

Les Cahiers de droit



L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien*

Yenny Vega Cardenas and Nayive Biofanny Vega

Volume 51, Number 3-4, septembre-décembre 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/045733ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/045733ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Vega Cardenas, Y. & Biofanny Vega, N. (2010). L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien*. *Les Cahiers de droit*, 51(3-4), 771-800.
<https://doi.org/10.7202/045733ar>

Article abstract

Freshwater, an intrinsically fragile resource, is an issue of key importance on the international scene. As such, hydrological supply and demand dynamics put Canada in a position that cannot be ignored. With 9 percent of the planet's freshwater resources, the country is de facto projected to the privileged rank of a hydrological super power. Since Canada is a federation and hence in light of its constitutional distribution of authority, the provinces as well as the Federal government are stakeholders in wielding considerable power over freshwater resources. Furthermore, under the North American Free Trade Agreement (NAFTA), collaboration between these two orders of government is essential for protecting freshwater from diversion and bulk exportation projects. The future of this vital resource hence becomes a shared accountability between the federal and provincial governments, who indeed are in various ways jointly responsible for insuring the permanence of this rich legacy for future generations.

L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien*

Yenny VEGA CARDENAS** et Nayive Biofanny VEGA***

Ressource intrinsèquement fragile, l'eau douce s'avère un enjeu d'importance sur la scène mondiale. Dans cette dynamique, le Canada devient un acteur incontournable. Disposant de 9 p. 100 des ressources mondiales d'eau douce, il est, de facto, projeté au rang privilégié de grande puissance hydrique. Le Canada étant une fédération, tant les provinces que le gouvernement fédéral détiennent d'importants pouvoirs sur l'eau douce à la lumière du droit constitutionnel canadien. De plus, dans le contexte de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), la collaboration de ces deux ordres de gouvernement est essentielle pour protéger l'eau douce quant aux projets de dérivation ou d'exportation massive. L'avenir de cette ressource vitale devient donc une question partagée entre les gouvernements fédéral et provinciaux, qui sont en quelque sorte responsables conjointement de la pérennité de cette richesse à l'égard des générations futures.

Freshwater, an intrinsically fragile resource, is an issue of key importance on the international scene. As such, hydrological supply and demand dynamics put Canada in a position that cannot be ignored. With 9 percent of the planet's freshwater resources, the country is de facto

* Les auteures tiennent à remercier le professeur Jean Leclair, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, spécialisé en droit constitutionnel, pour son appui et ses conseils en vue de la réalisation du présent article, de même que le professeur Frédéric Paré, de l'Université du Québec à Montréal (UQAM), pour sa collaboration à la révision du texte.

** LL.B., LL.M. ; étudiante de troisième cycle, Université de Montréal ; avocate, Colombie.

*** Avocate, Colombie ; spécialiste du droit de l'environnement.

projected to the privileged rank of a hydrological super power. Since Canada is a federation and hence in light of its constitutional distribution of authority, the provinces as well as the Federal government are stakeholders in wielding considerable power over freshwater resources. Furthermore, under the North American Free Trade Agreement (NAFTA), collaboration between these two orders of government is essential for protecting freshwater from diversion and bulk exportation projects. The future of this vital resource hence becomes a shared accountability between the federal and provincial governments, who indeed are in various ways jointly responsible for insuring the permanence of this rich legacy for future generations.

	<i>Pages</i>
1 La compétence des provinces sur l'eau douce	776
1.1 Le pouvoir des provinces eu égard à leur domanialité (<i>dominium</i>)	776
1.2 Le pouvoir des provinces en tant que puissances législatives (<i>imperium</i>).....	779
1.2.1 Le pouvoir provincial de légiférer sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale et privée.....	780
1.2.2 Le pouvoir provincial de légiférer sur les ouvrages locaux	781
1.2.3 Le pouvoir provincial de légiférer sur l'administration des terres publiques	781
2 La compétence du fédéral sur l'eau douce ou les limites des provinces	783
2.1 Le pouvoir du fédéral eu égard à sa domanialité	784
2.2 Le pouvoir du fédéral en tant que puissance législative	785
2.2.1 Le rôle du fédéral sur les eaux internationales et interprovinciales et sa compétence sur la navigation.....	786
2.2.2 La compétence fédérale liée au domaine criminel et l'environnement	787
2.2.3 Le pouvoir général fédéral, en cas d'urgence ou d'intérêt national.....	790
3 L'exportation de l'eau et le partage de compétences	792
Conclusion	800

Ressource intrinsèquement fragile, l'eau douce est plus que jamais un enjeu d'importance sur la scène mondiale. Objet de convoitise en raison de son inégale répartition sur la planète, elle représente un des plus grands

défis du monde contemporain. Dans cette nouvelle dynamique, le Canada devient un acteur incontournable. Disposant de 9 p.100 des ressources mondiales d'eau douce¹, il est, *de facto*, projeté au rang privilégié de grande puissance hydrique².

Le Canada étant un État fédéral, tant les provinces que le gouvernement fédéral détiennent d'importants pouvoirs sur l'eau douce. L'avenir de cette ressource vitale est donc une question partagée entre ces deux ordres de gouvernement, qui sont en quelque sorte responsables conjointement de la pérennité de celle-ci à l'égard des générations futures. En effet, les deux entités se partagent la gestion de cette ressource à la lumière des compétences assignées à chaque ordre de gouvernement dans la *Loi constitutionnelle de 1867*³. Les pouvoirs se chevauchent et créent un certain niveau d'incertitude, voire, comme nous le constaterons, une propension au conflit⁴.

La complexité de cette question découle de l'inexistence d'un pouvoir expressément attribué sur les ressources en eau douce à l'un ou à l'autre de ces ordres de gouvernement. En effet, la compétence sur l'eau douce peut être intimement liée aux pouvoirs tant provinciaux que fédéraux, ce qui justifie l'examen de ceux-ci pour comprendre la manière dont le pouvoir de gestion et de réglementation de l'eau douce est partagé entre ceux-ci.

Pour qu'un gouvernement, qu'il soit provincial ou fédéral, puisse édicter une loi sur l'eau qui soit valide, celle-ci doit découler des pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution canadienne. Cependant, en vue de mieux saisir l'étendue des compétences, il est nécessaire de prendre en considération les règles d'interprétation dégagées par les tribunaux afin de circonscrire clairement le champ d'action de chaque ordre de gouvernement⁵.

1. Les cours d'eau canadiens déversent près de 9 p. 100 de la totalité des ressources en eau renouvelables de la planète pour une population qui représente moins de 1 p. 100 de la population mondiale. RESSOURCES NATURELLES CANADA, *L'atlas du Canada*, « Superficie terres et eaux douces », Ottawa, Centre canadien de télédétection, Division GéoAccès, 2001, [En ligne], [atlas.nrcan.gc.ca/auth/francais/learningresources/facts/surfareas.html] (11 juillet 2009).
2. *Id.* Le Canada se classe au troisième rang en ce qui concerne la disponibilité des ressources en eau douce de la planète, après le Brésil et la Russie.
3. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
4. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Les exportations d'eau et l'ALENA*, par David JOHANSEN, PRB 99-5F, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, 8 mars 1999, [En ligne], [dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/EB/prb995-f.htm] (6 juillet 2010) (ci-après « D. JOHANSEN »).
5. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 444 et 445.

Parmi les règles qui ont le plus d'incidence sur la question à l'étude, il y a tout d'abord la théorie de l'exclusivité des compétences en vertu de laquelle les pouvoirs attribués «exclusivement» au fédéral ou aux provinces ne peuvent faire l'objet d'un envahissement de la part de l'autre ordre de gouvernement⁶. Il est ici question des compétences qui ont été clairement attribuées par la *Loi constitutionnelle de 1867* ou encore que les tribunaux ont tranché comme étant exclusives à un ordre gouvernemental particulier. Cette théorie possède cependant des limites en raison du fait que l'exercice de compétences exclusives peut influencer sur les pouvoirs de l'autre ordre de gouvernement. Il faudra alors tenir compte de la théorie des pouvoirs «accessoires» et, surtout, de celle du «double aspect⁷». En effet, ces doctrines se révèlent plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien en considération des chevauchements de compétences, en particulier relativement à la question de l'eau douce.

La première, la théorie des pouvoirs «accessoires», reconnaît qu'un palier gouvernemental peut empiéter sur les pouvoirs de l'autre lorsqu'il exerce ses compétences propres, et ce, d'une façon incidente. En effet, un ordre de gouvernement ne peut entrer formellement dans le champ de compétences d'un autre ordre de gouvernement puisque cela constituerait un envahissement⁸. La seconde, la théorie du «double aspect⁹», concerne des matières qui possèdent à la fois un aspect provincial et un aspect fédéral, ce qui est susceptible de se produire lorsque des questions n'ont pas fait l'objet d'un partage de compétences exprès, comme c'est le cas pour l'eau douce.

6. *Id.*, p. 446. Voir aussi l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22.

7. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 446.

8. Pour parler d'envahissement des compétences, il est nécessaire de se trouver devant un empiètement formel et non accessoire ni incident, car lorsqu'un ordre de gouvernement exerce ses compétences, il se peut qu'il empiète de façon incidente sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement sans qu'il soit question à proprement parler d'envahissement. Voir à ce sujet : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 453 ; voir aussi, l'affaire *Québec (Procureur général) c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211.

9. *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, 130 (P.C.) ; voir aussi H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 451.

Enfin, à l'instar de la question de l'environnement¹⁰, l'eau douce pourrait être considérée comme faisant l'objet d'une compétence *concurrente*, en ce que les deux ordres de gouvernement pourraient édicter des lois tout à fait valides, à la condition qu'elles découlent des pouvoirs qui leur sont attribués par la Constitution et qu'elles n'empiètent pas de façon importante sur les pouvoirs de l'autre ordre de gouvernement¹¹. Compte tenu de l'importance de l'eau douce pour la survie des écosystèmes et le développement des villes, elle est en effet une matière qui justifie des mesures de la part de tous les ordres de gouvernement et, par conséquent, une législation parallèle à ce sujet pourrait coexister.

