

Les enjeux juridictionnels de la future Agence canadienne de l'eau

Marie-France Fortin and Alexandre Lillo

Volume 51, Number 1, 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1081841ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1081841ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fortin, M.-F. & Lillo, A. (2021). Les enjeux juridictionnels de la future Agence canadienne de l'eau. *Revue générale de droit*, 51(1), 201–244.
<https://doi.org/10.7202/1081841ar>

Article abstract

A Canada Water Agency is being created by the federal government. The process, which began in 2020, is expected to take several months. As part of the public consultations held in early 2021, Environment and Climate Change Canada recently released a discussion paper entitled “Toward the Creation of a Canada Water Agency.” The initial elements revealed remain both broad and general. The proposed opportunities are casting a wide net of possibilities, and the formulations chosen are sometimes lacking precision. Nevertheless, this document presents a unique opportunity to make an assessment of the Canadian legal context surrounding water, particularly regarding the intergovernmental considerations that could be central to this upcoming structure. Moreover, the general nature in which the discussion paper is written encourages to explore the possible legal scenarios for the future Canada Water Agency and their potential jurisdictional basis.

Les enjeux juridiques de la future Agence canadienne de l'eau

MARIE-FRANCE FORTIN* ET ALEXANDRE LILLO**

RÉSUMÉ

Le gouvernement fédéral propose de créer une Agence canadienne de l'eau. Le processus, amorcé en 2020, devrait s'étaler sur plusieurs mois. Dans le cadre des consultations publiques menées en début d'année 2021, Environnement et Changement climatique Canada a récemment publié un document de discussion intitulé « Vers la création de l'Agence canadienne de l'eau ». Les premiers éléments révélés demeurent à la fois larges et généraux. Les nombreuses possibilités proposées ratissent large et les formulations choisies manquent parfois cruellement de précision. Malgré tout, ce document se présente comme une occasion unique de faire état du contexte juridique de l'eau au Canada, en particulier des considérations intergouvernementales qui pourraient s'avérer au cœur de la constitution de cette structure. Plus encore, la généralité du document de discussion permet d'explorer les scénarios juridiques éventuels de la future Agence canadienne de l'eau, ainsi que leurs possibles assises juridiques.

MOTS-CLÉS :

Gouvernance de l'eau, droit de l'eau, Agence canadienne de l'eau, partage constitutionnel des compétences, fédéralisme coopératif.

ABSTRACT

A Canada Water Agency is being created by the federal government. The process, which began in 2020, is expected to take several months. As part of the public consultations held in early 2021, Environment and Climate Change Canada recently released a discussion paper entitled "Toward the Creation of a Canada Water Agency." The initial elements revealed remain both broad and general. The proposed opportunities

* Marie-France Fortin est professeure adjointe à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et chercheure principale dans le cadre du projet « Forum sur le droit et la gouvernance de l'eau » de l'Université d'Ottawa.

** Alexandre Lillo est chercheur postdoctoral au Centre de droit public et au sein du « Forum sur le droit et la gouvernance de l'eau » de l'Université d'Ottawa. Les auteurs tiennent à remercier les évaluateurs pour leurs excellents commentaires et leurs suggestions.

are casting a wide net of possibilities, and the formulations chosen are sometimes lacking precision. Nevertheless, this document presents a unique opportunity to make an assessment of the Canadian legal context surrounding water, particularly regarding the intergovernmental considerations that could be central to this upcoming structure. Moreover, the general nature in which the discussion paper is written encourages to explore the possible legal scenarios for the future Canada Water Agency and their potential jurisdictional basis.

KEYWORDS:

Water governance, water law, Canada Water Agency, constitutional division of powers, cooperative federalism.

SOMMAIRE :

Introduction	203
I. Les enjeux de l'eau au Canada et leur qualification juridique	205
A. Les problèmes contemporains liés à l'eau et les changements climatiques.	205
B. La nature souvent multijuridirectionnelle des enjeux de l'eau ..	208
II. Un aperçu des outils législatifs et des initiatives intergouvernementales de gestion de l'eau	210
A. La <i>Loi sur les ressources en eau du Canada</i>	210
B. Les modèles intergouvernementaux de gestion de l'eau au Canada	213
1. Les initiatives bilatérales	213
2. Les initiatives multilatérales	217
III. Une exploration des divers scénarios juridiques de la future Agence canadienne de l'eau et de leurs assises juridictionnelles.	221
A. Vers un leadership fédéral	223
1. Une centralisation administrative.	224
2. Une centralisation constitutionnelle.	227
B. Vers un effort intergouvernemental	236
1. Une action coordonnée mue par un élan fédéral	236
2. Fédéralisme coopératif intégré et ententes intergouvernementales.	239
Conclusion	243

INTRODUCTION

Le programme pour l'environnement de l'Organisation des Nations Unies a publié le 14 janvier 2021 la cinquième édition de son rapport sur l'écart entre les besoins et les perspectives en matière d'adaptation aux changements climatiques, soulignant l'urgent besoin d'intensifier les efforts, faute de quoi nous devons faire face à de graves dommages humains et économiques¹. De façon presque concomitante, le gouvernement du Canada a déposé en décembre 2020 son document de discussion sur la création d'une Agence canadienne de l'eau, dans lequel il souligne qu'une de ses priorités est de s'adapter aux changements climatiques en réduisant les répercussions sur la disponibilité de l'eau douce². Ce document s'inscrit dans une suite d'efforts déployés par le gouvernement fédéral concernant l'enjeu de l'eau douce au Canada³.

