



CENTRE DE LA SCIENCE DE LA BIODIVERSITÉ DU QUÉBEC  
QUEBEC CENTRE FOR BIODIVERSITY SCIENCE

*Analyse de l'état actuel du droit et recommandations en vue de  
l'adoption d'une loi sur la conservation et la gestion durable des  
milieux humides au Québec*

**RAPPORT FINAL**

**Sophie Lavallée, L.L.D.** professeure titulaire,

Faculté de droit, Université Laval

Avocate membre du Barreau du Québec

Chercheure au Centre de la science de la biodiversité du Québec (CSBQ)\*

---

\* Membre du Barreau du Québec. Nos remerciements s'adressent à Mesdames Katherine Plante et Viviane Denis-Ducharme, étudiantes à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour leurs recherches, analyses et commentaires qui ont permis la rédaction de ce rapport.

## TABLE DES MATIÈRES

I.	CONTEXTE .....	1
A.	LE CHAMP D'APPLICATION ET LE PROCESSUS PRÉVU PAR LES ARTICLES 22 ET 31.5 DE LA L.Q.E. ....	1
1.	<i>Les certificats d'autorisation délivrés en vertu de l'article 22 L.Q.E.</i> .....	1
a)	Champ d'application du mécanisme .....	1
(1)	Assujettissement des activités et projets agricoles à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E. ....	2
(2)	Assujettissement des activités et projets forestiers à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E. ....	4
(3)	Application de l'article 22 L.Q.E. aux demandes d'autorisation pour des projets et activités dans des milieux humides .....	6
b)	Les certificats d'autorisation délivrés en vertu de l'article 31.5 L.Q.E. ....	9
II.	MANDAT ET DÉMARCHE DE RECHERCHE .....	9
III.	RECOMMANDATIONS .....	12
A.	L'ADOPTION D'UNE STRATÉGIE QUÉBÉCOISE SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE 2013-2020..	12
B.	L'ADOPTION D'UNE <i>LOI SUR LA CONSERVATION ET LA GESTION DURABLE DES MILIEUX HUMIDES</i> AU QUÉBEC .....	14
1.	<i>Objectif de la loi</i> .....	14
(1)	Exemples dans d'autres juridictions .....	14
(a)	Le Queensland .....	14
(b)	Le droit fédéral américain .....	15
(c)	La Californie .....	15
(d)	L'Alberta .....	16
(e)	Le Vermont .....	17
(2)	Dispositions proposées en droit québécois .....	17
2.	<i>Dispositions substantives de la loi</i> .....	18
(1)	Définition des termes « milieu humide » .....	18
(a)	Définitions d'un milieu humide dans d'autres juridictions .....	18
(i)	Le droit international : la Convention de Ramsar .....	18
(ii)	L'Alberta .....	18
(iii)	Le droit fédéral américain .....	19
(iv)	Le droit du Michigan .....	21
(v)	Le droit californien .....	22
(vi)	Le droit australien .....	23
(vii)	Le droit scandinave .....	23
(viii)	Le droit français .....	24
(b)	Définition proposée en droit québécois .....	25
(2)	Autres définitions .....	26
(a)	Termes pertinents .....	26
(b)	Principes de la loi .....	28
(3)	Acceptabilité environnementale des projets : application de la séquence d'atténuation .....	29

(a) Explication de la séquence d'atténuation.....	29
(i) Définition - directive ministérielle 06-01 .....	29
(ii) Compréhension de la séquence d'atténuation dans différentes juridictions .	30
(b) Adoption de dispositions législatives précises pour chacune des composantes de la séquence d'atténuation .....	31
(i) Définir spécifiquement la séquence d'atténuation .....	31
(a) L'Alberta.....	33
(b) Le Maine .....	33
(c) Le Vermont.....	34
(ii) Définir spécifiquement l'évitement .....	34
(a) Réitérer le pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation même si la compensation est possible.....	34
(i) Le Nouveau-Brunswick.....	34
(ii) Le Queensland.....	34
(iii) L'Alberta.....	35
(b) Le pouvoir de délivrer l'autorisation uniquement dans les cas où il n'existe aucune alternative acceptable .....	35
(i) Le Maine.....	35
(ii) La Californie.....	35
(c) Proposition d'ajout d'un nouveau paragraphe à l'article 22 L.Q.E. ....	36
(i) Libellé formulé de manière positive.....	36
(ii) Libellé formulé de manière négative.....	37
(d) Proposition de nouveaux libellés pour les articles 31.2 à 31.5 L.Q.E. ....	39
(iii) Définir spécifiquement la minimisation .....	41
(iv) Définir spécifiquement la compensation: l'imposition de mesures de compensation .....	41
(a) Encadrement de la compensation dans différentes juridictions .....	41
(i) Dispositions réglementaires .....	41
(ii) Compensation exigée sans discrétion .....	42
(iii) Objectif d'aucune perte nette.....	43
(iv) Méthodes de compensation encouragées et/ou privilégiées .....	44
- Les méthodes disponibles.....	45
- La restauration et l'amélioration .....	45
- La création et l'agrandissement de milieux humides.....	46
- 3. La protection .....	46
- Les décisions relatives aux méthodes de compensation et à leurs conditions d'application.....	46
- La Californie .....	47
- Forces et faiblesses des systèmes mis en place pour réaliser les méthodes de compensation.....	47
- Le système demandeur-responsable.....	47
- Le système de redevances en-lieu-de.....	48
- Le système des banques de compensation .....	49
- Le Maine .....	52
- Le Vermont .....	53
- Le New Hampshire.....	54

- Mesures pour assurer la pérennité des compensations afin de répondre à des situations variables .....	56
- Les experts habilités .....	59
- Le suivi de la compensation .....	59
- Les garanties pour la remise en état des sites de compensation.....	60
IV. RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS.....	61
V. ANNEXES.....	65

## I. Contexte

Au Québec, la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>1</sup> (L.Q.E.) permet la prise de décision relativement aux demandes d'autorisation pour des projets et activités réalisés dans des milieux humides. L'autorisation peut être accordée par le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (MDDEFP) par le moyen d'un certificat d'autorisation prévu à l'article 22 L.Q.E. Elle peut, dans certains cas, être plutôt accordée par le gouvernement, qui délivre un certificat d'autorisation, en vertu de l'article 31.5 L.Q.E.

### A. Le champ d'application et le processus prévu par les articles 22 et 31.5 de la L.Q.E.

Deux grands mécanismes de contrôle de la L.Q.E. peuvent ainsi permettre de gérer et de protéger les milieux humides. Il s'agit des certificats d'autorisation des articles 22 et 31.5 de la loi.

#### 1. Les certificats d'autorisation délivrés en vertu de l'article 22 L.Q.E.

##### a) *Champ d'application du mécanisme*

L'un des grands mécanismes de contrôle prévu par la L.Q.E. est le certificat d'autorisation de l'article 22 L.Q.E. qui permet d'autoriser la réalisation d'un projet ou l'exercice d'une activité susceptible de modifier la qualité de l'environnement. Il s'agit d'un mécanisme de contrôle préalable qui vise à prévenir le dommage à l'environnement plutôt qu'à le corriger<sup>2</sup>. Le champ d'application de l'article 22 L.Q.E., qui détermine l'obligation de demander et de détenir un certificat d'autorisation pour un projet ou une activité, repose sur deux volets. Dans le premier volet, le législateur énumère les activités assujetties à l'application de l'article 22, qui sont les suivantes :

- ériger une construction ;
- modifier une construction ;
- entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque ;
- entreprendre l'exercice d'une activité ;
- entreprendre l'utilisation d'un procédé industriel ;
- augmenter la production d'un bien ;
- augmenter la production d'un service.

---

<sup>1</sup> L.R.Q., c. Q-2.

<sup>2</sup> *Lafarge Canada Inc. c. Procureur général du Québec*, [1994] R.J.Q. 1832, 1836 : « on constate l'intention du législateur d'imposer des contrôles accrus en mettant l'accent sur des régimes préventifs pour protéger l'environnement ».

Dans le second volet, l'article 22 (al. 1) précise que l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation dépend de l'impact potentiel du projet ou de l'activité sur l'environnement. Le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. précise néanmoins que si ces activités sont entreprises « dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, un marécage ou une tourbière », l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation existe automatiquement et ne dépend pas de son impact potentiel sur l'environnement.

(1) Assujettissement des activités et projets agricoles à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E.

Les activités agricoles dans les milieux humides sont donc assujetties à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation de l'article 22 al. 2 LQE. En l'absence d'application du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22, c'est-à-dire dans d'autres milieux que ceux énumérés à l'alinéa 2, les activités agricoles sont exclues de l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E. :

1. À moins qu'il ne s'agisse de la réalisation de tout ou partie d'un projet destiné à des fins d'accès public ou à des fins municipales, industrielles, commerciales ou publiques sur une rive ou dans une plaine inondable au sens de la Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables (c. Q-2, r. 35) (article 2 (12) du *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>3</sup>).

2. À moins qu'il ne s'agisse d'activités agricoles visées par une disposition spécifique du Règlement sur les activités agricoles<sup>4</sup> et son exclusion prévoyant leur assujettissement à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E. Par exemple, la conduite des activités prévues à l'article 42 du *Règlement sur les activités agricoles*<sup>5</sup> doit préalablement être autorisée en vertu de l'article 22 de la L.Q.E.

<sup>3</sup> *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, c. Q-2, r. 3.

<sup>4</sup> c. Q-2, r. 26

<sup>5</sup> 42. Malgré l'article 2 du Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2, r. 3), les projets suivants sont assujettis à l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2):

1° l'implantation d'un nouveau lieu d'élevage dont la production annuelle de phosphore (P2O5) sera égale ou supérieure à 3 200 kg;

2° toute augmentation, dans un lieu d'élevage, de la production annuelle de phosphore (P2O5) qui fera en sorte que cette production sera égale ou supérieure à 3 200 kg sans toutefois atteindre 3 700 kg ou au seuil de production de 3 200 kg majoré de 500 kg ou d'un multiple de ce nombre, calculé selon la formule suivante: [3 200 kg + (500 kg × 1, 2, 3, 4, etc.)]; cependant, lorsqu'une augmentation fera en sorte que plus d'un seuil est atteint ou dépassé, seul l'atteinte ou le dépassement du seuil le plus élevé est assujetti à l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement. En outre, le certificat d'autorisation visé à l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement délivré pour l'atteinte ou le dépassement d'un seuil vaut jusqu'à ce que soit requis un certificat d'autorisation pour une augmentation qui fera en sorte d'atteindre ou de dépasser un seuil plus élevé subséquent. Pour l'application du paragraphe 2 du premier alinéa:

1° à compter du 1er janvier 2011, dans le cas d'un lieu d'élevage existant pour lequel l'exploitant est tenu d'établir un plan agroenvironnemental de fertilisation en vertu de l'article 22, l'augmentation est calculée en soustrayant de la production annuelle de phosphore (P2O5) prévue au projet, celle résultant du nombre d'animaux présents et prévus dans ce lieu et indiqué au bilan de phosphore annuel pour la première saison de cultures suivant cette date. Ce dernier bilan sert au calcul de l'atteinte ou du dépassement de tout seuil subséquent, et ce, pour toute la durée de vie de ce lieu d'élevage;

Cet article 2 (12) du Règlement relatif à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>6</sup> est libellé comme suit :

*2. À moins qu'il ne s'agisse de la réalisation de tout ou partie d'un projet destiné à des fins d'accès public ou à des fins municipales, industrielles, commerciales ou publiques sur une rive ou dans une plaine inondable au sens de la Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables (c. Q-2, r. 35), sont soustraits à l'application du premier alinéa de l'article 22 de la Loi:*

(...)

*12° les activités agricoles, sous réserve d'une disposition contraire prévue par la réglementation concernant les exploitations agricoles édictée en vertu de la Loi et à l'exclusion:*

*a) de toute opération de transformation de matières destinées à servir à la culture de végétaux à moins qu'il ne s'agisse d'une opération de transformation uniquement de fumier ou de produits de ferme dont le volume est inférieur à 500 m<sup>3</sup>;*

*b) de l'épandage de matières autres que fumiers, eaux de laiterie, engrais minéraux, amendements calcaires conformes aux normes établies par le Bureau de normalisation du Québec ou compost préparé à la ferme uniquement avec des produits de ferme;*

À noter que l'aménagement de canaux d'amenée ou de dérivation à des fins agricoles demeure soumis à l'application de l'article 22 de la L.Q.E. (article 2.1 du Règlement relatif à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*).

---

2° dans le cas d'un lieu d'élevage établi à compter du 1er janvier 2011, pour lequel l'exploitant est tenu d'établir un plan agroenvironnemental de fertilisation en vertu de l'article 22, l'augmentation est calculée en soustrayant de la production annuelle de phosphore (P2O5) prévue au projet, celle résultant du nombre d'animaux présents et prévus dans ce lieu et indiqué au bilan de phosphore annuel pour la première saison de cultures de ce lieu d'élevage. Ce dernier bilan sert au calcul de l'atteinte ou du dépassement de tout seuil subséquent, et ce, pour toute la durée de vie de ce lieu d'élevage.

Toutefois une augmentation de la production annuelle de phosphore, dans les limites déjà autorisées par un certificat d'autorisation délivré avant le 5 août 2010, n'est pas visée par le présent article.

D. 695-2002, a. 42; D. 606-2010, a. 24.

**43.** Toute demande de certificat d'autorisation doit être présentée sur le formulaire mis à la disposition par le ministre en y joignant les documents demandés.

La demande de certificat d'autorisation, en plus de contenir les informations requises par le Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2, r. 3), doit également être accompagnée du plan agroenvironnemental de fertilisation visé à l'article 22, les plans et devis de l'ouvrage de stockage, s'il y a lieu, de même que les informations relatives à la valorisation des déjections animales ou à leur élimination conformément à l'article 19.

D. 695-2002, a. 43; D. 606-2010, a. 25.

<sup>6</sup> *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*, c. Q-2, r. 3.

(2) Assujettissement des activités et projets forestiers à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E.

Par ailleurs, les activités d'aménagement forestier, réalisées dans une tourbière, sont également exclues, en vertu de l'article 3 (2) du *Règlement relatif à l'application de la L.Q.E.*<sup>7</sup>, sauf certaines activités qui y sont énumérées:

*3. Sont soustraits à l'application du deuxième alinéa de l'article 22 de la Loi:*

(...)

*2° les activités d'aménagement forestier au sens de l'article 3 de la Loi sur les forêts (L.R.Q., c. F-4.1) réalisées dans une tourbière, à l'exclusion:*

*a) de l'épandage de matières autres que fumiers, engrais minéraux, résidus ligneux générés dans les parterres de coupe ou amendements calcaires conformes aux normes établies par le Bureau de normalisation du Québec;*

*b) de travaux comportant l'utilisation de pesticides visés aux sous- paragraphes b à d du paragraphe 10 de l'article 2;*

*c) de la construction, de la reconstruction, de l'élargissement ou du redressement d'une route située à moins de 60 m d'un cours d'eau à débit régulier, d'un lac, d'un fleuve ou de la mer si on entend la faire ainsi longer sur une distance d'au moins 300 m;*

*d) de l'établissement d'un chemin forestier dans la partie non boisée d'une tourbière où le sol est gelé sur une profondeur de moins de 35 cm;*

*e) de travaux de drainage ou de reboisement réalisés dans la partie non boisée d'une tourbière;*

La *Loi des forêts*<sup>8</sup> (L.R.Q., chapitre F-4.1) précise la notion d'« aménagements forestiers », à l'article 3, dans les termes suivants:

---

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> La *Loi sur les forêts* encadre actuellement l'aménagement forestier des forêts du domaine public et prévoyait aussi des mesures comme des agences régionales de mise en valeur des forêts privées. Elle sera remplacée dès le 1er avril 2013 par la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*. Cette dernière loi prévoit, à ses articles 3 et 4, ce qui suit :

Art. 3. La présente loi s'applique aux territoires forestiers du domaine de l'État ou aux territoires forestiers appartenant à des propriétaires privés ou détenus à titre de propriétaire par une corporation foncière autochtone visée par la Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie-James et du Nouveau-Québec (chapitre R-13.1), dans la mesure prévue par la présente loi.

Art. 4. Pour l'application de la présente loi, on entend par:

1° « activité d'aménagement forestier »: une activité reliée à l'abattage et à la récolte de bois, à la culture et à l'exploitation d'une érablière à des fins acéricoles, à la construction, à l'amélioration, à la réfection, à l'entretien et à la fermeture d'infrastructures, à l'exécution de traitements sylvicoles, y compris le reboisement et l'usage du feu ainsi que le contrôle des incendies, des épidémies d'insectes, des maladies cryptogamiques et de la végétation concurrente, de même que toute autre activité de même nature ayant un effet tangible sur les

3. *L'aménagement forestier comprend l'abattage et la récolte de bois, l'implantation, l'amélioration, l'entretien et la fermeture d'infrastructures, l'exécution de traitements sylvicoles y compris le reboisement et l'usage du feu, la répression des épidémies d'insectes, des maladies cryptogamiques et de la végétation concurrente de même que toute autre activité ayant un effet sur la productivité d'une aire forestière.*

L'art. 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>9</sup> (L.Q.E.) permet au ministre de refuser la délivrance d'un certificat d'autorisation pour un projet ou une activité qui ne rencontre pas ses exigences.<sup>10</sup> La différence entre les articles 20 et 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* nous permet de mieux comprendre la portée de ce dernier article:

« Alors que l'article 20 de la Loi crée une prohibition générale de polluer, l'article 22 crée l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à certains travaux ou activités qui sont de nature à modifier la qualité de l'environnement ou à entraîner une émission de contaminants dans l'environnement.

On notera que l'article 22 n'a pas pour objet de permettre ou de légaliser l'émission ou le dépôt de polluants dans l'environnement, mais uniquement de contaminants.

L'article 22 a une fonction préventive. Il n'a pourtant pas pour objet d'interdire toute activité ou toute construction susceptible d'entraîner un dégagement ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement. Bien rares sont, par exemple, les activités industrielles qui n'ont pas de tels effets. *Le but de cet article est de permettre au sous-ministre de l'Environnement de s'assurer du respect de la Loi et des règlements et pour faire en sorte que soient adoptées les mesures adéquates d'atténuation des impacts et de protection de l'environnement.*

---

ressources du milieu forestier;

2° « aménagement écosystémique »: un aménagement qui consiste à assurer le maintien de la biodiversité et la viabilité des écosystèmes en diminuant les écarts entre la forêt aménagée et la forêt naturelle;

3° « usine de transformation du bois »: un ensemble d'installations servant à la transformation du bois brut ou partiellement ouvré.

<sup>9</sup> L.R.Q., c. Q-2.1.

<sup>10</sup> Dans l'affaire *Marina L'Escale* le ministre avait refusé d'émettre un certificat d'autorisation selon la Politique de protection des et des plaines inondables: « La Cour d'appel réitère que cette décision lui (le Ministre) revenait et elle se justifiait légalement ». *Marina L'Escale inc. c. Commission municipale du Québec*, [1996] R.J.Q. 644 (C.S.); *Marina L'Escale inc. c. Québec (Commission municipale)*, [2000] R.J.Q. 1375 (C.A.): Résumé: La compétence du ministre reposait plutôt sur l'article 22 de la loi, qui lui permet d'autoriser des travaux lorsqu'ils peuvent avoir des effets nocifs sur l'environnement. En effet, la construction d'une marina constitue une activité qui est susceptible de nuire à la qualité de l'environnement et qui, de toute façon, était visée par le deuxième paragraphe de l'article 22 puisqu'il s'agit de travaux dans un cours d'eau. Le ministre avait non seulement le pouvoir, mais le devoir d'étudier le projet dans la perspective de cet article, qui lui confère un pouvoir discrétionnaire très large. Ce pouvoir est cependant assujéti à certaines règles. En effet, il découle de l'article 96 de la loi que le ministre doit suivre une procédure qui n'est pas entachée d'irrégularités graves, donner des motifs de fait et de droit bien fondés, et rendre une décision avec impartialité. Exerçant en l'espèce des fonctions administratives ou législatives, le ministre n'était pas tenu d'agir judiciairement, mais il avait le devoir d'agir équitablement, et ce, tant en vertu de la loi précitée que des règles générales du droit administratif.

[Les italiques sont du soussigné.]

Et plus loin:

Si on veut résumer les articles 22 et 31 de la Loi dans une formule facile à retenir, on peut dire que: *tous les projets susceptibles d'affecter la qualité de l'environnement sont soumis à l'application de l'article 22 de la Loi à moins d'en être spécifiquement exclus* par l'article 2 du règlement no 1, alors que tous les projets sont exclus de l'application de la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement, à moins d'y être spécifiquement inclus par l'article 2 du règlement no 9. »<sup>11</sup>

L'article 22 LQE confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non un projet et, le cas échéant, d'assortir son autorisation de conditions.

(3) Application de l'article 22 L.Q.E. aux demandes d'autorisation pour des projets et activités dans des milieux humides

Dans plusieurs dossiers relatifs à des demandes d'autorisation pour des projets et activités dans des milieux humides, le ministre a imposé, sur le fondement d'une directive précisant les conditions d'application de cet article, la compensation des milieux humides.

Le 12 mars 2012, dans l'affaire *Atocas de l'érable c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*<sup>12</sup>, la Cour supérieure a jugé que cette possibilité était illégale puisqu'elle portait atteinte au droit de propriété qui est garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>13</sup> (para. 143) :

[143] Mais il y a plus. La directive vise à imposer une altération ou une limitation à un droit fondamental soit celui de la propriété prévu à l'article 6 de la Charte des droits et libertés de la personne (LRQ, chap. C-12) :

**6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.**

La Cour a annulé la directive no 06-01 (une note d'instructions et ses annexes) du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs sur la protection des milieux humides, formulée en 2006. Comme on le sait, une directive est « une règle de portée interne qui régit l'activité administrative sans imposer une règle légale » (para 135). Cette directive exigeait, comme condition à la délivrance d'un certificat d'autorisation en vertu de l'art. 22 L.Q.E., une compensation pour la perte de milieux humides, notamment en donnant un terrain d'une valeur écologique comparable. Le juge Dallaire a rappelé les règles qui encadrent le droit de propriété, et qui sont énoncées à l'article 947 du Code civil du Québec, en s'exprimant comme suit :

<sup>11</sup> Michel Yergeau, *Loi sur la qualité de l'environnement, texte annoté*, Montréal: SOQUIJ, 1988. 1 109 p., p. 105, 107.

<sup>12</sup> 2012 QCCS 912, (C.S.) 12 mars 2012.

<sup>13</sup> L.R.Q., chap. C-12.

[144] Ce droit à la propriété est couvert par l'article 947 du C.c.Q. :

*947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements.*

[145] Ainsi, la directive impose à la requérante de renoncer ou d'échanger volontairement certains biens contre d'autres à savoir, une banque de terrains offerte en compensation à une bande empiétant sur le milieu humide. Bref, on crée une banque de compensation sans que la règle de change soit précisée. On sait que ce n'est pas dans une proportion de parité (un pour un). L'initiative est intéressante et séduisante pour le respect de l'environnement puisque le grand capital environnemental se conserve. Mais le problème, c'est que pour imposer une limite ou une condition d'exercice sur un bien, celle-ci doit être consacrée par la loi selon l'article 947 C.c.Q.