Cependant, il serait alors possible d'assister à des conflits de lois. À cet égard, la loi fédérale aurait prépondérance sur la loi provinciale en vertu du principe constitutionnel de la « théorie de la prépondérance fédérale¹² ». Par conséquent, la loi provinciale ou, à tout le moins, certaines de ses dispositions pourraient devenir inopérantes devant une loi fédérale contradictoire. En tout état de cause, ce serait aux tribunaux de décider s'il existe ou non un conflit actuel de lois¹³.

Dans les pages qui suivent, nous tenterons d'expliquer les pouvoirs et les limites des deux ordres de gouvernement sur la question de l'eau douce au Canada, tout en soulignant les différentes compétences provinciales (1) et fédérales (2) en vertu desquelles des lois sur l'eau pourraient être

10. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, par. 65-69; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 112:

Il s'agit plutôt d'un sujet diffus qui touche plusieurs domaines différents de responsabilité constitutionnelle, dont certains sont fédéraux et d'autres provinciaux [...] Si, de par son caractère véritable, [une disposition relative à l'environnement] relève essentiellement de l'un [des pouvoirs attribués au corps législatif qui l'a adoptée], elle est alors constitutionnellement valide.

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401, 455, par. 70, 49 D.L.R. (4th) 161: Au Canada, tant le gouvernement fédéral que ceux des provinces jouissent de pouvoirs étendus pour traiter ces problèmes. Les deux paliers de gouvernement ont adopté des programmes globaux et spécifiques de contrôle de la pollution et de protection de l'environnement. Certains problèmes de pollution de l'environnement intéressent plus directement le gouvernement fédéral, d'autres le gouvernement provincial. Mais beaucoup sont intimement liés et tous les paliers de gouvernement coopèrent activement pour régler ces problèmes d'intérêt mutuel.

11. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 563.

12. *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189, 200 (P.C.); *P.G. (Can.) et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, 794; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111, 118 (P.C.); *A.-G. British Columbia c. Smith*, [1967] R.C.S. 702.

13. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 456; *Ontario Liquor Licence Case (Re)*, [1896] A.C. 348, 366 (P.C.).

adoptées. Nous étudierons également la question du commerce de l'eau à la lumière du partage des compétences prévu par la Constitution canadienne dans le contexte de l'intégration économique nord-américaine qui découle de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA)¹⁴ (3).

1 La compétence des provinces sur l'eau douce

Dans les limites de leurs frontières respectives, les provinces sont responsables de la gestion, de la conservation et de l'exploitation de l'eau dans son état naturel. D'une part, chaque province possède des pouvoirs eu égard à la domanialité des lits des cours d'eau et des terres (*dominium*), même si ces pouvoirs sont limités par les compétences législatives prépondérantes du fédéral susceptibles de s'appliquer aux cours d'eau¹⁵. D'autre part, chaque province possède des pouvoirs réglementaires sur l'eau qui découlent des compétences législatives accordées par la *Loi constitutionnelle de 1867* (*imperium*)¹⁶.

1.1 Le pouvoir des provinces eu égard à leur domanialité (*dominium*)

Les pouvoirs des provinces eu égard à leur domanialité découlent de leur qualité de propriétaire des terres publiques et de leurs biens. Toutefois, puisqu'il s'agit d'autorités publiques, leurs pouvoirs sont plus contraignants que ceux que possède un simple propriétaire privé¹⁷. La source de

14. *Accord de libre-échange nord-américain*, Canada, Mexique et États-Unis, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr] (21 juin 2010) (ci-après «ALENA»).

15. QUÉBEC, MINISTÈRE DES RICHESSES NATURELLES, *Le droit québécois de l'eau*, par Guy LORD (dir.) avec la collaboration de Jean-Louis BAUDOUIN et autres, vol. 1, Centre de recherche en droit public, Québec, Université de Montréal, 1977, p. 8 et 9 (ci-après «G. LORD et autres»).

16. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91.

17. Voir l'affaire *Smylie c. The Queen*, [1900] 27 O.A.R. 172 (Ont. C.A.); voir aussi François CHEVRETTE, «*Dominium et imperium* : l'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 665, à la page 670 :

[L]a Législature de l'Ontario adopta une loi aux fins que soit automatiquement insérée, dans tout bail d'exploitation forestière sur les terres publiques provinciales, une stipulation aux termes de laquelle il était interdit à l'exploitant d'exporter le bois avant de l'avoir fait transformer en planches dans la province [...] toute entrave à l'exportation relevant exclusivement du pouvoir fédéral sur le commerce extra-provincial (article 91 (2)). Pourtant, dans *Smylie c. The Queen*, la Cour d'appel de l'Ontario la jugea valide comme acte de propriété : si un propriétaire privé peut contractuellement imposer une telle restriction, pourquoi la province de l'Ontario ne pourrait-elle pas faire de même en rapport avec des terres et des forêts qui lui

ces pouvoirs se trouve aux articles 109 et 117 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu desquels les terres, les mines, les minéraux, les ressources naturelles et les redevances appartiennent à chacune des provinces¹⁸. Néanmoins, cette autorité est en quelque sorte assujettie aux lois fédérales applicables, puisque la domanialité ne peut faire échec aux compétences législatives prépondérantes du fédéral susceptibles de s'appliquer¹⁹.

En effet, le pouvoir de *dominium* n'est pas une compétence législative comme telle, à l'exemple de l'article 92 (5), qui permet aux provinces de légiférer sur la question de l'administration et la vente de terres publiques, ou encore l'article 92 (13), qui permet aux provinces de légiférer sur la question de la propriété et des droits civils sur leur territoire respectif. Le pouvoir qui découle de la domanialité confère aux provinces la faculté d'accomplir des actes en tant que propriétaires, à l'instar de toute personne, physique ou morale, ce qui n'est pas compris, comme nous le verrons, dans l'article 92 (5)²⁰. Ainsi, malgré toute restriction d'ordre législative ou constitutionnelle, une province peut disposer de ses terres publiques sans besoin de recourir à la législation.

En milieu hydrique, les droits de propriété de chaque province portent principalement sur les lits des cours d'eau et sur les fonds riverains de certaines étendues d'eau²¹. Il faut souligner que ces droits de propriété ne portent pas sur l'eau comme telle—celle-ci n'étant pas susceptible

appartiennent ? [...] Dépourvu de toute compétence législative sur le commerce international, le Québec, plus précisément cette émanation de l'État québécois qu'est la compagnie publique Hydro-Québec, peut parfaitement commercialiser l'électricité qui lui appartient sur le marché américain et en fixer le prix, question sur laquelle une province est dépourvue de toute compétence législative.

18. La propriété des terres englobe les droits sur les eaux qui s'y trouvent. Ainsi, une fois qu'une province a transféré des terres au gouvernement fédéral, elle ne peut céder à un particulier des droits sur les eaux. François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel. Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 1083 et 1107.
19. Voir à ce sujet : G. LORD et autres, préc., note 15, p. 8.
20. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, Scarborough, Thomson / Carswell, 5^e éd., 2007, p. 816.
21. Au Québec, la province a la propriété des lits des rivières et des lacs navigables ou flottables se trouvant sur son territoire. En ce qui concerne les eaux non navigables ou non flottables, le Québec a aussi les droits de propriété des lits aliénés après le 9 février 1918. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 6 ; QUÉBEC, COMMISSION D'ÉTUDE DES PROBLÈMES JURIDIQUES DE L'EAU, *Les droits de l'État, des riverains et du public dans les eaux publiques de l'État du Québec*, par Jules BRIÈRE, Étude 1.2., Québec, 1970.

d'appropriation en vertu tant de la common law²² que du droit civil québécois²³ —, mais lui permettent de contrôler l'accès à la ressource de même qu'aux plans d'eau et aux rives²⁴. Ces droits de propriété constituent une source d'autorité importante en vue d'assurer la gestion des eaux dans la province, puisqu'en raison de ceux-ci les provinces peuvent prendre des mesures pour conserver l'utilisation et l'accès à l'eau, et en disposer, surtout lorsqu'elles contrôlent les territoires voisins de l'eau qui se trouvent

22. Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN et Claire SKRINDA, « L'eau, chose commune : un statut juridique à confirmer », (2000) 79 *R. du B. can.* 398, 411. La common law anglaise ne tolère pas les choses sans propriétaire. Ainsi, dans les provinces de common law, l'eau est du domaine de la Couronne. Pour ce qui est de l'eau souterraine, cela a longtemps été la règle de l'*absolute ownership* qui s'appliquait, mais récemment bon nombre de provinces canadiennes ont exproprié toutes les eaux souterraines de leur territoire en les déclarant être « la propriété de la Couronne ». Plusieurs autorités anglo-saxonnes ont adopté des concepts civilistes en ce qui concerne leurs régimes des eaux et le statut de l'eau tend vers une compréhension en tant que chose commune. En effet, la propriété de la Couronne devrait se comprendre comme une fiducie, un *common trust*, qui devrait être géré au bénéfice des générations futures.
23. Les dispositions législatives qui traitent du statut juridique de l'eau au Québec sont l'article 913 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, et l'article premier de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2. Ces dispositions confirment le statut de chose commune tant pour les eaux de surface que pour les eaux souterraines, ainsi que le caractère non appropriable de l'eau. La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* introduit une nouvelle expression : elle conçoit l'eau comme faisant partie du « patrimoine commun de la nation québécoise ». Ce dernier concept fait allusion à une question de responsabilité de la collectivité québécoise envers les générations futures plutôt que d'appropriation de la ressource par l'État. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 1^{re} sess., 39^e légis., 12 mai 2009, « Étude détaillée du projet de loi n° 27 – *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* », 9 h 30 (M^{me} Beauchamp) : « Ainsi, vous constaterez que le projet de loi n° 27, que vous avez entre les mains aujourd'hui, a bénéficié des travaux antérieurs de cette commission. Ainsi, les mémoires de la Chaire de recherche en droit de l'environnement, de l'Université Laval, et celui de l'Association québécoise pour un contrat mondial de l'eau nous ont permis de préciser l'article 1. Voir aussi, QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 1^{re} sess., 38^e légis., 9 septembre 2008, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 92 – *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* », 16 h 55 à 17 h 54 (M^{mes} Lysiane Roch et Yenny Vega Cardenas, Association québécoise pour le contrat mondial de l'eau).
24. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 6. Les auteurs considèrent que ce pouvoir de réglementation découle non seulement des droits de propriété de chaque province, mais aussi de l'habilitation législative présente dans l'article 92 (5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

sur leur territoire. Elles peuvent en outre attribuer des baux, accorder des permis d'utilisation des rives et imposer des redevances aux utilisateurs²⁵.

