur ne lui a pas permis de faire directement ».

165. Cette problématique ne touche pas uniquement l'article 22 LQE, préc., note 1, mais virtuellement toutes les dispositions de la Loi qui donnent au ministre un pouvoir d'autorisation discrétionnaire. Par exemple, dans l'affaire *St-Jean-de-Matha*, préc., note 45, le MDDELCC avait interprété les termes de la Loi de façon à éviter l'application de son pouvoir d'autoriser les installations d'élimination des matières résiduelles, maintenant prévu dans l'article 55 LQE. À l'égard de son pouvoir d'autoriser les captages d'eau souterraine, le MDDELCC interprète restrictivement l'expression « en fonction des différents usages » de l'alinéa s) de l'article 46 LQE de façon à exclure du cadre de gestion les prélèvements d'eau souterraine effectués par les exploitants de mines, de carrières et de sablières qui pompent l'eau souterraine sans l'utiliser aux seules fins d'assécher le plancher d'exploitation et de faciliter le travail d'extraction. Voir : MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Guide d'interprétation technique du Règlement sur le captage des eaux souterraines*, Québec, 2010, p. 63-70, [En ligne], [www.mddep.gouv.qc.ca/eau/souterraines/guide-interpretRCES.pdf] (23 juin 2014); Hugo TREMBLAY, « Prélèvements d'eau », dans *JurisClasser Québec*, coll. « Droit public », *Droit de l'environnement*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2013, par. 16.
166. *Centre québécois du droit de l'environnement, C.S.*, préc., note 10; lettre d'Alain Gaudreault, préc., note 13. Selon cette lettre, le MDDELCC semble aussi considérer que les « travaux de forage » assujettis à l'article 22 LQE doivent se lire comme « travaux de forage de puits ». Pourtant, le législateur indique expressément qu'il n'entend viser que les travaux de forage de « puits » à l'exclusion des autres travaux de forage lorsque c'est effectivement le cas : voir l'alinéa 7 de l'article 2 RALQE.
167. En principe, il est possible de concevoir l'exercice du pouvoir de délimiter l'article 22 LQE comme une question de juridiction véritable quand le ministre exerce sa discrétion interprétative à la fois pour restreindre et pour accroître sa compétence. Cependant, le présent article suggère que l'exercice de ce pouvoir peut être classifié avec certitude comme une question de juridiction uniquement lorsque le Ministre s'en sert pour restreindre la portée de l'article 22 LQE. Bien sûr, l'affaire *Forces Motrices Batiscan*, préc., note 24, peut être présentée comme un exemple où la norme de la décision correcte s'applique à la décision du ministre d'étendre son champ de compétence par l'interprétation de certains termes parce qu'il s'agit d'une question de juridiction véritable, mais une lecture attentive de ce jugement mène plutôt à la conclusion qu'il s'agit en l'espèce de ce que la Cour suprême qualifie dorénavant de « questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » à laquelle s'applique

[50] S'il importe que les cours de justice voient dans la raisonnablement d'une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s'appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l'application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne¹⁶⁸.

En somme, de nombreux facteurs peuvent influencer l'analyse de la norme de contrôle appliquée par les cours au pouvoir du ministre de déli-

aussi la norme de la décision correcte : voir l'affaire *Smith*, préc., note 157, mais aussi l'affaire *Germain Blanchard*, préc., note 37, par. 103 et 106. Il semble plutôt de conserver une certaine prudence en ne concluant pas d'emblée que les cas où le ministre exerce son pouvoir de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE pour accroître sa compétence portent sur la juridiction véritable pour trois raisons. Premièrement, la Cour suprême a récemment énoncé des doutes quant à l'existence même de la catégorie de questions de juridiction véritable : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34 (ci-après « affaire *Alberta Teachers'* »). Deuxièmement, la Cour suprême tend à recourir à une présomption de déférence qui pourrait englober les questions de juridiction véritable dans certains cas : *Smith*, préc., note 157, par. 26, 28, et 36-38 ; *Alberta Teachers'*, par. 34. Troisièmement, la Cour suprême a énoncé à plusieurs reprises que le décideur administratif a droit à la déférence lorsqu'il interprète et applique sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale. Voir : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 24 ; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 19-33 ; *Williams Energy (Canada) Inc. c. Alberta Utilities Commission*, 2014 ABCA 51, par. 13 et 14 ; *contra* : *Rogers Communications*, préc., note 73. Cela dit, la cohérence parfaite dans l'application des principes développés par la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire apparaît difficile à atteindre. Dans l'affaire *Mines Alertes*, préc., note 65, jugement qui a été rendu après *Dunsmuir*, préc., note 126, mais n'est pas indexé comme un jugement en droit administratif ni mentionné par la doctrine sur la norme de contrôle, la Cour suprême a procédé à la correction d'une interprétation établie par un décideur administratif à l'égard d'une loi intimement liée à son expertise sans jamais procéder à l'analyse de la norme de contrôle ni faire preuve de déférence aucune.