La Cour a conclu que l'absence d'assise juridique de la directive était fatale, et l'a déclarée nulle et de nul effet. Le jugement a été porté en appel le 11 avril 2012.<sup>14</sup>

À la suite de la décision dans l'affaire *Les Atocas de l'Érable*, le projet de loi 71, intitulé *Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique*<sup>15</sup> a été adopté. Les notes explicatives qui l'accompagnent en résument bien l'objectif et le contenu :

*Ce projet de loi habilite expressément le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, dans le cas d'une demande d'autorisation faite en vertu de l'un ou l'autre des articles 22 et 32 de la Loi sur la qualité de l'environnement pour un projet affectant un milieu humide ou hydrique, à exiger du demandeur des mesures de compensation visant notamment la restauration, la protection ou la valorisation d'un milieu humide, hydrique ou terrestre. Il prévoit de plus que de telles mesures ne donnent lieu à aucune indemnité et qu'elles doivent faire l'objet d'un engagement écrit du demandeur.*

*Le projet de loi valide par ailleurs les mesures de compensation qui ont été prévues pour la délivrance, avant le 12 mars 2012, d'un certificat d'autorisation ou d'une autorisation en vertu du chapitre I de la Loi sur la qualité de l'environnement pour ce type de projet.*

Par l'effet de cette loi, l'article 22 a été modifié comme suit :

1. Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° milieu humide : un étang, un marais, un marécage ou une tourbière;

---

<sup>14</sup> N° 200-09-007692-129.

<sup>15</sup> Projet de loi 71, *Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique* [en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-71-39-2.html>].

2° milieu hydrique: un lac ou un cours d'eau à débit régulier ou intermittent.

2. Dans le cas d'une demande d'autorisation faite en vertu de l'un ou l'autre des articles 22 et 32 de la Loi sur la qualité de l'environnement (L.R.Q., chapitre Q-2) pour un projet affectant un milieu humide ou hydrique, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs peut exiger du demandeur des mesures de compensation visant notamment la restauration, la création, ou la protection d'un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation, sur le milieu humide perturbé, à proximité du milieu humide dans le même bassin versant, ailleurs.

Une mesure de compensation ne donne lieu à aucune indemnité. La mesure de compensation doit faire l'objet d'un engagement écrit du demandeur et elle est réputée faire partie des conditions de l'autorisation ou du certificat d'autorisation.

Même si le ministre a le pouvoir de refuser l'émission d'un certificat d'autorisation<sup>16</sup>, le problème de l'imprécision de la définition d'un milieu humide en droit québécois, qui ressort du jugement dans une autre affaire, la récente affaire *Domaine Islemère*<sup>17</sup>, fait en sorte de rendre la décision de refuser l'émission de ce certificat d'autorisation plus facile à contester.<sup>18</sup> En effet, un administré pourra contester le refus du ministre de délivrer un certificat d'autorisation en invoquant son caractère arbitraire et en se fondant sur la théorie de l'imprécision. Cet argument a d'ailleurs été invoqué avec succès dans *Domaine Islemère*.

Les affaires *Atocas de l'érable c. Québec (Procureur général) (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)* et *Domaine Islemère*<sup>19</sup> permettent d'affirmer que l'article 22 L.Q.E., tel que libellé, ne permet pas au ministre de gérer le développement des milieux humides d'une manière durable, en respectant les principes prévus par la *Loi sur le développement durable*<sup>20</sup> du Québec (art. 6), notamment celui de l'intégration, qui en est le cœur (art. 6 c) :

c) « *protection de l'environnement* »: pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement ;

---

<sup>16</sup> *Marina L'Escale, Supra* note 2. Voir, notamment, à ce sujet : Christine Duchaine, « Les éclairages des tribunaux relativement aux autorisations environnementales » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2009, *Développements récents en droit de l'environnement*, Volume 300, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2009; Robert Daigneault, « Imprécision du concept de milieux humides » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2009, *Développements récents en droit de l'environnement*, Volume 300, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2009; Jean Piette, « L'usage des politiques, des directives et des guides en droit de l'environnement » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2007, *Développements récents en droit de l'environnement*, Volume 270, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2007.

<sup>17</sup> 9047-4784 *Québec inc. c. Béchard*, 2007 QCCS 710 (CanLII), paras. 114 à 139.

<sup>18</sup> Dans cette affaire, le tribunal a qualifié la définition actuelle d'un milieu humide selon la *Loi sur la qualité de l'environnement* d'imprécise.

<sup>19</sup> *Supra*, notes 17 et 18.

<sup>20</sup> L.R.Q., c. D-8.1.1.

Soulignons qu'en vertu de la *Loi sur le développement durable* du Québec, le « développement durable » s'entend d'un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. « Le développement durable s'appuie sur une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementale, sociale et économique des activités de développement » (art. 2).

*b) Les certificats d'autorisation délivrés en vertu de l'article 31.5  
L.Q.E.*

La LQE prévoit une évaluation et un examen des impacts sur l'environnement de certains projets, aux articles 31.1 à 31.5 L.Q.E. L'article 31.1 de la L.Q.E. prévoit que :

« [n]ul ne peut entreprendre une construction, un ouvrage, une activité ou une exploitation ou exécuter des travaux suivant un plan ou un programme, dans les cas prévus par règlement du gouvernement, sans suivre la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement prévue dans la présente section et obtenir un certificat d'autorisation du gouvernement ».

Cette procédure concerne principalement les travaux de plus grande envergure et implique l'utilisation du mécanisme de la consultation publique. Tout comme la procédure qui est relative à l'obtention du certificat d'autorisation de l'article 22 LQE, elle doit se dérouler avant que ne se réalise le projet.

Les activités visées sont précisées à l'article 2 du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*<sup>21</sup>, et correspondent à divers types de constructions, ouvrages, travaux, plans, programmes, exploitations ou activités. Certaines exceptions peuvent encore s'appliquer à ces projets, et il convient d'examiner attentivement, dans chaque cas, les articles pertinents pour connaître ces exceptions.

Il est à noter que le pouvoir décisionnel final revient au gouvernement, qui est libre de tenir compte ou non de l'étude d'impact sur l'environnement, après que le Ministre ait lui-même décidé de lui soumettre l'étude d'impact. L'étude d'impact n'est en effet qu'un des éléments qui permet la prise de décision par le gouvernement. Cette décision peut être fondée non seulement sur des considérations environnementales mais aussi sur des considérations d'ordre économique, politique ou social.<sup>22</sup>

## **II. Mandat et démarche de recherche**

Pour répondre aux besoins énoncés par le MDDEFP en matière de gestion des milieux humides au Québec, le volet juridique du mandat a été réalisé par la professeure Sophie Lavallée de la Faculté de droit de l'Université Laval, membre du CSBQ, avec l'assistance de Mesdames

---

<sup>21</sup> C. Q-2, r. 23.

<sup>22</sup> *Bellefleur c. Procureur général du Québec*, [1993] R.J.Q. 2320 (C.A). Voir généralement R. L. Rivest et M.-A. Thomas, « La loi sur la qualité de l'environnement et sa réglementation annotées », Yvon Blais, Cowansville, 1995, p. 184.

Viviane Denis-Ducharme et Katherine Plante, étudiantes à la maîtrise en droit de l'Université Laval.

Pour émettre des recommandations concernant une politique de gestion et de protection des milieux humides au Québec, notre étude a porté sur le droit québécois applicable aux milieux humides, dans une perspective de droit comparé avec le droit américain, français, australien, scandinave, ainsi qu'avec le droit de la province canadienne de l'Alberta qui a un régime intéressant, quoique prévu dans un simple guide<sup>23</sup>. Le droit allemand et du Royaume-Uni ont également été examinés. Il était impossible, compte tenu de l'échéancier du mandat, de faire une revue exhaustive des régimes existants dans toutes les juridictions.

Les politiques sur les milieux humides des différentes juridictions que nous avons étudiées sont diversifiées mais sont généralement constituées de **4 composantes**:

- Une législation prévoyant une **définition** d'un milieu humide.
- Une législation encadrant la délivrance d'un **permis** ou d'une **autre autorisation** pour mener des activités « économiques » en milieu humide.
- La reconnaissance que la délivrance de ce permis ou de cette autre autorisation doit être fondée sur la **séquence « éviter, minimiser, compenser »**. Dans certaines juridictions (ex. Vermont, Nouveau-Brunswick), cette séquence est modulée dans son application, selon l'importance des milieux humides, suivant une classification de ces derniers en milieux d'importance nationale ou provinciale, ou non.
- Des **règles encadrant la compensation** des milieux humides qui sont généralement prévues dans un règlement, une politique, un guide qui accompagne la loi.

Il arrive également que des règles permettent ou exigent que l'importance écologique des milieux humides soit prise en compte dans la planification régionale et locale de **l'aménagement du territoire**.

Les propositions que nous formulons dans ce rapport portent sur les quatre premiers aspects, en mettant l'accent sur l'acceptabilité environnementale des projets réalisés dans les milieux humides, notamment sur les différentes composantes d'une législation québécoise sur la gestion et la protection des milieux humides qui prendrait en compte la séquence d'atténuation « éviter ; minimiser ; compenser ». Dans ce rapport, l'emphase est donc mise sur :

- 1) L'adoption d'une nouvelle stratégie québécoise de la diversité biologique dans laquelle s'inscrirait la réforme du droit relatif à la gestion et la protection des milieux humides au Québec.
- 2) L'adoption d'une *loi sur la protection et la gestion des milieux humides* au Québec qui :

---

<sup>23</sup> Alberta Environment, *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*, Revised Edition, February 2007, [En ligne : <http://environment.alberta.ca/01126.html>], page consultée le 21 janvier 2013.

- a) clarifierait la définition législative d'un milieu humide au Québec.
- b) classifierait les milieux humides en milieux humides d'intérêt pour la conservation et en autres milieux humides d'au moins un hectare.
- c) ajouterait de nouvelles dispositions et de nouveaux paragraphes à certaines dispositions de la LQE, notamment à ses articles 22 et 31.1 à 31.5 pour i) reconnaître et encadrer l'application de la séquence d'atténuation « Éviter, minimiser, compenser »; ii) préciser de manière plus évidente le devoir du ministre de refuser toute activité susceptible de porter atteinte ou portant atteinte à une ou plusieurs fonctions écologiques d'un milieu humide d'intérêt pour la conservation, et ce, incluant une zone tampon d'un certain nombre de mètres du périmètre de ce milieu humide d'intérêt; iii) le pouvoir du ministre de refuser toute activité susceptible de porter atteinte à une ou plusieurs fonctions écologiques d'un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt. iii) préciser, que dans ce dernier cas (milieu humide d'un hectare qui n'est pas un milieu humide d'intérêt), le demandeur doit, au soutien de sa demande d'autorisation, faire la démonstration, approuvée par un expert habilité, qu'il n'y a pas d'alternative possible moins dommageable pour l'environnement, ce qui comprend évidemment une autre localisation possible; iv) préciser expressément, dans la loi, le devoir du ministre (art. 22 LQE) ou du gouvernement (art. 31.5 LQE) d'imposer la compensation d'un milieu humide lorsqu'il autorise un projet ou une activité dans un milieu humide et à pérenniser les compensations par l'imposition de certains mécanismes, notamment l'acquisition par le gouvernement; l'imposition de servitudes réelles et d'obligations *propter rem* pour le suivi. v) exiger, dans la loi, l'inscription d'avis de restriction d'usages sur le registre foncier, pour assurer la pérennité des mesures de compensation, dans certains cas définis dans la loi.
- d) accorderait un pouvoir habilitant le gouvernement à adopter un règlement sur la conservation et la gestion durable des milieux humides au Québec qui encadrerait les mécanismes de la séquence d'atténuation, notamment les mécanismes de compensation des milieux humides au Québec.
- e) accorderait le pouvoir d'habiliter des experts, suivant les conditions prévues dans un décret à être adopté. Ces experts, figurant sur une liste rendue publique, seraient chargés notamment de fournir les attestations des études de caractérisation des milieux humides avant l'obtention de l'autorisation recherchée, de valider les propositions de minimisation et de compensation, et d'attester de la réalisation des conditions de compensation imposées une fois l'opération de compensation réalisée.

Certaines questions mériteraient d'être approfondies dans le cadre d'un mandat subséquent. Il s'agit essentiellement des possibilités d'inscrire la réforme de la conservation et de la gestion durable des milieux humides dans le cadre plus large 1) de la planification régionale et locale de l'aménagement du territoire et 2) de la gestion intégrée par bassin versant. Une Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides devrait permettre de développer et de supporter la politique de planification de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme du Québec et l'inclusion des milieux humides dans la planification des bassins versants. Des recherches plus poussées en droit français et dans le droit de certains États américains qui lient la conservation et la gestion des milieux humides aux documents de planification régionaux et locaux de l'aménagement du territoire, seraient souhaitables.

La cohérence des mesures de compensation qui sont sous la responsabilité de différents ministères, notamment du ministère des Ressources naturelles et de la Faune, devrait également faire l'objet d'une attention spéciale. Une certaine cohérence pourrait toutefois être recherchée en partie en reconnaissant que certains milieux humides d'intérêt pour la conservation parce qu'elles ont une valeur importante pour leur faune, et interdire ainsi toute activité dans ces milieux. La même cohérence pourrait être recherchée en prévoyant que, parmi les différentes catégories de milieux humides ayant une importance nationale, se trouvent les milieux humides qui abritent une ou plusieurs espèces menacées d'après les législations en vigueur sur les espèces menacées qui s'appliquent au Québec. Le Nouveau-Brunswick, dans sa *Politique de conservation des terres humides du Nouveau-Brunswick* (2002), en fait de même (p. 12 et 13 de la politique).

### III. Recommandations

#### A. L'adoption d'une stratégie québécoise sur la diversité biologique 2013-2020

L'adoption d'une *Loi sur la protection et la gestion durable des milieux humides* devrait s'inscrire dans le cadre plus large d'une stratégie québécoise sur la diversité biologique qui comprendrait une orientation et un plan d'action sur les milieux humides. Cette stratégie québécoise devrait être adoptée avec l'objectif de rejoindre les buts et les objectifs de la *Convention sur la diversité biologique*, notamment ceux du *Plan stratégique pour la diversité biologique 2011-2020 et objectifs d'Aichi*<sup>24</sup> adopté en octobre 2010, à la 10e session de la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique*, convention à laquelle le Canada est partie. Cette convention et les objectifs d'Aichi, qui doivent guider l'action des provinces canadiennes, portent sur :

- La conservation de la diversité biologique ;
- L'utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique ;

---

<sup>24</sup> Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique, dans *Rapport de la dixième réunion de la conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique*, UNEP/CDB/COP/10/27, 6 janvier 2011, Annexe, Décision X/2 [En ligne : <http://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/aichi-targets-fr.pdf>]

- Le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques.<sup>25</sup>

Le gouvernement du Québec n'a plus de stratégie sur la diversité biologique, depuis 2007. Afin de rencontrer les objectifs de la *Convention sur la diversité biologique*, le gouvernement du Québec avait adopté, en 2004, le *Plan gouvernemental sur la diversité biologique 2004-2007*, qui était constitué d'une Stratégie et d'un Plan d'action québécois sur la diversité biologique. La stratégie sur la diversité biologique comportait 5 chapitres complets. Sa coordination avait été confiée au ministre. Tant la Stratégie que le Plan d'Action québécois sur la diversité biologique<sup>26</sup> avaient été préparés par le ministère, en collaboration avec le Comité interministériel sur la diversité biologique, dont les membres provenaient de différents ministères<sup>27</sup>.

Actuellement, l'orientation 7 « Sauvegarder et partager le patrimoine collectif » et dans une moindre mesure, l'orientation 6 « Aménager et développer le territoire de façon durable et intégrée » qui se trouve parmi les 9 orientations de la *Stratégie gouvernementale de développement durable 2008-2013*<sup>28</sup> servent de cadre stratégique indirect pour le traitement des questions relatives à la diversité biologique au Québec. Ces orientations ne portent pas spécifiquement sur la diversité biologique et ne poursuivent pas les trois objectifs de la *Convention sur la diversité biologique* à laquelle le Canada est partie. Les objectifs généraux de l'orientation 7 sont les suivants :

21. Renforcer la conservation et la mise en valeur du patrimoine culturel et scientifique.
22. Assurer la protection et la mise en valeur du patrimoine et des ressources naturelles dans le respect de la capacité de support des écosystèmes.
23. Intensifier la coopération avec les partenaires nationaux et internationaux sur des projets intégrés de développement durable.

Le gouvernement du Québec a préparé deux rapports annuels relatifs à la mise en œuvre de son *Plan d'action québécois sur la diversité biologique 2004-2007*, dont les six orientations pourraient servir de base pour la réflexion concernant l'élaboration d'une nouvelle stratégie sur la diversité biologique<sup>29</sup>. L'élaboration de « Stratégies et Plans d'action Nationaux pour la

<sup>25</sup> *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 170, « objectifs », article 1.

<sup>26</sup> Voir Ministère de l'Environnement, du Développement durable et des Parcs, *Stratégie et Plan d'action québécois sur la diversité biologique 2004-2007*, [en ligne : <http://www.mddep.gouv.qc.ca/biodiversite/2004-2007/index.htm>], page consultée le 2 novembre 2012.

<sup>27</sup> Ministère des Transports, ministère de la Sécurité publique, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, ministère du Conseil exécutif, ministère de la Santé et des Services sociaux, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du Territoire, ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, ministère de l'Éducation, du Loisir et des Sports, ministère des Relations internationales, ministère du Tourisme.

<sup>28</sup> Décembre 2007, [en ligne : [http://www.mddep.gouv.qc.ca/developpement/strategie\\_gouvernementale/strat\\_gouv.pdf](http://www.mddep.gouv.qc.ca/developpement/strategie_gouvernementale/strat_gouv.pdf)], page consultée le 2 novembre 2012.

<sup>29</sup> Rapport annuel 2005-2006 sur la mise en œuvre de la Stratégie et du Plan d'action québécois sur la diversité biologique (2004-2007); Rapport annuel 2004-2005 sur la mise en œuvre de la Stratégie et du Plan d'action

biodiversité » (SPANB) est d'ailleurs l'objectif prioritaire de la mise en œuvre de la Convention sur la diversité biologique pour la période de 2011 à 2020, tels qu'encouragés par le *Plan stratégique pour la diversité biologique 2012-2020 et les objectifs d'Aichi*, dans les buts stratégiques A et E suivants :

But stratégique A: Gérer les causes sous-jacentes de l'appauvrissement de la diversité biologique en intégrant la diversité biologique dans l'ensemble du gouvernement et de la société

Objectif 2 : D'ici à 2020 au plus tard, les valeurs de la diversité biologique ont été intégrées dans les stratégies et les processus de planification nationaux et locaux de développement et de réduction de la pauvreté, et incorporées dans les comptes nationaux, selon que de besoin, et dans les systèmes de notification.

But stratégique E: Renforcer la mise en œuvre au moyen d'une planification participative, de la gestion des connaissances et du renforcement des capacités

Objectif 17 : D'ici à 2015, toutes les Parties ont élaboré et adopté en tant qu'instrument de politique générale, et commencé à mettre en œuvre une stratégie et un plan d'action nationaux efficaces, participatifs et actualisés pour la diversité biologique.

Plusieurs pays ont d'ailleurs adopté des stratégies sur la biodiversité pour respecter leur engagement, au titre la *Convention sur la diversité biologique*, d'adopter des « Stratégies et Plans d'action Nationaux pour la biodiversité » (SPANB).<sup>30</sup>

## **B. L'adoption d'une *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec**

### **1. Objectif de la loi**

Dans toutes les juridictions étudiées, la loi tend à un objectif commun, soit la protection des milieux humides. L'importance de ces milieux est expressément reconnue.

#### (1) Exemples dans d'autres juridictions

##### (a) *Le Queensland*

Le Queensland, en Australie, a une disposition dans sa législation qui reconnaît l'importance de la protection de l'intégrité biologique des milieux humides et de leur protection contre leur destruction, complète ou partielle. En effet, Part 7, §81A de l'*Environmental Protection Regulation 2008* (Queensland, Australia), exprime leur valeur écologique :

« For section 9(b) of the Act, the qualities of a wetland that support and maintain the following are environmental values—

---

québécois sur la diversité biologique (2004-2007).

<sup>30</sup> Voir : [en ligne : <http://www.cbd.int/reports/>].

- (a) the health and biodiversity of the wetland's ecosystems;
- (b) the wetland's natural state and biological integrity;
- (c) the presence of distinct or unique features, plants or animals and their habitats, including threatened wildlife, near threatened wildlife and rare wildlife under the Nature Conservation Act 1992;
- (d) the wetland's natural hydrological cycle;
- (e) the natural interaction of the wetland with other ecosystems, including other wetlands ».

*(b) Le droit fédéral américain*

En droit fédéral américain, des tentatives ont été faites pour amender le *Clean Water Act* afin de le rendre plus inclusif et de réitérer son objectif de protection de l'environnement.<sup>31</sup> Deux grands principes étaient considérés dans le *Clean Water Restoration Act*<sup>32</sup> qui a été introduit le 2 avril 2009 mais a été reporté par le Comité d'examen, le 18 juin 2009, avant de mourir au feuillet.<sup>33</sup> Les idées qui y étaient présentes ont été reprises dans un projet de loi subséquent qui suit actuellement le cheminement législatif requis pour être adopté. Tout d'abord, le projet de loi souhaite clarifier la définition d'eaux navigables :

This Act will treat, as 'waters of the United States', those features that were treated as such pursuant to the regulations of the Environmental Protection Agency and the Corps of Engineers in existence before the dates of the decisions referred to in paragraph (10), including-- (A) all waters which are subject to the ebb and flow of the tide; (B) all interstate waters, including interstate wetlands; (C) all other waters, such as intrastate lakes, rivers, streams (including intermittent streams), mudflats, sandflats, wetlands, sloughs, prairie potholes, wet meadows, playa lakes, or natural ponds; (D) all impoundments of waters of the United States; (E) tributaries of the aforementioned waters; (F) the territorial seas; and (G) wetlands adjacent to the aforementioned waters<sup>34</sup>.

Ensuite, ce projet de loi fait la promotion de la séquence d'atténuation « éviter, minimiser et compenser » pour la gestion et protection des milieux ciblés par la loi.<sup>35</sup>

*(c) La Californie*

La Californie, qui gère ses milieux humides principalement par le *Coastal Zone Act*<sup>36</sup>, prévoit les objectifs de cette loi, comme suit :

<sup>31</sup> Clean Water Restoration Act, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2e session), 10 décembre 2010.

<sup>32</sup> S. 787 (111th).

<sup>33</sup> United States Congress, GovTrack official website. En ligne : [<http://www.govtrack.us/congress/bills/111/s787>], (page consultée le 29 novembre 2012).