Toutefois, les pouvoirs qui découlent de la domanialité ne pourraient justifier à eux seuls toute une politique sur l'eau, surtout lorsque les pouvoirs réglementaires fédéraux sont susceptibles de s'appliquer et d'avoir prépondérance eu égard à certaines matières attribuées exclusivement par la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme c'est le cas de la navigation²⁶. C'est pourquoi une politique sur l'eau et son cadre réglementaire provincial devrait plutôt se baser sur des compétences législatives attribuées précisément aux provinces²⁷.

1.2 Le pouvoir des provinces en tant que puissances législatives (*imperium*)

Outre les pouvoirs qui découlent de leur caractère de propriétaires, les provinces possèdent les compétences législatives que leur attribue la *Loi constitutionnelle de 1867* qui les autorise à gérer et à protéger leurs ressources en eau. Connu sous le terme *imperium*, ce pouvoir souverain des provinces émane du partage des compétences en vertu duquel chaque province agit comme puissance législative²⁸.

Ainsi, l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les provinces à légiférer sur la propriété et les droits civils, l'article 92 (16) traite de la compétence sur les matières d'une nature purement locale et privée²⁹, l'article 92 (10) porte sur les ouvrages locaux et l'article 92 (5) autorise les provinces à légiférer en matière d'administration de terres publiques, y compris l'eau³⁰. Par l'intermédiaire de ces dispositions, dont les possibilités d'interprétation et d'inclusion sont incontestablement larges, les provinces peuvent être reconnues comme des acteurs clés détenant la responsabilité première de la gestion et de la protection des ressources hydriques.

25. P.W. HOGG, préc., note 20, p. 819-827.

26. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 (10).

27. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 7.

28. Le professeur F. CHEVRETTE, préc., note 18, p. 1115, s'exprimait sur cette question comme suit : « Même si l'eau n'est pas en général susceptible d'appropriation, le droit de propriété des provinces sur le lit et les rives, ainsi que leurs compétences sur la propriété et les droits civils (art. 92 (13)), les ouvrages locaux (art. 92 (10)) et les matières locales (art. 92 (16)) leur confèrent d'importants pouvoirs de contrôle sur cette ressource. »

29. James GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 119.

30. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 1115.

1.2.1 Le pouvoir provincial de légiférer sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale et privée

Les paragraphes 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituent la base du pouvoir provincial pour légiférer sur la question de l'eau dans les provinces : « L'exclusivité du pouvoir régulateur provincial en matière de régie des eaux a pour base son autorité sur *les droits de propriété et les droits civils dans la province* aux termes de l'article 92 (13) de l'Acte de l'A.N.B., et sur les *questions de caractère local et privé dans la province* aux termes de l'article 92 (16)³¹. »

Tout d'abord, le paragraphe 13 de l'article 92, en tant que source première du pouvoir provincial de réglementation sur l'eau douce, donne la faculté de légiférer le domaine hydrique des particuliers³². Par conséquent, une province peut proposer des élargissements ou des restrictions aux droits d'utilisation des eaux, réglementer les droits des riverains, établir des priorités dans les usages de l'eau, définir son statut et fixer les modalités d'appropriation, de gestion et d'accès à la ressource³³. Cette faculté laisserait entendre que les provinces pourraient rendre domaniaux tous les lits et rives, et même l'eau. Or, une modification dans ce sens aurait pour effet de déplacer la source d'autorité législative de l'eau vers l'article 92 (5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁴. Un changement du statut juridique de l'eau ne pourrait toutefois pas anéantir les compétences exclusives du fédéral dans des domaines liés à l'eau, comme la navigation ou la pêche ou encore les cours d'eau interprovinciaux.

Ensuite, le paragraphe 16 du même article, qui confère à une province le pouvoir de légiférer dans les matières de nature locale ou privée, se trouverait aussi à la base du pouvoir provincial de la gestion des eaux. Ainsi, ce paragraphe lui permettrait d'adopter la réglementation de police portant sur la santé publique et la lutte contre la pollution des ressources naturelles, y compris l'eau³⁵. Par conséquent, elle aurait la faculté de légiférer en matière de protection de l'eau et de sa gestion, ce qui comprend son captage, sa distribution et son assainissement.

31. Bora LASKIN, « Le cadre juridictionnel de la régie des eaux », dans Walter DINSDALE (dir.), *Les ressources et notre avenir*, conférence tenue à Montréal du 23 au 28 octobre 1961, t. 1 « Mémoires préparés pour la Conférence », Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1961, p. 219, à la page 223.

32. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 18.

33. *Id.*, p. 18 et 19; voir aussi André TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967.

34. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 19.

35. *Id.*, p. 20 et 21.

Bref, en vertu de ces deux alinéas, les provinces se voient accorder de larges pouvoirs en vertu desquels elles peuvent légiférer relativement à la question de l'eau au sein de leur territoire respectif.

1.2.2 Le pouvoir provincial de légiférer sur les ouvrages locaux

L'article 92 (10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les provinces à légiférer en matière de travaux et d'entreprises locales. Cette disposition donne une marge de manœuvre importante aux gouvernements provinciaux pour entreprendre les travaux nécessaires à la gestion, à l'extraction, à la purification, à la conduction et à l'assainissement des eaux. Par conséquent, les provinces ont le pouvoir d'intervenir en ce qui concerne la réglementation, mais aussi pour ce qui est du financement³⁶. Cependant, les provinces délèguent, la plupart du temps, une partie de ces pouvoirs aux municipalités, notamment certaines fonctions liées à la gestion locale des ressources en eau³⁷. Ainsi, la plupart des municipalités ont reçu par délégation la responsabilité de s'occuper du traitement des eaux, de la disposition des eaux usées et du contrôle de ces activités. Celles-ci peuvent être servies par le secteur public ou par le secteur privé.

1.2.3 Le pouvoir provincial de légiférer sur l'administration des terres publiques

L'article 92 (5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise chaque province à réglementer les conditions d'utilisation du domaine public provincial ainsi que les droits relatifs à l'eau qui en sont des accessoires³⁸. En effet, bien que l'eau ne fasse pas directement partie du domaine public lorsqu'elle est comprise comme une chose commune non appropriable (ni par le secteur public ni par le secteur privé)³⁹, les provinces se basent sur cette attribution pour réglementer la gestion des lits de cours d'eau, des rives et des fonds riverains.

En vertu de cet alinéa, chaque province agit en tant que législateur plutôt qu'en tant que propriétaire, et ce, dans le but de réglementer l'utilisation, l'administration et la vente des biens faisant partie du domaine public.

36. *Id.*, p. 16 et 17.

37. CANADA, SERVICE D'INFORMATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES, *La gestion de l'eau douce au Canada: I. Champs de compétence*, par François CÔTÉ, Division des sciences et de la technologie, PRB 04-48F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, 24 septembre 2004, [En ligne], [dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/PRB-f/PRB0448-f.pdf] (10 février 2010).

38. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 13.

39. C.c.Q., art. 913; *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 23, art. 1.

De plus, ce pouvoir réglementaire, qui s'ajoute à la qualité de propriétaire des terres publiques, donne une bonne marge de manœuvre aux provinces dans la disposition et la gestion des ressources hydriques qui se trouvent sur leur territoire⁴⁰.

En outre, cette compétence, liée à la gestion du milieu hydrique provincial (lits, rives et fonds riverains publics), justifie l'action provinciale en matière de pêcheries. En effet, puisque le droit de pêche est lié au droit de propriété des lits des cours d'eau appartenant aux provinces, ce sont elles qui détiennent la compétence sur les droits de pêche et sur les poissons⁴¹. Cette compétence est exercée par les provinces, malgré le pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries en vertu de l'article 91 (12)⁴². Ainsi, le fédéral ne peut empiéter sur ce droit accessoire au droit de propriété des lits et n'a pas l'autorité de le limiter ou de concéder des droits de pêche à son gré.

L'arrêt *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada*⁴³ est venu établir une distinction entre le droit public de pêche, qui relève du fédéral, et le droit privé de pêche, qui relève du provincial⁴⁴. Cela a amené comme résultat une réglementation adoptée par consensus entre le gouvernement fédéral et la province de Québec, en vertu de laquelle l'administration et le contrôle de la pêche se font par la province, sauf pour celle qui se déroule en haute mer, qui est toujours la responsabilité du fédéral. Cependant, la compétence de réglementer la pêche demeure au fédéral, et

40. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, Scarborough, Thomson / Carswell, 5^e éd., 2007, p. 30-11.

41. Voir: *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045; F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 1114.

