OSLER

L'approche évolutive de la réglementation sur les changements climatiques : la dissension persiste entre les gouvernements fédéral et provinciaux

8 DÉCEMBRE 2020 18 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- Affaires réglementaires, Autochtones et environnement
- Autochtones
- Changements climatiques, marchés du carbone et finance environnementale
- Énergie renouvelable
- Environnement

Auteurs(trice): Evan Barz, Jennifer Fairfax, Richard J. King

L'année 2020 a été marquée par d'importantes évolutions juridiques en matière de réglementation sur les changements climatiques, ce qui s'est caractérisé par : (a) des changements continus concernant l'approche de la réglementation sur les changements climatiques, particulièrement en ce qui a trait à la gestion des émissions de gaz à effet de serre (GES); (b) la contestation judiciaire continue de diverses provinces à l'égard de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (la *Loi sur la tarification des GES)* du gouvernement fédéral; et (c) la contestation de la *Loi sur l'évaluation d'impact* (LEI) fédérale, promulguée récemment. Dans chacun de ces secteurs, les provinces jouent du coude pour être les meneurs dans la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les provinces canadiennes, en droit de l'énergie et de l'environnement.

Il en résulte un manque d'harmonisation (et une incertitude persistante) quant à l'étendue de l'autorité constitutionnelle fédérale en matière de réglementation des changements climatiques et de l'environnement. Le prononcé attendu, en 2021, de la décision de la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* pourrait apporter des éclaircissements bien nécessaires.

L'évolution continue de la réglementation fédérale et provinciale sur les changements climatiques

L'approche actuelle du Canada visant à freiner les changements climatiques consiste à mettre en œuvre une stratégie nationale à l'échelon fédéral, tout en permettant les initiatives provinciales qui répondent aux normes fédérales ou les dépassent.

À l'échelle nationale, le Canada s'emploie à la réalisation du plan établi en 2016, intitulé : Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques. Le gouvernement fédéral a présenté diverses lois et mesures stratégiques visant la mise en œuvre de son plan-cadre, notamment la *Loi sur la tarification des GES* afin de tarifer les émissions de carbone, des exigences de déclaration des GES pour les grands émetteurs, des projets d'élimination graduelle de la production d'électricité à partir de charbon d'ici 2030, et l'Évaluation stratégique des changements climatiques (ESCC). L'ESCC, mesure digne de mention mise au point en 2020, impose des exigences supplémentaires en matière de planification relative aux changements climatiques et aux GES, dans les projets axés sur les ressources et évalués en fonction de la LEI fédérale. Par ailleurs, en septembre 2020, le gouvernement fédéral a annoncé la création du Fonds d'action et de sensibilisation pour le climat (FASC), qui investira 206 millions de dollars sur cinq ans pour soutenir des projets

réalisés au Canada qui aident à réduire les émissions de gaz à effet de serre au pays.

La *Loi sur la tarification des GES* du gouvernement fédéral est une mesure qui a beaucoup retenu l'attention en 2020, tant de ses partisans que de ses détracteurs. Aux termes de cette loi, le gouvernement fédéral a imposé un tarif minimum pancanadien sur les émissions de carbone au moyen de deux mécanismes :

1. une taxe sur le carburant de 30 $/tonne (en 2020) qui augmentera annuellement pour atteindre 50 $/tonne en 2022
2. une taxe calculée au moyen d'un système de tarification fondé sur le rendement (STFR), c'est-à-dire un régime de plafonnement et d'échange qui s'applique aux installations si leurs émissions dépassent les 50 000 tonnes par année d'équivalents de dioxyde de carbone. Les installations de plus petite taille peuvent adhérer à ce programme sur une base facultative.

Le système de tarification fédéral s'applique dans les provinces qui n'instaurent pas leur propre taxe sur le carbone ou leur propre programme de plafonnement et d'échange respectant les normes minimales fédérales en matière de tarification et de réduction des émissions.

En novembre 2020, le ministre de l'Environnement du Canada a déposé un projet de loi sur la responsabilité en matière climatique aux termes duquel le Canada s'engage officiellement à atteindre la carboneutralité d'ici 2050. S'il est adopté par le Parlement, le projet de loi C-12, *Loi concernant la transparence et la responsabilité du Canada dans le cadre de ses efforts pour atteindre la carboneutralité en 2050* (le projet de loi C-12) exigerait que le ministre de l'Environnement fixe des cibles nationales d'émission de gaz à effet de serre au Canada pour 2030, 2035, 2040 et 2045, avec pour objectif d'atteindre la carboneutralité d'ici 2050. Pour que ces cibles puissent être atteintes, des plans de réduction des émissions devront être établis, et des rapports d'étape devront être présentés au Parlement. De plus, ce projet de loi créerait un organisme consultatif qui offrirait des conseils, notamment sur les mesures à prendre et les stratégies sectorielles à mettre en œuvre pour atteindre la carboneutralité d'ici 2050. Par ailleurs, le ministre des Finances serait tenu de présenter un rapport annuel sur les mesures clés adoptées par l'administration publique fédérale pour gérer les risques financiers et les occasions liés aux changements climatiques.

