COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-17-082462-147

DATE : 23 septembre 2014

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE CLAUDINE ROY, J.C.S.

**CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
FONDATION DAVID SUZUKI
NATURE QUÉBEC
SOCIÉTÉ POUR LA NATURE ET LES PARCS DU CANADA
FRANCE DIONNE
PIERRE BÉLAND**
Requérants

c.

**OLÉODUC ÉNERGIE EST LTÉE
TRANSCANADA PIPELINES LTÉE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC**
Intimés

et

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
Mis en cause

JUGEMENT
(injonction interlocutoire)

[...] le béluga est récemment devenu un symbole des efforts de conservation des espèces marines au Canada¹.

Le béluga de l'estuaire du Saint-Laurent est la population la plus au sud de cette espèce et elle est isolée géographiquement des autres populations de bélugas. Il ressort des études qu'avant 1885, il y avait jusqu'à 5 000 bélugas dans l'estuaire du fleuve Saint-Laurent.

Aujourd'hui, la population du Saint-Laurent est composée de seulement 1000 individus et ne montre aucun signe d'augmentation.

L'examen des carcasses de béluga recueillies sur les berges de l'estuaire du Saint-Laurent a révélé des concentrations inquiétantes de produits chimiques toxiques dans cette population, et on croit qu'il s'agit d'un facteur éventuellement limitatif de son rétablissement. Le dragage, le transport maritime, le tourisme, l'activité industrielle et la pollution de l'environnement ont aussi diminué la qualité de l'habitat et contaminé les aliments que l'espèce consomme².

1. LE RÉSUMÉ

[1] Pendant plus de deux mois, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte aux changements climatiques (le « Ministre ») analyse l'effet des travaux projetés sur les bélugas. Il est inquiet. Il n'est pas convaincu que les mesures d'atténuation³ ne causeront pas de préjudice important aux bélugas notamment parce que ceux-ci risquent d'éviter la zone insonifiée et que cette zone fait partie de l'habitat essentiel des mères et des veaux à cette période de l'année. Les avis scientifiques sont partagés.

[2] Oléoduc Énergie Est Ltée et TransCanada Pipelines Ltée (« TransCanada ») refuse de signer un engagement écrit stipulant que les travaux ne causeront pas de préjudice aux mammifères marins.

[3] Le Ministre se tourne alors vers la Direction des sciences du ministère de Pêches et Océans Canada (le « MPO ») pour dénouer l'impasse sachant que des spécialistes en mammifères marins y travaillent et ont déjà rédigé un avis scientifique concernant des travaux antérieurs.

[4] Le directeur de ce service ne fournit pas d'avis scientifique ni n'émet quelque opinion que ce soit. Il envoie simplement au Ministre la documentation que ce dernier avait déjà analysée et qui soulevait des inquiétudes.

¹ COSEPAC, 2004, cité dans la déclaration assermentée de M. Michaud, 16-05-2014, A-3.

² C-8.11 – au soutien de la déclaration assermentée de M. Michaud du 26-08-2014 : Décret de la Gazette du Canada, en 2005, p. 1768.

³ Les mesures d'atténuation sont énumérées à l'Annexe 2.

[5] Pour des raisons inexplicées à ce stade du dossier, le Ministre décide alors de délivrer le certificat d'autorisation. Le Tribunal estime que, cette fois, les Requérants ont démontré une apparence sérieuse de droit en soulevant un doute important quant au caractère raisonnable de la décision du Ministre.

[6] Comme les travaux doivent se terminer en novembre et que l'audition sur l'injonction permanente n'aura pas lieu avant cette date, un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace sera créé si l'injonction interlocutoire n'est pas prononcée.

[7] Le poids des inconvénients penche en faveur d'accorder l'injonction, en grande partie parce qu'il est question ici d'une espèce menacée que le Ministre a le devoir de protéger.

[8] Les Requérants ont demandé une suspension des travaux jusqu'au 15 octobre 2014. Le Tribunal accède à cette demande.

2. LE CONTEXTE PROCÉDURAL

[9] Le 1^{er} septembre dernier, le Tribunal rejetait une demande d'ordonnance de sauvegarde dans ce dossier⁴. Le contexte des procédures judiciaires est décrit plus longuement dans ce jugement.

[10] Les parties en sont maintenant à l'étape de la demande d'injonction interlocutoire.

[11] La question à trancher ne porte toujours que sur une demande d'arrêt de travaux géotechniques préliminaires (le forage de 16 puits) entrepris par TransCanada et autorisés par le Ministre⁵.

[12] À l'audience, les Requérants ont amendé leur requête pour limiter leur demande à la suspension des travaux jusqu'au 15 octobre 2014. Cette date s'appuie sur la déclaration assermentée de leur expert indiquant que les travaux en cours se déroulent dans une aire de haute résidence des bélugas, faisant partie de leur habitat essentiel et occupée par les mères et leurs veaux surtout jusqu'au 15 octobre. Il s'agit pour eux de la période la plus critique.

[13] Le 8 septembre dernier, lors d'une séance de gestion, le Tribunal a offert aux parties de procéder directement sur l'injonction permanente puisque les travaux sont déjà commencés et qu'ils doivent se terminer en novembre.

⁴ 2014 QCCS 4147.

⁵ Les Requérants ont maintenant renoncé à invoquer l'invalidité de l'autorisation accordée par le ministre des Forêts, de la Faune et des Parcs.

[14] Les Requérants étaient d'accord avec la suggestion, mais les délais demandés par le Procureur général du Québec et TransCanada pour mettre leur dossier en état dépassaient le mois de novembre prévu pour la fin des travaux. De plus, l'audition au fond prendra plusieurs jours et les disponibilités des procureurs ne concordaient pas. Il a alors été décidé de procéder d'abord sur l'injonction interlocutoire.

[15] L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace⁶.

[16] Pour réussir dans leur demande, les Requérants doivent prouver que⁷ :

- leur droit est clair, ou à tout le moins, douteux;
- ils subiront un préjudice irréparable, ou que sera créé un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace, si l'injonction n'est pas prononcée;
- si leur droit est douteux, que la balance des inconvénients favorise la délivrance de l'injonction.

3. L'APPARENCE DE DROIT

3.1 LE CONTEXTE LÉGISLATIF

[17] Le certificat a été délivré en fonction des articles 1, 20, 22 et 24 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁸ :

- nul ne peut entreprendre l'exercice d'une activité s'il est susceptible d'en résulter une émission ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement un certificat d'autorisation du Ministre⁹;
- les sons et vibrations sont des « contaminants » au sens de cette loi¹⁰;
- le Ministre peut exiger du requérant tout renseignement ou étude supplémentaire dont il estime avoir besoin pour connaître les

⁶ Art. 752 C.p.c., al. 2.

⁷ *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, 183.

⁸ Les références aux lois et règlements se retrouvent à l'Annexe 1.

⁹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 22.

¹⁰ *Id.*, art. 1 par. 5.

conséquences du projet sur l'environnement et pour juger de son acceptabilité¹¹;

- le Ministre, avant de délivrer son autorisation, doit s'assurer que l'émission du contaminant dans l'environnement sera conforme à la loi et aux règlements¹²; notamment, il doit s'assurer que le contaminant ne cause pas de dommage ou ne porte pas autrement préjudice à la faune¹³.

[18] La Cour d'appel soulignait récemment que cette interdiction de causer un dommage ou un préjudice à la faune ne constitue pas une prohibition absolue¹⁴ :

[99] S'agissant de ce contaminant particulier qu'est le son, il est en effet inutile de mentionner que le législateur n'a pas voulu bannir tout bruit ou tout son. C'est le bruit excessif qui, seul, peut être visé. Or, ce qui est excessif dépend du contexte. [...] Par conséquent, bien qu'elle prétende édicter une prohibition et use du langage de celle-ci, l'article 20 *L.q.e.* énonce plutôt une norme subjective et forcément tributaire d'un examen factuel, contextualisé et individualisé des situations qu'elle est susceptible de viser. Manifestement, cette norme ne saurait s'appliquer de la même façon sur l'ensemble du territoire québécois et ne saurait davantage s'appliquer dans l'abstrait.

