

# La Cour d'appel conclut qu'une nouvelle obligation de consulter est déclenchée lorsque l'évolution de la science identifie de nouveaux effets défavorables

31 JUILLET 2020 9 MIN DE LECTURE

## Expertises Connexes

- [Affaires réglementaires, Autochtones et environnement](#)
- [Autochtones](#)
- [Énergie](#)
- [Environnement](#)
- [Litiges en droit des sociétés et en droit commercial](#)
- [Mines et ressources naturelles](#)

Auteurs(trice): [Sean Sutherland](#), [Sander Duncanson](#), [Maureen Killoran, c.r.](#), Martin Ignasiak, c.r., Martin Ignasiak, KC

Malgré les vastes consultations initiales, dans l'affaire *Namgis First Nation v Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)* (*en anglais*), la Cour d'appel fédérale établit que l'évolution rapide de la science permettant d'identifier de nouveaux effets défavorables a entraîné une nouvelle obligation de consulter au sujet d'un permis de transfert de poissons. Toutefois, la Cour a finalement refusé un recours parce que le permis avait expiré et que le demandeur n'avait pas demandé une injonction en temps opportun.

Les faits qui sous-tendent la conclusion de la Cour selon laquelle la consultation est inadéquate sont uniques et se distinguent d'un processus typique d'autorisation de projet. Néanmoins, la décision souligne l'importance du dialogue sur un large éventail d'effets négatifs potentiels au début de l'élaboration des politiques ou des projets et de l'intégration de la gestion adaptative dans la planification à long terme afin d'éviter d'autres consultations ordonnées par les tribunaux pour tenir compte de l'évolution de la science.

## Dans ce bulletin d'actualités

- La décision de la Cour d'appel fédérale dans *'Namgis First Nation v Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)* (la Décision), publié le 17 juillet 2020, a conclu qu'une nouvelle obligation de consulter était déclenchée en raison d'un nouvel effet défavorable
- La décision discrétionnaire de la Cour de refuser une réparation
- La distinction entre les faits qui sous-tendent la Décision et un processus typique d'autorisation de projet

## Contexte

En 2018, le Ministère des Pêches, des Océans et de la Garde côtière canadienne (le Ministère) délivra un permis d'introduction et de transfert de salmonidés (le permis de transfert) à Mowi Canada West Ltd. (Mowi Canada). Le permis de transfert autorisa Mowi Canada à transférer des saumoneaux à son installation d'aquaculture située sur le territoire revendiqué par la Première Nation Namgis (PNN).

La PNN s'est opposée au permis de transfert, faisant valoir qu'il exposait les stocks de saumon sauvage de son territoire à l'orthoréovirus pisciaire (un virus infectieux déjà présent chez le saumon d'élevage et le saumon sauvage de la Colombie-Britannique) et à

l'inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC), une maladie infectieuse présente chez le saumon d'élevage de l'Atlantique).

Le Ministre n'a pas consulté la PNN concernant le permis de transfert, estimant que la consultation sur le régime d'aquaculture et l'octroi de permis pour l'installation d'aquaculture était suffisante pour s'acquitter de toute obligation de consultation propre au permis de transfert. De plus, le Ministre a soutenu que le permis de transfert était conforme à la politique fédérale sur l'aquaculture laquelle permettait entre-autres, la délivrance de permis de transfert sans tester le poisson devant être transféré au RVP et au IMSC (la politique).

Une biologiste (Alexandra Morton) et la PNN demandèrent un contrôle judiciaire de la politique. En outre, la PNN demanda un contrôle judiciaire du permis de transfert. La Cour fédérale accueillit les deux demandes de contrôle judiciaire de la politique au motif, entre autres, que :

- le représentant du ministre n'a pas pris en considération la santé et l'état du saumon sauvage du Pacifique dans le contexte des incertitudes scientifiques entourant le RVP et l'IMSC;
- la Couronne n'a pas répondu à la demande de consultation de la PNN à la lumière de nouvelles données scientifiques qui laissaient entendre que le RVP cause l'IMSC et, par conséquent, entraîne de nouveaux effets défavorables quant à ses droits.

Le ministre n'a pas interjeté appel de ces décisions.

En revanche, la Cour fédérale rejeta la demande de contrôle judiciaire du permis de transfert, tout en concluant qu'il n'est pas nécessaire de tenir de nouvelles consultations au sujet des décisions relatives aux permis individuels délivrés conformément à une stratégie ou à une politique globale qui a déjà fait l'objet des consultations. La PNN a interjeté appel.