168. *Dunsmuir*, préc., note 126. Au paragraphe 59 de cette décision, la Cour suprême précise ceci :

La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence.

imiter l'article 22 LQE¹⁶⁹. L'impact de la plupart de ces facteurs varie, puisqu'ils militent parfois en faveur de la norme de la décision correcte et d'autres fois en faveur de la décision raisonnable selon le contexte et les circonstances de chaque cas. Néanmoins, il semble que la norme de la décision correcte applicable aux questions de juridiction véritable convienne en général aux situations où le ministre définit restrictivement les termes et le domaine de l'article 22 LQE de façon à se priver du pouvoir d'octroyer ou non un certificat d'autorisation. Par ailleurs, lorsque la norme applicable est celle de la décision raisonnable, la prise en considération de certains des facteurs étudiés peut amener les tribunaux à conclure que la décision du ministre ne fait pas partie des options rationnelles acceptables.

5 Le recours en jugement déclaratoire

Le recours en jugement déclaratoire est une extension essentielle du contrôle judiciaire¹⁷⁰. Néanmoins, l'usage de ce recours peut causer des difficultés face aux questions liées à la définition des termes et du champ d'application de l'article 22 LQE. La reconnaissance du pouvoir du ministre de délimiter le domaine de l'article 22 permettrait d'atténuer certaines de ces difficultés par l'adoption d'une attitude déférente envers le décideur administratif.

5.1 L'accessibilité au recours

D'abord, les cours admettent trop aisément les requêtes en jugement déclaratoire au motif qu'un terme de la Loi est imprécis. Par exemple, les cours accueillent de façon récurrente l'argument que le terme « maréage » cause une difficulté du seul fait que la Loi ne le définit pas¹⁷¹. Un tel phénomène indique une application inadéquate de la doctrine de l'imprécision. D'emblée, l'utilisation dans l'article 22 LQE d'un terme qui n'est pas expressément défini par la Loi, et dont la portée est large ou les contours sont imprécis, ne peut donner ouverture à une requête en jugement déclaratoire sur la base de ce seul motif dès lors que les tribunaux ont déjà tranché

169. D'autres facteurs que ceux énumérés ici peuvent être pertinents pour l'analyse de la norme de contrôle : voir, par exemple, l'affaire *Rogers Communications*, préc., note 73.

170. Selon Pierre GIROUX, Stéphane ROCHETTE et Nicholas JOBIDON, « Les recours judiciaires en droit public », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Collection de droit 2013-2014*, vol. 7, « Droit public et administratif », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 239, à la page 241 : « Quant au pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires, il relève de la compétence inhérente de la Cour supérieure ; c'est un aspect de l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. »

171. Voir : *Bécharde*, préc., note 24, par. 80 ; *Investissements Richmond*, préc., note 9, par. 40 et 41.

la question auparavant. Le test de l'imprécision inconstitutionnelle vise à déterminer si une disposition fournit « un guide suffisant pour un débat judiciaire en ce qui a trait à l'étendue de la conduite prohibée¹⁷² » :

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d'exercice de ce pouvoir, d'indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d'une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire ; elle ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants. En donnant un pouvoir discrétionnaire qui laisse toute latitude, elle prive le pouvoir judiciaire de moyens de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire¹⁷³.

Dans la mesure où un débat judiciaire a déjà eu lieu pour valider la légalité d'un terme indéfini de l'article 22 LQE, le test de l'imprécision inconstitutionnelle est automatiquement réussi, même si plusieurs interprétations subsistent et génèrent des litiges ultérieurs. Dans le cadre de ces litiges ultérieurs, ce n'est plus l'imprécision du terme en elle-même qui peut causer une difficulté réelle donnant ouverture à une requête en jugement déclaratoire puisque le débat judiciaire antérieur démontre *prima facie*, du simple fait qu'il a déjà eu lieu, la légalité de l'imprécision¹⁷⁴.