À l'heure actuelle, le projet de loi C-12 ne comporte pas de mécanisme contraignant juridiquement le gouvernement fédéral à atteindre ses cibles, ni d'outil d'application obligeant le Canada (ou d'autres) à rendre des comptes si les cibles ne sont pas atteintes. Au lieu de cela, si le ministre de l'Environnement conclut que le Canada n'a pas atteint sa cible pour une année jalon ou d'ici 2050, le ministre devra expliquer les raisons pour lesquelles le Canada a failli à sa tâche et les mesures que le Canada prendra pour corriger la situation.

On prévoit que certaines provinces chercheront à contester le pouvoir constitutionnel du Canada d'adopter une telle loi, comme elles l'ont fait à l'égard de la *Loi sur la tarification des GES* (sujet abordé ci-dessous).

Nous comprenons que la présentation du projet de loi C-12 a été retardée en raison de la pandémie et que cela pourrait être la première d'une série de mesures fédérales à court terme qui seront axées sur la tenue des engagements du Canada, en vertu de l'Accord de Paris. Ces autres initiatives pourraient comprendre (a) de nouvelles normes visant les carburants à combustion plus propre; (b) des consultations par secteur en vue de fixer des cibles de réduction; et (c) des incitatifs à l'utilisation d'énergie propre et au développement d'un marché pour les véhicules électriques.

Le contexte réglementaire provincial en matière de changements climatiques et de réduction des émissions de GES se transforme presque de mois en mois. À l'heure actuelle, certaines provinces se sont dotées de leur propre système de tarification du carbone, qui correspondent aux normes minimales fédérales, ou leur sont supérieures. D'autres ont mis en place la redevance fédérale sur les combustibles, ou le STFR, ou les deux. Au moment d'écrire ces lignes, la redevance fédérale sur les combustibles est appliquée en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario, au Nunavut et au Yukon.

Par ailleurs, le gouvernement canadien a annoncé récemment qu'il acceptait certains programmes provinciaux comme solution de rechange au système fédéral de tarification fondé sur le rendement. Par exemple, le 21 septembre 2020, le gouvernement fédéral a accepté (a) le Programme des normes de rendement à l'égard des émissions des grandes installations industrielles de l'Ontario, et (b) le programme de taxe provinciale sur le carbone pour les combustibles du Nouveau-Brunswick, deux solutions de rechange au STFR fédéral. Parallèlement, le régime fédéral fait l'objet de contestations en cour, comme nous l'abordons ci-dessous.

L'infographie d'Osler présente un résumé de l'état actuel des lois sur les émissions de carbone à la grandeur du Canada.

Des contestations judiciaires provinciales de la loi fédérale sur les émissions de GES

À la fin de 2020, trois cours d'appel (la Cour d'appel de la Saskatchewan [SKCA], la Cour d'appel de l'Ontario [ONCA] et la Cour d'appel de l'Alberta [ABCA]) avaient rendu des décisions sur la validité constitutionnelle de la *Loi sur la tarification des GES.*

En 2019, les juges majoritaires de la SKCA (3-2) et les juges majoritaires de l'ONCA (4-1) ont émis des avis consultatifs confirmant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES,* au motif qu'il s'agit d'un exercice valable du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer dans « l'intérêt national ». Par contre, en 2020, les juges majoritaires de l'ABCA (4-1) ont statué que la Partie 1 et la Partie 2 de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* étaient entièrement inconstitutionnelles.

Dans le cadre de ces trois contestations, une armée d'intervenants s'est jointe à la bataille visant à délimiter l'étendue des pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière de réglementation relative aux changements climatiques. Parmi ces intervenants, on comptait d'autres gouvernements provinciaux, des municipalités, des groupes autochtones, des organisations environnementales, des organisations non gouvernementales et divers groupes industriels.

La Cour suprême du Canada (CSC) a entendu les appels relatifs à ces trois contestations les 22 et 23 septembre 2020, mais n'a pas encore rendu sa décision. Lorsqu'elle sera rendue, la décision de la CSC tranchera définitivement sur le fait que le gouvernement fédéral a excédé, ou non, ses pouvoirs, en réglementant les changements climatiques au moyen de la *Loi sur la tarification des GES*. Il est à espérer que, dans le déroulement de ce processus, la CSC fournira des lignes directrices constructives pour la réglementation future en matière d'environnement.