## La décision

La Cour d'appel fédérale accueillit l'appel, tout en concluant que le permis de transfert a déclenché une nouvelle obligation de consulter à la suite d'une « évolution de la science » qui suggérerait un risque accru de dommages causés par le RVP et l'IMSC par rapport à l'information disponible au moment de la consultation sur le régime d'aquaculture et les permis d'aquaculture. Plus précisément, une étude de 2017 a diagnostiqué que le saumon de l'Atlantique échantillonné dans une pisciculture de la Colombie-Britannique présentait l'IMSC. Cela va à l'encontre des données scientifiques antérieures du Ministère des Pêches et des Océans (MPO) lesquelles concluaient que la souche de RVP en Colombie-Britannique n'avait pas entraîné l'apparition des maladies chez les espèces testées. Les nouvelles données de la science ont soulevé la possibilité des répercussions différentes sur le saumon sauvage du Pacifique que celles observées sur le saumon d'élevage.

La Cour d'appel estima que l'absence d'appel par le ministre de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la politique n'avait pas fait l'objet d'une consultation adéquate l'empêchait de réexaminer le dossier pour décider s'il y avait effectivement un nouvel effet défavorable déclenchant l'obligation de consulter. Le faire serait une attaque collatérale inacceptable. Se fondant sur la conclusion de la Cour fédérale à l'égard de la politique, la Cour d'appel conclut que les mêmes nouvelles répercussions défavorables doivent déclencher une obligation de consultation au sujet du permis de transfert, ce qui rend la politique opérationnelle.

Malgré ces conclusions, la Cour refusa d'annuler le permis de transfert, et ce, pour deux

raisons. Premièrement, le permis de transfert avait déjà expiré, de sorte qu'il ne servirait à rien de l'annuler. Deuxièmement, la PNN ne s'est pas prévalu d'un autre recours adéquat au contrôle judiciaire, à savoir une demande d'injonction *en temps opportun* empêchant le ministre de délivrer le permis de transfert. À la place, comme nous l'avons résumé dans notre précédent [bulletin d'actualités](#) d'Osler, la PNN retarda sa demande jusqu'à quelques jours avant la date prévue pour le début du transfert du poisson, exposant Mowi Canada (alors connue sous le nom de Marine Harvest Canada Inc.) à un risque de perte de 2,1 millions de dollars non-susceptible de mitigation.

## Implications pour l'industrie

À première vue, il peut sembler que le recours par la Cour « à la science évolutive » pour déclencher une nouvelle obligation de consulter, augmente les risques de retard lié à la consultation des projets proposés et des activités en cours. Toutefois, les faits uniques qui sous-tendent la Décision et la décision de la Cour fédérale sur la Politique la rendent d'application limitée en dehors du présent contexte.

En l'espèce, le MPO n'a pas démontré que la politique sur laquelle se fondait le permis de transfert était en fait conforme à la stratégie globale du MPO en matière d'aquaculture, sur laquelle il avait consulté PNN. De plus, le MPO a réexaminé sa politique à plusieurs reprises en réponse à de nouvelles données scientifiques, mais n'a pas répondu aux préoccupations du NFN (même de façon générale) ou n'a pas tenu compte du fait qu'il n'avait pas pris en considération auparavant la santé et l'état du saumon sauvage. Cette pratique était incompatible avec la pratique du MPO quant aux consultations continues sur les permis et la gestion de l'aquaculture.

Ces faits contrastent avec un processus typique d'autorisation de projet où les décideurs se consultent entre eux sur chaque permis ou licence, ce qui offre la possibilité de prendre des mesures d'adaptation sous forme de conditions pour l'activité visée par ce permis ou cette licence, basées sur des données scientifiques disponibles. De plus, la plupart des projets intègrent explicitement le principe de la gestion adaptative selon lequel les pratiques de gestion environnementale et d'atténuation sont continuellement améliorées tout au long de la durée de vie du projet au fur et à mesure que la compréhension scientifique ou la technologie évolue. En effet, une bonne planification de projet fournit un contexte sur quand, comment et où la gestion adaptative peut être utilisée pour répondre aux impacts imprévus.

Néanmoins, pour atténuer les risques de consultations supplémentaires ordonnées par le tribunal, les promoteurs et les exploitants de projets devraient communiquer tôt et souvent avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés, en fonction d'un éventail de conclusions scientifiques. Dans la mesure où les évaluations des risques du pire des cas sont prises en considération dans les consultations et les accommodements dès le départ (y compris au moyen de propositions de gestion adaptative), il sera difficile pour les opposants du projet de soutenir qu'il y a un nouvel impact défavorable déclenchant une nouvelle obligation de consulter en raison de l'évolution de la science.

Pour ce qui est de la mesure corrective, la Décision fait un rappel important du fait que l'annulation d'une licence ou d'une autorisation sera refusée si le demandeur ne s'est pas prévalu des mesures alternatives antérieures, lesquelles auraient évité des préjudices au titulaire de la licence. Il s'agit d'une conclusion favorable aux promoteurs de projet, car elle renforce la nécessité d'éviter de porter préjudice à des parties innocentes à la suite des poursuites judiciaires retardées.