42. *Id.* Le fédéral ne pourrait légiférer en tant que propriétaire, mais la législation qu'il pourrait adopter concernerait plutôt la réglementation des saisons de pêche, des techniques de prise de poisson et le prélèvement des revenus par l'entremise de la délivrance des permis; voir aussi l'affaire *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477, 516 et 520.

43. *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.).

44. Yvette Marie KIERAN, « Histoire d'eau. Guide à l'attention des notaires », (1996) 98 *R. du N.* 145, 198 et 199 :

[Le] *Règlement concernant la pêche dans la province de Québec* est édicté par le gouvernement fédéral, mais après consultation [...] [du] gouvernement provincial. [Ainsi selon] ce règlement, l'administration et le contrôle [de] la pêche sportive dans les eaux non sujettes à la marée et la pêche aux espèces anadromes (comme le saumon) et catadromes (comme les anguilles) tant dans les eaux sujettes à la marée que dans les eaux non sujettes à la marée sont confiés au gouvernement provincial. Par contre, l'administration et le contrôle de la pêche commerciale et de la pêche sportive en haute mer demeurent la responsabilité du fédéral.

chaque province, en tant que propriétaire des lits de cours d'eau, a le droit d'accorder des droits de propriété ou des baux sur le droit privé de pêche.

En somme, ces divers paragraphes de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent d'importants pouvoirs de gestion et de contrôle aux provinces sur les ressources en eau. Plus encore, ces pouvoirs ne se limiteraient pas qu'aux eaux intraprovinciales, mais ils s'étendraient aux cours d'eau interprovinciaux, voire internationaux, pour la partie située dans une province donnée, à la condition toutefois de ne pas légiférer de façon extraterritoriale ni d'empiéter sur les champs de compétence fédérale⁴⁵. En effet, les compétences constitutionnelles du fédéral qui lui permettent d'intervenir dans le domaine de l'eau douce constituent de véritables limites aux pouvoirs des provinces.

2 La compétence du fédéral sur l'eau douce ou les limites des provinces

Le gouvernement fédéral possède une compétence non négligeable sur les ressources en eau : tout d'abord, par l'intermédiaire de son rôle en matière de relations internationales⁴⁶ et, plus particulièrement, concernant les relations entretenues avec les États-Unis, qui partagent des eaux limitrophes du Canada. Celui-ci a d'ailleurs signé avec son voisin du sud le *Traité des eaux limitrophes internationales* (1909)⁴⁷ et les deux pays ont construit un cadre légal et institutionnel de gestion des ressources hydriques communes par l'intermédiaire de la Commission mixte internationale⁴⁸.

45. *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. Ltd. c. Pigeon Timber Co. Ltd.*, [1932] R.C.S. 495. Une loi provinciale autorisant des travaux sur une rivière internationale a été jugée valide, sous réserve de l'impossibilité pour les provinces de légiférer extraterritorialement et de la compétence fédérale sur la navigation et les expéditions par eau. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 1115.

46. Il faut toutefois souligner que le pouvoir du fédéral en matière de relations internationales possède des limites importantes lorsque le traité qui est signé concerne des matières qui relèvent de la compétence des provinces. Dans ce cas, seules ces dernières sont compétentes pour adopter une loi de mise en œuvre. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 43.

47. *Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les États-Unis*, Royaume-Uni et États-Unis, 11 janvier 1909, annexe de la *Loi concernant l'établissement et les dépenses de la Commission conjointe internationale sous l'empire du Traité des eaux navigables portant la date du onze janvier mil neuf cent neuf*, 1-2 Geo. V., v. I-II, c. 28 (entré en vigueur le 5 mai 1910) (ci-après « *Traité des eaux limitrophes internationales* »).

48. En vertu du mandat de cette commission ont également été créés l'*Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Canada en vue de régler le niveau du lac des Bois* (lac Woods), 24 février 1925, (1926) 43 R.T.N.U. 251 (n° 1060), [1925] B.T.S. n° 38 (entré en vigueur le 17 juillet 1925), la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique concernant la régularisation en cas d'urgence du niveau du lac à la Pluie ainsi que le*

Cependant, il faut souligner que le pouvoir fédéral pour ce qui est des traités internationaux n'est plus compris comme une matière exclusive à celui-ci⁴⁹ et que, par conséquent, il n'influe pas sur la faculté des provinces de s'entendre avec d'autres États sur des matières relevant de leur compétence. De plus, la mise en œuvre de traités signés par le fédéral mais touchant des matières qui relèvent du champ de compétence provincial appartiendrait aux provinces⁵⁰.

2.1 Le pouvoir du fédéral eu égard à sa domanialité

La compétence du gouvernement central sur la «grande maison fédérale», à savoir les terres fédérales, les installations fédérales, le Nunavut, le Territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, compromet les pouvoirs des provinces sur l'eau⁵¹. En effet, le fédéral détient des droits de propriété étendus dans le domaine maritime, sur les lits et les rives de certaines étendues d'eau qui occupent des territoires fédéraux dans certaines provinces. Il possède une compétence de réglementation exclusive et prépondérante sur ces questions en vertu de l'article 91 (1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵².

niveau des autres eaux limitrophes dans le bassin du lac à la Pluie, 15 septembre 1938, [1940] R.T. Can. n° 9 (entré en vigueur le 3 octobre 1940), le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique concernant la dérivation des eaux du Niagara*, 27 février 1950, [1950] R.T. Can. n° 3 (entré en vigueur le 10 octobre 1950), le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia*, 17 janvier 1961, [1964] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 16 septembre 1964), et l'*Accord entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs*, 15 avril 1972, [1972] R.T. Can. n° 12 et [1978] R.T. Can. n° 20 (entré en vigueur le 17 avril 1972, modifié le 22 novembre 1978).

49. Hugo CYR, *Canadian Federalism and Treaty Powers. Organic Constitutionalism at Work*, New York, P.I.E. Peter Lang, 2009, p. 211.

50. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 43. Voir aussi la *Loi sur le ministère des Relations internationales*, L.R.Q., c. M-25.1.1.

51. Gérard V. LA FOREST, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 184.

52. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 1106 et 1107 :

Dans la gestion de ses biens et propriétés, l'autorité fédérale peut, comme les provinces, prévoir des mesures, de droit civil par exemple, qui relèvent habituellement des provinces. Ainsi, même si la compétence sur les routes est provinciale, l'autorité fédérale peut régler l'usage de celles qui lui appartiennent et accorder des permis de transport touristique ; voir *R. c. Red Line Ltd.*, (1930) 54 C.C.C. 271 (C.A. Ont.). La compétence fédérale sur la propriété publique étant exclusive et prépondérante et pouvant s'exercer "nonobstant" toute autre disposition de l'A.A.N.B., les dispositions fédérales, législatives, réglementaires ou contractuelles, ne peuvent être écartées ou modifiées par les provinces. C'est donc le droit fédéral et lui seul

Par conséquent, les lois provinciales qui découlent des pouvoirs réglementaires ne pourront s'appliquer ni aux biens ni aux terres du domaine fédéral situés à l'intérieur des provinces, de telle sorte que les politiques provinciales de gestion de l'eau ne pourraient s'appliquer au domaine hydrique fédéral que dans le cas d'une entente valide entre les deux ordres de gouvernement sur cette question⁵³.

D'ailleurs, la collaboration fédérale-provinciale et les ententes intergouvernementales servent à construire une réglementation plus efficace de certaines questions comme l'eau douce, qui sont partagées entre les deux ordres de gouvernement, le but étant de combiner la législation fédérale et la législation provinciale de façon à en arriver à une législation plus complète et concordante⁵⁴. Des mécanismes juridiques, tels que la délégation administrative, l'incorporation par renvoi, la législation conditionnelle ou la législation par référence, pourraient être utilisés à cette fin⁵⁵.

2.2 Le pouvoir du fédéral en tant que puissance législative

En vertu du partage des compétences, le fédéral détient des pouvoirs non négligeables sur les ressources en eau qui se trouvent sur le territoire canadien, mis à part les pouvoirs découlant du caractère de propriétaire des terres fédérales que nous venons d'exposer. Ainsi, au nom des compétences constitutionnelles, le fédéral peut légiférer concernant la protection des ressources en eau.

C'est d'ailleurs en usant de ces pouvoirs que le fédéral a adopté un cadre réglementaire applicable à l'eau, comme la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁵⁶, la *Loi sur les pêches*⁵⁷, la *Loi sur la marine*

qui régit les droits civils consentis par l'autorité fédérale sur son domaine. Voir, par exemple, l'affaire *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629.

53. Geneviève TREMBLAY-McCAIG, «Le partage des compétences en matière de gestion de l'eau», dans Catherine CHOQUETTE et Alain LÉTOURNEAU (dir.), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, Éditions MultiMondes, 2008, p. 47, à la page 50.

54. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 234 et 235.

55. Gérald-A. BEAUDOIN avec la collaboration de Pierre THIBAUT, *La Constitution du Canada. Institutions. Partage des pouvoirs. Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 314 et suiv.

56. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33.

57. *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14.

*marchande du Canada*⁵⁸ et la *Loi sur les ressources en eau du Canada*⁵⁹. Or, même si la portée de certaines de ces lois est générale, le gouvernement fédéral exerce des compétences dans le domaine de l'eau qui méritent une étude particulière.