<sup>34</sup> Clean Water Restoration Act, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2e session), 10 décembre 2010, Section 3 (8).

<sup>35</sup> Clean Water Restoration Act, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2<sup>e</sup> session), 10 décembre 2010, Section 3 (6) : « to prevent, reduce, and eliminate pollution of waters ».

## Section 30001.5 Legislative findings and declarations; goals

The Legislature further finds and declares that the basic goals of the state for the coastal zone are to:

- (a) Protect, maintain, and where feasible, enhance and restore the overall quality of the coastal zone environment and its natural and artificial resources.
- (b) Assure orderly, balanced utilization and conservation of coastal zone resources taking into account the social and economic needs of the people of the state.
- (c) Maximize public access to and along the coast and maximize public recreational opportunities in the coastal zone consistent with sound resources conservation principles and constitutionally protected rights of private property owners.
- (d) Assure priority for coastal-dependent and coastal-related development over other development on the coast.
- 2 (e) Encourage state and local initiatives and cooperation in preparing procedures to implement coordinated planning and development for mutually beneficial uses, including educational uses, in the coastal zone.

(Amended by: Ch. 1090, Stats. 1979; Ch. 1617, Stats. 1982.)

### (d) *L'Alberta*

En Alberta, le *Water Act*<sup>37</sup> permet de gérer les projets réalisés dans les milieux humides. Il est interprété par un guide qui a été écrit pour expliquer comment cette loi doit être appliquée pour éviter les pertes de zones humides. Ce guide, le *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*<sup>38</sup>, explique comment le processus de compensation des terres humides doit aider à réduire la perte de zones humides par la restauration de zones humides asséchées ou modifiées naturellement.

Dans le guide albertain, les bénéfices de la restauration de zones humides sont décrits comme suit:

#### 1.4 Benefits of Wetland restoration

Restoring drained or altered wetlands have many environmental and social advantages. Wetland areas provide clean water, wildlife view in opportunities and other outdoor recreation activities. They also conserve soil and control erosion, retain sediments, absorb nutrients, degrade pesticides, store water and moderate impacts of floods and droughts, recharge aquifers and help to moderate climate

---

<sup>36</sup> Clean Water Restoration Act, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2e session), 10 décembre 2010, Section 2 (2).

<sup>37</sup> *Water Act*, Revised Statutes of Alberta 2000, Chapitre W-3, 15 mars 2012.

<sup>38</sup> Précité, note 24.

change. These wetland benefits apply to landowners as well as to society as a whole.

(e) *Le Vermont*

Les Vermont Wetland Rules définissent ainsi les milieux humides:

2.38 Wetlands means those areas of the state that are inundated by surface or ground water with a frequency sufficient to support significant vegetation or aquatic life that depend on saturated or seasonally saturated soil conditions for growth and reproduction. Such areas include but are not limited to marshes, swamps, sloughs, potholes, fens, river and lake overflows, mud flats, bogs, and ponds, but excluding such areas as grow food or crops in connection with farming activities. See 10 V.S.A. § 902(5).<sup>39</sup>

(2) Dispositions proposées en droit québécois

Il y a lieu d'introduire, dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* du Québec à être adoptée, une ou des dispositions législatives qui rappellent le caractère essentiel des milieux humides.

Nous croyons qu'une série de considérants, notamment les suivants, dans le préambule de la loi, pourrait être intéressante, à cette fin :

CONSIDÉRANT que les milieux humides sont parmi les plus riches en diversité biologique;

CONSIDÉRANT les fonctions écologiques fondamentales des milieux humides en tant que régulateurs du régime des eaux et en tant qu'habitats d'une flore et d'une faune caractéristiques;

CONSIDÉRANT que les milieux humides constituent une ressource de grande valeur sociale, culturelle, scientifique, économique et récréative, dont la disparition serait irréparable;

CONSIDÉRANT qu'il est indispensable d'enrayer, à présent et dans l'avenir, les empiétements progressifs sur ces milieux humides et la disparition de ces zones;<sup>40</sup>

CONSIDÉRANT que la conservation des zones humides, de leur flore et de leur faune peut être assurée par des politiques à long terme qui permettent d'assurer le respect du droit qu'a toute personne de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité, conformément à l'article 46.1 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12).

CONSIDÉRANT que la restauration, la création et la protection des milieux humides sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Vt. Code R. 12 004 056, [En ligne : <http://www.nrb.state.vt.us/wrp/publications/VWR%207-16-10.pdf>].

<sup>40</sup> Les considérants 2, 3 et 4 s'inspirent des considérants de la *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, Ramsar, Iran, 2.2.1971 □ telle qu'amendée par le protocole du 3.12.1982 □ et les amendements de Regina du 28.5.1987, Paris, le 13. juillet 1994, [en ligne : [http://www.ramsar.org/cda/fr/ramsar-documents-texts-convention-on/main/ramsar/1-31-38^20671\\_4000\\_1\\_\\_](http://www.ramsar.org/cda/fr/ramsar-documents-texts-convention-on/main/ramsar/1-31-38^20671_4000_1__)] page consultée le 13 décembre 2012.

## 2. Dispositions substantives de la loi

### (1) Définition des termes « milieu humide »

Afin de clarifier les termes applicables, la loi devrait les définir. L'acceptabilité environnementale des projets et activités dans les milieux humides doit être visée par la nouvelle *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec. Par conséquent, dans l'objectif de faciliter l'application de la séquence d'atténuation par le Ministre, la loi devrait définir les termes « milieux humides ».

#### (a) Définitions d'un milieu humide dans d'autres juridictions

Plusieurs scientifiques et auteurs<sup>42</sup> affirment que le modèle canadien d'une définition des milieux humides basée sur une composition de faune et de flore particulière est trop restrictif.

Les définitions des milieux humides sont différentes, d'une juridiction étudiée à une autre. En voici quelques exemples qui illustrent cette grande diversité.

#### (i) Le droit international : la Convention de Ramsar

La toute première définition des milieux humides, au niveau international, a été formulée dans la *Convention de Ramsar*<sup>43</sup>, adoptée en 1971. L'article premier de la Convention définit les zones humides comme suit :

Au sens de la présente Convention, les zones humides sont des étendues de marais, de fagnes, de tourbières ou d'eaux naturelles ou artificielles, permanentes ou temporaires, où l'eau est stagnante ou courante, douce, saumâtre ou salée, y compris des étendues d'eau marine dont la profondeur à marée basse n'excède pas six mètres.

#### (ii) L'Alberta

La province de l'Alberta définit les termes « milieu humide » dans son « Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide », comme suit :

---

<sup>41</sup> Ce considérant s'inspire de l'article 3 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2 et de l'article 22 (2) *in fine* de la *Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique* (Projet de loi 71).

<sup>42</sup> Voir notamment Christine N. Dodd, « Wetlands Protection Law: A Comparative Analysis of the Federal Laws of the United States and Canada, and the Local Laws of Michigan and Ontario » (1999) 8 Mich St U-DCL J Int'l L 793 et Vincent P. Fiore, « Federal Wetlands Regulations in Canada and the United States: Suggestions for Canada in Light of Crown Zellerbach and the Peace, Order and Good Government Clause of the Canadian Constitution » (1993-1994) 27 Geo Wash J Int'l L & Econ 139.

<sup>43</sup> *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, 2 février 1971, 996 RTNU 245 (entrée en vigueur : 21 décembre 1975) [Convention de Ramsar].

Wetland: land that is saturated with water long enough to promote wetland or aquatic processes as indicated by poorly drained soils, hydrophytic vegetation and various kinds of biological activity which are adapted to a wet environment.<sup>44</sup>

(iii) *Le droit fédéral américain*

En droit américain, le régime de protection des milieux humides du gouvernement fédéral est issu d'une volonté de protection des eaux et cours d'eau que l'on retrouve dans le *Clean Water Act*<sup>45</sup>. L'interdiction d'entreprendre des projets ou activités dans un milieu humide, sans autorisation, se retrouve dans la loi.

Instaurée en 1972, le *Clean Water Act* a été de nombreuses fois amendé. Cette loi ne fait référence aux milieux humides que d'une façon indirecte. L'objectif de la Loi est défini comme suit « *The objective of this Act is to restore and maintain the chemical, physical, and biological integrity of the Nation's waters.* »<sup>46</sup> La Loi offre une autre définition des eaux à protéger dans le cadre de son application : « *The Secretary may issue permits, after notice and opportunity for public hearings for the discharge of dredged or fill material into the navigable waters at specified disposal sites.* »<sup>47</sup>

Deux organismes sont en charge de la mise en œuvre du *Clean Water Act* aux États-Unis : l'US Army Corps of Engineers (USACE) et l'US Environmental Protection Agency (EPA). Ces deux organismes ont produit des règlements complémentaires au *Clean Water Act* : *EPA Regulations Wetlands Protection*, 40 CFR Parts 22, 230 through 233; et *Corps Regulations* 33 CFR Parts 320–332.

La définition de l'*EPA Regulation Wetlands Protection* se lit comme suit:

« For purposes of this part, the following terms shall have the meanings indicated: [...] (b) The term adjacent means bordering, contiguous, or neighboring. Wetlands separated from other waters of the United States by man-made dikes or barriers, natural river berms, beach dunes, and the like are “adjacent wetlands.”; (c) The terms aquatic environment and aquatic ecosystem mean waters of the United States, including wetlands, that serve as habitat for interrelated and interacting communities and populations of plants and animals. »<sup>48</sup>

« (s) The term *waters of the United States* means:

(1) All waters which are currently used, or were used in the past, or may be susceptible to use in interstate or foreign commerce, including all waters which are subject to the ebb and flow of the tide;

---

<sup>44</sup> Alberta Environment, Alberta NAWMP Partnership, *Provincial Wetland: Restoration/Compensation Guide*, éd. révisée, Février 2007, Définitions, p iii (précité note 24).

<sup>45</sup> Federal Water Pollution Control Act, 33 U.S.C. 1251 et seq., §101(a) (2002).

<sup>46</sup> Federal Water Pollution Control Act, 33 U.S.C. 1251 et seq., §101(a) (2002).

<sup>47</sup> Federal Water Pollution Control Act, 33 U.S.C. 1251 et seq., §404(a) (2002).

<sup>48</sup> EPA Regulations Wetlands Protection. 40 CFR §230.3

- (2) All interstate waters including interstate wetlands;
- (3) All other waters such as intrastate lakes, rivers, streams (including intermittent streams), mudflats, sandflats, wetlands, sloughs, prairie potholes, wet meadows, playa lakes, or natural ponds, the use, degradation or destruction of which could affect interstate or foreign commerce including any such waters: (i) Which are or could be used by interstate or foreign travelers for recreational or other purposes; or (ii) From which fish or shellfish are or could be taken and sold in interstate or foreign commerce; or (iii) Which are used or could be used for industrial purposes by industries in interstate commerce;
- (4) All impoundments of waters otherwise defined as waters of the United States under this definition;
- (5) Tributaries of waters identified in paragraphs (s)(1) through (4) of this section;
- (6) The territorial sea;
- (7) Wetlands adjacent to waters (other than waters that are themselves wetlands) identified in paragraphs (s)(1) through (6) of this section; waste treatment systems, including treatment ponds or lagoons designed to meet the requirements of CWA (other than cooling ponds as defined in 40 CFR 423.11(m) which also meet the criteria of this definition) are not waters of the United States. »<sup>49</sup>

Les milieux humides y sont définis en référence aux « eaux navigables » du *Clean Water Act*.

L'ensemble des mesures de protection concrètes des milieux humides, et surtout, la définition spécifique des milieux humides, se trouvent dans le règlement *Corps Regulations 33 CFR Parts 320–332*, comme suit :

§ 328.3 Definitions. For the purpose of this regulation these terms are defined as follows:

- (a) The term waters of the United States means (1) All waters which are currently used, or were used in the past, or may be susceptible to use in interstate or foreign commerce, including all waters which are subject to the ebb and flow of the tide; (2) All interstate waters including interstate wetlands; (3) All other waters such as intrastate lakes, rivers, streams (including intermittent streams), mudflats, sandflats, wetlands, sloughs, prairie potholes, wet meadows, playa lakes, or natural ponds, the use, degradation or destruction of which could affect interstate or foreign commerce including any such waters: (i) Which are or could be used by interstate or foreign travelers for recreational or other purposes; or (ii) From which fish or shellfish are or could be taken and sold in interstate or foreign commerce; or (iii) Which are used or could be used for industrial purpose by industries in interstate commerce; (4) All impoundments of waters otherwise

<sup>49</sup> EPA Regulations Wetlands Protection, 40 CFR §230.3 (s)

defined as waters of the United States under the definition; (5) Tributaries of waters identified in paragraphs (a) (1) through (4) of this section; (6) The territorial seas; (7) Wetlands adjacent to waters (other than waters that are themselves wetlands) identified in paragraphs (a) (1) through (6) of this section. (8) Waters of the United States do not include prior converted cropland. Notwithstanding the determination of an area's status as prior converted cropland by any other Federal agency, for the purposes of the Clean Water Act, the final authority regarding Clean Water Act jurisdiction remains with EPA. Waste treatment systems, including treatment ponds or lagoons designed to meet the requirements of CWA (other than cooling ponds as defined in 40 CFR 423.11(m) which also meet the criteria of this definition) are not waters of the United States.

(b) The term wetlands means those areas that are inundated or saturated by surface or ground water at a frequency and duration sufficient to support, and that under normal circumstances do support, a prevalence of vegetation typically adapted for life in saturated soil conditions. Wetlands generally include swamps, marshes, bogs, and similar areas.

(c) The term adjacent means bordering, contiguous, or neighboring. Wetlands separated from other waters of the United States by man-made dikes or barriers, natural river berms, beach dunes and the like are "adjacent wetlands."

Depuis 2008, des tentatives sont faites pour adopter une loi qui viendrait ajouter une disposition claire au sujet de la protection des milieux humides dans la loi elle-même, i.e. le *Clean Water Act*, afin d'y intégrer une définition de ces milieux ainsi que le principe « éviter, minimiser et compenser ». <sup>50</sup> Elles n'ont pas donné de résultat, jusqu'à maintenant.

Quant aux définitions des milieux humides prévues dans les régimes étatiques américains concernant les milieux humides, celles de la Californie et du Michigan nous ont semblé être les plus intéressantes.

#### (iv) *Le droit du Michigan*

Le Michigan s'est doté d'un système de protection des milieux humides, en adoptant le *Natural Resources and Environmental Protection Act*<sup>51</sup>. C'est à la suite de la création et de la mise en oeuvre du *Clean Water Act* fédéral que le Michigan a légiféré pour protéger les zones humides<sup>52</sup>. Le Michigan a prévu une définition beaucoup plus complète des milieux humides que son pendant fédéral:

---

<sup>50</sup> *Clean Water Restoration Act*, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2e session), 10 décembre 2010 S.3 (6): « Congress recognized, preserved, and protected the responsibility and right of the States and Indian tribes to prevent, reduce, and eliminate pollution of waters by preserving for States and Indian tribes the ability to manage grant, research, and permitting programs by assuming implementation of portions of the Act to prevent, reduce, and eliminate pollution, and to establish standards and programs that are more protective than Federal standards and programs, for waters of the United States within the borders of each State or on land under the jurisdiction of the Indian tribe ».

<sup>51</sup> É-U, 451, *Natural Resources and Environmental Protection Act*, Mich, 1994 § 324.30301 (t).

<sup>52</sup> *Idem*.

(k) "Rare and imperiled wetland" means any of the following: (i) Great Lakes marsh. (ii) Southern wet meadow. (iii) Inland salt marsh. (iv) Intermittent wetland or boggy seepage wetland. (v) Coastal plain marsh. (vi) Interdunal wetland. (vii) Lakeplain wet prairie. (viii) Lakeplain wet-mesic prairie. (ix) Northern wet-mesic prairie. (x) Wet-mesic prairie. (xi) Wet prairie. (xii) Prairie fen. (xiii) Northern fen. (xiv) Patterned fen. (xv) Poor fen. (xvi) Muskeg. (xvii) Rich conifer swamp. (xviii) Relict conifer swamp. (xix) Hardwood-conifer swamp. (xx) Northern swamp. (xxi) Southern swamp. (xxii) Southern floodplain forest. (xxiii) Inundated shrub swamp.<sup>53</sup>

(m) "Wetland" means land characterized by the presence of water at a frequency and duration sufficient to support, and that under normal circumstances does support, wetland vegetation or aquatic life, and is commonly referred to as a bog, swamp, or marsh, and which is any of the following:

(i) Contiguous to the Great Lakes or Lake St. Clair, an inland lake or pond, or a river or stream. (ii) Not contiguous to the Great Lakes, an inland lake or pond, or a river or stream; and more than 5 acres in size. (iii) Not contiguous to the Great Lakes, an inland lake or pond, or a river or stream; and 5 acres or less in size if the department determines that protection of the area is essential to the preservation of the natural resources of the state from pollution, impairment, or destruction and the department has so notified the owner. »<sup>54</sup>

(v) *Le droit californien*

La Californie encadre la protection des zones humides, dans le *California Coastal Act*. Elle prévoit une définition courte, mais claire, des milieux humides, comme suit:

« "Wetland" means lands within the coastal zone which may be covered periodically or permanently with shallow water and include salt water marshes, fresh water marshes, open or closed brackish water marshes, swamps, mudflats, and fens. »<sup>55</sup>

Cette définition est intéressante, non pas pour son contenu, lequel ne concerne que les zones côtières, mais bien pour sa forme. En s'en inspirant, nous pensons que certains éléments devraient se retrouver dans la définition des « milieux humides » de la loi québécoise, soit :

- Les éléments biologiques et/ou scientifiques qui différencient les milieux humides des autres écosystèmes.
- Une liste d'exemples de milieux humides, laissant entendre sa non-exhaustivité.

---

<sup>53</sup> É-U, 451, *Natural Resources and Environmental Protection Act*, Mich, 1994 § 324.30301 (t)

<sup>54</sup> É-U, 451, *Natural Resources and Environmental Protection Act*, Mich, 1994 §324.30301 (w)

<sup>55</sup> É-U, Public Resources Code Division 20 CaliforniaCoastalAct, Cal, 2010, §30121.

(vi) *Le droit australien*

Grâce à l'*Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* («EPBC Act», 1999), le gouvernement australien protège les milieux humides d'importance nationale, tout en créant un régime de protection de l'environnement général. La subdivision B de la Loi encadre les activités ayant un impact significatif sur un milieu humide national, c'est-à-dire listé en vertu de la *Convention de Ramsar*.

Certains milieux humides côtiers sont aussi protégés par la *Marine Parks Act* (2004), le *Fisheries Act* (1994) and le *Coastal Protection and Management Act* (1995). L'importance des milieux humides côtiers fait en sorte qu'en vertu du *Coastal Protection and Management Act*, il existe un régime de protection supplémentaire pour ces milieux humides.

Parmi les six États australiens, c'est le Queensland qui a le régime sur les milieux humides le plus développé, mais il prévoit une définition législative laconique des termes « milieu humide » qui réfère à une carte identifiant l'emplacement des zones de protection des zones humides (WPA) dans les bassins versants de la Grande barrière de corail.<sup>56</sup>

Les termes « milieux humides » sont définis de manière plus exhaustive dans le *Queensland Wetlands Program*, comme suit :

- Wetlands are areas of permanent or periodic/intermittent inundation, with water that is static or flowing, fresh, brackish or salt, including areas of marine water the depth of which at low tide does not exceed 6 metres. To be a wetland, the area must have one or more of the following attributes:
  1. The land supports, at least periodically, plants or animals that are adapted to and dependent on living in wet conditions for at least part of their life cycle
  2. The substratum is predominantly undrained soils that are saturated, flooded or ponded long enough to develop anaerobic conditions in the upper layers
  3. The substratum is not soil and is saturated with water, or covered by water, at some time.<sup>57</sup>

(vii) *Le droit scandinave*

La Scandinavie regroupe principalement la Norvège, la Suède, le Danemark (Groenland), la Finlande et l'Islande. Si certaines directives sont communes aux pays membres de l'Union Européenne, chaque pays européen possède des dispositifs relatifs aux milieux humides qui lui sont propres. En Scandinavie, la définition qui est la plus présente est celle de la *Convention de*

<sup>56</sup> Cette définition législative est la suivante : « *Wetland means an area shown as a wetland on the Map of referable wetlands.* » [en ligne : <http://www.ehp.qld.gov.au/ecosystems/wetlands/referable-wetlands-maps.html>], page consultée le 2 février 2013.

<sup>57</sup> Queensland Wetland Definition and Delineation Guideline, Part A: A Guide to Existing Wetland Definitions and the Application of the Queensland Wetlands Program, Department of Environment and Resource Management, 2011, [En ligne: <<http://wetlandinfo.derm.qld.gov.au/resources/static/pdf/buffer-guide/qld-wetland-definition-and-delineation-guideline-part-a.pdf>>].

*Ramsar*<sup>58</sup>. En fait, la grande majorité des études et documents gouvernementaux qu'on y trouve l'utilise, mais il n'y a aucune définition législative ou réglementaire générale des milieux humides dans les pays scandinaves.

Néanmoins, la Suède a l'un des inventaires nationaux des zones humides parmi les plus importants au monde à avoir été créé pour répertorier les zones humides. Il y a lieu de recommander d'investir des sommes d'argent pour inventorier et cartographier les milieux humides du Québec, comme la Suède le fait. De plus, en 1994, la Swedish EPA (l'Agence suédoise de protection de l'environnement) a publié un plan pour la protection des marais ayant les plus grandes valeurs de conservation.<sup>59</sup>

(viii) *Le droit français*

En droit français, la définition générale a été, dans un premier temps, élaborée dans la *Loi sur l'eau*, en 1992<sup>60</sup>, avant d'être reprise et intégrée textuellement dans le *Code de l'environnement*<sup>61</sup>, au paragraphe 1o de l'article L.211-1, qui est libellé comme suit :

[...] on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire ; la végétation, quand elle existe, y

Les critères à retenir pour la définition des zones humides mentionnées au 1° du I de l'article L. 211-1 sont relatifs à la morphologie des sols liée à la présence prolongée d'eau d'origine naturelle et à la présence éventuelle de plantes hygrophiles. Celles-ci sont définies à partir de listes établies par région biogéographique.

Cette définition est le socle sur lequel doivent se fonder les différents inventaires et cartes de milieux humides.<sup>62</sup> Elle est l'unique définition à laquelle on réfère dans la législation française. « L'article L. 211-1 du Code de l'environnement inscrit les zones humides au rang des écosystèmes que le droit de l'eau doit contribuer à préserver. L'obligation est claire. Mais c'est surtout le nouvel article L.211-1-1 du Code de l'environnement qui marque la volonté publique de mieux affirmer la valeur des zones humides »<sup>63</sup>. En effet, l'article L.211-1 identifie clairement

<sup>58</sup> Ramsar (Iran), 2 février 1971. R.T.N.U. 14 583.