[19] Les parties conviennent qu'il n'existe pas de normes réglementaires canadiennes ou québécoises régissant les sons subaquatiques et qu'il faut alors référer aux connaissances scientifiques en la matière.

[20] Parmi les centaines d'espèces fauniques répertoriées, il n'y en a que vingt qui sont classées « espèces menacées » au sens de la *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*¹⁵. Le béluga, population du Saint-Laurent, est l'une de ces espèces menacées. La prudence s'impose donc.

[21] En matière de protection du béluga, le gouvernement du Québec agit de concert avec, notamment, le gouvernement du Canada. En effet, le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, le COSEPAC, a été créé en application de la *Loi sur les espèces en péril*, loi fédérale. Ce comité a pour mission d'évaluer la situation de toutes espèces sauvages qu'il estime en péril¹⁶ et le béluga est considéré comme une espèce en péril au sens de cette loi¹⁷. Le COSEPAC doit exécuter sa mission en se fondant sur la meilleure information accessible sur la situation biologique de l'espèce¹⁸. Les

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*, art. 24.

¹³ *Id.*, art. 20.

¹⁴ *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, 2013 QCCA 1348 (requête en autorisation de pourvoi à la C.S.Can. rejetée).

¹⁵ *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, art. 7; *Règlement sur les espèces fauniques menacées ou vulnérables et leurs habitats*, art. 1 par. 5.

¹⁶ *Loi sur les espèces en péril*, art. 15.

¹⁷ *Décret modifiant les annexes 1 à 3 de la loi sur les espèces en péril*; Fiche de désignation, R-18.

¹⁸ *Loi sur les espèces en péril*, art. 15 (2).

membres du COSEPAC sont nommés par le ministre de Pêches et Océans Canada, après consultation du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril et d'autres organismes d'experts. Parmi les membres du COSEPAC se trouvent un représentant du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles du Québec et un représentant du ministère des Forêts, de la Faune et des Parcs.

[22] Pour chaque espèce en péril et écosystème concerné, une équipe de rétablissement est formée, composée de représentants ministériels, experts et spécialistes de ces espèces. Un plan d'action est préparé en coopération avec ceux qui détiennent l'expertise appropriée, soit des organismes fédéraux, provinciaux ou territoriaux, des organisations autochtones, des conseils de cogestion ou des organismes non gouvernementaux qui ont une expertise pertinente. Puis, ce plan est mis en œuvre et évalué annuellement¹⁹.

[23] Un programme de rétablissement du béluga existe depuis plusieurs années²⁰. Malgré tout, selon les données les plus récentes, la population de bélugas du Saint-Laurent a chuté de 15 % depuis l'an 2000 et l'on ne comprend pas précisément les causes de ce déclin²¹.

[24] Un comité sur le rétablissement du béluga du Saint-Laurent voit à la mise en œuvre du programme de rétablissement et ce comité inclut notamment un représentant du ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques et un représentant du ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles²².

[25] De plus, les parties ont également référé au principe de précaution en matière environnementale. Le paragraphe 7 de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* prévoit que :

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir, et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement.

¹⁹ *Rétablir la vie sauvage*, déclaration assermentée de M. Michaud, 2-06-2014, B-6.

²⁰ R-8. Le rétablissement « est le processus par lequel le déclin d'une espèce en voie de disparition, menacée ou disparue du pays est arrêté ou inversé et par lequel les menaces sont atténuées pour augmenter la probabilité de persistance de l'espèce à l'état sauvage ». *Rétablir la vie sauvage*, *id.*, p. 3.

²¹ Déclaration assermentée de M. Michaud, 16-05-2014, p. 3; déclaration assermentée de M. Michaud, 29-07-2014, par. 57-59.

²² R-8, p. 56.

[26] La Cour suprême du Canada, dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*²³, souligne que ce principe est intégré dans plusieurs dispositions de législation interne. D'ailleurs, la *Loi sur le développement durable*, qui vise à assurer la cohérence des actions gouvernementales en matière de développement durable, s'y réfère expressément : lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement²⁴. Ce principe demeure donc en toile de fond et doit être considéré dans l'étude de la prohibition de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

[27] Néanmoins, comme l'explique la Cour d'appel, l'application de ce principe de précaution ne peut se satisfaire d'hypothèses, il renvoie à la probabilité d'un préjudice²⁵ :

[101] J'estime également que, même si l'article 20 *L.q.e.*, dans ce dernier volet, permet certainement de considérer le principe de précaution, son application ne peut se satisfaire d'hypothèses. L'article 20 parle d'un contaminant dont l'émission est « susceptible de porter atteinte » (« *is likely to affect* ») à la vie, la santé, la sécurité des humains, etc. Comment interpréter cette expression? Elle est assez large et peut sans doute inclure l'idée de « capacité latente » tout comme elle inclut certainement un événement « occasionnel ». Elle ne peut cependant faire renvoi à la simple possibilité d'un préjudice, ce que confirme du reste l'usage du mot « *likely* » dans la version anglaise. Ce mot désigne ce qui est « *probable; such as well might happen or be true* » ou « *to be reasonably expected* ». L'on envisage donc ici autre chose que des conjectures.

3.2 LE CARACTÈRE DÉRAISONNABLE D'UNE DÉCISION

[28] Ultiment, les Requérants cherchent à faire annuler le certificat délivré par le Ministre. Tel qu'expliqué dans le jugement du 1^{er} septembre²⁶, le pouvoir du Ministre d'autoriser les travaux est un pouvoir discrétionnaire et le Tribunal n'interviendra que si la décision est déraisonnable. Il ne s'agit pas d'un contrôle d'opportunité. Le certificat d'autorisation jouit d'une présomption de validité et d'une présomption qu'il a été délivré dans l'accomplissement d'une finalité d'intérêt public.

[29] Au stade de l'injonction interlocutoire, les Requérants doivent donc démontrer que, *prima facie*, la décision du ministre est déraisonnable. Qu'est-ce qu'une décision « raisonnable » ou « déraisonnable »? La Cour suprême du Canada l'explique dans un

²³ 2001 CSC 40, par. 30-32.

²⁴ Art. 6 j) de la *Loi sur le développement durable*. De plus, l'article 10 de la *Loi sur le ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs* charge le Ministre de promouvoir le respect, particulièrement dans leur volet environnemental, des principes de développement durable auprès de l'administration et du public.

²⁵ *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, précité, note 14.

²⁶ Précité, note 4, par. 63-64.

passage maintenant célèbre et repris depuis par tous les tribunaux canadiens : « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »²⁷.

[30] Le certificat d'autorisation n'explique pas les motifs ayant amené le ministre à l'accorder. L'apparence sérieuse du caractère déraisonnable de l'autorisation doit être étudiée à l'aide de la preuve portant sur le processus utilisé pour arriver à la décision²⁸.

3.3 L'ANALYSE DU DOSSIER PAR LE MINISTRE

[31] Quatre personnes ont été impliquées dans l'étude de ce dossier :

- Mme Jean, l'analyste, jeune biologiste qui en est à sa première année comme analyste au ministère;
- M. Joudar, son chef d'équipe (remplacé pendant un certain temps par Mme Delorme);
- M. Dionne, le directeur régional, qui a signé l'autorisation²⁹.

[32] Aucune de ces personnes ne possède de connaissance sur les mammifères marins en général, ni sur les bélugas en particulier³⁰.

[33] Sur le rôle de M. Joudar et de Mme Delorme, le dossier ne révèle à peu près rien; ils n'ont pas déposé de déclaration assermentée ni n'ont été interrogés.

[34] Quant à M. Dionne, sa déclaration assermentée et son interrogatoire fournissent si peu d'informations que le Tribunal a autorisé l'interrogatoire hors cour de Mme Jean. En fait, les réponses aux questions qu'on lui pose inquiètent plutôt que de rassurer sur sa démarche. Il témoigne à la fois suivre le dossier de près, mais reconnaît avoir pris sa décision sans avoir lu toute l'information qu'il contient³¹. L'analyste fait une recommandation au chef d'équipe, et ce dernier fait une recommandation au directeur.