2.2.1 Le rôle du fédéral sur les eaux internationales et interprovinciales et sa compétence sur la navigation

En ce qui concerne les eaux interprovinciales, c'est en principe le Parlement fédéral qui est compétent en vertu de l'article 91 *in limine*, qui établit son pouvoir résiduaire sur les matières interprovinciales non précisément attribuées par la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*⁶⁰, dans laquelle il a été décidé que les questions liées à la pollution des rivières interprovinciales concernaient un domaine exclusivement fédéral. Cependant, en présence de conflits interprovinciaux impliquant des eaux partagées, la méthode privilégiée serait les ententes entre provinces, même si le fédéral devait être mieux placé pour légiférer sur ces questions. En effet, les ententes interprovinciales seraient plus adaptées et mieux acceptées entre ces entités souveraines, surtout en raison de l'application de lois provinciales à la partie des eaux traversant leur territoire, bien que celles-ci fassent partie des bassins internationaux ou interprovinciaux⁶¹. D'ailleurs, rien n'empêche les provinces de s'entendre avec quelques États fédérés des États-Unis pour prendre des mesures en vue d'une gestion commune et solidaire des eaux, comme cela a d'ailleurs été le cas de l'Ontario et du Québec lors des ententes autour de la gestion du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent. À titre d'exemple, ces provinces ont signé avec quelques États américains des Grands Lacs (l'Illinois, l'Indiana, le Michigan, le Minnesota, l'État de New York, l'Ohio, la Pennsylvanie et le Wisconsin) l'*Entente sur*

58. *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, c. 26.

59. *Loi sur les ressources en eau du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-11, préambule :

Considérant [...] que la pollution des ressources en eau du Canada constitue, pour la santé, le bien-être et la prospérité de la population du Canada et pour la qualité du milieu canadien en général, une menace sérieuse qui s'accroît rapidement et qu'en conséquence il est devenu urgent, dans l'intérêt national, de prendre des mesures en vue de pourvoir à une gestion de la qualité des eaux dans les régions les plus sérieusement atteintes du Canada.

60. *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, préc., note 42.

61. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 46 et 47.

les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent de 2005⁶².

Par ailleurs, l'article 91 (10) limite aussi le pouvoir des provinces, puisque le Parlement fédéral possède une compétence législative exclusive en ce qui concerne la navigation. Ainsi, la législation provinciale ne pourrait autoriser l'entrave à la navigation ni le mouvement de la circulation maritime dans les cours d'eau navigables⁶³. Cependant, pour que le pouvoir fédéral ait compétence, il faut que le cours d'eau soit navigable. Or, la navigabilité étant déclarée par les juges, ni le pouvoir législatif fédéral ni le pouvoir législatif provincial ne peuvent déclarer un fleuve navigable ou non.

2.2.2 La compétence fédérale liée au domaine criminel et l'environnement

Le pouvoir fédéral lié au domaine criminel semble aussi rendre légitime l'intervention du fédéral dans le domaine de l'environnement⁶⁴. Ainsi, en vertu de ce pouvoir, le fédéral pourrait intervenir en cette matière dans le but de protéger les ressources naturelles, y compris l'eau, en criminalisant des comportements qui y portent atteinte. La Cour suprême s'est clairement exprimée en ce sens dans l'affaire *Hydro-Québec*:

La protection de l'environnement, au moyen d'interdictions concernant les substances toxiques, [constitue] un objectif public tout à fait légitime dans l'exercice de la compétence en matière de droit criminel [...] [La protection de l'environnement] est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux [...] Le recours légitime au droit criminel [...] ne constitue nullement un empiétement sur la compétence législative provinciale, bien qu'il puisse toucher à des matières qui en relèvent [...] Le Parlement peut, en vertu de sa compétence en

62. *Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*, 13 décembre 2005. Cette entente a été entérinée par le gouvernement québécois par l'entremise du projet de loi n° 27: *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 23. Les premiers ministres du Québec et de l'Ontario et les gouverneurs de huit États américains sont aussi signataires de la *Charte des Grands Lacs*, 11 février 1985, et de l'annexe à la *Charte des Grands Lacs*, 18 juin 2001.

63. *R. c. Tellier*, [1967] C.S. 209. Dans cette décision, la Cour supérieure a refusé d'appliquer la *Loi sur la marine marchande du Canada* à un lac qui n'était pas navigable. Voir aussi: G. LORD et autres, préc., note 15, p. 27.

64. Jean LECLAIR, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement », (1996) 27 *R.G.D.* 137, 141. L'auteur souligne la possibilité pour le fédéral, en vertu de l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de réglementer non seulement les activités qui mettent en danger la santé du public, mais aussi les comportements qui, constituant un « mal public », sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Voir aussi l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 242. Dans cet arrêt, la Cour suprême a confirmé la grande latitude dont dispose le Parlement fédéral en vertu de l'article 91 (27) lorsqu'il entend protéger la population contre un tel « mal public ».

matière de droit criminel, édicter valablement des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution [...] [Cela] ne constitue pas un empiètement sur les compétences législatives d'une province [...] Le recours à la compétence fédérale en matière de droit criminel n'empêche nullement les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère l'art. 92 pour réglementer et limiter la pollution de l'environnement de façon indépendante ou [de concert avec des] mesures fédérales⁶⁵.

Cependant, le pouvoir fédéral lié au domaine criminel ne pourrait justifier toute une politique fédérale de l'eau à caractère purement prohibitif⁶⁶, ni déguiser un but purement réglementaire ne relevant pas de son champ de compétence⁶⁷. Il permettrait plutôt d'établir des standards minimaux de protection de l'environnement à l'intérieur de son pouvoir législatif constitutionnel⁶⁸.

Ainsi, le Parlement fédéral peut adopter une loi afin de protéger les ressources hydriques lorsqu'il exerce sa faculté de légiférer en matière environnementale, mais, ce faisant, il ne doit pas empiéter sur les compétences des provinces, qui possèdent des pouvoirs concurrents en cette matière. Autrement dit, comme l'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt *Hydro-Québec*⁶⁹, chaque palier de gouvernement ne peut légiférer quant à l'environnement que dans la mesure où il poursuit des objectifs qui entrent dans sa sphère de compétence.

65. *R. c. Hydro-Québec*, préc., note 10, par. 127, 129-132 et 152; voir aussi les paragraphes 115, 116 et 151.

66. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 37.

67. Dans le *Renvoi sur la Loi sur la procréation assistée*, la Cour d'appel a déclaré certains articles de cette loi *ultra vires*, puisqu'ils excédaient le champ de compétence du fédéral. En effet, même si celui-ci a le pouvoir de réglementer en matière criminelle, ce pouvoir ne lui donne pas la faculté d'adopter des dispositions à caractère réglementaire, surtout lorsqu'il interfère dans les champs de compétence des provinces. Voir: *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2*, 2008 QCCA 1167 (entendu et mis en délibéré, C.S.C., 24-04-2009, 32750). Cette décision est présentement en appel devant la Cour suprême.

68. La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, préc., note 56, la *Loi sur les pêches*, préc., note 57, la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, préc., note 59, et la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, préc., note 58, constituent, entre autres, le cadre légal fédéral de l'eau, à l'intérieur des compétences attribuées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

69. *R. c. Hydro-Québec*, préc., note 10. La compétence en matière d'environnement ne relève pas d'un pouvoir exclusif, mais plutôt d'un pouvoir concurrent entre le fédéral et les provinces. Ainsi, chaque palier de gouvernement est compétent pour légiférer dans le domaine, pourvu qu'il poursuive des objectifs qui relèvent de sa propre sphère de compétence. Jean LECLAIR, «The Elusive Quest for the Quintessential "National Interest"», (2005) 38 *U.B.C.L. Rev.* 353, 369.

La Cour suprême s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*:

Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la Loi constitutionnelle de 1867 et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude [...] on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la Loi constitutionnelle de 1867 et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que par leur inaction⁷⁰.

Par conséquent, le Parlement fédéral peut réglementer toute forme de pollution produite par les navires en vertu de sa compétence en matière de navigation (art. 91 (10)). Il peut également réglementer la pollution des cours d'eau interprovinciaux⁷¹ et la pollution marine, comme l'a d'ailleurs énoncé la Cour suprême dans l'affaire *Crown Zellerbach*⁷². Dans cet arrêt, le plus haut tribunal du pays a décidé que la pollution dans l'eau de mer était une affaire d'intérêt national qui relevait du fédéral, compte tenu de la difficulté de tracer les limites entre la mer territoriale et les eaux internes des provinces, mais également du fait que la pollution marine possède des caractéristiques scientifiques particulières qui la différencient de la pollution de l'eau douce⁷³. Toutefois, la compétence législative concernant la pollution des ressources en eau douce demeure entière.

70. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*, préc., note 10, par. 86 et 87.

71. *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, préc., note 42. Dans cette affaire, il a été affirmé que le Parlement fédéral est compétent pour réglementer les rejets dans des eaux provinciales, lorsqu'il peut être démontré que les substances immergées polluent les eaux à l'extérieur de la province. Voir aussi : Jean LECLAIR, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada », (1995-1996) 21 *Queen's L.J.* 37, 51.

72. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 10. Pour mieux comprendre la portée de cet arrêt, voir J. LECLAIR, préc., note 69, 361.

73. *Id.* Dans cette décision, le juge La Forest était dissident. Il soulevait que la distinction ne devrait pas se faire sur l'eau douce ou salée, mais plutôt sur la source de pollution. Toutefois, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*, préc., note 10, le même juge soulignait que l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc. note 10, faisait seulement référence à la pollution marine et ne donnait pas une autorité exclusive sur les affaires touchant l'environnement.

2.2.3 Le pouvoir général fédéral, en cas d'urgence ou d'intérêt national

Le pouvoir général fédéral possède trois composantes : le pouvoir *résiduaire* de légiférer dans le cas des matières qui ne se trouvent pas précisément attribuées aux provinces dans l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁴ ; le pouvoir de légiférer en cas d'*urgence* en vertu duquel le fédéral peut légiférer de façon temporaire en ce qui a trait à toutes les matières, même celles qui sont attribuées aux provinces⁷⁵ ; et le pouvoir de légiférer relativement à des questions d'*intérêt national* — également connu comme la *théorie des dimensions nationales* — qui donne la capacité au fédéral de légiférer concernant des questions qui constituent un problème national ou qui comportent un intérêt important pour l'ensemble de la fédération⁷⁶.