<sup>59</sup> Swedish National Wetland Inventory : [En ligne : [http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-news-archives-2005-swedish-national-wetland/main/ramsar/1-26-45-51%5E17376\\_4000\\_0\\_\\_](http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-news-archives-2005-swedish-national-wetland/main/ramsar/1-26-45-51%5E17376_4000_0__); plan pour les marais de valeur : [En ligne : <http://www.norbalwet.org/our-wetlands/sweden/>]; Voir aussi : Laine Boresjö Bronge, Barbro Näslund-Landenmark, Wetland classification for Swedish CORINE Land Cover adopting a semi-automatic interactive approach, *Journal canadien de télédétection*, 2002, 28(2): 139-155, 10.5589/m02-011 [en ligne : <http://pubs.casi.ca/doi/abs/10.5589/m02-011?journalCode=cjrs>].

<sup>60</sup> Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau.

<sup>61</sup> Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement. Décret n° 2005-935 du 2 août 2005 ; Décret n° 2007-397 du 22 mars 2007.

<sup>62</sup> Site internet Eau France, *Les zones humides*, en ligne : [Réf. 09-05-2012] <http://www.zones-humides.eaufrance.fr/?q=node/189>; Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, *Circulaire du 18 janvier 2010 relative à la délimitation des zones humides en application des articles L. 214-7-1 et R. 211-108 du code de l'environnement*, n° 2010/2, 10 février 2010, à la p. 83.

<sup>63</sup> Raphaël Romi, *Droit de l'environnement*, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, aux pp. 453-454.

l'objectif poursuivi par la législation, à savoir une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau.

Cette définition française diffère de la définition internationale de la *Convention de Ramsar* en étant « (...) beaucoup plus stricte que celle donnée par la *Convention de Ramsar* sur les zones humides d'importance internationale. [...] La définition nationale englobe les milieux aquatiques (cours d'eau et plans d'eau, eaux marines) »<sup>64</sup>. « Le caractère plus restrictif de la définition donnée par la loi sur l'eau est justifié par la réticence des scientifiques français et du ministère de l'Environnement français à ajouter, à l'instar de la convention de Ramsar, les eaux courantes et stagnantes dans la catégorie des zones humides »<sup>65</sup>.

La définition française, si elle se veut plus stricte que les définitions internationalement reconnues, n'en demeure pas moins peu précise. En effet, elle donne lieu à une multitude d'interprétations de la part des juges, créant ainsi une ambiguïté dans l'esprit des administrés et des difficultés d'application de la loi pour la Police de l'eau, des critères ont été élaborés pour préciser la définition. Ces critères ont été instaurés par des décrets et arrêtés adoptés entre 2007 et 2009, et sont maintenant intégrés au *Code de l'environnement*.<sup>66</sup>

#### (b) *Définition proposée en droit québécois*

Après examen de multiples définitions législatives et administratives de différentes juridictions, la définition législative proposée en droit québécois, et qui a fait l'objet d'une discussion entre les membres de l'équipe de recherche sur les milieux humides du CSBQ et certains représentants du MDDEFP, est la suivante :

Un milieu humide désigne un terrain, exploité ou non, inondé d'eau douce, saumâtre ou salée, de façon permanente ou temporaire ou ayant un sol saturé en eaux de façon temporaire ou permanente. La végétation, quand elle y existe, est dominée par une végétation hygrophile, ou du moins tolérant des inondations périodiques. Ce terme de milieu humide désigne notamment un marais, un marécage, une tourbière, un étang et une eau peu profonde.

Cette référence s'inspire, tout en l'adaptant, des deux aspects intéressants de la loi californienne ci-haut énoncés (p. 22), de la définition que nous retrouvons dans le droit français et de celle que l'on retrouve en Alberta.

En ce qui a trait au véhicule procédural pour intégrer la définition des milieux humides dans le droit québécois, la loi semble être un meilleur choix qu'un règlement. Il serait donc à notre avis préférable d'inclure la définition dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec directement ou encore dans cette loi qui modifierait la LQE pour y ajouter cette définition. Une définition dans cette loi s'appliquerait à tous les articles de la loi et à tous les règlements en découlant. Sa portée serait ainsi plus vaste que si la définition de milieux humides

---

<sup>64</sup> Pôle-relais Lagunes, *Chapitre 1 : Définition et délimitation des zones humides*, Guide juridique, Agence de l'eau RM&C, 2010, à la p. 12, en ligne : [Réf. 10-05-2012] [http://www.pole-lagunes.org/ftp/web/2010/fevrier/guide\\_juridique/chapitres/2\\_Chapitre\\_01\\_Definition\\_et\\_delimitation\\_des\\_zones\\_humides.pdf](http://www.pole-lagunes.org/ftp/web/2010/fevrier/guide_juridique/chapitres/2_Chapitre_01_Definition_et_delimitation_des_zones_humides.pdf).

<sup>65</sup> *Zones humides - Protection et gestion*, JurisClasseur Rural, V<sup>o</sup> Espaces naturels, Fasc. 30, 21 décembre 2010 (Q.L.).

<sup>66</sup> Précités note 61.

se trouvait dans un règlement afférent. Le document intitulé « *Définitions des milieux humides* » joint en annexe de ce rapport doit être consulté pour le détail des définitions des différentes juridictions que nous avons étudiées.

## (2) Autres définitions

### (a) Termes pertinents

Les termes suivants devraient être définis dans la loi:

**1.** Pour l'application de la présente loi, les définitions suivantes s'appliquent.

1e « atténuation » désigne le processus visant à réduire la perte des zones humides suivant le principe d'aucune perte nette, en privilégiant la prévention des pertes, en minimisant l'impact et en compensant les pertes de zones humides inévitables.

2e « espace approprié disponible » désigne une superficie dans un milieu non humide, vacante, et où le type d'utilisation recherché est permis par le règlement de zonage de la municipalité et, le cas échéant, par les mesures de contrôle intérimaire.<sup>67</sup>

3e « fonction écologique » désigne le résultat d'un processus ou d'un mécanisme lié au fonctionnement de l'écosystème, c'est une propriété intrinsèque de la zone humide sans relation avec des effets éventuels sur les individus ou sociétés humaines. Un ensemble de fonctions écologiques d'un écosystème est désigné par le terme « fonctionnalité ».<sup>68</sup>

4e « mesures d'atténuation compensatoire » désigne les mesures d'atténuation compensatoire prévues dans le règlement adopté en vertu de la présente loi.

5e « minimiser » ou « réduire » : réduire, à leur minimum, les impacts négatifs susceptibles d'être causés aux fonctions écologiques du milieu humide.

6e « milieu humide » désigne un terrain, exploité ou non, inondé d'eau douce, salée ou saumâtre, de façon permanente ou temporaire ou ayant un sol saturé en eaux de façon temporaire ou permanente. La végétation, quand elle y existe, est dominée par une végétation hygrophile, ou du moins tolérant des inondations périodiques. Ce terme de milieu humide désigne notamment un marais, un marécage, une tourbière, un étang et une eau peu profonde.<sup>69</sup>

7e « valeurs écologiques » désigne, pour l'application des mécanismes de la Loi, les valeurs d'un milieu humide qui appuient et maintiennent les éléments suivants:

---

<sup>67</sup> Article 1 (7.1) de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.R.Q., c. P- 41.1.

<sup>68</sup> G. Barnaud et B. Coïc, *Mesures compensatoires et correctives liées à la destruction de zones humides*, *Revue bibliographique et analyse critique des méthodes*, Septembre 2011, p. 15.

<sup>69</sup> Cette définition s'inspire surtout du *Code de l'environnement* français mais aussi du droit californien et du guide albertain précité, note 24. Elle inclut également les suggestions de différents chercheurs et intervenants du groupe mandaté par le Ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs pour réaliser le présent mandat.

a) la présence d'éléments, d'animaux ou de plantes distinctes ou uniques, et de leurs habitats, y compris les espèces menacées en vertu de la Loi sur les espèces menacées ou vulnérables (L.R.Q., c. E-12.01).

b) le cycle hydrologique naturel du milieu humide;

c) l'interaction naturelle des milieux humides avec d'autres écosystèmes, y compris les autres zones humides.

La notion de « services écosystémiques », expliquée et promue par l'*Évaluation des écosystèmes pour le millénaire*<sup>70</sup> pourrait également être prise en compte dans les décisions qui doivent être prises concernant la séquence d'atténuation relative aux milieux humides au Québec même s'il reste du travail à faire pour mieux l'utiliser. Cette notion est définie comme suit par des auteurs : « un service écosystémique implique un avantage retiré par un individu ou une société d'une (ou de) fonction(s) et valeur(s) attribuée(s) à un écosystème. Ce concept combine les fonctions écologiques et les usages qui en sont faits. Il donne lieu à des évaluations monétaires (...) Il s'agit des bienfaits que les hommes obtiennent des écosystèmes. Sont inclus les services d'approvisionnement (nourriture, eau...), les services de régulation (écrêtage des crues, épuration de l'eau ...), les services culturels (spirituel, récréatif, culturel), et les services de soutien, ceux qui maintiennent des conditions favorables à la vie sur Terre comme le fonctionnement des cycles (élément nutritif, eau, carbone...) ». <sup>71</sup>

D'autres termes, définis par le régime albertain dans le *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*<sup>72</sup>, pourraient également inspirer le législateur québécois. Celui

---

<sup>70</sup> Millennium Ecosystem Assessment, *Rapport de synthèse de l'Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire*, [en ligne: [millenniumassessment.org <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.447.aspx.pdf>](http://www.millenniumassessment.org/documents/document.447.aspx.pdf)]; ou Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-Being : Biodiversity Synthesis*, Washington, D.C., Island Press, 2003.

<sup>71</sup> G. Barnaud et B. Coïc, *Mesures compensatoires et correctives liées à la destruction de zones humides*, *Revue bibliographique et analyse critique des méthodes*, Septembre 2011, p. 15.

<sup>72</sup> Précité, note 24. Voici les termes définis dans le guide albertain :

- *Approval applicant: a person(s) proposing activities in and around a wetland or considering restoring a naturally occurring wetland.*
- *Artificial wetland: a man-made wetland in an area where a natural wetland did not exist before.*
- *Compensation: payment into a fund for wetland restoration work.*
- *Mitigation: process to reduce loss of wetlands, focusing on avoiding loss, minimizing impact, and compensating for unavoidable wetland loss.*
- *Naturally occurring wetland: an area where water has or does accumulate to water elevations documented to have occurred under natural conditions.*
- *Qualified Wetland Aquatic Environment Specialist (QWAES): an expert with detailed knowledge of the aquatic environment, wetland soils, wetland species, hydrology and wetland margin habitat and their management or assessment.*
- *Restoration: re-establishment of a naturally occurring wetland with a functioning natural ecosystem whose characteristics are as close as possible to conditions prior to drainage or other alteration.*
- *Watershed: an area of land that catches precipitation and drains it to a specific point such as a marsh, lake, stream or river. A watershed can be made up of a number of sub-watersheds that contribute to the overall drainage of the watershed.*
- *Wetland area: the flooded portion of a wetland up to and including the transition zone from aquatic to terrestrial vegetation. The same definition shall be used in the case of climatically dry wetlands.*
- *Wetland loss: includes infilling, altering, or physically draining the wetland, any impact to the riparian area and buffers strips, and any type of interference with the hydrology to and from the wetland.*

de la « compensation » y est défini comme ne visant que le paiement, dans un fonds, des sommes requises pour des travaux de restauration des zones humides. Le guide mentionne néanmoins expressément que d'autres moyens de compensation peuvent être suggérés par le demandeur et être autorisés. Nous en traiterons plus loin.

(b) *Principes de la loi*

Certains principes doivent également être définis dans la loi. La *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* doit, en effet, donner une orientation claire à l'effet que les milieux humides doivent être préservés selon certains principes qui doivent guider le ministre et le gouvernement lorsqu'ils ont à prendre des décisions concernant les demandes d'autorisation qui leur sont adressées pour des projets et activités dans un milieu humide. Ces principes devraient, selon nous, être les suivants :

§1. — *Principe de prévention*

1. Le principe de prévention exige le respect de la séquence d'atténuation selon laquelle il faut d'abord éviter et seulement dans les cas où cela n'est pas possible, atténuer et minimiser les impacts environnementaux négatifs causés aux milieux, et finalement, compenser les impacts environnementaux inévitables.

L'évitement comprend la prévention des impacts sur le milieu humide en choisissant un projet de remplacement ou un site de remplacement pour la réalisation du projet.

La minimisation des impacts n'est acceptable que lorsque le demandeur démontre, conformément aux exigences de la présente loi, qu'il n'existe aucune solution de rechange (alternative) pour le projet et/ou pour sa localisation. La minimisation doit être considérée à toutes les étapes du projet.

La compensation est une mesure d'atténuation des impacts inévitables sur le milieu humide où a lieu le projet ou l'activité qui se réalise suivant une approbation du ministre (art. 22 LQE) ou du gouvernement (31.5 LQE). Le choix de la mesure de compensation et de ses conditions d'application doit être fait en suivant les prescriptions des fonctions écologiques du site et du Guide technique à être adopté<sup>73</sup>.

§2. — *Principe utilisateur-payeur*

2. Les coûts liés à l'utilisation des milieux humides et des milieux hydriques, dont les coûts de restauration, de création et de conservation sont assumés par les utilisateurs, dans les conditions définies par la loi et en tenant compte des conséquences environnementales, sociales et économiques ainsi que du principe pollueur-payeur.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Ces définitions sont celles qui figuraient dans la directive 06-01 du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs.

<sup>74</sup> Cet article s'inspire de l'article 4 de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2.

### §3. — Principe de réparation

3. Toute personne est tenue de réparer, dans les conditions définies par la loi, les dommages qu'elle cause aux milieux humides.<sup>75</sup>

### §4. — Principe d'aucune perte nette

4. La compensation doit suivre le principe qu'il ne doit y avoir aucune perte nette de milieux humides résultant de la délivrance d'un certificat d'autorisation en vertu des articles 22 et 31.5 L.Q.E. Pour ce faire, la mesure d'atténuation compensatoire la plus appropriée et qui doit être privilégiée, est la restauration d'un milieu humide affecté existant ou la création d'un milieu humide, de préférence près du milieu humide d'impact ou au moins dans le même bassin versant. Les actions de compensation qui se font par le moyen de la restauration ou de création de milieux humides respectent le principe d'aucune perte nette de superficie de milieux humides dans la province, la conservation n'étant une mesure autorisée dans les Basses-terres du Saint-Laurent que si elle s'ajoute à des mesures de restauration et/ou de création de milieux humides (voir recommandation 2 du rapport de Pellerin et Poulin 2013 La restauration des milieux humides comprend généralement le rétablissement des communautés végétales des milieux humides, des régimes hydrologiques et des autres fonctions semblables à celles que l'on trouve dans un milieu humide naturel.<sup>76</sup>

(3) Acceptabilité environnementale des projets : application de la séquence d'atténuation

(a) Explication de la séquence d'atténuation

(i) Définition - directive ministérielle 06-01

La séquence d'atténuation selon laquelle il faut d'abord « éviter » et seulement si cela n'est pas possible, « minimiser » et finalement, « compenser », est expliquée dans la directive ministérielle 06-01 qui a été annulée dans l'Affaire *Atocas de l'Érable* précitée. Voici la description de cette séquence, dans cette directive:

#### **ÉVITER**

Cette étape comprend la prévention des impacts sur le milieu humide en choisissant un projet de remplacement ou un site de remplacement pour la réalisation du projet.

Si cela est impossible :

#### **MINIMISER**

---

<sup>75</sup> Cet article s'inspire de l'article 6 *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2.

<sup>76</sup> *Ibid.*

Cette étape n'est acceptable que lorsque le demandeur démontre qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable pour le projet ou pour sa localisation. La minimisation devra être considérée à toutes les étapes du projet.

a) Le demandeur doit présenter une approche de design du projet qui cherche à intégrer dans la mesure du possible le milieu humide et les éléments caractéristiques du milieu naturel (par exemple : éviter les zones sensibles, minimiser la fragmentation des habitats, conserver certains des éléments caractéristiques, maintenir les corridors biologiques et les liens hydrologiques entre les écosystèmes résiduels, conserver des communautés naturelles d'intérêt).

b) Les pertes inévitables de milieux humides doivent être compensées en respectant un ratio de compensation proportionnel à la valeur écologique des milieux humides détruits ou perturbés. Le site qui sera choisi pour compenser ces pertes jugées inévitables se trouve, par ordre de préférence, sur le site même du projet, sur un site adjacent au projet, ailleurs dans le même bassin versant, ailleurs.

(ii) *Compréhension de la séquence  
d'atténuation dans différentes juridictions*

Cette séquence est reprise, avec des définitions variables, dans plusieurs juridictions.

Un débat existe dans certains pays, notamment en France et aussi au Canada, sur l'opportunité de s'inspirer des mécanismes de compensation existants aux États-Unis, en particulier des banques de compensation de zones humides. Certains n'en veulent pas, car selon eux ces banques auraient pour effet de limiter les actions de prévention, favoriseraient le déploiement d'opérations financières de création de zones humides (banques), et se révéleraient inopérantes quant à la perte nette de milieux humides. D'autres y voient plutôt les avantages retenus aux États-Unis comme la compensation *ex ante*, i.e. avant la perte des fonctions du milieu humide impacté, ainsi que l'avantage de la restauration et de la création de grandes zones humides multifonctionnelles.<sup>77</sup> Ce débat existe dans d'autres juridictions également. Par exemple, au Royaume-Uni, on assiste à des prises de position récentes (notamment de l'opposition politique) à la suite de la diffusion de rapports concluant à l'opportunité de développer les banques de compensation et plus largement les marchés de la biodiversité, notamment par le paiement, par les entreprises, des services écosystémiques qui leur sont rendus.<sup>78</sup> En Suède également, où il n'y a étonnamment pas de réglementation spécifique encadrant l'exigence de compensations environnementales,<sup>79</sup> un dialogue national a été initié en 2011 à ce sujet. L'ensemble des partenaires participe à ce dialogue sur l'opportunité d'utiliser des compensations pour stopper les pertes continues d'espaces et de milieux humides non protégés.

Une chose est certaine : les incertitudes qui pèsent sur la conception des mesures de compensation, et le besoin de formalisation des démarches, conduisent bon nombre d'auteurs à

---

<sup>77</sup> G. Barnaud & B. Coïc, *Mesures compensatoires et correctives liées à la destruction de zones humides*, Revue bibliographique et analyse critique des méthodes, Rapport final. Convention ONEMA MNHN 2010. 91p. + ann. 13p. p. 48.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>79</sup> *Supra*, p. 23. Sauf pour certains projets autoroutiers. Voir : Barnaud & Coïc, *Ibid.*, p. 45.

proposer l'adoption de normes juridiques claires en la matière (Noble et al, 2001; Rubec et Hanson, 2009 ; Barnaud et Coïc, 2010). En effet, le fait de clarifier les conditions d'application de la séquence d'atténuation dans la loi et un règlement permet de limiter le risque que la compensation soit automatique dès qu'une autorisation est demandée pour réaliser un projet dans un milieu humide.

*(b) Adoption de dispositions législatives précises pour chacune des composantes de la séquence d'atténuation*

*(i) Définir spécifiquement la séquence d'atténuation*

Pour qu'une loi puisse imposer le respect de cette séquence, il faut tout d'abord qu'elle définisse précisément les milieux humides. C'est d'ailleurs ce que nous suggérons ci-haut en proposant l'introduction d'une définition claire dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* québécoise.

Presque tous les régimes étudiés (France, Allemagne, fédéral américain, Californie, Vermont, New-Hampshire, Maine, Alberta, Australie) font de la séquence d'atténuation « Éviter-Minimiser-Compensation » la base de leurs régimes de protection et de gestion des milieux humides. Nous recommandons que cette séquence soit aussi le fondement de la loi québécoise. En effet, les études d'impact réalisées en vertu des articles 22 et 31.5 L.Q.E. doivent reposer sur la séquence Éviter/minimiser/compenser. Cette séquence doit être expressément mentionnée et explicitée dans la loi.

Les différentes juridictions étudiées prévoient généralement l'exigence du respect de la séquence d'atténuation et formulent explicitement la hiérarchie selon laquelle il faut d'abord éviter les impacts, et en cas de délivrance du certificat d'autorisation, minimiser les impacts, et également s'assurer de la réalisation d'une mesure de compensation suffisante comme condition de délivrance du certificat.

Nous recommandons que la loi québécoise définisse clairement la séquence d'atténuation, dans une disposition spécifique qui pourrait se trouver dans les définitions générales de la loi et être explicitée davantage dans le règlement sur la conservation et la gestion des milieux humides à être adopté en complément de la loi.

Des dispositions spécifiques doivent être adoptées pour prévoir que la compensation n'est que le dernier des moyens à envisager dans les milieux humides qui ne sont pas d'intérêt pour la conservation et où une activité peut donc être autorisée par le ministre, dans l'exercice de la discrétion que lui confèrera la nouvelle loi. Ces dispositions pourraient s'inspirer des dispositions suivantes :

1. L'objectif fondamental de l'atténuation compensatoire est de compenser les pertes environnementales découlant des impacts inévitables causés par des projets ou des activités autorisés dans un milieu humide.

2. Cette atténuation compensatoire ne peut être envisagée que lorsque le respect des exigences d'évitement et de minimisation est insuffisant pour éviter un impact défavorable à une ou

plusieurs fonctions écologiques du milieu humide. Une énumération des fonctions écologiques protégées doit être prévue dans la loi. Le guide technique à être adopté doit fournir des lignes directrices techniques plus précises pour guider les experts habilités dans l'identification des fonctionnalités d'un milieu humide donné, au stade de sa caractérisation, et le choix des mesures de compensation effectuées pour les restaurer, les créer, les protéger.

La littérature met en évidence que la terminologie utilisée varie d'une juridiction à une autre, surtout d'une juridiction anglophone à une juridiction francophone, et qu'elle prête donc à confusion.<sup>80</sup> Pour éviter cette confusion, les termes doivent être clairement définis, si possible directement dans la loi.

Ainsi, le mot « *mitigation* » ou « atténuation » en français, sert à définir « l'ensemble du processus de gestion des impacts fondé sur le triptyque Éviter/minimiser/compenser ».<sup>81</sup> En anglais, les termes « *mitigation hierarchy* » sont souvent utilisés pour décrire la séquence d'atténuation qui est en fait une hiérarchisation des mesures d'évitement, de minimisation et de compensation. Ainsi, la loi doit expliquer qu'elle est fondée sur l'idée que les opérateurs doivent mettre en place leurs mesures compensatoires après avoir évité et réduit les impacts à leur minimum.<sup>82</sup>

Le terme « réduire » plutôt que le terme « minimiser » est utilisé en France. Nous recommandons l'utilisation, dans la loi, soit des termes « minimiser » et « minimisation » ou encore des termes « réduire » et « réduction », pourvu que ces termes soient définis législativement comme le fait de « réduire à leur minimum les impacts négatifs causés à une ou plusieurs fonctions écologiques du milieu humide »<sup>83</sup>. Les termes « minimiser » et « minimisation » des impacts, semblent être une traduction malaisée des termes « minimize » et « minimization ou minimisation » que nous retrouvons dans les juridictions anglophones, mais sont largement utilisés dans la littérature francophone. En français, les termes « minimiser » ou « minimisation » signifient « réduire l'importance de ». Le risque est que le terme minimisation soit confondu avec le terme anglais

---

<sup>80</sup> *ibid.*, pp. 10-12.