²⁷ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 47.

²⁸ Voir par exemple *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2320 (C.A.) (requête en autorisation de pourvoi à la C.S.Can. rejetée); *St-Damien (Municipalité de) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCS 2897; *Chertsey (Municipalité de) c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2008 QCCS 1361; *Gélinas c. Grand-Mère (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 721 (C.S.).

²⁹ Il détiendrait une délégation de pouvoir à cet effet; cette délégation n'est pas déposée en preuve. Interrogatoire de M. Dionne, 3-09-2014, p. 9-11; *Loi sur le ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs*, art. 5.

³⁰ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 5-9; interrogatoire de M. Dionne, 3-09-2014, p. 12-13.

³¹ Interrogatoire de M. Dionne, 3-09-2014, p. 9-10, 31-32, 39-40, 44, 45-50, 51, 63, 68-70, 75-77, 96-98, 110-118, 167-171, 187-190.

[35] C'est grâce à l'interrogatoire de Mme Jean que le Tribunal peut reconstituer le cheminement du dossier ayant mené à la prise de décision et considérer plusieurs des pièces sous un regard différent de celui qu'il avait lors de l'audition de la demande d'ordonnance de sauvegarde.

[36] Pour arriver à recommander la délivrance du certificat, le Ministre a amassé et analysé l'information suivante :

- la demande de TransCanada;
- une étude d'impacts de 2007 de MPO concernant d'autres travaux à Cacouna alors que TransCanada envisageait d'y construire un port méthanier;
- l'avis scientifique rédigé par la Direction des sciences du MPO concernant des travaux sismiques effectués par TransCanada en avril dernier;
- les deux avis de M. Kemp, de la Direction des espèces en péril du MPO, concluant que les travaux géotechniques, avec certaines mesures d'atténuation, ne contreviendront pas à la législation fédérale sur les espèces en péril;
- des déclarations assermentées et rapports d'experts de M. Michaud, l'expert des Requérants;
- des conversations téléphoniques et échanges de courriel avec Mme Lesage, biologiste spécialisée dans les mammifères marins, de la Direction des sciences du MPO (qui est également l'une des auteurs de l'avis scientifique rédigé par la Direction des sciences concernant les travaux sismiques);
- des réponses de TransCanada aux informations supplémentaires demandées;
- une rencontre avec les représentants de TransCanada et son expert, M. Davis;
- plusieurs études scientifiques sur les mammifères marins;
- une lettre de M. de Lafontaine, de la Direction des sciences du MPO.

[37] Si, comme l'a cru le Tribunal lors de l'audition de la demande de sauvegarde, il s'agit d'un débat d'experts et que le Ministre a choisi la thèse de l'un plutôt que la thèse de l'autre pour des raisons pouvant se justifier, le Tribunal, pour les motifs déjà énoncés le 1^{er} septembre, ne pourrait intervenir. Il s'agit d'un contrôle judiciaire de la légalité de

la décision et non de son opportunité. Si, au contraire, *prima facie*, le processus d'analyse est faussé, si la décision ne se justifie pas au regard des faits et du droit, le Tribunal doit intervenir.

[38] Les Requérants mettaient beaucoup d'emphase sur le niveau de décibels et la grandeur de la zone d'exclusion lors de la demande d'ordonnance de sauvegarde. Maintenant ils s'inquiètent davantage de la probabilité que les bélugas éviteront la zone insonifiée (le phénomène d'évitement) et se priveront ainsi d'une partie de leur habitat essentiel, et ce, d'autant plus que l'endroit où les travaux s'effectuent est fréquenté surtout par les femelles et les veaux à cette période de l'année.

[39] Les Requérants soutiennent que le Ministre était bien au courant de ces dangers et qu'il n'a pas obtenu l'information suffisante pour conclure que les travaux ne causeraient pas préjudice aux mammifères marins. Le Ministre, au contraire, invoque qu'il a étudié toute la documentation et a choisi, en toute connaissance de cause, d'autoriser les travaux, estimant que les mesures d'atténuation mises en place sont suffisantes pour éviter de causer préjudice aux mammifères marins.

[40] Que révèle l'information dont le Ministre disposait pour prendre sa décision?

3.3.1 La demande d'autorisation de TransCanada

[41] Dans sa demande d'autorisation³², TransCanada souligne la présence de mammifères marins, et en particulier de bélugas, dans la zone où elle envisage d'effectuer ses travaux³³. Elle mentionne que :

- le béluga est une espèce menacée, tant au sens de la législation fédérale que de la législation provinciale;
- des dangers menacent l'espèce : faible population, faible diversité génétique pouvant affecter sa reproduction, perte et dérangement de son habitat causés par le bruit de la navigation marine et les activités d'observation;
- les travaux projetés s'effectueront dans les limites de l'habitat essentiel du béluga qui sert à la mise bas et à l'élevage des veaux de juin à septembre³⁴.

[42] Puis, TransCanada analyse les impacts des travaux sur les bélugas et note que seuls les bruits continus excédant 120 dB pourraient engendrer des modifications de

³² CS-11.

³³ CS-11, p. 11-17.

³⁴ CS-11, p. 15.

comportement chez le béluga, tout en reconnaissant que le comportement des mammifères marins est variable³⁵ :

[...] A noise level greater than 120 dB from a non-impulsive sound [c'est le cas ici] and greater than 160 dB from an impulsive sound can generate modifications of their behaviour such as altered heading, fast swimming, change in dive and changes in vocalizations.

Behavioural responses of marine mammals to noise are highly variable and dependent on a suite of internal and external factors (National Research Council, 2003):

[...]

The observed reactions to noise in marine mammals could theoretically result in impacts such as decreased foraging efficiency, higher energetic demands, less group cohesion, decreased reproduction, and other effects, thus seriously impacting the population as well as the individual (Weilgart, 2007).

[43] Pour éviter ces effets négatifs possibles, TransCanada se propose d'adopter des mesures d'atténuation : la création d'une zone de protection, la supervision des mammifères marins par des personnes qualifiées et l'interruption des travaux à l'intérieur de cette zone en cas de présence d'un mammifère marin.

3.3.2 L'étude d'impacts de 2007

[44] L'étude d'impacts³⁶ réalisée en 2007 concernant d'autres travaux à Cacouna alors que TransCanada envisageait d'y construire un port méthanier mentionne qu'il ne devrait pas y avoir de travaux dans l'eau entre la mi-juin et la mi-septembre. De la mi-septembre à la mi-octobre, il devrait y avoir une zone d'exclusion et les travaux devraient cesser lorsque les niveaux sonores dépassent 120 dB.

3.3.3 L'avis scientifique de la Direction des sciences du MPO concernant des travaux sismiques

[45] En avril dernier, TransCanada a procédé à des travaux sismiques. Pour ce faire, elle a obtenu l'autorisation du MPO au niveau fédéral (mais pas, semble-t-il, d'autorisation du gouvernement du Québec). Les travaux sismiques visaient des bruits de type pulsé (par dynamitage), alors que les travaux géotechniques causeront des bruits de type continu.

³⁵ CS-11, p. 26-27.

³⁶ Déclaration assermentée de M. Michaud, 26-08-2014, C-8.15, p. 3.

[46] À l'occasion de l'analyse de cette demande, la Direction de la gestion des écosystèmes du MPO avait jugé nécessaire d'obtenir un avis scientifique de la Direction des sciences du MPO³⁷.

[47] Les auteurs (dont font partie M. Hammill et Mme Lesage que Mme Jean contactera ultérieurement) soulignent que :

- il est possible, voire probable, sur la base des données acquises chez le béluga et d'autres populations naïves face à certaines sources de bruit, qu'un évitement soit observé à une faible exposition au bruit³⁸;
- la reproduction et la survie des individus exposés dépendent de la motivation de ces individus à continuer de fréquenter le secteur exposé aux sons et donc de son importance pour compléter leur cycle biologique;
- l'existence à proximité d'habitat de qualité équivalente et en quantité suffisante peut rendre l'évitement du secteur d'activité négligeable sur la santé des individus;
- l'absence d'évitement ne se traduit pas directement en absence d'effets sur la condition physique ou la santé;
- des modélisations auraient pu être envisagées, mais elles n'ont pu être complétées par le MPO dans le cadre de cette évaluation considérant les délais imposés pour la revue des effets de ce projet sur la population.