5.2 Les conséquences de la permissivité

Dans ce contexte, l'accessibilité accrue du recours en jugement déclaratoire entraîne certaines conséquences indésirables. Premièrement, l'asymétrie des ressources financières et de l'accès à l'information entre, d'une part, les promoteurs de projets et, d'autre part, les titulaires du droit à la qualité de l'environnement, implique que les premiers profitent davantage de la permissivité des cours à l'égard des requêtes en jugement déclaratoires¹⁷⁵.

Deuxièmement, la gestion des milieux naturels, de la biodiversité et des diverses composantes des écosystèmes qui bénéficient de la protection accordée par la LQE se conforme moins facilement aux méthodes scientifiques les plus appropriées. Par exemple, la délimitation d'une tourbière par le MDDELCC s'effectue grâce à une expertise scientifique qui s'appuie

172. *Canadien Pacifique*, préc., note 19, par. 47.

173. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 57, 642.

174. La difficulté réelle est une condition d'ouverture du recours en jugement déclaratoire : C.p.c., art. 453.

175. Pourtant, le privilège de développer sa propriété n'est pas supérieur ni préférable au droit à la qualité de l'environnement, *supra*, note 19. Ultimement, il s'agit d'un problème d'accès à la justice, à la fois devant les cours et devant la Commission d'accès à l'information, qui est étranger à la présente étude.

sur des critères hydrologiques, chimiques et biotiques¹⁷⁶. En comparaison, l'identification d'une tourbière par les tribunaux repose principalement sur la méthode linguistique, qui semble moins apte à tenir compte des processus biologiques, climatiques et géomorphologiques complexes et subtils à l'œuvre dans un écosystème¹⁷⁷. Une citation de la Cour d'appel illustre la méthode d'interprétation usuelle qu'empruntent les tribunaux :

[6] [...] Le juge a conclu que l'appelant s'était livré *sur une tourbière* à des activités visées par le deuxième alinéa de l'article 22 de la *LQE*. L'appelant lui reproche d'avoir erronément donné au mot « tourbière » un sens différent de celui qu'imposaient les règles pertinentes d'interprétation des lois.

[7] On constate en premier lieu que la *LQE* ne contient aucune définition du mot « tourbière ». Il s'ensuit nécessairement qu'on doit lui donner son sens ordinaire dans l'usage courant et que tout dictionnaire usuel peut, *a priori*, servir à expliciter ce sens¹⁷⁸.

La primauté de l'interprétation judiciaire sur la méthode scientifique dans le cadre du recours en jugement déclaratoire permet aux cours d'écarter l'opinion des experts du MDDELCC relativement à ce qui constitue un milieu naturel visé par l'article 22 *LQE*. Par exemple, dans l'affaire *Ste-Croix (Municipalité de) c. Québec (Procureur général) (Ministère du développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, la Cour supérieure écarte la définition de la ligne des hautes eaux dans le texte de la Politique de protection des rives de même que l'opinion des quatre experts du MDDELCC, y compris celle de l'expert à l'origine de cette définition, pour privilégier l'interprétation des quatre experts des parties opposées¹⁷⁹.

Ainsi, lorsque les tribunaux interviennent à la suite d'une requête en jugement déclaratoire pour préciser l'application des termes de l'article 22

176. Guide d'analyse des projets assujettis à l'article 22 *LQE* dans les milieux humides, préc., note 99, p. 8.

177. Pour un aperçu des processus naturels en cause dans une perspective juridique, voir Hugo TREMBLAY, « An Analytical Framework for Legal Regimes Applicable to Freshwater Ecosystems », (2009) 20 *Journal of Water Law* 152, 157-163.

178. *Brais*, préc., note 19 : voir, les paragraphes 8 à 11. Dans cette affaire, la définition établie par le jugement de première instance et maintenue par la Cour d'appel est conforme à celle d'un biologiste cité comme témoin expert.

179. *Ste-Croix (Municipalité de) c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2008 QCCS 2366, par. 171-179 (ci-après « affaire *Ste-Croix* »). La Cour reconnaît la nature scientifique du débat et prend en compte les documents administratifs produits par le MDDELCC afin de faciliter l'identification de la ligne des hautes eaux, mais finit néanmoins par tracer la ligne elle-même en contredisant le texte juridique. Alors que le texte de la Politique de protection des rives, préc., note 104, art. 2.1, accorde explicitement la priorité à la méthode botanique pour délimiter la ligne des hautes eaux, la Cour décide de privilégier la méthode des crues de récurrence de 2 ans : *Ste-Croix*, par. 179.