<sup>81</sup> Définition issue des documents suivants : *Business and Biodiversity Offsets Programme* (BBOP) (2009), [en ligne : <http://www.business-biodiversity.eu/default.asp?Menu=133&News=43>], page consultée le 12 janvier 2013 ; Comité français de l'UICN, *La compensation écologique : état des lieux et recommandations*, septembre 2011 [en ligne : [http://www.uicn.fr/IMG/pdf/Etude\\_Compensation\\_UICN\\_France.pdf](http://www.uicn.fr/IMG/pdf/Etude_Compensation_UICN_France.pdf)], page consultée le 15 décembre 2012. Barnaud & Coïc, précité note 78, p. 11.

<sup>82</sup> *Business and Biodiversity Offsets Programme* (BBOP) (2009) ; Barnaud & Coïc, p. 11 (voir figure 1, de la p. 11).

<sup>83</sup> L'article 23 de la *Loi Grenelle I* prévoit que :

« Pour stopper la perte de biodiversité sauvage et domestique, restaurer et maintenir ses capacités d'évolution, l'État se fixe comme objectifs : - la mise en œuvre de mesures de protection, de valorisation, de réparation des milieux et espèces naturels et de compensation des dommages causés à ceux-ci, [...], lorsqu'il n'existe pas d'autre solution que la réalisation d'un projet ou d'un programme susceptible de nuire à la biodiversité, des mesures de compensation proportionnées aux atteintes portées aux continuités écologiques dans le cadre de la trame verte et bleue seront rendues obligatoires selon des modalités définies par le code de l'environnement en concertation avec les élus locaux et les acteurs de terrain. »

Enfin, en 2010, la *Loi Grenelle II* apporte des avancées au *Code de l'environnement*, notamment en ce qui a trait aux études d'impact dont elle vient modifier l'encadrement législatif. L'article L. 122-3 du Code de l'environnement modifié par l'article 230 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 précise que l'étude d'impact doit comprendre :

« [...] les mesures proportionnées envisagées pour éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine ainsi qu'une présentation des principales modalités de suivi de ces mesures et du suivi de leurs effets sur l'environnement ou la santé humaine ».

« mitigation » qui lui, désigne toute la séquence d'atténuation et non seulement la deuxième étape de la séquence qui visent la réduction des impacts.

Les définitions suivantes se trouvent dans d'autres juridictions mais elles ne semblent pas plus explicites que celle de la directive ministérielle 06-01, directive qui a été annulée dans l'affaire *Les Atocas de l'Érable* précitée.

(a) L'Alberta

En Alberta, le terme « mitigation » est utilisé pour décrire cette séquence, comme suit : « *process to reduce loss of wetlands, focusing on avoiding loss, minimizing impact, and compensating for unavoidable wetland loss* ». <sup>84</sup> Le *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide* définit l'atténuation (« mitigation ») comme suit : 1.0 « Mitigation ». Mitigation is a process to reduce loss of wetland by:

- Avoiding impacts to the wetland ;
- Minimizing impacts and requiring applicable compensation; and
- Compensating for impacts that cannot be avoided or minimized. <sup>85</sup>

(b) Le Maine

Dans l'État américain du Maine, la séquence d'atténuation est clairement définie, comme suit :

- **Avoidance.** The activity will be considered to result in an unreasonable impact if the activity will cause a loss in wetland area, functions, or values, and there is a practicable alternative to the activity that would be less damaging to the environment. The applicant shall provide an analysis of alternatives (see Section 9(A)) in order to demonstrate that a practicable alternative does not exist. <sup>86</sup>
- **Minimal Alteration.** The amount of wetland to be altered must be kept to the minimum amount necessary. <sup>87</sup>
- **Compensation.** Compensation is the off-setting of a lost wetland function with a function of equal or greater value. The goal of compensation is to achieve no net loss of wetland functions and values. Every case where compensation may be applied is unique due to differences in wetland type and geographic location. For this reason, the method, location and amount of compensation work necessary is variable. <sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Alberta Environment, *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*, February 2007, « Definitions », p. iii.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Environmental Protection, 06-096 CMR §310(5) (A)

<sup>87</sup> Environmental Protection, 06-096 CMR §310(5) (B)

<sup>88</sup> Environmental Protection, 06-096 CMR §310(5) (C)

Dans l'État du Vermont, la séquence d'atténuation est ainsi décrite :

2.22 Mitigation means a comprehensive effort to lessen impacts on wetlands through a sequence of avoidance and minimization, and when appropriate, compensation.<sup>89</sup>

(ii) *Définir spécifiquement l'évitement*

(a) Réitérer le pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation même si la compensation est possible

(i) *Le Nouveau-Brunswick*

L'élaboration de critères de compensation doit absolument être jumelée à des critères d'évitement et de réduction des impacts négatifs à leur minimum. Si ces éléments ne sont pas clairement établis comme prioritaires dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* et son règlement d'application au Québec, la compensation deviendra rapidement la seule alternative, à la lumière de ce qu'ont révélé nos recherches, notamment en droit fédéral américain. La compensation ne doit être qu'un palliatif. Les activités dans des milieux humides classifiés d'intérêt pour la conservation doivent être interdites par la loi, comme cela est prévu dans la *Politique de conservation des Terres humides du Nouveau-Brunswick* (2002).

Pour les autres milieux humides que les milieux humides d'intérêt pour la conservation, et qui sont au moins d'un hectare, nous recommandons que la loi réitère, comme au Nouveau-Brunswick, que l'autorité compétente a le pouvoir de refuser l'autorisation. Nous recommandons l'introduction d'une disposition législative claire en ce sens dans la loi québécoise. Ainsi, la loi à être adoptée au Québec doit rappeler le pouvoir du ministre (art. 22 LQE) ou du gouvernement (art. 31.5 LQE) de refuser la délivrance d'un certificat d'autorisation dans des dispositions claires et explicites ayant cet unique objectif. Voici des exemples de libellés de différentes juridictions qui vont dans ce sens :

(ii) *Le Queensland*

Dans son règlement, *Environmental Protection Regulation* (2008), adopté en vertu de la loi *Environmental Protection Act* (1994), le Queensland, en Australie, prévoit que:

(2) The administering authority must refuse to grant the application if the authority considers that, because of the activity—

(a) the wetland will be destroyed or reduced in size; or[s 59]

(b) the biological integrity of the wetland may not be maintained.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Précitées, note 39.

<sup>90</sup> *Environmental Protection Regulation* 2008 (Queensland, Australia) §58.

(iii) *L'Alberta*

Dans le guide que le ministère de l'Environnement de l'Alberta a adopté, il est prévu que:

« It should also be noted that the decision to allow any activity that may affect a wetland is discretionary. Approvals may be refused, despite the availability of compensation alternative ». <sup>91</sup>

(b) Le pouvoir de délivrer l'autorisation uniquement dans les cas où il n'existe aucune alternative acceptable

Dans certaines juridictions, la réglementation exige le refus du permis ou de l'autorisation si une alternative possible à l'activité existe et serait moins dommageable pour l'environnement. Nous recommandons cette avenue qui doit, selon nous, être introduite expressément dans une disposition de la loi québécoise. La *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* pourrait apporter des modifications aux articles 22 LQE et 31.5 LQE pour prévoir que le ministre et le gouvernement ne peuvent délivrer un certificat d'autorisation pour un projet dans un milieu humide, que si le demandeur leur fait la démonstration qu'il n'existe aucune solution de rechange acceptable sur un autre espace approprié disponible qui n'est pas un milieu humide.

Ainsi, dans le droit du Maine et celui de la Californie, une condition majeure à l'émission de l'autorisation est prévue : qu'il n'y ait pas une autre alternative écologiquement moins dommageable. On y retrouve ce type de formulations, comme suit :

(i) *Le Maine*

Dans l'État américain du Maine, la loi prévoit ceci :

«Avoidance. The activity will be considered to result in an unreasonable impact if the activity will cause a loss in wetland area, functions, or values, and there is a practicable alternative to the activity that would be less damaging to the environment. The applicant shall provide an analysis of alternatives (see Section 9(A)) in order to demonstrate that a practicable alternative does not exist. » <sup>92</sup>

Il y a ensuite une liste assez longue d'activités permises pour lesquelles il n'est pas nécessaire d'obtenir un permis ou certificat d'autorisation. Voir en annexe le droit des États américains pour cette liste.

(ii) *La Californie*

En Californie, le processus d'autorisation sous-entend la reconnaissance préalable d'un milieu humide pour ensuite procéder à l'autorisation de poursuivre le projet en question. Le libellé de l'exigence de l'autorisation est formulé de manière positive mais il est précisé que l'autorisation ne sera autorisée que dans les cas où il n'existe pas d'alternative moins dommageable pour

<sup>91</sup> Alberta Environment, « Provincial WetlandRestoration/Compensation Guide », February 2007, précité note 24, « Guide intent », p. ii.

<sup>92</sup> *Environmental Protection*, 06-096 CMR §310(5) (A).

l'environnement et une liste exhaustive des seules activités alors permises est ensuite formulée, comme suit:

« The diking, filling, or dredging of open coastal waters, wetlands, estuaries, and lakes shall be permitted in accordance with other applicable provisions of this division, where there is no feasible less environmentally damaging alternative, and where feasible mitigation measures have been provided to minimize adverse environmental effects, and shall be limited to the following (...): »<sup>93</sup> (Voir annexe pour ces limites).

(c) Proposition d'ajout d'un nouveau paragraphe à l'article 22 L.Q.E.

La *Loi québécoise sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* devrait permettre l'ajout d'un paragraphe, tout de suite après l'alinéa 2 de l'article 22 LQE, afin que le ministre puisse faire respecter la séquence d'atténuation pour les milieux humides. Étant donné que les régimes juridiques des autres juridictions ne correspondent pas tout à fait au régime juridique québécois, nous avons formulé un libellé qui reprendrait, à notre avis, les meilleurs éléments de ces juridictions.

(i) *Libellé formulé de manière positive*

L'activité doit être considérée comme aboutissant à un impact déraisonnable si l'activité entraîne une perte de superficie de milieux humides, de ses fonctions écologiques (qui sont protégées et définies dans la loi ou son règlement d'application), et qu'une alternative possible à l'activité existe et serait moins dommageable pour l'environnement. Le demandeur doit fournir une étude de caractérisation du milieu humide du projet, approuvée par les experts habilités par l'autorité compétente (ex. Alberta; Maine, Californie).

Une analyse des solutions de remplacement, approuvée par les experts habilités, doit également être fournie au ministre afin de démontrer quelles sont les alternatives ou de démontrer qu'une telle alternative n'existe pas. (Voir dispositions du Maine, Annexe et dispositions de la Californie ; voir aussi processus prévu dans la politique albertaine).

Voici notre première proposition de libellé, correspondant à un modèle de formulation positive. La plupart des documents réglementaires et législatifs des différentes juridictions analysées opte pour une formulation positive de la possibilité d'obtenir une autorisation pour mener une activité quelconque dans un milieu humide. Les dispositions législatives du Maine et de la Californie, que nous venons de mentionner (section 3.2.2.3 ii), sont des exemples de dispositions libellées d'une manière positive.

Voici la proposition d'ajout de nouveaux paragraphes dans l'article 22 LQE :

Les activités suivantes, entreprises dans un milieu humide, pourront faire l'objet d'une autorisation par le ministre dans la mesure où le demandeur lui aura démontré, à sa satisfaction, qu'il n'y a pas d'alternative possible moins

---

<sup>93</sup> É-U, Public Resources Code Division 20 *California Coastal Act*, Cal, 2010, §30233.

dommageable pour l'environnement, notamment un autre espace approprié disponible :

- Pour ériger ou modifier une construction
- Pour exécuter des travaux ou des ouvrages
- Pour entreprendre l'exploitation d'une industrie ou ressource quelconque
- Pour l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel
- Pour augmenter la production d'un bien ou d'un service

Le demandeur doit fournir un plan de caractérisation du milieu humide visé, approuvé par un expert habilité. Le ministre peut décider de délivrer l'autorisation mais alors seulement si la démonstration lui a été faite que c'est l'alternative la moins dommageable pour l'environnement, notamment qu'il n'y a pas un autre espace approprié disponible et que cette démonstration est approuvée par un expert qualifié. Dans ce cas, le demandeur doit minimiser les impacts sur le milieu humide et faire approuver un plan du projet qui cherche à intégrer dans la mesure du possible le milieu humide et les éléments caractéristiques du milieu naturel, notamment en évitant les zones sensibles, en minimisant la fragmentation des habitats, en conservant certains des éléments caractéristiques, en maintenant les corridors biologiques et les liens hydrologiques entre les écosystèmes résiduels, en conservant des communautés naturelles d'intérêt.

Dans le cas où le certificat d'autorisation est délivré, il doit être conditionnel à l'approbation d'un plan de compensation approuvé par un expert habilité, suivant les conditions d'un décret à être adopté en vertu de la loi. (Voir l'exemple de l'article 31.65 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* pour l'habilitation des experts en matière de protection et de réhabilitation des terrains contaminés).

Une mesure de compensation ne donne lieu à aucune indemnité. La mesure de compensation doit faire l'objet d'un engagement écrit du demandeur et elle est réputée faire partie des conditions de l'autorisation ou du certificat d'autorisation.

(ii) *Libellé formulé de manière négative*

Les dispositions législatives du Michigan<sup>94</sup> sont des exemples de dispositions libellées d'une manière négative. Voici notre proposition de nouveaux paragraphes à l'article 22 LQE, formulés cette fois-ci, négativement :

---

<sup>94</sup> É-U, 451, *Natural Resources and Environmental Protection Act*, Mich., 1994 §324.30304 :« Except as otherwise provided in this part or by a permit issued by the department under sections 30306 to 30314 and pursuant to part 13, a person shall not do any of the following: (a) Deposit or permit the placing of fill material in a wetland. (b) Dredge, remove, or permit the removal of soil or minerals from a wetland. (c) Construct, operate, or maintain any use or development in a wetland. (d) Drain surface water from a wetland. »

Nul ne peut obtenir un certificat d'autorisation du ministre pour ériger ou modifier une construction, exécuter des travaux ou des ouvrages, entreprendre l'exploitation d'une industrie ou ressource quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel et augmenter la production d'un bien ou d'un service si cela fait en sorte :

- a) Qu'un milieu humide sera détruit ou que sa superficie sera réduite, et/ou;
- b) Que des pertes de milieux humides, de ses fonctions et/ou de ses valeurs écologiques en résulteront;

Le demandeur doit fournir un plan de caractérisation du milieu humide visé, approuvé par un expert habilité. Le ministre peut décider de délivrer l'autorisation mais alors seulement si la démonstration lui a été faite que c'est l'alternative la moins dommageable pour l'environnement, notamment qu'il n'y a pas un autre espace approprié disponible, et que cette démonstration est approuvée par un expert habilité.

Dans ce cas, le demandeur doit minimiser les impacts sur le milieu humide et faire approuver un plan de minimisation du projet qui cherche à intégrer dans la mesure du possible le milieu humide et les éléments caractéristiques du milieu naturel, notamment en évitant les zones sensibles, minimisant la fragmentation des habitats, conservant certains des éléments caractéristiques, maintenant les corridors biologiques et les liens hydrologiques entre les écosystèmes résiduels, conservant des communautés naturelles d'intérêt.

Dans le cas où le certificat d'autorisation est délivré, il doit être conditionnel à l'approbation d'un plan de compensation approuvé par un expert qualifié, suivant les conditions du Règlement sur les mesures d'atténuation compensatoire adopté en vertu de la loi.

Une mesure de compensation ne donne lieu à aucune indemnité. La mesure de compensation doit faire l'objet d'un engagement écrit du demandeur et elle est réputée faire partie des conditions de l'autorisation ou du certificat d'autorisation.

*Ce genre de formulation négative semble préférable à un libellé formulé de manière positive.* Elle réitère clairement que le ministre peut refuser la délivrance du certificat d'autorisation. Cette formulation semble ainsi ouvrir moins la porte à différentes interprétations du texte législatif. Étant d'emblée formulée en termes moins permissifs, cette formulation permettrait de réitérer plus clairement que le pouvoir du ministre provient de sa capacité de refuser des demandes d'autorisation.

En droit fédéral américain, le droit de refuser le projet est clair. L'absence d'une définition d'un milieu humide et le fait que la notion soit liée aux eaux navigables parce que les autorisations en milieu humide sont régies par le *Clean Water Act*, complique toutefois l'application du régime d'autorisation. Le gouvernement fédéral américain interdit plusieurs activités dans un milieu

humide sans autorisation expresse, en vertu de l'article 404 a) du *Clean Water Act*.<sup>95</sup> Toutefois en pratique, l'autorité responsable<sup>96</sup> a refusé très peu de demandes d'autorisation.<sup>97</sup> Par conséquent, à notre avis, que l'article soit libellé de manière positive ou négative, il doit clairement exiger le respect de la séquence d'atténuation et il est primordial qu'un véritable traitement des demandes soit fait, donnant lieu à des autorisations mais aussi à des refus lorsque les demandes d'autorisation ne correspondent pas aux critères établis (voir recommandation 1 du rapport principal Pellerin et Poulin 2013).

(d) Proposition de nouveaux libellés pour les articles 31.2 à 31.5 L.Q.E.

Afin de mieux gérer le développement des milieux humides et d'assurer leur conservation et gestion durable, les articles 31.1 à 31.5 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* devraient aussi être modifiés.

L'article 31.2 LQE pourrait être modifié comme suit :

« Celui qui a l'intention d'entreprendre la réalisation d'un projet visé à l'article 31.1 doit déposer un avis écrit au ministre décrivant la nature générale du projet. Le ministre indique alors à l'initiateur du projet la nature, la portée et l'étendue de l'étude d'impact sur l'environnement que celui-ci doit préparer. Si le projet est réalisé dans un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation, le demandeur doit démontrer qu'il n'y a pas d'alternative possible raisonnable ni d'autre espace approprié disponible. L'étude d'impact doit comprendre une étude de caractérisation du milieu humide d'une portée et d'une étendue que lui indique le ministre ». (L'ajout est souligné)

<sup>95</sup> L'article 404 (a) de la *Clean Water Act* (Federal Water Pollution Control Act, 33 U.S.C. 1251 et seq., §404(a) (2002)) est la suivante :

« (a) Discharge into navigable waters at specified disposal sites, The Secretary may issue permits, after notice and opportunity for public hearings for the discharge of dredged or fill material into the navigable waters at specified disposal sites. »<sup>95</sup>

Quant à la disposition réglementaire (Corps Regulations 33 CFR § 230.10), elle est formulée à la négative:

« (a) Except as provided under section 404(b)(2), no discharge of dredged or fill material shall be permitted if there is a practicable alternative to the proposed discharge which would have less adverse impact on the aquatic ecosystem, so long as the alternative does not have other significant adverse environmental consequences. »<sup>95</sup>

Comme le Règlement est formulé à la négative, on ne pose pas la question de la capacité à refuser l'émission du permis. En fait, c'est beaucoup plus la question de qu'est-ce qu'un milieu humide plutôt que est-il possible de refuser un permis. Oui, il est possible de refuser un permis. Plusieurs causes qui font jurisprudence le démontrent.

Bref, le problème se pose au niveau de la qualification. La *Clean Water Act* est en processus afin d'être amendée afin d'être plus inclusive et de réitérer l'objectif de protection de l'environnement. Voici la définition proposée par la *Clean Water Restoration Act*, S. 787 (111e congrès des États-Unis, 2e session), 10 décembre 2010 S.4 (25)(A) The term 'waters of the United States' means all waters subject to the ebb and flow of the tide, the territorial seas, and all interstate and intrastate waters and their tributaries, including lakes, rivers, streams (including intermittent streams), mudflats, sandflats, wetlands, sloughs, prairie potholes, wet meadows, playa lakes, natural ponds, and all impoundments of the foregoing, to the fullest extent that these waters, or activities affecting these waters, are subject to the legislative power of Congress under the Constitution.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> La United States Army Corps of Engineers (dit la *Corps*) et dans un deuxième temps, l'Environmental Protection Agency (dit l'EPA)

<sup>97</sup> Royal C. Garner, Lawyers, *Swamps and Money: U.S. Wetland Law, Policy, and Politics*, Washington, Island Press, 2011 à la p 102.

L'article 31.3 (al. 1) LQE pourrait être modifié comme suit :

Lorsque le projet a lieu dans un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation, le ministre, après avoir reçu l'étude d'impact sur l'environnement, et l'étude de caractérisation, requiert, dans le délai qu'il indique, que l'initiateur du projet lui propose un plan de minimisation des impacts ainsi qu'un plan d'atténuation compensatoire pour compenser les impacts inévitables.

Ce plan, qui propose des mesures visant notamment la restauration, la création, et la conservation d'un milieu humide sera examiné par le ministre, dans les délais et suivant les conditions et la procédure prévue au règlement sur la conservation et la gestion durable des milieux humides, qui fera une recommandation au gouvernement dans les délais requis.

Une personne, un groupe ou une municipalité peut, dans le délai prescrit<sup>98</sup> par règlement du gouvernement, demander au ministre la tenue d'une audience publique relativement à ce projet.

À moins qu'il ne juge la demande frivole, le ministre requiert le Bureau de tenir une audience publique et de lui faire rapport de ses constatations ainsi que de l'analyse qu'il en a faite ». (L'ajout est souligné)

L'article 31.2 LQE pourrait être modifié comme suit :

Le ministre rend l'étude de caractérisation, l'étude d'impact, le plan de minimisation et le plan de compensation publics et indique à l'initiateur du projet d'entreprendre l'étape d'information et de consultation publiques prévue par règlement du gouvernement. (l'ajout est souligné)

Une personne, un groupe ou une municipalité peut, dans le délai prescrit par règlement du gouvernement, demander au ministre la tenue d'une audience publique relativement à ce projet.

À moins qu'il ne juge la demande frivole, le ministre requiert le Bureau de tenir une audience publique et de lui faire rapport de ses constatations ainsi que de l'analyse qu'il en a faite. (l'ajout est souligné)

L'article 31.5 LQE pourrait être modifié comme suit :

Lorsque l'étude d'impact, et le cas échéant, l'étude de caractérisation, le plan de minimisation et le plan de compensation, sont jugés satisfaisants par le ministre, ils sont soumis, avec la demande d'autorisation, au gouvernement. Ce dernier peut délivrer un certificat d'autorisation pour la réalisation du projet avec ou sans

---

<sup>98</sup> Il y a lieu de rallonger le délai pour les projets en milieux humides et en milieux hydriques car il y a quatre étapes supplémentaires qui s'ajoutent dans leur cas : l'obligation de réaliser et produire une étude de caractérisation du milieu, l'obligation de produire un plan d'atténuation compensatoire, de le soumettre à l'analyse de l'agence, qui fera ensuite une recommandation au ministre.

modification et aux conditions qu'il détermine ou refuser de délivrer le certificat d'autorisation. Cette décision peut être prise par tout comité de ministres dont fait partie le ministre et auquel le gouvernement délègue ce pouvoir. (L'ajout est souligné)

Dans le cas où il délivre un certificat d'autorisation pour la réalisation d'un projet d'établissement ou d'agrandissement d'un lieu d'enfouissement de matières résiduelles servant en tout ou en partie au dépôt définitif d'ordures ménagères collectées par une municipalité ou pour le compte de celle-ci, le gouvernement ou le comité de ministres peut, s'il le juge nécessaire pour assurer une protection accrue de l'environnement, fixer dans ce certificat des normes différentes de celles prescrites par un règlement pris en vertu de la présente loi.