[48] Ils concluent que :

- le béluga est une espèce menacée et que le gouvernement du Canada a le devoir de protéger cette population et d'éviter la destruction de son habitat essentiel;
- le concept de destruction est défini dans l'ébauche de politique de la législation sur les espèces en péril : il y aurait destruction si une partie de l'habitat essentiel était dégradé, soit de manière temporaire ou permanente, au point où elle ne pourrait plus servir les fonctions nécessaires à l'espèce ou la population;
- l'habitat essentiel du béluga inclut la région des travaux;
- la région où pourrait survenir des réactions négatives comportementales, allant de changements subtils de comportements à un évitement complet est vaste (plusieurs dizaines de kilomètres de la source);

³⁷ D-4, AK-5.

³⁸ D-4, p. 5.

- la réalisation des travaux entraînera la détérioration temporaire d'une partie de l'habitat essentiel;
- une extension des travaux au-delà du 30 avril pourrait nuire au rétablissement du béluga en le privant d'accès à une partie de son aire d'alimentation durant une période qui semble cruciale pour la constitution des réserves énergétiques et l'achèvement du cycle annuel du béluga.

3.3.4 Les deux avis de M. Kemp, de la Direction des espèces en péril du MPO

[49] En application de la législation fédérale sur les espèces en péril, M. Kemp, de la Direction des espèces en péril du MPO, complète une première analyse concernant les travaux géotechniques³⁹. Puis, à la suite de la décision de TransCanada d'utiliser deux barges pour forer en même temps, il prépare une deuxième analyse⁴⁰. Ces analyses sont complétées en avril et mai, alors que TransCanada espère commencer ses travaux le plus tôt possible.

[50] Les deux avis de M. Kemp portent sur la loi fédérale : il s'interroge à savoir si les travaux constitueront une nuisance ou du harcèlement. Il note que, selon le Programme de rétablissement du béluga, la mise bas et l'allaitement des veaux durant la période du 1^{er} juin au 31 octobre sont d'une importance cruciale du cycle de la vie du béluga.

[51] Dans le premier avis, il mentionne que différents niveaux de bruit ont été proposés comme critère pour établir le seuil auquel le « comportement des mammifères marins est négativement modifié » et que le sujet fait encore l'objet de débats. Il souligne que les bruits sont déjà supérieurs à 120 dB pendant 8 % du temps en raison des autres activités maritimes et que le promoteur n'a pas évalué les effets cumulatifs du son sur une grande période qui, dans le cas de ces travaux, se situe durant une saison entière dans l'habitat essentiel du béluga (mi-avril au début novembre). Malgré tout, il conclut que les mesures d'atténuation proposées seront suffisantes (à ce moment, la zone d'exclusion prévue était de 300 mètres) pour éviter de nuire ou de harceler les bélugas.

[52] Dans son deuxième avis, M. Kemp revient sur les seuils de sons acceptables et ajoute que les normes de 120dB pour les sons continus et 160 dB pour les sons pulsés sont de plus en plus remises en question par la communauté scientifique et qu'il faudrait probablement tenir compte d'un certains nombres d'autres facteurs biologiques, opérationnels et environnementaux. À cause du bruit additionnel causé par l'utilisation de deux barges, il exige une zone d'exclusion de 500 mètres autour du forage et des mesures *in situ* des niveaux sonores lors des activités afin de valider les niveaux réels générés par les travaux. Avec ces mesures d'atténuation, il juge que les travaux ne

³⁹ D-3, AK-14.

⁴⁰ D-4, AK-19.

nuiront ni ne harcèleront les bélugas et donne ainsi le feu vert à TransCanada, au niveau fédéral.

[53] Pour rédiger ces analyses, M. Kemp, contrairement à la demande concernant les travaux sismiques, n'a pas jugé bon de transmettre la question à la Direction des sciences de son ministère. Les Requérants reprochent à la Direction des espèces en péril d'avoir omis de consulter la Direction des sciences du MPO. Cette question sera tranchée dans le cadre du dossier présentement devant la Cour fédérale.

3.3.5 L'opinion de M. Michaud

[54] Les procédures judiciaires sont déjà engagées avant le dépôt de la demande d'autorisation de TransCanada⁴¹. À ce moment, la procédure porte plutôt sur le processus fédéral. Mais les Requérants invoquent également l'absence d'autorisation du gouvernement provincial. Ils ont donc retenu les services d'expertise de M. Michaud.

[55] M. Michaud est président et membre fondateur du Groupe de recherche et d'éducation sur le milieu marin, coordonnateur du Réseau québécois d'urgences pour les mammifères marins et membre du Comité de rétablissement pour les bélugas du Saint-Laurent.

[56] M. Michaud est d'avis que les travaux entraîneront des répercussions importantes chez le béluga, voire accéléreront leur déclin en raison des effets sur des femelles en fin de gestation ou s'occupant de leurs nouveau-nés⁴². Il souligne que les travaux projetés se tiendront dans une aire de haute résidence utilisée pour l'alimentation entre juin et octobre.

[57] Fin mai, il rédige un deuxième avis, après avoir appris que deux barges seraient utilisées simultanément plutôt qu'une seule, que les travaux dureraient entre 70 et 94 jours et pourraient s'étendre jusqu'au mois de novembre. Selon lui, les risques sont encore plus importants qu'il ne l'avait d'abord cru⁴³.

[58] M. Michaud croit que si les mêmes scientifiques de la Direction des sciences du MPO évaluaient les impacts des travaux géotechniques projetés, ils arriveraient aux mêmes conclusions que lui⁴⁴. Il souligne que plusieurs de ses pairs détenant une expertise sur les mammifères marins sont du même avis que lui⁴⁵.

⁴¹ Jugement du 1^{er} septembre, précité, note 4.

⁴² TC-1, Déclarations assermentées de M. Michaud, 16-05-2014 et 30-05-2014.

⁴³ Déclaration assermentée de M. Michaud, 02-06-2014, p. 2

⁴⁴ Déclaration assermentée de M. Michaud, 02-06-2014, p. 3.

⁴⁵ Déclaration assermentée de M. Michaud, 02-06-2014, p. 3.

[59] Fin juillet, il fait parvenir une troisième opinion à Messieurs Joudar et Dionne⁴⁶ où il exprime l'avis que les analyses de M. Kemp⁴⁷, ne tiennent pas compte de plusieurs facteurs :

- le dérangement qui sera causé par l'exclusion des bélugas due à la simple occupation d'une aire de haute résidence;
- le dérangement qui sera causé par l'exclusion due à l'occupation acoustique d'une aire de haute résidence;
- les impacts potentiels des travaux sur les femelles gestantes, le processus de mise bas, les activités d'allaitement et les liens mères-veaux;
- les informations récentes qui suggèrent d'ajuster les probabilités de réponse d'évitement des mammifères marins en fonction de la sensibilité de l'habitat ou du statut de l'espèce ciblée.

[60] Le 29 juillet, cet avis est déposé au dossier de cour, avec une nouvelle déclaration assermentée affirmant que⁴⁸ :

- les travaux ont lieu dans une aire de haute résidence utilisée par les femelles bélugas afin de mettre bas et d'allaiter leur veau de mai à octobre chaque année;
- le simple va-et-vient des bateaux et l'occupation du secteur par des barges sont, en soi, susceptibles d'exclure les bélugas d'une partie de leur habitat;
- l'ampleur des effets attendus sur les individus sera proportionnelle à la durée de privation du secteur;
- bien qu'abordant la question du dérangement par le bruit, les avis de M. Kemp ne tiennent pas compte du dérangement causé par l'exclusion de la zone en raison du bruit, alors que l'avis de la Direction des sciences du MPO concernant les travaux sismiques y réfère en détail;
- les mesures d'atténuation permettront d'éviter des dommages physiques aux bélugas et, en particulier, à leur ouïe, mais sont inefficaces pour prévenir l'évitement du secteur par les bélugas; la seule mesure susceptible d'éviter l'impact de l'exclusion est d'éviter d'insonifier l'habitat pendant la période où il est utilisé;

⁴⁶ R-38, R-39.