La SKCA et l'ONCA confirment la *Loi (fédérale) sur la tarification des*

GES

Les juges majoritaires de la SKCA ont statué que le pouvoir de légiférer du Parlement sur les questions d'intérêt national en matière de « paix, ordre et bon gouvernement » (POBG) constituait une base constitutionnelle valable pour la *Loi sur la tarification des GES.*

Tout comme leurs homologues de la Saskatchewan, les juges majoritaires de l'ONCA ont confirmé la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* au motif qu'il s'agit d'un exercice valable du pouvoir du Parlement de légiférer aux termes de l'article sur l'intérêt national en matière de POBG. Les juges majoritaires ont conclu que, même si l'environnement est, dans l'ensemble, un domaine de responsabilité constitutionnelle partagé entre les provinces et le gouvernement fédéral, « l'établissement de normes nationales minimales pour réduire les émissions de GES » s'inscrivait dans les limites du pouvoir constitutionnel du gouvernement fédéral en matière de réglementation dans l'intérêt national.

L'ABCA fait cavalier seul

L'ABCA a conclu que la *Loi sur la tarification des GES* est inconstitutionnelle. La décision majoritaire de l'ABCA constitue un écart important du raisonnement suivi par les juges majoritaires de l'ONCA et de la SKCA, particulièrement en ce qui concerne la priorité accordée aux articles 92A et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sa conclusion selon laquelle le sujet de la *Loi sur la tarification des GES* ne relève pas d'une compétence attribuée au Parlement par la Constitution.

Les juges majoritaires de l'ABCA ont plutôt

- conclu que la *Loi sur la tarification des GES* relève de plusieurs compétences provinciales, notamment : (i) le pouvoir d'exploiter et de gérer les ressources naturelles de la province (art. 92A); (ii) les droits exclusifs des provinces en tant que propriétaires de leurs ressources naturelles (art. 109); (iii) le pouvoir des provinces à l'égard de la propriété et des droits civils (art. 92(13)); (iv) la gestion des terres publiques appartenant à la province (art. 92(5)); et (v) l'imposition directe, au sein de la province, relativement à la consommation de produits polluants, tels que l'essence (art. 92(2))
- souligné l'importance des pouvoirs exclusifs des provinces à l'égard des ressources non renouvelables et de la production d'électricité, pouvoirs qui sont inscrits à l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notant que ce pouvoir provincial « … représente une modification nette, délibérée et négociée à la Constitution, conçue pour confirmer la compétence provinciale exclusive en matière d'*exploitation* et de *gestion* des ressources naturelles non renouvelables, de la production d'électricité et des activités industrielles connexes d'une province »
- statué que la théorie de l'intérêt national ou que le pouvoir en matière de POBG « ne s'applique pas aux questions relevant de la compétence exclusive de la province » et ont expressément rejeté la proposition selon laquelle la théorie de l'intérêt national « ouvre la porte au fait que le gouvernement fédéral s'approprie tout autre chef de compétence provinciale ».

Les audiences de la CSC

Lors de l'audience de deux jours tenue en septembre 2020 par la CSC, les provinces ont campé sur leurs positions : elles estiment que le régime réglementaire du Canada sur les changements climatiques est paternaliste et usurpe le droit des provinces d'imposer leurs propres politiques :

- Saskatchewan (en anglais) « Ce qui est en jeu, c'est la question de savoir si le gouvernement fédéral dispose de la compétence nécessaire pour imposer aux provinces sa politique en matière de réglementation des sources d'émission de GES. [La *Loi sur la tarification des GES*] est formulée comme si le gouvernement fédéral légiférait à la place de la province elle-même. »
- Nouveau-Brunswick (en anglais) « La protection de l'environnement doit être assurée en conformité avec la Constitution, et non malgré celle-ci. … ce que la Cour d'appel a fait a compromis l'équilibre du pouvoir dans notre démocratie constitutionnelle. »
- Ontario (en anglais) « Les provinces sont tout à fait capables de réglementer elles-mêmes les émissions de gaz à effets de serre, elles l'ont déjà fait et continuent de le faire. »
- Alberta (en anglais) « Cela constitue un changement radical et lourd de conséquences dans l'équilibre du pouvoir législatif au Canada, qui subordonne le rôle législatif souverain des provinces dans notre système fédéral au contrôle et à la direction du gouvernement fédéral. Il en résulte que les provinces sont dépossédées du pouvoir de régler des questions relevant de leur compétence exclusive, de la manière la mieux adaptée à leur situation économique, sociale et environnementale, comme il est exigé dans notre système fédéral. »
- Manitoba (en anglais) « Personne ne conteste le fait que les changements climatiques et la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) sont d'une importance cruciale. La question est de savoir si le Parlement à la compétence exclusive d'imposer aux provinces ses préférences en matière de politiques. »
- Québec « Une simple affirmation de l'importance à l'échelle nationale d'un sujet ne devrait pas suffire pour mettre à mal la structure constitutionnelle canadienne… … la quasi-totalité des activités humaines étant susceptible d'émettre des GES, l'attribution d'une "nouvelle" compétence fédérale en matière de réduction de l'émission de GES aurait pour conséquence d'accorder au Parlement fédéral une omniprésence dans tous les champs d'activité provinciaux pertinents… Les provinces sont parfaitement capables de réglementer les émissions de GES… Il n'y a donc pas en l'espèce d'incapacité d'agir de la part des provinces, ni en droit ni en fait : chaque province a la compétence juridictionnelle pour agir selon ses priorités et sa réalité. »