Cette décision est communiquée à l'initiateur du projet et à ceux qui ont soumis des représentations.

Avant de délivrer le certificat d'autorisation en vertu de l'article 31.5, le gouvernement doit exiger le respect du plan de compensation recommandé par le ministre. (l'ajout est souligné).

(iii) *Définir spécifiquement la minimisation*

Lorsque le projet ou l'activité est autorisé, la superficie de terres humides affectées ou modifiées doit être limitée à la superficie minimale nécessaire. Une disposition réglementaire du Maine est à cet effet.<sup>99</sup> La réduction des impacts ne doit pas simplement être liée à la superficie mais bien évidemment être liée à la réduction des impacts sur les fonctions des milieux humides qui sont protégées, lesquelles doivent être prévues dans la loi ou le règlement à être adopté en vertu de la nouvelle *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec, comme le font plusieurs juridictions étudiées, notamment dans le droit des États américains qui ont retenu notre attention. La *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* à être adoptée au Québec doit inclure une disposition qui prévoit l'adoption, par le ministre, d'un guide, prévoyant notamment des ratios de compensation exigés en termes de superficies (voir recommandation 3 du rapport de Pellerin et Poulin 2013).

(iv) *Définir spécifiquement la compensation:  
l'imposition de mesures de compensation*

(a) Encadrement de la compensation dans différentes juridictions

(i) *Dispositions réglementaires*

Quelques régimes prévoient les mécanismes et conditions de la compensation dans les dispositions législatives elles-mêmes (Maine ; Michigan ; New Hampshire). Dans d'autres juridictions, ces mécanismes se retrouvent plutôt dans les règlements et dans les guides/politiques/programmes. (juridictions : droit fédéral américain, Alberta (Guide),

---

<sup>99</sup> Environmental Protection, 06-096 CMR §310(5) (B).

Californie (Wetlands Conservation Policy: August 23, 1993 ; Official Policy on Conservation Banks, 1995) ; Queensland (Queensland Wetlands Program).

(ii) *Compensation exigée sans discrétion*

Lorsqu'un projet ou une activité est autorisé dans un milieu humide, la compensation est exigée si l'autorité compétente en décide ainsi. Dans la plupart des juridictions étudiées, l'exigence ou non d'une compensation est ainsi laissée à la discrétion du ministre, du département ou de l'agence compétente.

En Suède, le *Code de l'environnement*<sup>100</sup> donne spécifiquement la possibilité d'imposer des mesures compensatoires lors de l'octroi d'une autorisation. Toutefois, dans les faits, aucune véritable exigence juridique contraignante n'y existe et ne prévoit la compensation environnementale, à l'exception de certaines réserves naturelles et des zones *Natura 2000*.<sup>101</sup>

En Finlande, les lois environnementales prévoient que les autorisations émises peuvent comprendre des mesures compensatoires conditionnelles. Ainsi, le requérant qui se les voit imposer devra compenser tout dommage résultant de ses actions. Toutefois, il s'agit encore d'une mesure discrétionnaire.

Même si le système de compensation existe bel et bien en France, il n'en demeure pas moins qu'il comporte d'importantes limites. En effet, le cadre réglementaire ne décrit pas précisément comment se fait l'application des mesures compensatoires. Ainsi, seuls les *Schémas directeur d'aménagement et de gestion des eaux* (SDAGE) instaurés par la *Loi sur l'eau* de 1992 et les autres documents locaux, établissent des actions de compensation qui varient donc grandement en fonction des localités.

En droit communautaire européen, le même problème subsiste. Il n'existe aucune véritable disposition réglementaire contraignante et claire imposant des mesures compensatoires.<sup>102</sup>

Dans certaines juridictions<sup>103</sup>, la compensation doit toutefois impérativement être exigée dès qu'un projet affecte négativement les valeurs et/ou fonctions écologiques d'un milieu humide, sans que cette décision ne soit laissée à la discrétion du ministre ou de l'agence. Nous recommandons une disposition législative claire en ce sens dans la loi québécoise lorsque la demande de certificat d'autorisation vise une activité ou un projet dans un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation.

---

<sup>100</sup> *Swedish Environmental Code*, en ligne : [Réf. 05-11-2012] <http://www.government.se/content/1/c6/02/28/47/385ef12a.pdf>.

<sup>101</sup> Natura 2000 est la pièce maîtresse de la politique de l'Union européenne en matière de conservation et protection de la biodiversité. Elle est fondée sur la Directive Habitats : Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, voir la version consolidée : [en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:01992L0043-20070101:EN:NOT>].

<sup>102</sup> Geneviève Barnaud et Bastien Coïc, précité, note 78, aux pp. 45-46, en ligne : [Réf. 14-07-2012] <http://www.mnhn.fr/spn/docs/rapports/SPN%202012%20-%201%20-%20RappFinalCompensation ZHOnemaMnhnCoicBarnaud24-11-11.pdf>.

<sup>103</sup> *Vermont Wetlands Rules*, précitées, note 39, art. 9.5; New Hampshire : *New Hampshire Code of Administrative rules*, Part. Env-Wt 703 Permit Process.

Dans la grande majorité des juridictions, l'objectif de la compensation est de ne permettre aucune perte nette des valeurs et/ou fonctions écologiques des milieux humides (juridictions : Maine, Allemagne; Royaume-Uni). Le choix de cette finalité influence nécessairement les méthodes de compensation qui sont privilégiées par la législation et la réglementation. Certaines juridictions affirment que leur séquence d'atténuation vise l'objectif d'« aucune perte nette », et priorisent la restauration et la création de milieux humides, bien qu'elles acceptent la conservation et la valorisation comme étant des méthodes acceptables dans certaines circonstances et à certaines conditions (Royaume-Uni; Alberta).

Le Vermont en est un exemple lorsqu'il définit la compensation, à l'article 2.09 des *Vermont Wetland Rules* comme suit :

Compensation means the mitigation of undue adverse impacts on the protected functions of significant wetlands by the replacement of those protected functions lost or impaired, through wetland creation, restoration, enhancement or preservation. Compensation may also include payment of fees to a federal "in-lieu fee" program or mitigation bank that has been approved by the Secretary.<sup>104</sup>

L'État du New Hampshire va dans le même sens que le Vermont mais détaille davantage les conditions de la compensation qui en résulte :

Env-Wt 703.02: (a) Compensatory mitigation of lost or reduced wetland functions shall be within the physical boundaries of the project where possible and appropriate. (b) Off-site compensation of a wetland function, except mitigation for lost flood storage capacity, shall be considered if the applicant shows, and the department finds, that: (1) The wetland function cannot be compensated on-site; or attempting to compensate on-site would have adverse affect on the value of other wetlands functions, the ecological value of adjacent environments, or the public health or safety; and (2) The off-site compensation provides equal or greater value for that function than the value lost as a result of the proposed project.<sup>105</sup>

Le concept de compensation a vu le jour dans les années 1970, aux États-Unis, à l'article 404 de l'US *Clean Water Act* qui requérait que les impacts négatifs causés par les travaux comme les remblais soient évités, minimisés ou compensés, dans une perspective de gestion durable de la ressource en eau. Le concept a connu une évolution, passant de la restauration de populations végétales et animales et de leurs habitats, à la récupération des fonctions écologiques liées au fonctionnement des écosystèmes.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> *Vermont Wetland Rules*, précitées note 39.

<sup>105</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §703.02.

<sup>106</sup> Barnaud & Coïc, précité, note 78, p. 9.

Généralement, trois grandes catégories de fonctions écologiques semblent être retenues dans la littérature : les fonctions hydrologiques, biogéochimiques et la biodiversité.<sup>107</sup>

En Allemagne, c'est la *Loi fédérale relative à la conservation de la Nature* (Eingriffsregelung, 1976) qui est à l'origine des règlements qui posent le cadre et les principes de la séquence d'atténuation des impacts environnementaux. Elle vise à s'assurer qu'il n'y aura « aucune perte nette » des milieux humides, par la restauration et la compensation de remplacement des impacts inévitables résiduels.

Cet objectif connaîtra une montée en puissance dans tous les pays européens, compte tenu de l'objectif 2020 de la Stratégie pour la biodiversité de l'Union européenne<sup>108</sup> adoptée en 2011, qui est « pas de perte nette », assurer le rétablissement de la biodiversité et des services écosystémiques par le moyen, entre autres, d'un système de paiements de services écosystémiques.

Nous recommandons l'introduction d'une disposition législative précisant expressément que cet objectif est poursuivi par la loi québécoise puisqu'elle permet au ministre de donner un ordre de priorité pour les méthodes de compensation dans la loi (restauration, création), d'être plus exigeant au plan des conditions de réalisation de ces méthodes, mais de prévoir l'acceptation exceptionnelle d'autres méthodes, comme la protection de milieux naturels, dans certains cas (voir le principe d'aucune perte nette parmi les définitions des principes proposés ci-haut dans la section 3.2.2.2 B).<sup>109</sup> (Voir recommandation 2 du rapport de Pellerin et Poulin 2013).

(iv) *Méthodes de compensation  
encouragées et/ou privilégiées*

La compensation peut être effectuée en utilisant les méthodes de restauration, de création et de protection de milieux humides mais un ordre de priorité doit être prévu dans la loi, au moins pour les milieux humides des Basses-terres du Saint-Laurent. Afin d'assurer la préservation des composantes et fonctions typiques des milieux humides naturels dans le paysage, la protection

---

<sup>107</sup> Barnaud, G. & Fustec, E. 2007. Conserver les zones humides : pourquoi ? Comment ? Collection : Sciences en partage. Editions Quae & Educagri, 296 p. ; Aoubid, S. & Gaubert, H. 2010. Évaluation économique des services rendus par les zones humides. SEEIDD-CGDD- MEEDDM, Études et documents, 23 : 1- 50.

<sup>108</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020* [en ligne : [http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/2020/comm\\_2011\\_244/1\\_FR\\_ACT\\_part1\\_v2.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/2020/comm_2011_244/1_FR_ACT_part1_v2.pdf)]. Pour le Résumé de la stratégie, action 7 : [en ligne : [http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/biodiversity\\_2020/2020%20Biodiversity%20Factsheet\\_FR.pdf](http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/biodiversity_2020/2020%20Biodiversity%20Factsheet_FR.pdf)].

<sup>109</sup> La compensation, au sens du *Business and Biodiversity Offsets Programme* (BBOP), correspond toutefois idéalement à un *gain net de biodiversité*, au-delà de ce qui est obtenu par des actions d'évitement, d'atténuation et de restauration. En effet, au plan international, les travaux portent sur la compensation appliquée à la biodiversité. Pour le BBOP, elle correspond à « l'action visant à offrir une contrepartie positive à un impact dommageable non réductible provoqué par un projet, de façon à maintenir la biodiversité dans un état équivalent ou meilleur à celui observé avant la réalisation du projet. Elle n'intervient que sur l'impact résiduel, lorsque toutes les mesures envisageables ont été mises en œuvre pour éviter puis réduire les impacts négatifs sur la biodiversité ». Le mécanisme privilégié semble alors être la banque d'habitats (*habitats banking*). *Business and Biodiversity Offsets Programme* (BBOP) (2009), [en ligne : <http://www.business-biodiversity.eu/default.asp?Menu=133&News=43>] ; Barnaud, précité, note 78, p. 15. Voir aussi l'ensemble des documents publiés par le BBOP sur la compensation : [<http://bbop.forest-trends.org/documents/>].

devrait venir en appui (ajout) à la restauration et création de milieux humides, deux formes de compensation qui elles, peuvent permettent de tendre vers l'atteinte de l'objectif d'aucune perte nette en termes de superficies.

- *Les méthodes disponibles*
- *La restauration et l'amélioration*

Si on détruit des milieux humides et qu'on vise l'objectif d'« aucune perte nette », il faut en créer et en restaurer. La nuance entre la restauration et la création est parfois mince et dépend du niveau de perturbation du milieu humide d'impact. Plusieurs études montrent que les fonctions écologiques des milieux créés ne sont pas au même niveau que celles qu'on retrouve dans les milieux naturels.<sup>110</sup> Il en est de même pour les milieux restaurés, mais ils se rapprochent plus des milieux naturels, tout dépendamment, dans chaque cas, du contexte et du type de milieu humide.

La restauration devrait généralement être la première option envisagée. Selon la littérature, la probabilité de réussite semble plus grande et les impacts réduits par rapport à la création de milieu humides. Les gains potentiels en termes de fonctions écologiques seraient plus élevés, par rapport à l'amélioration et à la préservation, même si le délai peut parfois être long avant de rétablir les fonctions écologiques souhaitées.<sup>111</sup>

Dans l'objectif de n'obtenir aucune perte nette de milieux humides, certaines juridictions privilégient donc la restauration, et ensuite la création de milieux humides, comme moyens de compensation, de préférence à tout autre mécanisme.

- Les États du Vermont et du New Hampshire et la province canadienne de l'Alberta privilégient la restauration, et ensuite la création, par rapport aux autres types de compensation de milieux humides<sup>112</sup>.
- Le régime albertain définit la compensation en référant uniquement à un paiement dans un fonds destiné aux travaux de restauration : « *Compensation : payment into a fund for wetland restoration work* ». <sup>113</sup> La politique albertaine sur les milieux humides prévoit que la restauration des zones humides est une alternative de compensation qui peut être utilisée pour remplacer des milieux humides naturels drainés ou altérés, mais elle permet la prise en considération d'autres moyens de compensation. En effet, les demandeurs d'une autorisation sont invités à faire des suggestions de remplacement qui seront aussi examinées, en dehors du processus de financement de la restauration.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Davis Moreno-Mateos, Mary E. Power, Francisco A. Comin, Roxana Yockteng (2012) Structural and Functional Loss in Restored Wetland Ecosystems. PLoS Biol 10(1): e1001247; Michael P. Weinstein, M.P., J.M. Teal, J.H. Balletto et K.A. Strait, 2001. Restoration principles emerging from one of the world's largest tidal marsh restoration projects. *Wetlands Ecology and Management*, 9: 387-407.

<sup>111</sup> Les études sont toutefois nuancées quant aux résultats de cette comparaison qui varient en fonction de plusieurs facteurs tels que le climat, le type de perturbation, la grandeur du site impacté, etc. : *Ibid.*; Weinstein et al. 2001).

<sup>112</sup> Agency of Natural Resources, Natural Resources Board, CVR 12-004-056 (9.5)(c) (2012); New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Watervision, Env Wt §805.02.

<sup>113</sup> Alberta Environment, *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*, February 2007, « Definitions », p. iii.

<sup>114</sup> Alberta Environment, *Provincial Wetland Restoration/Compensation Guide*, February 2007, « Guide Intent », p. ii : « Wetland restoration as compensation is one option that can be used to replace drained or altered naturally

- *La création et  
l'agrandissement de milieux humides*

Pour la création, le milieu créé devrait être adjacent à un milieu humide existant, de préférence le milieu humide perturbé lorsque cela est possible, ou un autre site dans le même bassin versant, ensuite seulement, ailleurs. (ex. Maine ; France).

- *3. La protection*

Les mesures de protection ne permettent pas l'atteinte de l'objectif « d'aucune perte nette » de superficie si elles ne sont pas accompagnées d'une autre méthode de compensation (restauration, création). (Voir recommandation 2 du rapport de Pellerin et Poulin 2013).

Les mesures mises en place pour pérenniser la protection d'un milieu humide compensé doivent être utilisées.

- *Les décisions relatives aux méthodes  
de compensation et à leurs conditions  
d'application*

Nous recommandons l'adoption d'une disposition législative, en droit québécois, prévoyant que les mesures de compensation seront, par ordre de préférence: la restauration du milieu humide perturbé, lorsque cela est possible (ex. tourbière pour production de terreau horticole), d'un milieu humide perturbé adjacent ou situé dans le même bassin versant; l'agrandissement des limites d'un milieu humide existant qui est de préférence du milieu humide perturbé, d'un milieu humide adjacent ou d'un milieu humide dans le même bassin versant; la création de nouveaux milieux humides adjacents au milieu humide perturbé de préférence; la protection de milieux humides naturels, en ajout des mesures de restauration et/ou création, pour assurer le maintien des fonctions dans le paysage. Ceci vise la recherche de l'atteinte de l'objectif d'aucune perte nette de milieux humides (Voir recommandation 2 du rapport de Pellerin et Poulin 2013).

Dans l'État du Maine, les obligations liées à la compensation des milieux humides sont les suivantes :

- Détenir l'expertise (scientifique) nécessaire
- Détenir les moyens financiers d'assurer la réussite de la compensation
  - 1) Être persistant : Être prêt à modifier et augmenter le nombre de ressources liées à la compensation dans le cas où elle ne progresserait pas au rythme prévu.
  - 2) Un minimum de 5 ans pour le suivi du projet.
  - 3) Tenter de compenser un milieu qui n'aura pas besoin de maintenance après le projet fini, mais dans le cas contraire, prévoir les ressources de maintenance (contrôle de niveau d'eau, contrôle des plantes envahissantes).

---

occurring wetlands. Approval applicants are welcome to make alternate suggestions that will also be considered, outside of the compensation funding process. »

- 4) Protection du milieu compensé : joindre des restrictions ou une servitude de conservation dans un projet de compensation où la préservation est choisie, une parcelle du terrain doit rester non-développée.
- 5) Pour la création : le milieu créé doit être adjacent à un milieu humide (ou cours d'eau) existant.
- 6) Un plan de compensation doit être fourni.<sup>115</sup>

- *La Californie*

En Californie, l'autorisation de la compensation se fait au cas par cas en tenant compte des informations suivantes:

- 1) La pertinence du site;
- 2) Le type de compensation: "*mitigation bank, in lieu fee site, on-site project, off-site project, in-kind, and out-of-kind*"
- 3) La différence entre la valeur/propriété écologique du site original et celle prévue après la compensation;
- 4) La durée de la perte nette (le temps entre le milieu affecté et le résultat final de la compensation);
- 5) La difficulté ou les risques liés à la compensation afin de répondre aux objectifs des bassins versants.<sup>116</sup>

- *Forces et faiblesses des systèmes mis en place pour réaliser les méthodes de compensation*

L'analyse des modèles de compensation utilisés en droit fédéral américain et dans les États américains indique que toutes les mesures de compensation ont leurs forces et leurs faiblesses :

- *Le système demandeur-responsable*

Ce système remet la responsabilité au demandeur de fournir un plan de compensation à l'autorité compétente afin de recevoir son autorisation. Ce système fait en sorte que la restauration, la création, et/ou la protection d'un milieu humide est entreprise par le titulaire du certificat d'autorisation qui en conserve l'entière responsabilité. Dans ce cas, la compensation est *a posteriori*, ce qui peut être vu comme un inconvénient. En effet, le demandeur doit fournir un plan de compensation mais il le met en œuvre après la détérioration du milieu humide, au contraire des banques où on achète/échange des milieux déjà restaurés-crées-protégés avant de réaliser l'activité pour laquelle on obtient une autorisation. L'approbation des travaux et leur

---

<sup>115</sup> Environmental Protection, 06-096 CMR §310(6)(A-H).

<sup>116</sup> California Water Boards, State Water Resources Control Board, *Preliminary Draft: Water Quality Control Policy for Wetland Area Protection and Dredge and Fill Permitting*, 9 mars 2012. En ligne: <[http://www.waterboards.ca.gov/water\\_issues/programs/cwa401/docs/wrapp/policy\\_draft.pdf](http://www.waterboards.ca.gov/water_issues/programs/cwa401/docs/wrapp/policy_draft.pdf)>

suivi doit être faite par des experts figurant sur une liste approuvée par le ministre. De plus, différentes méthodes doivent être utilisées pour assurer la pérennité des compensations.

Dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* qui sera adoptée au Québec, une disposition doit spécifiquement prévoir que le demandeur est responsable de la réalisation des travaux suivant les conditions prévues au certificat d'autorisation, qu'il est également responsable de son suivi dans le temps et que des sanctions peuvent être prévues s'il fait défaut de respecter ces conditions.

- *Le système de redevances en-lieu-de*

Ce système correspond à un dépôt dans un fonds vert ou à un organisme à but non-lucratif. Il s'agit d'un programme impliquant la restauration, la création, et la protection des milieux humides par les fonds versés à une entité gouvernementale ou à une organisation à but non lucratif de conservation ou de gestion des ressources naturelles pour satisfaire aux exigences d'atténuation compensatoires requises aux fins de l'obtention d'un certificat d'autorisation. Semblable à une banque d'atténuation compensatoire, un programme de redevance « en lieu de » vend des crédits compensatoires d'atténuation aux titulaires de permis, dont l'obligation de fournir des mesures d'atténuation compensatoire est ensuite transférée au responsable du programme « en lieu et place de ». <sup>117</sup>

Dans tous les cas où le système « en lieu et place de » est permis, les juridictions étudiées tentent de mettre en place un programme ou des partenariats avec des organismes spécialisés dans la restauration/création/protection de milieux humides et d'habitats. Ex. l'Agence de protection de l'environnement du Maine (EPA-Maine) a préparé un programme en partenariat avec plusieurs organismes : le Maine Wetland Interagency Team et le U.S. Environmental Protection Agency's Enhancing State and Tribal Wetland Programs (ESTP) Initiative.

Dans ce système, la compensation se fait aussi *a posteriori*, ce qui est un inconvénient. Par ailleurs, les avantages sont indéniables lorsque ce système est prévu dans un programme encadré par une autorité compétente et dont le suivi est, si possible, assuré par un comité d'experts. Ce système est plus avantageux qu'un système demandeur-responsable où l'expertise pour réaliser la compensation n'est pas nécessairement existante à moins que les travaux de compensation réalisés dans le cadre du système demandeur-responsable soient assujettis à l'approbation d'experts habilités, identifiés sur une liste approuvée par l'autorité compétente.

Pour les banques de compensation et des systèmes «en lieu de», la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec doit indiquer clairement la ou les parties responsables de la mise en œuvre, de la performance et de la gestion à long terme du projet de compensation et permettre l'imposition de sanctions en cas de non respect. Le droit fédéral américain est, entre autres, à cet effet. <sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Toutefois, les règles régissant le fonctionnement et l'utilisation de programmes « en lieu et place de » sont un peu différentes de celles qui régissent le fonctionnement des banques d'atténuation compensatrice. Le fonctionnement d'un programme de redevance en lieu et place de » est régi par la réalisation d'une opération de compensation, en remplacement des frais du programme.