⁴⁷ AK-14, AK-19.

⁴⁸ Déclaration assermentée de M. Michaud, 29-07-2014.

- l'emploi du seuil de 120 dB retenu par le MPO est une estimation de la pression acoustique au-delà de laquelle on s'attend à ce que 50 % des individus exposés aient une réaction négative à une source de bruit continue; certaines études récentes suggèreraient d'utiliser un seuil où 10 % des individus sont susceptibles de réagir dans le cas d'habitats plus sensibles ou pour les espèces en péril.

[61] M. Michaud considère qu'il ne devrait pas y avoir de travaux entre le 30 avril et la mi-octobre, période jusqu'à laquelle des données sont disponibles pour identifier l'utilisation de cette aire de haute résidence⁴⁹.

3.3.6 Les contacts avec Mme Lesage, de la Direction des sciences du MPO

[62] Mme Jean a pris connaissance de toute cette information et elle est inquiète de l'effet des travaux projetés sur les bélugas. Elle pousse son analyse plus à fond.

[63] Elle semble croire qu'il n'y a pas d'expertise sur les mammifères marins dans son ministère⁵⁰. Elle n'a pas consulté les membres du COSEPAC, ni ceux du Comité pour le rétablissement du béluga, dont plusieurs sont des représentants du gouvernement du Québec⁵¹. *A priori*, on peut penser que les membres du Comité pour le rétablissement du béluga du Saint-Laurent doivent posséder une certaine expertise sur le béluga puisqu'ils veillent au rétablissement de cette population.

[64] L'entente de collaboration signée entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec ne modifie pas les fonctions, obligations et pouvoirs conférés par l'une ou l'autre des lois applicables⁵². Néanmoins, elle précise également que le gouvernement du Canada assure en priorité le leadership des activités liées à la protection et au rétablissement des espèces en péril d'intérêt commun qui sont des espèces aquatiques marines⁵³.

[65] Mme Jean sait que le MPO possède l'expertise en matière de mammifères marins et, dès le 19 juin, elle s'adresse à eux pour obtenir des informations.

[66] Les premiers contacts se font par courriel avec M. Hammill qui la dirige à Mme Lesage⁵⁴. L'on se souvient qu'il s'agit de deux des auteurs qui ont analysé l'impact des travaux sismiques effectués par TransCanada en avril dernier.

⁴⁹ Déclaration assermentée de M. Michaud, 29-07-2014, par. 89.

⁵⁰ Cela peut paraître surprenant à première vue puisque le béluga est une espèce menacée au sens de la *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables* du Québec et que la *Loi sur la qualité de l'environnement* protège le béluga comme toute autre espèce de la faune. La preuve ne permet pas, à ce stade-ci, de vérifier l'exactitude de cette croyance.

⁵¹ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 103-105.

⁵² R-2, art. 2.2.

⁵³ R-2, art. 4.2.

⁵⁴ IAMJ-3, p. 5; interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 11, 25.

[67] Mme Lesage lui confirme que le seuil présentement utilisé pour déterminer des effets possibles des sons continus sur le béluga est de 120 dB. Quant à savoir à partir de quel niveau un bruit devient un « contaminant », Mme Lesage souligne que la notion de « contaminant » ne relève pas de son ministère⁵⁵. Mme Lesage la renvoie à l'avis scientifique effectué par sa direction concernant les impacts des travaux sismiques.

[68] Puis, Mme Jean parle avec Mme Lesage au téléphone⁵⁶. Elle obtient des informations sur trois sujets de préoccupation :

- La raison d'être du 30 avril comme date limite pour les travaux sismiques? Le mois de mai est très important pour l'alimentation des bélugas, la limite du 30 avril visait à limiter les perturbations.
- Les mesures d'atténuation? Les mesures mentionnées dans l'avis concernent les travaux sismiques; ils ne concernent pas les forages et l'utilisation de deux barges. Il est possible qu'il n'y ait pas de bruit si les travaux sont arrêtés, mais cela n'empêchera pas le phénomène de l'évitement : les bélugas risquent de ne plus fréquenter cette zone. Il s'agit d'une zone importante pour les mères et leurs veaux. Les premiers veaux ont été vus en juin 2014 et le pic est de fin juillet à début août.
- La zone d'exclusion? Ce n'est pas Mme Lesage qui s'est occupée de l'autorisation des travaux géotechniques au niveau fédéral; elle a été consultée pour la première version de la demande de certificat d'autorisation, mais pas pour la deuxième et elle ne sait pas pourquoi. Mme Lesage est d'accord avec M. Michaud concernant le fait que l'utilisation de deux barges serait plus nocive pour le béluga.

[69] Mme Jean continue ses contacts avec Mme Lesage et cette dernière lui transmet d'autres études sur les mouvements saisonniers, l'utilisation de l'habitat et la répartition de la population de bélugas dans le Saint-Laurent⁵⁷.

[70] Mme Lesage lui aurait demandé à quelques reprises de garder leurs conversations confidentielles⁵⁸. Finalement, Mme Lesage informe Mme Jean que si elle veut un avis scientifique formel de la Direction des sciences du MPO, elle doit contacter son supérieur, M. de Lafontaine⁵⁹.

⁵⁵ IAMJ-3, p. 7. En effet, il s'agit d'une notion utilisée dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, mais pas dans la législation fédérale sur les espèces en péril.

⁵⁶ IAMJ-3, p. 1-2. Le résumé de la conversation se base sur un compte rendu de la conversation colligé de manière contemporaine par Mme Jean. Mme Lesage n'a pas été interrogée et la preuve ne démontre pas si elle est en accord avec le résumé de Mme Jean. Ce compte rendu ne fait donc pas preuve de la véracité de son contenu.

⁵⁷ IAMJ-1, p. 34-105.

⁵⁸ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 76-77, 98.

⁵⁹ IAMJ-3, p. 7, IAMJ-5, interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014.

3.3.7 Les réponses de TransCanada aux demandes du Ministre

[71] Parallèlement, Mme Jean poursuit son analyse en demandant des informations à TransCanada. Notamment, elle requiert un engagement écrit stipulant que les travaux géotechniques ne causeront pas de préjudice aux espèces fauniques, dont aux mammifères marins. TransCanada ne prendra jamais cet engagement⁶⁰. Elle se limite à énumérer les mesures d'atténuation qu'elle entend mettre en œuvre et qui avaient déjà été fournies avec sa demande.

[72] Cette réponse ne satisfait pas Mme Jean puisqu'elle s'adresse de nouveau à TransCanada et lui fait part de ses inquiétudes concernant la période des travaux, la zone d'exclusion, la séquence des sondages et la méthode de travail. Concernant la période, elle se réfère spécifiquement à l'étude d'impacts réalisée en 2007 mentionnant qu'il ne devrait y avoir de travaux dans l'eau entre la mi-juin et la mi-septembre et à l'avis scientifique de la Direction des sciences du MPO qui exigeait que les travaux sismiques se terminent avant le 30 avril.

[73] Le 16 juillet, TransCanada répond qu'elle envisage d'entreprendre ses travaux à l'été pour les terminer au début novembre⁶¹ et explique que, d'après elle, il ne faut pas comparer la situation avec celle de 2007 ou avec les travaux sismiques puisqu'il s'agit de travaux différents.

[74] Mme Jean n'est toujours pas rassurée⁶² :

R ... nous, par rapport à ça, les inquiétudes, c'est que... on peut comprendre qu'il va avoir des travaux, une zone d'exclusion, il y a des mesures d'atténuation, mais c'est quand même dans l'aire de haute fréquentation du béluga, du mois de juin à octobre.

Donc, vous faites quand même des travaux, il y a quand même une émission de bruit, bruit qui est considéré, selon le ministère de l'Environnement, comme pouvant être contaminant.