Ces pouvoirs sont attribués au législateur fédéral par l'alinéa introductif de l'article 91, qui lui confère le pouvoir de légiférer dans ces cas, pourvu que ce soit au nom « [de] la paix, [de] l'ordre et [du] bon gouvernement⁷⁷ ».

L'application de ce pouvoir général à la question des ressources hydriques et, plus particulièrement, le pouvoir que le fédéral détient en cas d'urgence ou en cas d'intérêt national⁷⁸, donnerait un rôle plus important

74. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 341.

75. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 554-556.

76. En vertu de cette théorie, le fédéral pourrait même envahir une question précisément attribuée aux provinces. *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.) ; *Ontario Liquor Licence Case (Re)*, préc., note 13.

77. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 554-556.

78. La théorie de l'intérêt national a été proposée par Lord Watson dans l'affaire des prohibitions locales (*Ontario Liquor Licence Case (Re)*, préc., note 13, 348), et a reçu sa formulation moderne dans l'affaire *Ontario (Attorney General) v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (P.C.). Cette théorie a fait l'objet de commentaires importants lors du *Renvoi relatif à la loi anti-inflation (Canada)*, [1976] 2 R.C.S. 373, 68 D.L.R. (3d) 452, décision qui a intégré les aspects de « crise » et d'« urgence » dans la légitimité du fédéral pour adopter une législation quelconque. Par ailleurs, l'affaire *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 10, par. 33, 37 et 39, illustre la différence entre la théorie de l'intérêt national et la théorie de l'urgence nationale dans les termes suivants :

La théorie de l'intérêt national [qui] est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale [...] s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale ; pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution ; pour [déterminer] si une matière possède [l'] unicité, [la] particularité et [l'] indivisibilité [requis], il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-

au fédéral au sein de la dynamique de l'eau au niveau national, notamment en matière d'exportation de l'eau, comme nous le verrons plus loin.

Cependant, certains auteurs paraissent réticents à reconnaître cette option, puisqu'il semblerait que la Cour suprême refuse de permettre au Parlement fédéral de s'approprier des domaines législatifs qu'il considère comme importants pour l'ensemble des Canadiens, ainsi que l'expriment les auteurs du traité *Droit québécois de l'eau*, sous la direction de Guy Lord: «une loi pan-canadienne de gestion des eaux applicable au domaine hydrique provincial et fixant les droits d'utilisation, que le parlement fédéral adopterait en vertu de ses pouvoirs généraux prévus au préambule de l'article 91 du *B.N.A. Act*, ne serait probablement pas validée par les tribunaux. Ceci malgré l'argumentation fédérale des dimensions nationales⁷⁹.»

La question aurait pu être soulevée par rapport au projet de loi n° C-535 *Loi sur la préservation de l'eau au Canada*⁸⁰ s'il avait été débattu en chambre. Or, bien que la question de l'eau douce n'ait pas été tranchée

provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra-provinciaux de cette matière [...] Le contrôle de la pollution de la mer satisfait à ce critère [...] La pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier [...] la pollution des eaux de la mer [y compris les eaux maritimes provinciales] résultant de l'immersion de substances peut suffisamment se distinguer de la pollution des eaux douces due à de telles immersions pour satisfaire à l'unicité ou à l'indivisibilité requises. [Même si dans] bien des cas, la pollution des eaux douces a pour effet de polluer les eaux de la mer dans lesquelles elles se déversent, [...] la pollution de la mer, à cause des différences qui existent entre les eaux de la mer et les eaux douces sur le plan de leur composition et de leur action, comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces. En outre, la distinction entre eaux salées et eaux douces, pour limiter l'application de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, satisfait au critère sur lequel la Cour, à la majorité, a insisté dans le Renvoi: *Loi anti-inflation*, savoir que pour qu'on puisse dire qu'une matière revêt un intérêt national et relève de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables, pour ce qui est de son incidence sur la compétence provinciale.

79. G. LORD et autres, préc., note 15, p. 11.

80. Le projet de loi relatif à la *Loi concernant la préservation des ressources en eau du Canada*, interdisait le captage massif d'eau des grands bassins hydrographiques du Canada. La dissolution du Parlement fédéral en septembre 2008 n'a pas permis l'étude de ce projet. *Loi concernant la préservation des ressources en eau du Canada*, projet de loi n° C-535 (dépôt et 1^{re} lecture – 11 avril 2008), 2^e sess., 39^e légis. (Can), [En ligne] [www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3413472&file=4], (7 juillet 2009).

jusqu'à nos jours⁸¹, depuis les positions que la Cour suprême a adoptées dans les affaires de la *Loi anti-inflation*⁸², *Crown Zellerbach*⁸³ et *Hydro-Québec*⁸⁴, il serait possible que, dans le contexte où les pays voisins convoient de plus en plus les ressources en eau douce du Canada, au surplus dans le contexte commercial encadré par l'ALENA, la protection de l'eau douce puisse être déclarée d'intérêt national, comme nous l'étudierons dans les pages qui suivent.

En somme, en ce qui concerne la gestion et la protection des eaux douces, tant pour ce qui est de leur qualité que de leur quantité, les compétences provinciales et fédérales se chevauchent. En effet, il semblerait que le gouvernement fédéral ne pourrait légiférer à cet égard sans empiéter dans le champ de compétence des provinces. Il pourrait cependant le faire lorsqu'il s'agit des eaux qui relèvent de sa compétence, soit lorsqu'il est question du domaine hydrique fédéral, lorsqu'il s'agit de cours d'eau interprovinciaux ou internationaux, lorsqu'il veut atteindre des objectifs établis dans son champ de compétence, lorsqu'il s'agit de son pouvoir résiduel ou lorsque la question de l'eau douce devient une question d'urgence ou d'*intérêt national*.

3 L'exportation de l'eau et le partage de compétences

Bien que, dans tout le Canada, l'eau douce s'exporte en bouteille et que, par ce moyen, elle fasse partie des traités commerciaux, l'exportation massive de l'eau ne suscite aucunement l'unanimité au sein de la population canadienne. En effet, ce sujet a soulevé de nombreux débats et a fait réagir plusieurs acteurs sociaux, certains étant pour, mais la plupart se montrant contre. Ce sujet est devenu une question très controversée auprès de la

81. Dans l'affaire *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, préc., note 42, il a été dit que le Parlement avait compétence pour réglementer les immersions, dans des eaux provinciales, de substances dont il peut être démontré qu'elles polluent des eaux à l'extérieur de la province.

82. *Renvoi relatif à la loi anti-inflation (Canada)*, préc., note 78, 452.

83. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 10. Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 69, 361. Dans cette affaire, la Cour suprême a décidé que la pollution de l'eau de mer devait être considérée comme une affaire d'intérêt national étant donné la difficulté de préciser les limites entre la mer territoriale et les eaux internes des provinces et compte tenu du fait que la pollution marine avait des caractéristiques scientifiques particulières la différenciant de la pollution de l'eau douce.

84. *R. c. Hydro-Québec*, préc., note 10, par. 115 et 116. Les deux ordres de gouvernement pourraient réglementer la question de l'environnement : la province, en ce qui concerne les affaires locales ; et le fédéral, en ce qui a trait à l'intérêt national. Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 69, 361.

population canadienne, qui refuse de perdre le contrôle sur ses ressources hydriques⁸⁵.

Depuis la signature de l'ALENA⁸⁶, de nombreux acteurs sociaux s'interrogent à savoir si l'eau à l'état naturel est régie ou non par les dispositions de cet accord. L'opinion majoritaire est que l'eau douce serait effectivement assujettie à l'ALENA⁸⁷ et que, par conséquent, pour la protéger, elle devrait en être expressément exclue⁸⁸. En effet, dans l'état actuel des choses, l'exportation de l'eau en vrac par une seule province suffirait à établir un précédent en vertu de l'ALENA, ce qui conduirait inévitablement à l'application de la clause du traitement de la Nation la plus favorisée énoncée au chapitre 11 de l'ALENA⁸⁹. Une telle ouverture du marché interdirait par la suite toute restriction future du commerce de l'eau⁹⁰, puisqu'aucune des parties à l'ALENA ne pourrait alors accorder

85. Jean-Louis SASSEVILLE et Abdessalem YEZZA, «La rationalité des transferts massifs d'eaux douces», dans Frédéric LASSERRE (dir.), *Transferts massifs d'eau. Outils de développement ou instruments de pouvoir?*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 55, à la page 74.

86. ALENA, préc., note 14.

87. Edith BROWN WEISS, «Water Transfers and International Trade Law», dans E. BROWN WEISS, Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 61, à la page 67.

88. Craignant l'inclusion de l'eau dans l'ALENA, la Chambre des communes a voté, au printemps 2007, une motion à la majorité, appelant le Canada à demander aux États-Unis et au Mexique de supprimer l'eau des biens régis par cet accord : CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 39^e légis., 31 mai 2007, «Affaires courantes. Commerce international», p. 9980, à la page 9981 (M^{me} DeBellefeuille); voir également Claude DEBELLEFEUILLE, Communiqué, «La députée de Beauharnois-Salaberry exige que l'eau soit exclue de l'ALÉNA», (31 mai 2007), [En ligne], [www.claudedebellefeuille.ca/node/56] (21 juin 2010) :

À l'article 309 de l'ALÉNA, on peut lire, et je vais me permettre de le citer : [...] aucune des parties ne pourra adopter ou maintenir une interdiction ou une restriction à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie [...] De toute évidence, les législations du Québec et des provinces, qui empêchent actuellement l'exportation de l'eau en vrac, constituent une interdiction ou une restriction à l'exportation ou à la vente pour l'exportation, interdite par l'ALÉNA. Tant que l'eau n'est pas exclue de l'ALÉNA, nos lois interdisant l'exportation de l'eau pourraient donc être contestées, voire invalidées. Il y a donc un risque et un doute. À notre avis, il ne faut surtout pas le sous-évaluer. Il faut donc prendre nos responsabilités et entamer des discussions avec le Mexique et les États-Unis pour le faire extraire.