<sup>118</sup> Corps Regulation 33 CFR §332.3 (i)(1) General compensatory mitigation requirements.

Ce système propose des banques de milieux humides restaurés-créés-protégés qui peuvent être crédités et valoir comme mesure de compensation d'un milieu humide détérioré. Il est intéressant que la compensation se fasse *a priori* de l'activité dégradant un milieu humide. Toutefois, certains auteurs craignent que les banques de compensation soient plus intéressées au gain économique qu'elles occasionnent qu'à la protection réelle de l'environnement.<sup>119</sup> Un site ou un ensemble de sites où des ressources (par exemple, des milieux humides, des ruisseaux, des zones riveraines) sont restaurées, créées ou mises en place, améliorées et/ou conservées dans le but de fournir des mesures d'atténuation compensatoires des impacts autorisés sur un milieu humide par un certificat d'autorisation. En général, une banque de compensation vend des crédits d'atténuation compensatoires aux titulaires de permis. L'obligation du titulaire du permis, de fournir des mesures de compensation, est ensuite transférée au promoteur de la banque de compensation. Le fonctionnement et l'utilisation d'une banque doivent être régis par un instrument bancaire d'atténuation.

La faisabilité du recours aux banques de compensation dépend de la disponibilité de sites sur lesquels peuvent se vendre des unités de compensation. Il est dès lors évident qu'un véritable développement d'un marché à partir de banques de compensation dépend du renforcement de la législation et de la réglementation. Cette réglementation doit prévoir un mécanisme pour encadrer, vérifier sur le terrain et assurer le suivi du volume et de la qualité des sites de la ou des banques existantes.

Hahn et Kenneth (2010) ont identifié les avantages des banques de compensation (banques d'habitats) en les comparant aux mécanismes individuels de compensation comme celui du demandeur-responsable, comme suit :

- 1) Des travaux de restauration/création ou des moyens de protection entrepris par des professionnels qualifiés ;
- 2) Une réduction des délais de traitement des demandes de permis (ou autorisations) ;
- 3) Une dispense pour le demandeur de réaliser lui-même la compensation ;
- 4) Des coûts d'indemnisation prédéfinis ;
- 5) Une gestion du site sur le long terme.<sup>120</sup>

Plusieurs régimes prévoient des mesures de compensation au cas par cas. À la suite de nos analyses, nous sommes d'avis qu'il faut encadrer la compensation et ne pas simplement prévoir qu'une compensation sera réalisée selon le projet. Les éléments suivants doivent au moins se retrouver dans la loi et le règlement à être adoptés au Québec :

---

<sup>119</sup> Royal C. Garner, *Lawyers, Swamps and Money: U.S. Wetland Law, Policy, and Politics*, Washington, Island Press, 2011 à la p 102.

<sup>120</sup> Hahn, R. & Kenneth, R. 2010. Environmental Offset Programs: Survey and Synthesis. The University of Manchester. Prepared for submission to the Review of Environmental Economics and Policy, 32 p.

1) Le plan de compensation doit être produit par le demandeur selon certains critères établis ;

2) Même si une approche de gestion/aménagement du territoire basé sur la gestion des bassins versants n'est pas utilisée, obliger le demandeur à tenir compte du contexte du bassin versant. En droit fédéral américain, le *Corps regulation* prévoit que :

« In general, the required compensatory mitigation should be located within the same watershed as the impact site, and should be located where it is most likely to successfully replace lost functions and services, taking into account such watershed scale features as aquatic habitat diversity, habitat connectivity, relationships to hydrologic sources (including the availability of water rights), trends in land use, ecological benefits, and compatibility with adjacent land uses ».<sup>121</sup>

3) Des critères de performance écologique liés à la compensation doivent être énoncés dans le règlement d'application de la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* à être adoptée, et être précisés de manière plus technique dans un guide technique à être adopté et qui guidera les experts habilités dans leur travail au soutien de la loi. L'agence fédérale américaine de protection de l'environnement (l'EPA) prévoit, dans sa réglementation conjointe à la réglementation de l'UNACE, certains critères de performance écologique permettant de s'assurer de la qualité des milieux humides compensés<sup>122</sup> ; Les *Vermont Wetland Rules* sont encore plus détaillées à ce sujet.

4) Une cartographie détaillée : L'UNACE énumère les différents types d'outils que les demandeurs et promoteurs peuvent utiliser pour identifier les milieux humides et les sites pouvant être compensés. Cet outil est important pour la conservation des milieux humides et c'est pour cette raison que l'UNACE la fait ressortir et la prévoit dans sa réglementation.<sup>123</sup> Les *Vermont Wetland Rules* identifient trois classes de milieux humides et recourent à des cartes pour les identifier. La Suède a également entrepris un vaste travail de cartographie de ses milieux humides (voir p. 23 ci-haut). (Voir recommandation 5 du rapport principal de Pellerin et Poulin 2013).

Lors de l'évaluation des alternatives de compensation, le ministre tiendra compte de ce qui serait écologiquement préférable. En rendant cette décision, il doit évaluer certaines fonctions écologiques, lesquelles doivent être identifiées à l'avance dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides*. Une disposition s'inspirant de la disposition suivante pourrait être adoptée pour ce faire:

« Les mesures d'atténuation compensatoire qui seront requises, dans le certificat d'autorisation délivré en vertu de l'article 22 ou l'article 31.5 LQE, doivent être déterminés par les autorités compétentes en fonction de la possibilité de compenser les

---

<sup>121</sup> Corps Regulation 33 CFR §332.3 (b)(1) General compensatory mitigation requirements.

<sup>122</sup> Environmental Protection Agency 40 CFR 230.95 Ecological performance standards.

<sup>123</sup> Corps Regulation 33 CFR §332.3 (c)(3)(ii) General compensatory mitigation requirements.

fonctions liées aux milieux humides qui seront perdues à la suite du projet ou de l'activité autorisée, en considérant notamment:

- i) La probabilité de réussite écologique et la durabilité;
- ii) L'emplacement du site de compensation. Le site qui sera choisi pour compenser ces pertes jugées inévitables se trouve, par ordre de préférence, sur le site même du projet, sur un site adjacent au projet, ailleurs dans le même bassin versant, ailleurs. Lors de l'examen des options de localisation, l'autorité doit privilégier les mesures d'atténuation compensatoires qui sont situées dans le même bassin versant que le site d'impact, et doit choisir le site de remplacement là où il est le plus susceptible de réussir à remplacer les fonctions écologiques perdues et les services écosystémiques, en tenant compte de ces caractéristiques à l'échelle des bassins versants, notamment les avantages écologiques, la diversité des habitats aquatiques, la connectivité des habitats, les relations aux sources hydrologiques, les tendances d'utilisation des terres et la compatibilité avec les utilisations des terres adjacentes. Autant que possible, le site d'atténuation compensatoire doit être choisi de manière à remplacer les fonctions perdues et les services au sein du même système écologique selon le cadre écologique de référence et une catégorisation des milieux humides bien établie.

L'autorité doit baser sa décision sur l'analyse des informations sur les conditions des bassins versants. Ces informations comprennent: les tendances actuelles de la perte d'habitat ou de conversion, les impacts cumulatifs des activités de développement passés, les tendances actuelles de développement, la présence et les besoins des espèces menacées ou vulnérables, les conditions du site qui favorisent ou entravent la réussite des projets d'atténuation compensatoires.

Ces informations peuvent être disponibles à partir de sources telles que les cartes des milieux humides, des enquêtes topographiques du sol; des photographies aériennes, des renseignements sur les espèces rares, menacées et leur habitat essentiel; des études écologiques, et autres sources d'information qui pourraient être utilisées pour identifier les emplacements appropriés pour les projets d'atténuation compensatoires dans le bassin versant.

- iii) Les conditions hydrologiques, caractéristiques du sol, et d'autres caractéristiques physiques et chimiques;
- iv) l'échelle du bassin fonctions, telles que la diversité des habitats aquatiques, la connectivité des habitats, et d'autres fonctions l'échelle du paysage;
- v) La taille et l'emplacement du site de l'atténuation de compensation par rapport à des sources hydrologiques (y compris la disponibilité des droits d'eau) et d'autres caractéristiques écologiques;

- vi) La compatibilité avec les utilisations des terres adjacentes et les plans de gestion des bassins versants;
- vii) Les effets raisonnablement prévisibles que le projet d'atténuation compensatoire aura sur les ressources aquatiques ou terrestres écologiquement importantes.
- viii) D'autres facteurs pertinents, y compris, mais sans s'y limiter, les tendances du développement, les changements d'utilisation des terres prévues, l'état et les tendances de l'habitat, les positions relatives des sites d'impact et d'atténuation dans le réseau hydrographique, les objectifs locaux ou régionaux pour la restauration ou la protection de types d'habitat ou de fonctions particuliers (par exemple, le rétablissement des corridors d'habitat ou un habitat pour les espèces préoccupantes), les objectifs de qualité des eaux, les objectifs de gestion des plaines inondables, ainsi que le potentiel relatif de contamination chimique des ressources aquatiques.
- ix) et les coûts du projet d'atténuation compensatoire.<sup>124</sup>

Concernant les ratios de compensation, la protection qui est un moyen de compensation requérant un ratio élevé, ne peut être proposée seule dans plusieurs États. Par exemple, dans l'État de Washington, la préservation *s'applique* en cas de menace imminente, « *elle n'est autorisée qu'à condition d'être combinée à d'autres mesures de mitigation et lorsque le responsable technique décide que l'ensemble des mesures de compensation remplace complètement les fonctions et les valeurs perdues lors de l'aménagement* » (WSDOT, 2008). Cet exemple, ainsi qu'une synthèse intéressante de la littérature concernant les calculs et l'utilisation des ratios dans différentes juridictions, sont à examiner, entre autres dans l'étude de Barnaud & Coïc.<sup>125</sup> (voir recommandation 2 du rapport de Pellerin et Poulin, 2013).

- *Le Maine*

Nous pensons que l'exemple du Maine est intéressant. Dans cet état américain, les dispositions législatives en matière de permis et compensation en général se retrouvent dans le *Natural Resources Protection Act*, 38 MRSA §480 (2007).

Cette loi permet l'utilisation de plusieurs moyens de compensation différents. L'autorité compétente peut exiger que la compensation comprenne la conception, la réalisation et le suivi d'un projet de compensation par le demandeur lui-même (mécanisme « demandeur-responsable ») ou, par un système « en lieu de? », et peut permettre au demandeur d'acheter des crédits auprès d'une banque de compensation. Si la compensation est nécessaire, la réalisation et le suivi du projet de compensation du demandeur-responsable ou de paiement d'une indemnité (en lieu de) ou d'un projet d'achat de crédits, doivent être une condition du permis. Si ces conditions ne sont pas respectées, une disposition spécifique prévoit des sanctions et la possibilité de révoquer le permis.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Cette disposition s'inspire des dispositions des États du Maine et de la Californie, précité notes 115 et 116.

<sup>125</sup> Précité, note 78, aux pages 70 à 74.

<sup>126</sup> *Natural Resources Protection Act*, 38 MRSA §480-Z (2007): « The department may require that compensation include the design, implementation and maintenance of a compensation project or, in lieu of such a project, may allow the applicant to purchase credits from a mitigation bank or to pay a compensation fee. If compensation is

Dans les *Vermont Wetland Rules*, on retrouve un classement des milieux humides. On les place en trois classes distinctes.<sup>127</sup> Une méthodologie, fondée sur des cartes, des listes de critères, de fonctions des milieux humides permet de les catégoriser dans l'une ou l'autre de ces catégories. Par la suite, les activités qui peuvent avoir lieu dans l'une ou l'autre de ces catégories de milieux humides, avec ou sans autorisation, sont décrites, et les moyens de compensation exigés varient.

Les dispositions réglementaires sur le choix de recourir à la compensation et sur le choix des moyens de la compensation y sont les suivantes :

- La compensation: Compensation may be considered only when full compliance with the requirements of subsection b (1-3) is insufficient to achieve no net undue adverse effect on any protected function. Such compensation measures may include establishing new wetlands or enlarging the boundaries of an existing wetland to compensate for the adverse impact of the proposed activity. The compensation may also include payment of fees to a federal "in- lieu fee" program or mitigation bank approved by the Secretary. (notre emphase)<sup>128</sup>
- Any compensation plan must demonstrate that:
  - (1) there will be no net loss of the protected functions or acreage of significant wetlands;
  - (2) the compensation measures will be fully implemented prior to, or concurrently with, the proposed activity;
  - (3) the compensation measures shall be monitored and managed for a period necessary to insure full replacement of the protected functions in question and any additional period that may be required by subsequent remedial measures but in no event for less than five years;
  - (4) measures shall be designed to be self-sustaining following the period for which monitoring or management is required;
  - (5) adequate financial surety is provided to carry out the proposed compensation including any necessary remedial measures; and

---

required, the completion and maintenance of a project purchase of credits or payment of a compensation fee must be a condition of the permit. »

<sup>127</sup> Wetlands Protection and Water Resources Management, 10 VSA §902 (6-8), art. 2.06 à 2.08 et art. 2.05  
2.06 Class I wetland means a wetland that: (A) is identified on the Vermont significant wetlands inventory maps as a Class I wetland; or (B) the Panel determines, based on an evaluation of the extent to which the wetland serves the functions and values set forth at 10 V.S.A. § 6025(5)(A)-(K) and in Section 5 of these rules, is exceptional or irreplaceable in its contribution to Vermont's natural heritage and, therefore, merits the highest level of protection. See 10 V.S.A. § 902(6).

2.07 Class II wetland means a wetland other than a Class I or Class III wetland that: (A) is a wetland identified on the Vermont significant wetlands inventory maps; or (B) the Secretary determines merits protection, based on an evaluation of the extent to which the wetland serves the functions and values set forth at 10 V.S.A. § 6025(d)(5)(A)-(K) and Section 5 of these rules, either taken alone or in conjunction with other wetlands. See 10 V.S.A. § 902(7).

2.08 Class III wetland is a wetland that is neither a Class I nor a Class II wetland. See 10 V.S.A. § 902(8).

2.05 Buffer zone means the area contiguous with a significant wetland which serves to protect those values and functions sought to be preserved by its designation, consistent with 10 V.S.A. § 902(9).

<sup>128</sup> Agency of Natural Resources, Natural Resources Board, CVR 12-004-056 (9.5)(c) (2012).

(6) any replacement wetland will be permanently preserved by a conservation easement or deed restriction conveyed to a suitable party or by other appropriate means<sup>129</sup>.

- *Le New Hampshire*

Le Code du New Hampshire reconnaît les possibilités d'utiliser la compensation pour les milieux humides,<sup>130</sup> dans les dispositions réglementaires suivantes :

- Env-Wt 302.03 : On retrouve la séquence Éviter-minimiser-Compenser.<sup>131</sup>
- Env-Wt 501.05 : Les facteurs que doivent respecter les mesures de compensation :
  - (a) The applicant shall proceed in accordance with (b), below, for a proposed project that:
    - (1) Will fill less than one acre and meets the criteria for a United States Army Corps of Engineers state programmatic general permit (SPGP); or
    - (2) Will impact up to 3 acres, is a public roadway as defined in Env-Wt 807.01(b) or a public utility project as defined in Env-Wt 807.01(c), and meets the criteria for an SPGP.<sup>132</sup>
- Env-Wt 703.02: Les critères pour la compensation: (a) Compensatory mitigation of lost or reduced wetland functions shall be within the physical boundaries of the project where possible and appropriate. (b) Off-site compensation of a wetland function, except mitigation for lost flood storage capacity, shall be considered if the applicant shows, and the department finds, that: (1) The wetland function cannot be compensated on-site; or attempting to compensate on-site would have adverse affect on the value of other wetlands functions, the ecological value of adjacent environments, or the public health or safety; and (2) The off-site compensation provides equal or greater value for that function than the value lost as a result of the proposed project.<sup>133</sup>

Tout comme dans les dispositions législatives (Statutes), on privilégie la compensation demandeur-responsable.<sup>134</sup>

- Env-Wt 805.02 : Les dispositions sur la création et la restauration : Criteria for Evaluation :

To propose compensatory mitigation based on wetland restoration or creation, the applicant shall:

**(a) Give preference to wetland restoration over wetland creation;**

(b) Submit a functional assessment in accordance with Env-Wt 803.01(b) of the impacted jurisdictional area(s) and the proposed mitigation site(s);

---

<sup>129</sup> Agency of Natural Resources, Natural Resources Board, CVR 12-004-056 (9.5)(c) (2012).

<sup>130</sup> Water Management and Protection, 50 NH Rev Stat (RSA) §482-A (28-34) (2006).

<sup>131</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §302.03.

<sup>132</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §501.05.

<sup>133</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §703.02.

<sup>134</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §801.03.

- (c) Have the wetland delineation prepared by a certified wetland scientist in accordance with Env-Wt 301.01;
- (d) Identify and evaluate the potential for occurrence of rare or special concern species, state or federally listed threatened or endangered species, species at the extremities of their ranges, migratory species, and exemplary natural communities identified by the DRED-NHB;
- (e) **Include connections to wetlands**, surface waters, or associated upland wildlife and vegetated corridors to enhance the wetland or surface water use and colonization by native flora and fauna;
- (f) Identify the source of wetland hydrology for the proposed mitigation area to confirm that the site has a suitable geomorphic setting for aquatic resource restoration or creation;
- (g) Explain how the proposal creates hydrologic conditions or land connections that **will produce the desired wetland functions** and values to be restored or created;
- (h) Provide wetland micro and macro topography in the proposal to achieve hydrologic diversity;
- (i) Identify the relationship of the proposed mitigation site to any jurisdictional area(s) in the immediate vicinity, the proximity to existing infrastructure and adjacent properties, and whether any lands are protected in the vicinity of the mitigation site(s);
- (j) Provide documentation on how the proposed wetland restoration and creation site will not be affected by anticipated secondary and cumulative impacts from the construction site;
- (k) For restoration proposals, explain the history of the filled or disturbed area, to the extent known;
- (l) Include plans prepared in accordance with Env-Wt 805.03; and
- (m) Include a report describing how annual monitoring will be conducted following construction of the mitigation site(s), identifying the name of the qualified professional responsible for monitoring, proposed measures of success, and the remedial measures to be taken during construction and after completion of the project to promote success of the mitigation area.<sup>135</sup>

(Notre emphase)

Le New Hampshire Department of Environmental Services a créé un nouveau programme en 2012 : L'Aquatic Resource Mitigation (ARM) Fund Program. Ce programme débloque des fonds pour la restauration de milieu humide, la conservation et l'amélioration d'habitats.<sup>136</sup>

Le document *State of Biodiversity Markets. Offset and Compensation Programs Worldwide*<sup>137</sup> contient certaines précisions au sujet des différents types de banques de compensation existants.

---

<sup>135</sup> New Hampshire Code of Administrative Rules, Department of Environmental Services, Water Division, Env Wt §805.02.

<sup>136</sup> New Hampshire Government Website, Department of Environmental Services, Aquatic Resource Mitigation Funds, 2012. En ligne:< <http://des.nh.gov/organization/divisions/water/wetlands/wmp/documents/2012arm-fund.pdf>>

<sup>137</sup> Business and Biodiversity Offsets Program (BBOP), *State of Biodiversity Markets. Offset and Compensation Programs Worldwide*, [en ligne : [http://www.forest-trends.org/documents/files/doc\\_2411.pdf](http://www.forest-trends.org/documents/files/doc_2411.pdf)]. Voir aussi les

La possibilité d'utiliser plusieurs mesures de suivi pourrait permettre d'opter pour le modèle le plus adéquat pour assurer la pérennité de la compensation de chaque milieu humide compensé. La Californie a développé plusieurs mesures différentes pour répondre à plusieurs réalités :

1) Les **servitudes de conservation** entre un propriétaire foncier et un gouvernement ou organisme. Le propriétaire conserve la propriété et le droit d'utilisation de la terre en plus du revenu direct de la vente de la servitude de conservation à l'organisme, a accès à des réductions de taxes et/ou d'impôts et finalement, s'assure de la protection des ressources naturelles de la terre.

Au Québec, la servitude, qui est un démembrement du droit de propriété qui s'établit généralement par contrat, est régie par les articles 1177 à 1194 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.). Voici quelques articles pertinents qui la régissent:

1177. La servitude est une charge imposée sur un immeuble, le fonds servant, en faveur d'un autre immeuble, le fonds dominant, et qui appartient à un propriétaire différent. Cette charge oblige le propriétaire du fonds servant à supporter, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété.

La servitude s'étend à tout ce qui est nécessaire à son exercice.

1178. Une obligation de faire peut être rattachée à une servitude et imposée au propriétaire du fonds servant. Cette obligation est un accessoire de la servitude et ne peut être stipulée que pour le service ou l'exploitation de l'immeuble.

1181. La servitude s'établit par contrat, par testament, par destination du propriétaire ou par l'effet de la loi.

Elle ne peut s'établir sans titre et la possession, même immémoriale, ne suffit pas à cet effet.

1184. Le propriétaire du fonds dominant peut, à ses frais, prendre les mesures ou faire tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver, à moins d'une stipulation contraire de l'acte constitutif de la servitude.

À la fin de la servitude, il doit, à la demande du propriétaire du fonds servant, remettre les lieux dans leur état antérieur.

1185. Le propriétaire du fonds servant, chargé par le titre de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude, peut s'affranchir de cette

charge en abandonnant au propriétaire du fonds dominant soit la totalité du fonds servant, soit une portion du fonds suffisante pour l'exercice de la servitude.

1186. Le propriétaire du fonds dominant ne peut faire de changements qui aggravent la situation du fonds servant.

Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à diminuer l'exercice de la servitude ou à le rendre moins commode; toutefois, s'il a un intérêt pour le faire, il peut déplacer, à ses frais, l'assiette de la servitude dans un autre endroit où son exercice est aussi commode pour le propriétaire du fonds dominant.

1191. La servitude s'éteint:

1° Par la réunion dans une même personne de la qualité de propriétaire des fonds servant et dominant;

2° Par la renonciation expresse du propriétaire du fonds dominant;

3° Par l'arrivée du terme pour lequel elle a été constituée;

4° Par le rachat;

5° Par le non-usage pendant 10 ans.

La servitude est à recommander comme mesure de pérennité car elle présente de nombreux avantages pour les deux parties, notamment au plan de la simplicité et de la souplesse de l'outil<sup>138</sup>, **mais elle n'est appropriée que lorsque le milieu humide d'impact** (fonds dominant qui appartient au demandeur) **et le milieu humide**, dont la propriété a été transférée au gouvernement et **qui fait l'objet de mesures de restauration**, création ou protection, (fonds servant appartenant au gouvernement) **sont adjacents**. Lorsque les milieux ne sont pas adjacents, et ce, même lorsqu'ils sont situés dans le même bassin versant, la constitution d'une obligation réelle (*propter rem*)<sup>139</sup> par contrat entre le gouvernement et le demandeur, est plus appropriée.