Donc, nous, on a quand même des préoccupations.

Il y a des mesures d'atténuation, mais elles ne nous convainquent pas.

(soulignements ajoutés)

[75] Les représentants du ministère décident de rencontrer les représentants de TransCanada le 24 juillet.

⁶⁰ CDG-7, p. 4-6.

⁶¹ CDG-8.

⁶² Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 149-152.

[76] Avant la rencontre, Mme Jean parle de nouveau avec Mme Lesage du MPO⁶³. Elle lui demande d'où provient le seuil de 120 dB : il provient d'une étude effectuée par Southall en 1999 et ajoute qu'en 2007, les auteurs de cette étude indiquent que ce seuil est sujet à changement selon plusieurs variables. En 2012, une autre étude indique qu'à 120 dB, environ 50 % des mammifères vont réagir négativement. Le seuil de 120 dB est une norme américaine utilisée ici depuis les années '90, faute d'en avoir de meilleure.

[77] TransCanada a avisé qu'elle viendrait à la rencontre avec son expert, M. Davis. Mme Lesage informe Mme Jean que M. Davis est un expert sur les mammifères marins, surtout dans l'Arctique. Il ne connaît pas nécessairement la spécificité de la population du Saint-Laurent, de petite taille et vivant dans un endroit restreint. Elle la met en garde contre le fait qu'il est « pro-promoteur » et qu'il apporterait parfois des points peu fondés⁶⁴. Enfin, Mme Lesage souligne à nouveau qu'il faut tenir compte du phénomène d'évitement : les bélugas quitteront l'endroit pour trouver une place plus tranquille et les mesures d'atténuation ne changeront rien à cette situation.

[78] Selon le compte-rendu écrit de Mme Jean de la rencontre du 24 juillet⁶⁵ :

- Mme Gosselin, pour TransCanada, mentionne que des études plus poussées sont nécessaires pour connaître la présence du béluga dans le secteur de Cacouna et qu'il y a une nouvelle base de données pour les niveaux de son qui causent des dommages physiques aux animaux marins;
- M. Davis, l'expert, mentionne qu'il n'y a pas de données sur les veaux et les effets de leur exposition au son et qu'il est pratiquement impossible de séparer le veau de sa mère;
- M. Davis affirme que :
 - même dans le pire des scénarios, il n'y aurait pas de perte auditive temporaire;
 - le comportement de déviation léger commencerait à 120 dB;
 - le comportement d'évitement de la source de bruit ne surviendrait qu'à partir de 135 dB;
 - il souligne que le seuil de 120 dB est déjà atteint 8 % du temps par la navigation;

⁶³ IAMJ-3, p. 3-4

⁶⁴ Le Tribunal ne porte ici aucun jugement sur la crédibilité de l'expert qu'il n'a pas encore entendu.

⁶⁵ IAMJ-1.

- en 2007, lors des études pour le port méthanier, les travaux n'ont pas causé de patron d'évitement et les bélugas sont entrés dans la zone, même lors des travaux;
- M. Davis s'engage à émettre un avis scientifique écrit;
- TransCanada s'engage à ne compléter que les deux premiers forages, puis à envoyer un rapport au ministre; il n'y aura aucun autre forage avant un nouvel accord du ministère⁶⁶.

[79] Ce compte rendu est transmis à TransCanada sans délai pour approbation. Malgré de nombreux rappels, ce n'est que le 3 septembre, alors que l'ordonnance de sauvegarde a déjà été rejetée, que TransCanada écrit à Mme Jean pour signaler son désaccord avec certains éléments de ce compte rendu⁶⁷.

[80] Le 29 juillet, TransCanada informe le Ministre qu'elle ne soumettra pas l'avis scientifique de M. Davis, tel qu'il avait été convenu à la rencontre du 24 juillet, en raison des procédures judiciaires⁶⁸.

[81] De toute manière, ce que recherche Mme Jean, ce n'est pas tant l'avis de l'expert de TransCanada, que l'avis du MPO, un tiers indépendant⁶⁹. Mme Jean rappelle à TransCanada que les études de 2007 et de 2014 du MPO mentionnent que les travaux entre les mois de juin et d'octobre pourraient compromettre la survie ou le rétablissement du béluga et que la *Loi sur la qualité de l'environnement* interdit d'émettre un contaminant susceptible de porter préjudice à la faune. Elle demande que TransCanada lui achemine un avis scientifique réalisé par les spécialistes des mammifères marins du MPO répondant à sept questions⁷⁰ :

- a) Est-ce que les estimations des niveaux de bruit générés par les travaux et des distances de propagation fournies par le promoteur sont réalistes?
- b) Est-ce que la réalisation des travaux aux dates proposées par le promoteur risque de causer un dérangement important ou d'avoir des impacts significatifs sur les bélugas?
- c) Est-ce que le projet, tel que proposé, risque de causer un dérangement important ou d'avoir des impacts significatifs sur les bélugas?
- d) Les mesures d'atténuation proposées par le promoteur sont-elles adéquates et suffisantes?

⁶⁶ Au moment de l'audience, le forage de ces deux puits n'était pas terminé.

⁶⁷ IAMJ-2, interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 113-117.

⁶⁸ CGD-9. L'expertise de M. Davis est maintenant déposée en preuve.

⁶⁹ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 120-121, 163-166.

⁷⁰ CGD-9.

- e) Le cas échéant, quelles mesures d'atténuation additionnelles permettraient de réduire le dérangement ou les impacts pour les rendre acceptables?
- f) Dans l'éventualité où le projet causerait un dérangement important du béluga, malgré la mise en place de mesures d'atténuation additionnelles, le dérangement est-il susceptible de compromettre la survie ou le rétablissement de la population du béluga du Saint-Laurent?
- g) D'autres espèces de mammifères marins sont-elles susceptibles d'être présentes pendant la période visée? Si oui, les évaluations des effets et les mesures d'atténuation pour le béluga s'appliquent-elles à ces espèces?

[82] TransCanada ne demande pas d'avis scientifique et répond simplement en faisant parvenir l'analyse de M. Kemp concluant qu'avec certaines mesures d'atténuation, le promoteur pourra éviter de nuire ou de harceler les bélugas et, qu'en conséquence, le projet ne nécessite pas de permis en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*.

[83] Mme Jean n'est toujours pas satisfaite parce que M. Kemp travaille à la Direction des espèces en péril et qu'elle désire un avis scientifique de la Direction des sciences du MPO⁷¹ où travaillent les spécialistes du béluga. L'avis de M. Kemp la rassure, mais n'est pas suffisant⁷². M. Kemp n'aborde pas la question d'évitement dans son analyse et Mme Jean veut une analyse sur cette question⁷³.

[84] D'ailleurs, M. Kemp a communiqué avec Mme Jean à deux ou trois reprises déjà⁷⁴. Elle ignore pourquoi et l'a référé à son chef d'équipe, M. Joudar. Le dossier ne contient, pour le moment, aucune autre information sur ces conversations et le Tribunal ignore pourquoi M. Kemp aurait tenté de joindre Mme Jean ou M. Joudar.

3.3.8 La demande d'avis scientifique et la réponse de la Direction des sciences du MPO

[85] Le 31 juillet, voyant que TransCanada n'entendait pas demander d'avis scientifique à la Direction des sciences du MPO, M. Dionne adresse lui-même la demande à M. de Lafontaine, directeur de ce département⁷⁵. Il repose les sept mêmes questions qu'avait posées Mme Jean dans la lettre à TransCanada.

⁷¹ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 163-166.

⁷² Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 171-173.

⁷³ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 173-177.

⁷⁴ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 12-13, 139-141.

⁷⁵ D-1.

[86] Parallèlement, le 1^{er} août, Mme Jean revient à la charge avec une cinquième demande de renseignements à TransCanada. Cette fois, elle lui demande un avis du MPO portant sur deux questions plutôt que sept⁷⁶ :

Il est à noter que présentement l'analyse du dossier est très avancée et afin de nous permettre de la compléter, veuillez nous fournir un avis du MPO qui répondrait aux questions suivantes :

- a) Est-ce que la réalisation des travaux aux dates proposées par le promoteur risque de causer un dérangement important ou d'avoir des impacts significatifs sur les mammifères marins?
- b) Le cas échéant, quelles mesures d'atténuation additionnelles permettraient de réduire le dérangement ou les impacts pour les rendre acceptables?