89. ALENA, préc., note 14, art. 1102, 1103 et suiv.

90. Sylvain LAROCQUE, «Québec ne favorise pas assez l'immigration et l'exportation d'eau», *Le Devoir*, 6 octobre 2007, p. B1.

aux investisseurs et aux investissements des autres parties un traitement moins favorable que celui qu'elle aurait accordé aux nationaux⁹¹.

De plus, puisque l'ALENA définit l'expression « produits d'une Partie » comme les produits nationaux au sens de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (General Agreement on Tariffs and Trade (GATT))⁹², les règles de l'ALENA s'appliqueraient alors à l'eau douce. En effet, le commerce de l'eau serait prévu par le GATT, qui classe les produits dans son système harmonisé de désignation et de codification des marchandises. Ce système contient un numéro tarifaire pour l'eau : « 22.01 eaux, y compris les eaux minérales naturelles ou artificielles et les eaux gazéifiées, non additionnées de sucre ou d'autres édulcorants ni aromatisées ; glace et neige », et une note explicative précise que ce numéro englobe « l'eau naturelle ordinaire de tout genre autre que l'eau de mer, cette eau demeurant assujettie à ce numéro qu'elle soit ou non clarifiée ou purifiée⁹³ ».

En outre, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*⁹⁴ semblerait permettre la possibilité de la commercialisation de l'eau en vrac, puisque celle-ci consacre à l'article 7 que l'eau à l'état naturel n'est pas visée par l'ALENA, sauf celle qui a été disposée pour la commercialisation soit en bouteille, soit en citerne. La question serait alors la suivante : le mot « citerne » peut-il inclure les camions ou les bateaux-citernes ? La question demeure entière. « [Article] 7.(1) Il demeure entendu que ni la présente loi ni l'Accord, à l'exception de l'article 302 de celui-ci, ne s'appliquent aux eaux. (2) Au présent article, « eaux » s'entend des eaux de surface ou souterraines naturelles, à l'état liquide, gazeux ou solide, à l'exclusion de l'eau mise en emballage comme boisson ou en citerne⁹⁵. »

Cette interprétation a poussé la population et certains groupes environnementaux des trois pays à rappeler que, lors de la signature de l'ALENA en 1992, l'eau douce n'en avait pas été expressément exclue⁹⁶. En réponse à ces manifestations, les trois chefs d'État visés ont déclaré conjointement

91. ALENA, préc., note 14, art. 1102-1104 et suiv.

92. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1947] R.T. Can. n° 27, 55 R.T.N.U. 187 (n° 814) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948) et *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) (ci-après « GATT »).

93. D. JOHANSEN, préc., note 4.

94. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

95. D. JOHANSEN, préc., note 4.

96. *Id.* En effet, lors de la négociation de l'ALENA en 1991-1992, la société civile des trois pays s'est mobilisée, craignant les effets néfastes de la concurrence commerciale sur l'environnement et les droits des travailleurs. De même, les craintes d'exportation d'eau vers les pays voisins se sont accrues considérablement.

que l'eau ne faisait pas partie de l'ALENA tant qu'elle n'était pas commercialisée et ne devenait pas un *produit*⁹⁷.

C'est dans ce contexte qu'une firme américaine, la Sun Belt Corporation, a intenté une action contre le gouvernement canadien, puisqu'en 1986 le gouvernement de la Colombie-Britannique lui avait permis l'exportation de l'eau par navire-citerne. À cause de ce possible précédent, cette province a imposé en 1991 un moratoire sur toute exportation d'eau, ce qui a empêché lesdits transferts d'avoir lieu. Bien que cette poursuite n'ait pas suivi son cours dans les instances judiciaires, elle constitue un exemple des problèmes que l'exportation de l'eau est susceptible de causer aux gouvernements provinciaux et fédéral⁹⁸.

D'ailleurs, d'autres provinces entrevoyaient aussi à l'époque la possibilité d'exporter leur eau, comme c'était le cas de Terre-Neuve et du Québec⁹⁹. Toutefois, à la suite des manifestations de la population¹⁰⁰, le gouvernement canadien a décidé de maintenir fermement son refus de prélever l'eau à grande échelle, surtout pour l'exportation. Le gouvernement fédéral a invité alors, avec succès, les gouvernements des provinces et des territoires à former un accord pancanadien¹⁰¹. Après cela, la plupart des provinces¹⁰² ont adopté des lois qui empêchaient l'exportation de l'eau en vrac.

Il est intéressant de noter que ces lois ne concernent pas directement le commerce de l'eau, mais la protection et la préservation des ressources

97. CANADA, CABINET DU PREMIER MINISTRE, Communiqué, «Le premier ministre annonce des améliorations à l'ALÉNA; le Canada mettra bientôt en œuvre cet accord», (2 décembre 1993). En vertu du chapitre 11 de l'ALENA, un État ne doit pas porter obstacle au commerce et doit traiter les investissements étrangers des pays membres sans aucune discrimination par rapport aux nationaux. Ainsi, si l'eau à l'état naturel était commercialisée, elle serait désormais soumise aux dispositions de l'ALENA.

98. D. JOHANSEN, préc., note 4. Voir aussi Frank QUINN et Jeff EDSTROM, «Great Lakes Diversions and Other Removals», *Canadian Water Resources Journal*, vol. 25, n° 2, juin 2000, p. 125, à la page 140.

99. Frédéric LASSERRE, «L'Amérique a soif. Les États-Unis obligeront-ils Ottawa à céder l'eau du Canada?», dans Frédéric LASSERRE et Luc DESCROIX (dir.) avec la collaboration de Jean BURTON et Anne LE STRAT, *Eaux et territoires. Tensions, coopérations et géopolitique de l'eau*, 2^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 369, à la page 397.

100. D. JOHANSEN, préc., note 4.

101. Cet effort a également été renforcé par une modification apportée en 2001 au Traité des eaux limitrophes internationales, préc., note 47, qui empêche désormais de prélever des eaux transfrontalières dans la mesure où il y a un impact sur le bassin. Voir la *Loi modifiant la Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*, L.C. 2001, c. 40.

102. Sont exclus le Nouveau-Brunswick et les Territoires fédéraux.

en eau, qui relèvent du champ de compétence des provinces¹⁰³. En effet, l'exportation et les échanges interprovinciaux sont du ressort du fédéral en vertu de l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui le place devant les provinces en matière de régulation du commerce de l'eau et de son exportation. Ce pouvoir limite donc grandement le pouvoir exclusif des provinces sur l'exploitation de leurs ressources hydriques¹⁰⁴, puisque, contrairement au gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux ne peuvent limiter la mobilité des biens ni instaurer une discrimination commerciale.

Certes, le gouvernement fédéral possède la faculté de légiférer en matière d'échanges et de commerce, mais il ne peut, ce faisant, envahir les champs de compétence des provinces. Ainsi, il ne peut mettre en échec le pouvoir des provinces d'organiser les matières locales de même que de gérer et de disposer des ressources se trouvant dans leur domaine¹⁰⁵, pouvoirs qui permettent aux provinces de limiter et d'encadrer le commerce, sans que ce soit interprété comme un empiètement important sur la compétence fédérale de légiférer relativement aux échanges commerciaux.

Bien que les provinces ne puissent légiférer dans le cas de l'exportation de l'eau en tant que telle, elles disposent d'un pouvoir indirect de limitation ou de réduction des transferts d'eau¹⁰⁶. C'est le cas lorsqu'elles se pronon-

103. À titre d'exemple, voir la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 23, art. 31.105 (non en vigueur): «31.105. Depuis le 21 octobre 1999, il est interdit de transférer hors du Québec des eaux qui y sont prélevées. Toutefois, et sous réserve des dispositions de la sous-section 2, cette interdiction n'est pas applicable aux eaux prélevées pour: 1° la production d'énergie hydroélectrique; 2° être commercialisées comme eau de consommation humaine, pour autant que ces eaux soient emballées au Québec dans des contenants de 20 litres ou moins».

104. J. GORDLEY, préc., note 29, p. 119.

105. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18.

106. *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629. Dans cet arrêt, il était question d'une loi provinciale qui limitait l'émission de gaz naturel dans l'environnement. La compagnie *Spooners Oil* a attaqué la loi en invoquant qu'elle était *ultra vires* puisqu'elle modifiait le contrat de crédit-bail (*leasing*) qu'elle avait obtenu avec le gouvernement fédéral. À son avis, la province envahissait le champ de compétence du fédéral en vertu duquel il est le seul à pouvoir réguler les échanges commerciaux, soit le «regulation of trade and commerce»:

The plaintiff Spooner was the holder of a lease of land dated August 31, 1912, from His Majesty the King, represented therein by the Minister of the Interior of Canada, for the "sole and only purpose" of mining and operating for petroleum and natural gas, and of laying pipe lines, etc. The lease was granted under the Regulations of March, 1910 and 1911, made under the authority of the Dominion Lands Act, 1908, c. 20, s. 37. The appellant company was the owner in fee simple of certain lands, and held a sub-lease of sixty acres of the tract leased to the plaintiff Spooner. All the

cent sur des questions de gouvernance de leur domaine ou lorsqu'elles ont à réglementer les processus de production¹⁰⁷. À titre d'exemple, une province peut réglementer les quantités d'eau disponibles pour l'exportation. C'est en effet en vertu de ce pouvoir que le Québec impose une limite au commerce de l'eau en bouteille, en limitant à 20 litres le contenu maximal des contenants permis à l'exportation¹⁰⁸. Mais mieux encore, par l'intermédiaire de la définition du statut juridique de l'eau, une province pourrait même l'exclure du champ commercial en la rendant hors commerce, comme l'a d'ailleurs fait le Québec en confirmant le statut juridique de *chose commune* non appropriable des ressources en eau¹⁰⁹.