LQE avant même que le ministre ait pu exercer sa discrétion à cet effet, l'approche scientifique facilitant la protection de l'environnement fait souvent place à des considérations moins aptes à tenir compte des réalités écologiques que la Loi vise à préserver. En substituant au pouvoir du ministre d'interpréter la Loi le pouvoir d'interprétation des cours, la requête en jugement provoque un glissement significatif : la portée des termes de la LQE est déterminée par un pouvoir dont la fonction est d'assurer le respect de la loi et la primauté du droit plutôt que par un pouvoir dont la fonction est d'assurer la protection de l'environnement¹⁸⁰.

La reconnaissance du pouvoir du ministre de délimiter le domaine de l'article 22 LQE permettrait d'atténuer ces difficultés par l'adoption d'une attitude déférente envers le décideur administratif. Si l'existence du pouvoir du ministre était expressément confirmée, les cours s'abstiendraient de trancher par jugement déclaratoire une question assujettie à ce pouvoir avant que le ministre l'exerce. Les principes dégagés dans l'affaire *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée* sont à cet effet¹⁸¹. Dans cette affaire, Domtar désirait cesser d'alimenter en électricité l'usine de Kruger et démanteler la ligne électrique qui servait à cette fin et dont elle était propriétaire. Hydro-Québec s'opposait au projet de Domtar. Le cœur du litige portait sur la qualification de la ligne de Domtar comme «réseau privé d'électricité» au sens de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹⁸². Si la ligne était un réseau d'électricité, Domtar devait s'entendre avec Hydro-Québec avant d'arrêter d'alimenter l'usine. Dans le cas contraire, Domtar pouvait procéder sans entente. Pour régler la question, Domtar a présenté une requête en jugement déclaratoire. La Cour d'appel a confirmé le rejet de la requête parce qu'il appartenait à la Régie de l'énergie, le décideur administratif compétent en vertu de la LRE, de décider en premier lieu si la ligne d'alimentation de l'usine était un réseau d'électricité :

[33] Il faut respecter, en effet, la volonté du législateur et éviter l'immixtion des tribunaux judiciaires dans des débats ou des matières que le législateur a voulu réserver à des instances spécialisées. Il va sans dire que les décisions que rendent celles-ci sont soumises au contrôle judiciaire de la Cour supérieure, contrôle qui n'a toutefois pas à s'exercer de manière préventive ou préalable, par recours à la procédure que prévoit l'article 453 *C.p.c.* C'est de cette manière qu'on garantit au mieux l'équilibre entre la fonction judiciaire généraliste et la fonction quasi judiciaire ou administrative spécialisée¹⁸³.

180. Pour la mission du ministre, voir la LMDDEP, préc., note 2, art. 10.

181. *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée*, 2010 QCCA 1934 (ci-après «affaire Domtar»).

182. *Loi sur la Régie de l'énergie*, R.L.R.Q., c. R-6.01, art. 76.1 (ci-après «LRE»).

183. *Domtar*, préc., note 181. Voir aussi les paragraphes 23 à 32 et 34 à 46.

Les principes de l'affaire *Domtar* ne peuvent toutefois pas être transposés intégralement à l'exercice du pouvoir du ministre de définir le domaine de l'article 22 LQE¹⁸⁴. D'abord, une disposition générale accordait compétence à la Régie de l'énergie pour décider d'une demande rattachée à l'interprétation et à l'application de la LRE, ce qui n'est pas le cas du ministre dans le cadre de la LQE¹⁸⁵. Ensuite, si les promoteurs de projet disposent à tout le moins de la possibilité de demander un certificat d'autorisation puis d'en contester le refus, la LQE n'accorde actuellement aux titulaires du droit à la qualité de l'environnement aucun moyen ni recours pour s'informer d'une décision du ministre d'assujettir ou non un projet spécifique au régime de l'article 22 LQE ou pour lui demander de prendre une telle décision¹⁸⁶. Le recours en jugement déclaratoire reste donc pertinent et nécessaire dans certaines situations.