[87] Le 4 août, M. Dionne adresse une nouvelle demande d'avis scientifique à M. de Lafontaine de la Direction des sciences du MPO où il pose les deux mêmes questions que Mme Jean a posées à TransCanada⁷⁷. La preuve n'explique pas, pour l'instant, pourquoi les sept questions ont été réduites à deux.

[88] Le 8 août, M. de Lafontaine répond à la demande de M. Dionne par lettre⁷⁸. Il ne fournit pas l'avis scientifique demandé. Il ne répond pas aux deux questions posées par M. Dionne. Il ne fait que référer aux avis de M. Kemp, à l'avis scientifique rédigé par sa direction concernant les travaux sismiques et à d'autres littératures scientifiques qu'il joint en copie⁷⁹. En somme, il ne fait que retourner l'information qu'avait déjà le Ministre et qui suscitait des inquiétudes, sans rien expliquer de plus.

[89] M. de Lafontaine rappelle que le secteur où TransCanada veut effectuer les travaux est une zone hautement fréquentée par le béluga durant la saison estivale, et souligne que « [l]es impacts du bruit dans les environnements aquatiques, et tout particulièrement sur les mammifères marins, font actuellement l'objet d'études, dont les résultats auront des implications sur les aspects de gestion et de réglementation [...] »⁸⁰.

[90] Il ajoute que la valeur de 120 dB est tirée de la littérature scientifique existante et a été retenue comme seuil de base du bruit pouvant affecter les mammifères marins. Il précise qu'à sa connaissance aucune étude n'a encore vérifié cette hypothèse pour le béluga spécifiquement et que, pour la législation fédérale, le bruit n'est pas un contaminant du milieu aquatique.

⁷⁶ CGD-10.

⁷⁷ IAMJ-7, p. 2.

⁷⁸ D-2.

⁷⁹ D-3 et D-4.

⁸⁰ D-2, p. 2.

[91] M. Dionne et Mme Jean en déduisent que M. de Lafontaine souscrit aux positions de M. Kemp bien que la lettre ne mentionne aucun endossement⁸¹.

[92] Même si la lettre de M. de Lafontaine ne répond pas directement aux questions posées, le Ministre s'en satisfait. Il voulait un avis scientifique de la Direction des sciences du MPO et il reçoit une lettre. Le contenu ne semble plus lui importer.

[93] Le 9 août, TransCanada répond également aux deux mêmes questions qui ont été posées concernant le risque de dérangement important ou d'impacts significatifs sur les mammifères marins et la possibilité de mesures d'atténuation additionnelles qui permettraient de réduire le dérangement ou les impacts pour les rendre acceptables⁸². Elle répond que l'analyse de M. Kemp et la lettre du MPO confirment qu'elle n'est pas tenue d'obtenir un permis en vertu de la *Loi sur les espèces en péril* puisque les travaux géotechniques et les mesures d'atténuation prévues ne risquent pas de contrevenir à cette loi. TransCanada se plaint également des demandes redondantes du ministère et souligne qu'elle a des attentes légitimes quant à l'aboutissement du processus.

3.3.9 Le rapport d'analyse et la délivrance du certificat

[94] Le 13 août, Mme Jean achève son rapport d'analyse dans lequel elle recommande la délivrance du certificat d'autorisation.

[95] Ce rapport mentionne que les forages se situent dans une aire de haute fréquentation du béluga pour la période de juin à octobre, mais ne fait mention ni du Programme de rétablissement du béluga, ni de la position de M. Michaud, ni de celle de M. Davis, ni des interrogations soulevées, ni de l'évitement, ni du principe de précaution. Il ne fait pas ressortir les questions qui demeurent non répondues et qui inquiétaient son auteur depuis le début de l'analyse, ni les limites des connaissances scientifiques, ni pourquoi finalement Mme Jean choisit de recommander la délivrance du certificat d'autorisation.

[96] Sur la base de la recommandation contenue dans ce rapport, M. Dionne délivre le certificat d'autorisation au nom du Ministre.

3.3.10 Conclusion sur l'apparence de droit

[97] TransCanada invoque que les interrogatoires hors cour n'ont rien apporté de nouveau qui emporterait une décision différente de celle rendue dans le jugement sur l'ordonnance de sauvegarde. Au contraire, le Tribunal considère que les témoignages des représentants du Ministre expliquent le processus suivi, permettent d'analyser la preuve documentaire dans une nouvelle perspective et mettent en évidence *prima facie* une faille dans le processus décisionnel du Ministre.

⁸¹ Interrogatoire de M. Dionne, 3-09-2014, p. 156-161; interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 187-189.

⁸² CGD-10.

[98] Selon la *Loi sur la qualité de l'environnement*, le Ministre, avant de délivrer son autorisation, doit s'assurer que l'émission du contaminant dans l'environnement sera conforme à la loi et aux règlements⁸³. Notamment, il doit s'assurer que le contaminant ne cause pas de dommage ou ne porte pas autrement préjudice à la faune⁸⁴.

[99] Pendant plus de deux mois, le Ministre s'inquiète de l'effet des travaux sur les bélugas. L'analyse scientifique de la Direction des sciences du MPO rédigée pour les travaux sismiques mentionne la problématique de l'évitement⁸⁵. L'expert des Requérants et celui de TransCanada ont des positions opposées sur le sujet⁸⁶.

[100] Aucun des représentants du Ministre ayant travaillé sur le dossier ne connaît les mammifères marins. Ils ne jugent pas utile de consulter le Comité sur le rétablissement du béluga alors qu'il s'agit d'une espèce menacée. Rien n'indique qu'ils aient tenu compte du principe de précaution.

[101] Le Ministre n'est pas rassuré par l'étude d'impacts de 2007, les analyses de M. Kemp et l'avis scientifique rédigé pour les travaux sismiques. Les contacts avec Mme Lesage qui a participé à la rédaction de cet avis scientifique tendent plutôt à confirmer qu'il y a matière à s'inquiéter.

[102] L'impatience de TransCanada ne saurait justifier de mettre fin au processus d'analyse. TransCanada n'a déposé sa demande d'autorisation que le 26 mai, alors qu'elle envisage d'effectuer ces travaux depuis quelque temps déjà et elle sait très bien qu'il s'agit d'un sujet controversé. Elle refuse de signer un engagement assurant que les travaux ne causeront aucun préjudice important aux bélugas. Il semble que le travail ne peut être effectué pendant la période des glaces, mais la preuve n'indique pas quelle est cette période. Le Ministre ne s'interroge pas plus avant pour savoir s'il est possible de retarder les travaux⁸⁷.

[103] Le Ministre décide alors qu'il lui faut un avis scientifique de la Direction des sciences du MPO. Il n'obtient pas cet avis. Il reçoit seulement une lettre transmettant des documents déjà en sa possession, mais cette fois, signée par le directeur de la Direction des sciences. Il change sa position et signe le certificat d'autorisation. Rien dans la preuve actuellement n'explique ce revirement de situation. Rien dans cette lettre n'explique pourquoi toutes les hésitations et inquiétudes du Ministre devraient être écartées.

⁸³ *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 24.

⁸⁴ *Id.*, art. 20.

⁸⁵ D-4, p. 10.

⁸⁶ De part et d'autre, les Requérants et TransCanada ont tenté d'attaquer la crédibilité de M. Michaud et celle de M. Davis. Le Tribunal ne peut se prononcer sur la crédibilité d'experts qu'il n'a pas entendus. Qu'il suffise de dire ici que les curriculum vitae des deux démontrent qu'ils possèdent une grande expérience et des connaissances approfondies des mammifères marins.

⁸⁷ Interrogatoire de Mme Jean, 15-09-2014, p. 187-192.