---

<sup>138</sup> Il s'agit d'une entente entre le propriétaire et un organisme de conservation, une municipalité ou le gouvernement, par laquelle le propriétaire limite les usages sur sa propriété afin d'y maintenir les conditions nécessaires à la conservation d'une autre propriété située à proximité. Dans ce cas, le terrain du propriétaire, qui est le fonds servant, doit rendre un service de conservation au terrain du bénéficiaire, qui est le fonds dominant. L'entente permet de moduler avec souplesse les activités permises ainsi que les exigences de surveillance à respecter par le propriétaire et le bénéficiaire. Les acquéreurs subséquents ainsi que les héritiers doivent respecter les conditions de cette entente.

<sup>139</sup> Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, VII, 283 pages ; Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 1e éd. Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 2000. 439 p. 98 et ss. Dans le cas d'une obligation réelle, le propriétaire est obligé personnellement à certaines obligations et ses obligations sont garanties par un droit réel accessoire sur un bien dont il est propriétaire. L'abandon de son droit de propriété par le débiteur de cette obligation, le cas échéant, n'entraîne pas l'extinction de son obligation personnelle, pas plus qu'elle n'entraîne l'extinction du droit réel du créancier. Voir à ce sujet, les explications données dans le texte suivant : Élise Charpentier et Benoît Moore, « Responsabilité civile et rapports de voisinage. Responsable ou obligé? Commentaire de l'arrêt *Ciment du St-Laurent c. Barrette* », (2009) 43 R.J.T. 467, 478. Voir aussi sur l'obligation *propter rem* notamment: Lucie Laflamme, « Les rapports de voisinage expliqués par l'obligation *propter rem* », dans Sylvio Normand (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, 229, à la page 241 ; Yves Caron, « Les "servitudes légales" sont-elles des servitudes réelles? », (1962) 12 R.J.T. 123.

Étant une obligation réelle, elle est transférée automatiquement aux acquéreurs subséquents et aux héritiers, tout comme les obligations réelles qui existent dans le code civil aux articles 976 et ss. (obligation au bornage (art. 977, 978 C.c.Q.), obligation d'entretenir un mur mitoyen (art. 1002 et ss C.c.Q.) et qui sont exigées par la loi mais sont réelles. La *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec devrait comprendre une disposition spécifiant les mesures de pérennité qui peuvent être imposées par le ministre ou le gouvernement, notamment l'obligation réelle de compensation, laquelle pourrait être modulée par contrat et comprendre certaines mesures, que la loi pourrait listée de manière non exhaustive en utilisant le terme « notamment » avant leur énumération.

2) Le **don de l'intérêt résiduel** : Le propriétaire offre la terre ou une partie de celle-ci qu'il possède à un organisme à but non-lucratif à sa mort, la mort des héritiers ou lorsque le propriétaire décide de cesser de jouir de sa terre. Le propriétaire foncier a ainsi accès à des déductions fiscales.

3) Les **accords de gestion** : ils sont utilisés pour formaliser une variété d'arrangements, entre une agence ou ministère ou une organisation à but non-lucratif et un propriétaire foncier, pour améliorer l'état de l'habitat ainsi que la gestion à long terme sur des terres privées. Si l'organisme est un organisme de confiance, ce modèle peut être intéressant.

4) Les **stratégies de développement limité**. Dans la mesure où certains propriétaires fonciers sont limités par la nécessité de tirer un revenu de la terre qu'il possède, il existe la possibilité d'établir une stratégie de développement limité qui consiste à protéger une partie de la terre et opter pour un développement sensible à l'environnement qu'il exploite. Dans certains cas, le développement limité peut être le seul moyen possible d'assurer la protection des habitats sur une propriété, par exemple dans les régions où la valeur des terres et la pression du développement sont extrêmement élevées.

5) Les **contrats de location** : un propriétaire qui n'opte pas pour une servitude de conservation ni pour un accord de gestion peut être en mesure de louer la zone humide qui se retrouve sur sa terre à un organisme de conservation à but non lucratif ou une organisation pour la gestion active de cette terre. Un contrat de location, d'une durée déterminée qui se situe généralement entre 15 et 25 ans, donne au preneur le droit d'accès et tous les autres droits, comme convenu, pour assurer une bonne gestion de la terre.

6) Les **transferts du titre de propriété**. Cette option consiste pour le propriétaire foncier de céder complètement la propriété de la terre à un organisme de conservation à but non lucratif ou à un organisme gouvernemental pour en assurer la protection entière et permanente.<sup>140</sup> Si l'organisme est un organisme de confiance, ce type de cession est envisageable mais devrait être accompagnée de la constitution d'une servitude de conservation, d'une obligation réelle (*propter rem*) ou de l'inscription d'un avis de restriction d'utilisation au registre foncier.

Nous pensons qu'outre la constitution, par contrat, d'une servitude réelle de conservation ou d'une obligation réelle (*propter rem*), une avenue intéressante mais qui n'est pas développée dans le droit californien est l'inclusion, dans la loi, de la possibilité d'exiger l'inscription au

---

<sup>140</sup> California Environmental Resources, California Wetlands Information System, *Wetland Strategies*(1998) en ligne: California Natural Resources Agency < <http://ceres.ca.gov/wetlands/introduction/protection.html> >

registre foncier d'un avis de restriction d'utilisation rattaché au terrain sur lequel ont lieu les mesures offertes en compensation. La loi doit exiger l'enregistrement de l'avis, incluant la publication au registre foncier, et la transmission de cet avis à la municipalité ou aux municipalités où se situe le ou les milieux compensés. La loi québécoise devrait exiger la constitution de listes municipales de milieux humides compensés à partir de ce mécanisme, les modifications nécessaires de leurs règlements de zonage et de lotissement, et l'interdiction de délivrance de permis de construction, lotissement et autres permis par la municipalité, en l'absence d'une autorisation préalable par le ministre de l'environnement, comme le font déjà les articles 120 et 121 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (L.R.Q., c. A-19.1) pour ce qui est des terrains contaminés. Ce type de mécanisme existe déjà dans la section de la *L.Q.E.* encadrant la protection et la réhabilitation des terrains contaminés (art. 31.42 et ss). Il s'agit d'un moyen encore plus simple que la constitution d'une servitude de conservation ou d'une obligation réelle pour assurer la pérennité des mesures de compensation puisque ce moyen ne requiert pas que le gouvernement ait à conclure un contrat avec le demandeur.

- *Les experts habilités*

L'activité doit être considérée comme aboutissant à un impact déraisonnable si l'activité entraîne une perte de milieux humides, de l'une ou de plusieurs de ses fonctions écologiques et qu'une alternative possible à l'activité existe et serait moins dommageable pour l'environnement. Le demandeur doit fournir une étude de caractérisation du milieu humide du projet, approuvée par les experts habilités. Une analyse des solutions de remplacement, approuvée par les experts habilités, doit également être fournie au ministre afin de démontrer quelles sont les alternatives ou de démontrer qu'une telle alternative n'existe pas. Le plan de compensation soumis au soutien de la demande de certificat doit présenter les motivations permettant de conclure au choix de la méthode de compensation proposée, en suivant les exigences du règlement. Il doit être approuvé par un expert habilité.

Enfin, lorsque des travaux de restauration, de création, ou de protection sont effectués, qu'ils le soient dans le cadre du système demandeur-responsable, du système «en lieu de» ou d'une banque de compensation, ils doivent être approuvés par un expert habilité. Un élément important du régime albertain est la surveillance des milieux restaurés par des experts habilités (*Qualified Wetland Aquatic Environment Specialist*).<sup>141</sup>

- *Le suivi de la compensation*

La détermination des conditions de suivi et de surveillance des milieux humides compensés doit aussi être prévue dans l'entente qui accompagne l'autorisation.

Les mesures de pérennité décrites ci-haut pourraient être utilisées, selon la situation du milieu compensé.

La loi doit prescrire qu'un suivi de cinq ans doit minimalement être exigé. Il semble que le suivi fasse problème dans plusieurs juridictions. En France, notamment, le rapport Berthelot et al. (2011), explique que le triptyque, c'est-à-dire la séquence Éviter/Réduire/Compenser, « était bien souvent resté lettre morte, sauf pour de très rares grandes infrastructures de l'État, qui de surcroît

---

<sup>141</sup> Voir guide précité, note 24.

s'est montré plus que négligent dans le contrôle de l'effectivité et de l'évolution dans le temps des mesures compensatoires. Seules quelques très grandes entreprises compensent parfois ».<sup>142</sup>

Il y a lieu d'inclure une disposition dans le règlement pour prévoir qu'il faut privilégier la compensation dans un milieu qui n'aura pas besoin de maintenance après les travaux réalisés, mais dans le cas contraire, prévoir les ressources de maintenance (contrôle de niveau d'eau, contrôle des plantes envahissantes, etc.) (L'État du Maine prévoit une telle disposition).

Les mesures de compensation devront être surveillées et gérées pendant une période de temps suffisante afin d'assurer le remplacement complet des fonctions écologiques du milieu humide d'impact et pendant toute période supplémentaire qui peut être requise par les mesures correctives nécessaires. Dans plusieurs juridictions, il est prévu que cette période ne peut pas être de moins de cinq ans.

Ainsi, la loi doit prévoir que des conditions de suivi et de contrôle suffisantes, d'une durée minimale de cinq ans, doivent être exigées comme condition de délivrance du certificat d'autorisation et les mesures doivent être conçues pour être autonomes après la période de surveillance et/ou de gestion.

La loi doit prévoir la possibilité de révoquer le certificat d'autorisation. Dans la réglementation de l'agence fédérale américaine UNACE, on retrouve une disposition énonçant clairement que si les critères prévus lors de l'entente et de l'autorisation du permis ne sont pas remplis, l'UNACE se garde le droit de retirer ou de suspendre ce même permis.<sup>143</sup> Les critères prévus doivent notamment concerner les mesures de compensation.

*- Les garanties pour la remise en état  
des sites de compensation*

La loi doit prévoir la possibilité d'imposer une garantie financière suffisante pour effectuer les mesures palliatives nécessaires pour réaliser de manière efficace la compensation.

Lorsque le moyen de compensation choisi est la restauration d'un site à la fin des activités sur ce site (ex. tourbière), la délivrance du certificat d'autorisation devrait être conditionnelle à la fourniture d'une garantie pour couvrir les coûts de cette restauration jusqu'à satisfaction du ministre.

Un mécanisme devrait être prévu dans la loi pour obliger les demandeurs d'autorisations à informer le ministre de l'environnement de la suspension temporaire des activités sur le site ou de la cessation des activités sur le site et prévoir que dans un certain délai, si les travaux de restauration ne sont pas réalisés et approuvés par le ministre, celui-ci a le pouvoir d'en ordonner la réalisation ou de les faire réaliser par un tiers et d'en recouvrer ensuite les sommes du demandeur.

---

<sup>142</sup> Berthelot, Demilly et als., *Rapport d'information relatif aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, [En ligne : <http://www.ekopolis.fr/sites/default/files/docs-joints/RES-1104-rapport-information-biodiversite.pdf>], page consultée le 12 novembre 2012.

<sup>143</sup> Corps Regulation 33 CFR §325.4 (a)(2) Conditioning of permits.

Si un ou l'autre des mécanismes que nous suggérons pour assurer la pérennité des compensations est utilisé, que ce soit la servitude de conservation (servitude réelle du Code civil du Québec), une obligation réelle créée par contrat (obligation *propter rem*) ou un avis de restriction d'usage inscrit au registre foncier et qui serait imposé par la loi elle-même, il est important qu'une disposition légale impose cette obligation de notification de la cessation des activités autorisées en milieu humide puisque cela permettra, dans certains cas, de mettre un terme à la durée de la servitude ou de l'obligation *propter rem* ou du retrait de l'inscription de l'avis de restriction d'utilisation au registre foncier.

#### IV. Résumé des recommandations

- 1) L'adoption d'une nouvelle stratégie québécoise de la diversité biologique dans laquelle s'inscrirait l'adoption de la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec.
- 2) L'adoption d'une *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* au Québec qui :
  - a) Reconnaît la valeur écologique exceptionnelle des écosystèmes que sont les milieux humides et de leurs fonctions;
  - b) Se fonde sur la séquence d'atténuation «éviter, minimiser et compenser» pour la conservation et la gestion durable des milieux humides. Le choix entre le terme réduire ou minimiser devra être fait. Ce qui importe, c'est qu'il soit défini dans la loi comme visant l'obligation de réduire, à leur minimum, les impacts négatifs causés à une ou des fonctions écologiques du milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation.
  - c) Définit les principes de prévention, d'utilisateur-payeur, de réparation et d'aucune perte nette qui doivent orienter l'application de la loi.
  - d) Clarifie la définition législative d'un milieu humide au Québec.
  - e) Ajoute de nouvelles dispositions et de nouveaux paragraphes à certaines dispositions de la LQE, notamment à ses articles 22 et 31.1 à 31.5 pour :
    - i) Reconnaître et encadrer l'application de la séquence d'atténuation «Éviter, minimiser, compenser». Reconnaître que l'objectif de la séquence est de tendre vers l'objectif d'«aucune perte nette» de milieux humides, du moins dans les Basses-terres du Saint-Laurent.
    - ii) Classer les milieux humides en catégories en les situant si possible sur des cartes, et faire varier les conditions de délivrance des certificats d'autorisation et des mesures de minimisation et de compensation exigées selon les catégories. Dans certaines juridictions, notamment au Vermont et au Nouveau-Brunswick, on retrouve un classement des milieux humides. Une méthodologie, fondée sur des

cartes, des listes de critères, de fonctions des milieux humides permettent de les catégoriser.

iii) Réitérer de manière expresse le devoir du ministre (art. 22 LQE) et du gouvernement (art. 31.5 LQE) de refuser la délivrance d'un certificat d'autorisation pour un projet ou une activité dans un milieu humide d'intérêt pour la conservation. Réitérer de manière expresse le pouvoir du ministre de refuser la délivrance d'un certificat d'autorisation pour un projet dans un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation, même lorsqu'une alternative de compensation existe (ex. Alberta (autre alternative) ; Nouveau-Brunswick (refus d'autoriser activités dans milieu humide d'importance provinciale). Réitérer le devoir du ministre (art. 22 LQE) et du gouvernement (art. 31.5 LQE) d'exiger la compensation lors de la délivrance d'un certificat d'autorisation dans un milieu humide d'au moins un hectare, autre qu'un milieu humide d'intérêt pour la conservation.

iv) Préciser qu'au soutien de sa demande d'autorisation, le demandeur doit soumettre un plan de caractérisation du milieu humide et que ce plan doit être approuvé par un expert habilité et faire la démonstration, approuvée par un expert habilité qu'il n'y a pas d'alternative possible moins dommageable pour l'environnement, ce qui comprend évidemment la démonstration qu'il n'y a pas un autre espace approprié disponible hors du milieu humide, dans la municipalité ou le bassin versant en question. Une analyse des solutions de remplacement, approuvée par les experts habilités, doit également être fournie au ministre afin de démontrer quelles sont les alternatives ou de démontrer qu'une telle alternative n'existe pas. (Voir Dispositions du Maine, Annexe et dispositions de la Californie ; voir aussi processus prévu dans la politique albertaine).

v) Rappeler que l'objectif fondamental du respect de la séquence d'atténuation est de compenser les pertes environnementales découlant des impacts inévitables causés par des projets ou des activités autorisés dans un milieu humide. Par conséquent, la compensation ne peut être envisagée que lorsque le respect des exigences d'évitement et de minimisation est insuffisant pour éviter un impact défavorable à une ou des fonctions écologiques du milieu humide.

vi) Exiger qu'un plan de compensation soit produit par le demandeur selon certains critères établis et normés dans la loi, dans son règlement d'application et qui peuvent être détaillés, au plan technique, dans le guide technique qui sera adopté au soutien de la loi.

vii) Même si une approche de gestion/aménagement du territoire fondée sur la gestion des bassins versants n'était pas utilisée dans un premier temps pour appliquer cette nouvelle loi sur les milieux humides au Québec, obliger le demandeur à tenir compte du contexte du bassin versant dans les mesures de compensation exigées, tout comme cela se fait en droit fédéral américain.

viii) Préciser des critères de performance écologique pour vérifier la qualité des sites disponibles pour effectuer la compensation. Ces critères doivent être énoncés dans le règlement d'application de la *Loi la conservation et la gestion durable des milieux humides* à être adoptée et être encore plus détaillés au plan technique dans le guide technique qui s'adressera principalement aux experts habilités. L'agence fédérale américaine de protection de l'environnement (EPA) prévoit, dans sa réglementation qui est conjointe à la réglementation de l'UNACE, certains critères de performance écologique permettant de s'assurer de la qualité des milieux humides compensés.

ix) Prévoir une disposition mentionnant quelles sont les méthodes de compensation privilégiées, en lien avec l'objectif d'aucune perte nette. Ex. privilégier la restauration, et ensuite la création de milieux humides, comme moyens de compensation, de préférence à toute autre méthode. Prévoir l'ordre de préférence quant à la localisation du site de compensation (le milieu humide du projet; un milieu humide adjacent; un milieu humide dans le même bassin versant) (Voir recommandation 2 du rapport principal Pellerin et Poulin 2013). Compléter les exigences en matière de restauration-crédation de milieux humides par la protection de milieux naturels afin d'assurer le maintien des composantes et fonctions associées à ces milieux, régionalement.

x) Prévoir, dans la loi, une énumération des fonctions écologiques des milieux humides qui sont protégées.

xi) Conférer expressément des pouvoirs habilitant le ministre à imposer la compensation d'un milieu humide lorsqu'il autorise un projet ou une activité dans un milieu humide et à pérenniser les compensations par l'imposition de certains mécanismes, notamment par l'acquisition des milieux par le gouvernement, l'imposition de servitudes ou encore d'obligations *propter rem*, de préférence.

xii) Accorder un pouvoir habilitant le gouvernement à adopter un règlement sur la conservation et la gestion durable des milieux humides au Québec pour encadrer les mécanismes de la séquence d'atténuation, notamment les mécanismes de compensation des milieux humides au Québec. La Loi doit également prévoir une disposition qui permet l'adoption d'un guide technique pour aider les experts qualifiés à respecter les exigences de caractérisation, de prévention et de compensation relatives aux milieux humides.

xiii) Prévoir une disposition prévoyant que le demandeur est responsable de la réalisation des travaux de compensation, suivant les conditions prévues au certificat d'autorisation, et qu'il est également responsable de son suivi dans le temps. Il y a lieu d'inclure une disposition, dans le règlement à être adopté, pour prévoir qu'il faut privilégier la compensation dans un milieu qui n'aura pas besoin de maintenance après les travaux réalisés, mais dans le cas contraire, prévoir les ressources de maintenance (contrôle de niveau d'eau, contrôle des plantes envahissantes, etc.) (L'État du Maine prévoit une telle disposition).

xiv) Prévoir, dans la loi, que les mesures de compensation devront être surveillées et gérées pendant une période de temps suffisante afin d'assurer le remplacement complet des fonctions écologiques du milieu humide d'impact et pendant toute période supplémentaire qui peut être requise par les mesures correctives nécessaires. Dans plusieurs juridictions, il est prévu que cette période ne peut pas être de moins de cinq ans. La loi doit donc prévoir que des conditions de suivi et de contrôle suffisantes, d'une durée minimale de cinq ans mais qui peut aller bien au-delà pour certaines fonctions, doivent être exigées comme condition de délivrance du certificat d'autorisation, et les mesures doivent être conçues pour être autonomes après la période de surveillance et/ou de gestion.

xv) Établir un système d'habilitation d'experts pour l'élaboration des demandes de certificats d'autorisation, mais aussi pour la réalisation des travaux de restauration-crédation, de conservation et de leur suivi. Cette habilitation assurera la qualité des informations présentées dans les rapports de certificats, mais aussi le succès des travaux réalisés. L'article 31.65 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* peut servir d'exemple à ce sujet. Les conditions requises pour être inscrits sur la liste des experts ont été publiées dans la *Gazette officielle* du 25 janvier 2003.<sup>144</sup>

xv) Prévoir des sanctions, notamment la révocation du permis et la remise en état du site lorsque possible, si le demandeur-responsable fait défaut de respecter ces conditions.

xvi) Prévoir que la responsabilité est transférée à l'organisme en charge de la compensation dans un système en lieu de et qu'elle est transférée à la banque de compensation dans un système de banques. La réalisation et le suivi du projet de compensation du demandeur-responsable ou d'un projet d'achat de crédits ou de paiement d'une indemnité doivent également être une condition du permis. Si ces conditions ne sont pas respectées, une disposition spécifique de la loi doit prévoir des sanctions, incluant la possibilité de révoquer le certificat d'autorisation et d'imposer la remise en état des lieux, lorsque cela est possible.

xvii) Permettre au ministre d'exiger qu'une garantie financière suffisante soit fournie, dans certains cas, pour s'assurer que les mesures palliatives nécessaires pour réaliser la compensation seront effectuées, comme condition de délivrance du certificat d'autorisation.

xviii) Prévoir l'obligation, pour le demandeur de l'autorisation, d'informer le ministre de la suspension temporaire des activités sur le site ou de la cessation des activités sur le site et prévoir que dans un certain délai, si les travaux de restauration, création, conservation ne sont pas réalisés et approuvés par le ministre, celui-ci a le pouvoir d'en ordonner la réalisation ou de les faire réaliser par un tiers et d'en recouvrer ensuite les sommes du demandeur.

---

<sup>144</sup> Voir : [http://www.ceaeq.gouv.qc.ca/accreditation/experts/avisjuridique-20030125\\_extrait.pdf](http://www.ceaeq.gouv.qc.ca/accreditation/experts/avisjuridique-20030125_extrait.pdf)

xvix) Créer un comité consultatif pour conseiller le MDDEPF, afin d'assurer une vision cohérente des mesures de conservation et de gestion durable des milieux humides, notamment quant aux meilleures méthodes pour mettre en œuvre la séquence d'atténuation, assurer son suivi et son intendance, et éduquer et sensibiliser la population. Le mandat, la composition de ce comité ainsi que la durée du mandat de chaque membre devraient être définis dans la *Loi sur la conservation et la gestion durable des milieux humides* à être adoptée (voir recommandation 6 du rapport de Pellerin et Poulin 2013).

xx) Prévoir des mécanismes pour assurer la pérennité des mesures de compensation dans le temps : le transfert de la propriété du milieu servant à la compensation au gouvernement ou à un organisme de conservation, assorti d'une servitude réelle, d'une obligation réelle, ou prévoir tout simplement, dans la loi, l'obligation d'inscription d'un avis de restriction d'usage pour le milieu humide compensé, sur la registre foncier. La servitude réelle du Code civil ne peut être utilisée que lorsque le milieu humide d'impact (fonds dominant) et le milieu humide faisant l'objet de la mesure de compensation (fonds servant) sont adjacents, compte tenu des articles 1177 et ss. du *Code civil du Québec* qui régissent la servitude réelle en droit québécois. La possibilité d'utiliser le mécanisme de l'obligation réelle (*propter rem*) devrait être prévue par la loi. La loi pourrait prévoir l'obligation légale et automatique d'inscrire des restrictions d'usage au registre foncier.