Conclusion

Le régime du certificat d'autorisation de l'article 22 LQE confère plusieurs pouvoirs discrétionnaires au MDDELCC, soit celui de requérir des renseignements supplémentaires à l'égard d'un projet assujetti, celui d'imposer des modifications à un tel projet et celui d'accepter ou de refuser d'émettre un certificat d'autorisation. Une partie du contentieux relatif à l'application de l'article 22 LQE vise des situations qui surviennent avant l'exercice de ces pouvoirs et où le débat porte plutôt sur le fait qu'un projet spécifique puisse être assujetti ou non à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation. Or, la compétence du ministre à l'égard de ces situations fait l'objet de plusieurs incertitudes qui révèlent une intégration imparfaite des principes du droit administratif. Le traitement de ces questions qui touchent à la délimitation du domaine de compétence attribué par l'article 22 LQE s'affranchit difficilement de la perspective binaire hérité du principe de la séparation des pouvoirs. La reconnaissance du pouvoir du ministre de définir les termes et le domaine de l'article 22 LQE résout en bonne partie les problèmes découlant des interactions confuses entre les sphères administrative et judiciaire aux confins du régime d'autorisation.

Cependant, cette solution génère à son tour de nouveaux problèmes. Une partie du fonctionnement du régime de certificat d'autorisation ministériel procéderait dorénavant hors du cadre législatif et réglementaire, dans

184. L'affaire *Produits Suncor Énergie, s.e.n.c. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCA 75, qui porte aussi sur l'application de la LRE distingue l'affaire *Domtar*, préc., note 181.

185. *Id.* par. 38; LRE, préc., note 182, art. 31 (5).

186. Relativement à l'épuisement des recours, voir l'affaire *Reliance Power Equipment*, préc., note 103, par. 56-59, et Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 497 et 498.

un espace de liberté administrative sans balise en amont des dispositions existantes qui guident les pouvoirs discrétionnaires accordés par l'article 22 LQE. Le MDDELCC pourrait multiplier les contacts et les échanges informels à propos de l'assujettissement d'un projet sans que l'exercice de sa discrétion soit soumise à des normes statutaires qui la rendent prévisible et favorisent la sécurité juridique. Tant les promoteurs de projet que les titulaires du droit à la qualité de l'environnement en subiraient des inconvénients.

Dans plusieurs cas, les personnes affectées pourraient être confinées dans l'incertitude sans disposer d'un moyen pour clarifier immédiatement leur situation si le ministre décidait de ne pas expliciter sa position¹⁸⁷. Le phénomène toucherait particulièrement les titulaires du droit à la qualité de l'environnement. Alors qu'un promoteur aurait au moins le bénéfice de ses discussions informelles avec le MDDELCC à l'égard de l'assujettissement de son projet, la LQE n'offrirait aucun moyen ni mécanisme permettant aux titulaires du droit à l'environnement de s'informer *ex ante* ou *ex post facto* de la décision d'exclure un projet ou un type de projet du champ d'application de l'article 22¹⁸⁸.

C'est pourquoi la reconnaissance du pouvoir ministériel ne disqualifie pas le recours en jugement déclaratoire lorsque le débat porte sur l'assujettissement d'un projet spécifique à l'obligation préalable d'obtenir un certificat d'autorisation ou sur son exemption. Ce recours conserve son utilité, notamment dans certains cas où il existe des indices significatifs que

187. L'élargissement du domaine exclu de la portée de l'article 96 LQE pourrait entraîner un réajustement des aires d'influence respectives des pouvoirs administratifs et judiciaires que le législateur n'avait pas désiré. D'ailleurs, lorsqu'une cour de justice contrôle la décision implicite d'un décideur administratif, elle ne peut accorder d'attention respectueuse aux motifs de la décision, car il n'y en a pas : voir l'affaire *Alberta Teachers'*, préc., note 167, par. 51-55 ; l'affaire *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58, nuance ce principe en avançant qu'une cour peut examiner, selon la norme de la décision raisonnable, les motifs que le décideur administratif aurait pu donner, mais il est évident que ce genre d'approche n'est pas de nature à favoriser la déférence puisqu'elle requiert que la cour mette les mots dans la bouche du décideur.