[104] Dans son rapport d'analyse recommandant la délivrance du certificat, Mme Jean ne fait aucune mention des éléments problématiques et n'explique pas pourquoi elle recommande la délivrance du certificat.

[105] Quant à M. Dionne :

- ou il se fie sur le rapport d'analyse pour prendre sa décision⁸⁸ et, puisque ce rapport de fait pas état de toute l'information répertoriée et des raisons ayant mené à une conclusion plutôt qu'à une autre, on peut craindre que le directeur ne prend pas une décision éclairée;
- ou il a suivi le processus de près et rien n'explique comment la lettre de M. de Lafontaine a pu apaiser ses craintes alors qu'il n'a fourni aucun avis scientifique.

[106] Les interrogatoires de Mme Jean et de M. Dionne ne révèlent rien de plus. Ils semblent ne s'être préoccupés que du nom sur la lettre plutôt que du contenu de la lettre. Ils occultent complètement le fait que personne, ni TransCanada ni la Direction des sciences du MPO ne répondent à leurs questions fort légitimes, à savoir, est-ce que la réalisation des travaux aux dates proposées par le promoteur risque de causer un dérangement important ou d'avoir des impacts significatifs sur les mammifères marins, et, le cas, échéant, quelles mesures d'atténuation additionnelles permettraient de réduire le dérangement ou les impacts pour les rendre acceptables.

[107] Le Ministre invoque dans son argumentation écrite que :

- il n'appartenait pas à Mme Jean de trancher entre les avis divergents de MM. Michaud et Davis;
- la lettre de M. de Lafontaine est un avis formel de la Direction des Sciences du MPO;
- Mme Jean ne pouvait remettre en cause cet avis formel⁸⁹.

[108] Au contraire :

- il appartient au Ministre de décider, à la vue de toute l'information recueillie, s'il accorde l'autorisation ou non et, ce faisant, de s'assurer que les travaux ne risquent pas de causer de préjudice aux bélugas;
- la preuve démontre que la lettre de M. de Lafontaine n'est pas un avis scientifique de la Direction des sciences du MPO, même le Procureur général du Canada le souligne;

⁸⁸ Interrogatoire de M. Dionne, 3-09-2014, p. 29-32.

⁸⁹ Plan d'argumentation du Procureur général du Québec, par. 31-41

- si le Ministre ne trouvait pas réponse à ses questions, il devait continuer son processus ou à tout le moins expliquer pourquoi il décide soudainement de recommander l'autorisation sur la base de documents qu'il détient depuis plusieurs semaines et qui ne répondaient pas antérieurement à ses préoccupations.

[109] Les tribunaux n'interviennent pas dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour autant que le détenteur de la discrétion explique, de manière raisonnable, comment il est arrivé à sa décision. Ici, le Ministre, à ce stade du dossier, a choisi de ne déposer qu'une déclaration assermentée de M. Dionne, sibylline, qui n'explique pas comment ni pourquoi il est arrivé à sa décision. Pour l'instant, les interrogatoires ont démontré qu'on peut sérieusement se questionner sur la « raisonabilité » de la décision, au sens où l'entend la jurisprudence. Le Tribunal conclut qu'il y a apparence sérieuse de droit.

4. LE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE OU L'ÉTAT DE FAIT DE NATURE À RENDRE LE JUGEMENT INEFFICACE

[110] TransCanada argumente que la preuve d'un préjudice irréparable est affaiblie par l'interrogatoire hors cour de M. Michaud. TransCanada remet en doute la crédibilité de l'expert. Le Tribunal n'est pas prêt à conclure sur la crédibilité d'un expert qu'il n'a pas entendu et sur la base d'un dossier incomplet.

[111] De toute manière, étant donné les délais nécessaires pour mettre le dossier en état et le fait que les travaux seront terminés avant que la demande d'injonction permanente ne soit entendue, il sera créé un état de fait de nature à rendre le jugement inefficace. Ceci est suffisant pour remplir la deuxième condition de l'article 752 C.p.c.

5. LA BALANCE DES INCONVÉNIENTS

[112] Pendant l'audience, les Requérants ont limité leur demande à une suspension des travaux jusqu'au 15 octobre, période critique pour les mères et leurs veaux.

[113] TransCanada n'a fourni aucune information précise sur l'impact d'une suspension des travaux pour cette période, autre qu'un préjudice économique. Bien sûr, il est regrettable qu'une administrée qui a suivi le processus d'approbation soit appelée à subir les conséquences de la déficience apparente dans le processus d'approbation. Mais, la balance des inconvénients favorise de prononcer l'ordonnance, principalement parce qu'il s'agit d'une espèce menacée.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[114] **SUSPEND** l'effet du certificat d'autorisation délivré à Oléoduc Énergie Est Ltée et TransCanada Pipeline Ltée en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* jusqu'au 15 octobre prochain;

[115] **ORDONNE** à Oléoduc Énergie Est Ltée, TransCanada Pipeline Ltée, leurs sous-traitants et toute personne agissant en leur nom ou pour leur compte de cesser les travaux géotechniques jusqu'au 15 octobre prochain;

[116] **ACCORDE** aux Requérants la permission de signifier l'ordonnance d'injonction interlocutoire en dehors des heures légales, au besoin;

[117] **DISPENSE** les Requérants de fournir un cautionnement;

[118] **ORDONNE** l'exécution provisoire nonobstant appel;

[119] **ORDONNE** aux parties de déposer, au dossier de la Cour, une entente sur le déroulement de l'instance dans les dix jours du présent jugement ou de saisir le Tribunal de tout différend à cet égard;

[120] **SANS FRAIS**, vu la nature du litige.

Claudine Roy, j.c.s.

CLAUDINE ROY, J.C.S.

Me Michel Bélanger

Me André Lespérance

LAUZON BÉLANGER LESPÉRANCE

Avocats de Centre québécois du droit de l'environnement, Fondation David Suzuki,
Nature Québec, Société pour la nature et les parcs du Canada, France Dionne et Pierre
Béland

Me Marc-André Fabien

Me Eleni Yiannakis

Me Émilie Bundock

Me Brandon Farber

FASKEN MARTINEAU DUMOULIN

Avocats de Oléoduc Énergie Est Ltée et TransCanada Pipelines Ltée

Me Nathalie Fiset

BERNARD, ROY

Avocate du Procureur général du Québec

Me Jean-Robert Noiseux

Avocat du Procureur général du Québec

Dates d'audience : 17 et 18 septembre 2014

ANNEXE 1

Décret modifiant les annexes 1 à 3 de la *Loi sur les espèces en péril*, DORS/2005-224, 139 Gaz. Can. II 1754

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ, c. Q-2

Loi sur le développement durable, RLRQ, c. D-8.1.1

Loi sur le ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs, RLRQ, c. M-30.001

Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, c. 29

Loi sur les espèces menacées ou vulnérables, RLRQ, c. E-12.01

Règlement sur les espèces fauniques menacées ou vulnérables et leurs habitats, RLRQ, c. E-12.01, r. 2

ANNEXE 2

- Établir une zone d'exclusion dans un rayon de 540 mètres du lieu où auront lieu les travaux
- Mettre en place un programme de surveillance continue des bélugas
- En cas de présence d'un béluga dans la zone d'exclusion, arrêter les travaux et ceux-ci ne pourront reprendre que 30 minutes après le départ de tout béluga de la zone d'exclusion
- Effectuer des mesures de bruit subaquatique
- Ne pas dépasser un niveau de bruit subaquatique de 120 dB à 540 mètres de la source
- En cas de dépassement, ajuster le rayon d'exclusion et attendre une autorisation du Ministre
- Acheminer un rapport au plus tard dix jours suivant les premiers travaux et attendre l'acceptation du Ministre concernant les niveaux de bruit avant d'amorcer les autres forages
- Établir une deuxième zone de 3 000 mètres autour des travaux pour observer les bélugas, compiler les données et acheminer des rapports hebdomadaires documentant l'utilisation du secteur par les bélugas, accompagné d'une analyse scientifique des informations recueillies sur l'utilisation du secteur et sur le comportement des bélugas pendant les travaux