Par ailleurs, puisqu'un projet d'exportation d'eau aurait un impact sur des questions de compétence provinciale et fédérale, tout projet de ce type devrait être soigneusement considéré d'un commun accord par le gouvernement fédéral et par le gouvernement provincial en concordance avec la position de la Cour suprême dans l'arrêt *Office national de l'énergie* :

De toute évidence, bien que les questions d'exportation relèvent clairement de la compétence fédérale en matière de réglementation des échanges et du commerce,

lands were in the Turner Valley gas field in the province of Alberta. The plaintiffs brought an action, attacking an order made by The Turner Valley Gas Conservation Board as being illegal and unauthorized (The plaintiffs' contention below that the Board's order was not authorized by the provincial Act in question was not argued in the present appeal); attacking the Turner Valley Gas Conservation Act, Statutes of Alberta, 1932, c. 6, as being contradictory to the terms of s. 2 of the agreement dated December 14, 1929, made between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of Alberta (respecting transfer to the Province of public lands, etc.) and set out as a schedule to c. 26 of the Imperial Statutes of 1930 (the British North America Act 1930, which confirmed said agreement and gave it "the force of law"); and attacking the said Act of the Province as being legislation in regard to the "regulation of trade and commerce" (B.N.A. Act, 1867, s. 91 (2)), and therefore ultra vires; and attacking s. 20 of the said Act of the Province as imposing indirect taxation and being, therefore, ultra vires.

107. F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 18, p. 1106 :

Agissant à titre de propriétaire de ses biens, un ordre de gouvernement peut prévoir des stipulations excédant ses compétences législatives ordinaires, que ce soit dans une loi, dans un instrument de l'exécutif ou dans un contrat. Ainsi dans *Smylie c. The Queen*, [1900] 27 O.A.R. 172, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé valide une loi provinciale prévoyant que tout permis de coupe de bois sur les terres de la Couronne serait assorti de la condition que le bois soit transformé en planches avant d'être exporté du Canada, alors qu'en règle générale une province ne peut, au nom de la liberté du commerce, limiter de cette façon l'exportation des produits.

108. *Loi visant la préservation des ressources en eau*, L.R.Q., c. P-18.1, art. 2. Cette loi sera remplacée par la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 23, art. 19 (31.90) (non en vigueur).

109. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 23, art. 1.

conformément au par. 91 (2) de la Loi constitutionnelle de 1867, on ne saurait nier qu'un projet d'exportation peut avoir des ramifications sur le fonctionnement des entreprises provinciales ou sur d'autres questions de compétence provinciale¹¹⁰.

Afin de clarifier la question et de clore le débat, tout en projetant la vision canadienne de préservation des ressources en eau au Canada, certains proposent l'adoption d'une loi fédérale qui interdirait les prélèvements massifs d'eau. En effet, il est possible que, pour ce faire, le Parlement fédéral puisse se baser notamment sur le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et, plus particulièrement, sur la théorie des dimensions nationales. En effet, après la signature de l'ALENA, la protection de l'eau douce pourrait devenir, de plus en plus, une question d'intérêt national¹¹¹.

Suivant les critères établis dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, pour que la question devienne d'intérêt national, il faut s'assurer que le sujet comporte une *unicité*, une *particularité* et une *indivisibilité* «qui [le] distinguent clairement des matières d'intérêt provincial¹¹²», et pour déterminer si cette question possède ces caractéristiques, il convient d'examiner «quel effet aurait sur les intérêts extraprovinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière¹¹³».

Ainsi, la première question à se poser consiste à déterminer si, lorsqu'une province accepte d'exporter de l'eau en vrac, les autres provinces peuvent l'en empêcher. La réponse est évidemment négative, ce qui illustre l'incapacité des provinces d'empêcher une d'entre elles à exporter de l'eau. La seconde question à se poser consiste à déterminer l'impact extraprovincial d'une telle décision. En effet, il est indéniable que les prélèvements massifs d'eau peuvent avoir un impact, non négligeable, sur le cycle de l'eau, le débit des cours d'eau, la biodiversité et les bassins versants, dont la plupart sont partagés entre plusieurs provinces¹¹⁴.

En outre, comme nous l'avons déjà dit, le seul fait pour une province d'exporter l'eau suffirait à établir un précédent en vertu de l'ALENA,

110. *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, par. 59.

111. Ainsi, comme l'exprimait la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, préc., note 10, une question peut devenir d'intérêt national même s'il n'y a pas d'urgence nationale en tant que telle.

112. *Id.*, par. 33.

113. *Id.*

114. À titre d'exemple, le bassin du Saint-Laurent et des Grands Lacs traverse le Québec et l'Ontario, ainsi que plusieurs États fédérés des États-Unis en amont de ce réseau hydrique.

ce qui conduirait inévitablement à l'ouverture du marché et empêcherait toute restriction future dans le commerce de l'eau. Ainsi, l'action d'une seule province serait susceptible d'avoir des effets interprovinciaux qui ne pourraient être empêchés par les autres provinces, ce qui pourrait justifier le besoin d'intervention du Parlement fédéral au nom de l'intérêt national. Cependant, cette législation devrait être circonscrite à cet aspect, dans le but de ne pas empiéter sur les champs de compétence des provinces relativement à la question de l'eau.

C'est d'ailleurs à cette conclusion qu'en est venu le Munk Center à la suite d'une étude sur l'eau douce au Canada¹¹⁵. À son avis, les dangers environnementaux que causeraient les prélèvements massifs aux fins d'exportation justifieraient l'intervention du gouvernement central en vertu de son pouvoir général d'intervenir sur des questions d'intérêt national. Il avance toutefois que, dans toute loi fédérale portant sur les prélèvements massifs d'eau, il serait important de privilégier le rôle des provinces dans la protection des eaux douces¹¹⁶.

Bref, il est important de souligner le leadership dont devront faire preuve les gouvernements fédéral et provinciaux au sujet de la protection des ressources en eau au Canada.

115. MUNK CENTER FOR INTERNATIONAL STUDIES (MCIS), *Loi type sur la protection de l'eau au Canada. Conseil sur les questions de l'eau au Canada en collaboration avec le Programme sur les questions de l'eau*, MCIS Briefings, Toronto, Université de Toronto / Programme sur les questions de l'eau, février 2008, p. 4, [En ligne], [www.powi.ca/pdfs/events/20080602-T49781-Briefing_FR.pdf] (22 juin 2010).

116. *Id.*, p. 4 et 5. Le Munk Center propose une loi type qui a pour objet de concilier les intérêts nationaux et provinciaux :

Toute loi fédérale sur les prélèvements massifs d'eau devrait avant tout viser à attribuer, dans la mesure du possible, la protection des ressources en eau aux gouvernements provinciaux. Cependant, comme les prélèvements massifs d'eau sont une question d'intérêt national et que les dangers posés par les changements climatiques, les contaminants environnementaux et les espèces envahissantes dépassent les compétences provinciales, le gouvernement fédéral a aussi clairement un rôle à jouer dans la protection des ressources en eau du Canada. La loi type décrite ci-après concilie les intérêts nationaux et provinciaux. Elle établit des normes nationales minimales, mais tient compte de l'importance des mesures provinciales. Elle permet aux gouvernements provinciaux de mettre en œuvre des régimes juridiques de protection contre les prélèvements massifs d'eau en harmonie avec le régime fédéral. Dans les cas où des accords d'équivalence fédéraux-provinciaux sont en vigueur, les régimes provinciaux l'emporteraient sur la loi fédérale. Le CQEC est d'avis que la plupart des provinces, sinon toutes, choisiraient d'agir comme de sages gestionnaires et d'adopter des régimes juridiques conformes à la réglementation fédérale. La loi type reconnaît également les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada, qui sont aussi très intéressés par la protection de l'intégrité écologique des ressources en eau du Canada.

Conclusion

Ayant pu observer qu'il existe une compétence concurrente en ce qui concerne la gestion et la réglementation des ressources hydriques au Canada, nous estimons que les différents niveaux de gouvernement doivent gérer cette ressource de concert dans le but d'atteindre une gestion et une conservation efficaces et coordonnées¹¹⁷.

Cependant, en vertu du partage des compétences établies par la *Loi constitutionnelle de 1867*, le rôle des provinces dans la gestion des ressources hydriques traversant leur territoire est à souligner. En effet, la responsabilité d'agir à titre de fiduciaire de l'eau au bénéfice des générations futures leur revient essentiellement, bien que non exclusivement. Or, depuis la signature de l'ALENA, autant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux sont appelés à intervenir de concert afin de préserver les eaux canadiennes relativement au commerce international de l'eau.

La préservation des ressources hydriques canadiennes a été et sera toujours le résultat d'un effort concerté du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux en tant que titulaires de la responsabilité de conserver, de protéger et de mettre en valeur la richesse en eau du Canada, tant pour son développement durable que pour la préservation des écosystèmes.

Il est à souligner que l'utilisation des clauses d'accords d'équivalence peut faire l'objet de controverse, comme cela a été le cas dans le *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2, préc.*, note 67, par. 106.

117. Jean LECLAIR, «The Supreme Court, the Environment, and the Construction of a National Identity: *R. v. Hydro-Québec*», (1998) 4 *Review of Constitutional Studies* 372, 376. L'auteur précise que, malgré les pouvoirs reconnus depuis l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*, préc., note 10, l'accord pancanadien d'harmonisation en matière d'environnement a limité l'action du Parlement fédéral. Il s'agirait d'une question plus politique que juridique.