188. LQE, préc., note 1, art. 118.5, ne vise rien qui précède la demande de certificat d'autorisation. Les cas tels que celui mentionné à la note 73 sont exceptionnels. Voir aussi Jean BARIL, « Accès à l'information environnementale au Québec », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit de l'environnement*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour en 2013, par. 10-13, et de façon générale Jean BARIL, *Droit d'accès à l'information environnementale. Pierre d'assise du développement durable*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013. Quant à l'obligation d'entendre des tiers outre le demandeur du certificat en vertu de l'article 22 LQE, voir l'affaire *Sicotte c. Directeur des Services de Protection de l'Environnement*, J.E. 81-622, 632 et suiv. (C.S.).

le ministre a implicitement choisi une interprétation restrictive qui le prive de sa compétence d'accepter ou de refuser d'émettre un certificat¹⁸⁹. Les cours n'ont alors pas à faire preuve de déférence puisqu'il s'agit *a priori* d'une question de juridiction véritable assujettie à la norme de la décision correcte¹⁹⁰. Dans ce contexte, il importe moins de s'assurer que le ministre ait effectivement pris une décision puisque les cours ne doivent de toute façon pas en tenir compte, mais plutôt entreprendre leur propre analyse¹⁹¹.

Tant les incertitudes résiduelles quant à l'existence du pouvoir ministériel de délimiter le domaine du régime d'autorisation que les difficultés issues de sa reconnaissance militent en faveur de la réforme de certains aspects de l'article 22 LQE. En fin de compte, une solution complète passe vraisemblablement par un amendement législatif à la Loi qui enchâsse le pouvoir du ministre de même que des mécanismes publicisant les décisions prises dans l'exercice de ce pouvoir.

Plusieurs variantes, emportant chacune des effets légèrement différents, seraient disponibles pour enchâsser le pouvoir du ministre dans la LQE : une clause privative générale inspirée d'un des modèles traditionnels ; une disposition énonçant formellement que les tribunaux ne peuvent pas interpréter certains termes de l'article 22 LQE¹⁹² ; une disposition qui intègre à la réglementation les directives et les guides administratifs émis par le MDDELCC pour détailler l'application de l'article 22 LQE ; une

189. Ici, la situation où seuls des indices d'une décision du ministre sont disponibles doit être comprise par opposition à la situation où il est reconnu, ou indubitablement démontrable, qu'une décision a été prise. Dans ce dernier cas, le recours en révision remplace le recours en jugement déclaratoire. Voir : C.p.c., art. 846 ; *Comité Concerned Citizens Ayer's Cliff c. 9071-6812 Québec inc.*, J.E. 2001-1604 (C.S.) ; Denis LEMIEUX avec la collab. de Dana PESCARUS, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Brossard, Publications CCH, 1986, feuilles mobiles, à jour en 2014.

190. *Supra*, note 166.

191. Ce n'est pas le cas s'il n'existe que des indices significatifs, sans être concluants, selon lesquels le ministre a choisi une interprétation large et libérale d'un terme qui le mène à affirmer sa compétence d'octroyer un certificat d'autorisation. Il est alors beaucoup plus difficile de conclure d'emblée qu'il s'agit d'une question de juridiction véritable et que la question ne se trouve pas dans le champ d'expertise du ministre (*supra*, note 165), ce qui préserve la possibilité que la norme de la décision raisonnable s'applique et milite davantage en faveur de la retenue des cours au stade de la requête en jugement déclaratoire avant que la décision du ministre soit avérée – encore une fois, lorsque la décision du ministre est avérée, le recours en révision devient plus approprié.

192. À titre d'inspiration, voir la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.Q. 2009, c. 21, art. 23, et la LQE, préc., note 1, art. 96, qui prévoient que le TAQ ne peut substituer son appréciation de l'« intérêt public » à celle qui en est faite par le ministre dans le cadre de la contestation du refus d'accorder une autorisation de prélèvement d'eau.

disposition qui énonce que l'absence de définition des termes de l'article 22 LQE ne peut pas être la source d'une «difficulté réelle»; une disposition qui donne expressément le pouvoir au MDDELCC de décider ce qui constitue les termes généraux de l'article 22 LQE; ou, finalement, une disposition qui énonce que le MDDELCC doit être le premier à décider de l'assujettissement d'un projet au domaine de l'article 22 LQE ou de son exclusion. Toutes ces options favoriseraient l'application de la norme de contrôle judiciaire de la décision raisonnable au pouvoir du ministre¹⁹³. C'est l'étendue exacte du domaine discrétionnaire envers lequel les cours devraient faire preuve de déférence qui varierait selon les options.

193. Ce point de vue suppose que l'action du ministre soit effectivement fidèle à sa mission : voir la LMDDEP, préc., note 2, art. 10. Dans cette optique, voir Geneviève CARTIER, «Le principe de précaution et la déférence judiciaire en droit administratif», (2002) 43 *C. de D.* 79.