Le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique constituent des cas particuliers en soutenant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* :

- Le gouvernement fédéral (en anglais) « Établir des normes nationales minimales qui sont inhérentes à la réduction des émissions des GES à l'échelle du pays est une question d'intérêt national que seul le Parlement peut régler. Refuser au Parlement la compétence de régler cette question créerait un trou béant dans la Constitution : nous serions un pays

incapable d'appliquer les mesures nécessaires pour écarter une menace à sa survie. »

- Colombie-Britannique (en anglais) « La question troublante soulevée par ces renvois consiste à déterminer si notre système de fédéralisme fait obstacle à l'élimination de l'importante menace que constituent les changements climatiques mondiaux. Sommes-nous le seul grand pays émetteur du monde dont la constitution rend impossible la prise d'engagements nationaux à l'égard de la réduction des gaz à effet de serre? »

La réaction de la CSC à ces arguments et à d'autres sera d'un grand intérêt pour toutes les parties intéressées, et particulièrement les entreprises qui cherchent à comprendre les effets qu'aura le régime réglementaire canadien en matière de changements climatiques sur leur propre exploitation.

Renvois provinciaux contestant la *Loi sur l'évaluation d'impact (LEI)*

La LEI est entrée en vigueur en août 2019. Elle remplaçait la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et établissait un processus modifié (par rapport à l'ancienne loi) de collecte d'information et de prise de décisions sur l'impact des projets désignés à l'égard de domaines relevant de la compétence fédérale. Peu après, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a présenté un renvoi auprès de l'ABCA concernant la validité constitutionnelle de la LEI promulguée par le gouvernement fédéral.

Même si la CSC a confirmé une décision antérieure relative au régime fédéral d'évaluation d'impact sur l'environnement rendue en 1992, l'Alberta est d'avis que le gouvernement fédéral a outrepassé ses pouvoirs en promulguant la LEI. Dans le mémoire qu'il a déposé auprès de l'ABCA, le gouvernement de l'Alberta a décrit la LEI comme un « cheval de Troie » que le gouvernement fédéral avait créé « sous prétexte de motifs très limités de compétence fédérale, en vue de mener une enquête de grande portée sur des questions relevant exclusivement de la compétence provinciale. »

Depuis le début du renvoi relatif à la LEI, l'ABCA s'est concentrée, en 2020, sur des questions de procédure en l'espèce. L'ABCA n'a pas encore entendu les arguments sur le fond.

Nous nous attendons à ce que la décision de la CSC quant au renvoi relatif à la *Loi fédérale sur la tarification des GES* soit rendue avant que l'ABCA ne tranche le renvoi relatif à la LEI. La décision de la CSC quant à la *Loi fédérale sur la tarification des GES* aura des répercussions qui porteront bien au-delà de la tarification du carbone, et elle aura probablement une forte incidence sur le fait que les dispositions contestées de la LEI seront confirmées ou non. À son tour, l'issue du renvoi relatif à la LEI contribuera probablement à clarifier et à délimiter l'étendue des compétences fédérales et provinciales en matière de réglementation dans le domaine de l'environnement.

Une fois ces affaires réglées, les parties intéressées surveilleront de près s'il s'ensuit une plus grande stabilité et une plus grande certitude en matière de réglementation relative à l'environnement; cela ne pourra qu'aider les entreprises à comprendre leurs obligations en matière de conformité, ce qui leur permettra de planifier en conséquence. Quoi qu'il en soit, l'année 2021 sera déterminante dans l'établissement de l'étendue des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de changements climatiques et des questions environnementales de façon plus générale.