1. Voir Organisation des Nations Unies — Programme pour l'environnement (UNEP), Partenariat PNUÉ-DTU, Programme mondial des sciences de l'adaptation (WASP), *Rapport 2020 sur l'écart entre les besoins et les perspectives en matière d'adaptation* (2020), en ligne : <www.unep.org/fr/resources/rapport-2020-sur-lecart-entre-les-besoins-et-les-perspectives-en-matiere-dadaptation?_ga=2.126391054.2013225876.1610639514-195059829.1610639514>.

2. Environnement et Changement climatique Canada, *Vers la création d'une Agence canadienne de l'eau — Document de discussion* (17 décembre 2020) à la p 3, en ligne : <www.placespeak.com/uploads/6321/Agence_canadienne_de_l'eau_Document_de_discussion.pdf> [Document de discussion].

3. Dans sa plateforme de 2019, le Parti libéral s'était engagé, d'une part, à créer une agence canadienne de l'eau et, d'autre part, à consacrer à cet enjeu 45 millions de dollars en 2020 et 2021, puis 70 millions de dollars par année de 2021 à 2024 (Parti libéral du Canada, *Avancer — Un plan concret pour la classe moyenne*, Plateforme électorale (2019) aux pp 39 et 87, en ligne : <www2.liberal.ca/wp-content/uploads/sites/292/2019/09/Avancer-Un-plan-concret-pour-la-classe-moyenne.pdf>). L'Agence est également mentionnée dans les lettres de mandat de la ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire, l'honorable Marie-Claude Bibeau (Cabinet du premier ministre du Canada, *Lettre de mandat de la ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, Ottawa, Cabinet du premier ministre (2019), en ligne : <pm.gc.ca/fr/lettres-de-mandat/2019/12/13/lettre-de-mandat-de-la-ministre-de-lagriculture-et-de-lagroalimentaire>) et du ministre de l'Environnement et du Changement climatique, l'honorable Jonathan Wilkinson (Canada, Cabinet du premier ministre du Canada, *Lettre de mandat du ministre de l'Environnement et du Changement climatique*, Ottawa, Cabinet du premier ministre (2019), en ligne : <pm.gc.ca/fr/lettres-de-mandat/2019/12/13/lettre-de-mandat-du-ministre-de-lenvironnement-et-du-changement>). Le plus récent discours du Trône a également renouvelé l'engagement gouvernemental de créer une Agence canadienne de l'eau (voir Gouvernement du Canada, *Un Canada plus fort et plus résilient — Discours du Trône ouvrant la deuxième session de la quarante-troisième législature du Parlement*, (2020) à la p 26, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/pco-bcp/documents/pm/SFT_2020_FR_WEB.pdf>). La publication de ce Document de discussion fait également suite au lancement, en juin 2020, de la plateforme de mobilisation citoyenne PlaceSpeak (voir <www.placespeak.com/fr/topic/6321-la-protection-de-leau-douce-au-canada/#/>). Une série de consultations publiques ont eu lieu du 27 janvier au 18 février 2021. Publié en avril 2021, le plan budgétaire fédéral 2021 prévoit de financer l'Agence canadienne de l'eau à la hauteur de 17,4 millions de dollars sur deux ans, et ce, à compter de cette année (Gouvernement du Canada, *Budget 2021 — Une relance axée sur les emplois, la croissance et la résilience* (2021) aux pp 212, 216 et 622, en

Si, depuis plusieurs années, un pan de la doctrine appelle à la mise en œuvre d'une stratégie nationale de l'eau au Canada⁴, la perspective de créer une structure nationale demeure complexe et obscure.

Le document de discussion publié par le gouvernement fédéral dresse un état des lieux relativement fidèle au contexte de l'eau au Canada⁵. Pour autant, les perspectives proposées pour la future Agence canadienne de l'eau sont très larges, si ce n'est parfois imprécises, et beaucoup d'interrogations juridiques persistent. En particulier, les questions liées au droit public sont très marquées; les enjeux relatifs au partage des compétences, aux responsabilités gouvernementales ou aux mécanismes de coopération entre les acteurs de l'eau sont parmi les éléments dont les spécificités ne sont que peu développées et dont les conséquences pourraient être très diversifiées. La grande mouvance des options possibles quant à la gestion de l'eau au Canada est en effet sujette aux nouveaux courants jurisprudentiels qui ont cours depuis une décennie, notamment en ce qui a trait au fédéralisme coopératif et aux pouvoirs du Parlement en matière de paix, ordre et bon gouvernement. Plongé dans cette mer houleuse de changements climatiques et de développements jurisprudentiels, le présent article n'a pas la prétention d'être un phare, mais il propose tout de même de trouver les bouées qui délimitent l'état des lieux des enjeux canadiens de l'eau et de leurs répercussions juridiques, de discuter des stratégies

ligne: <www.budget.gc.ca/2021/report-rapport/toc-tdm-fr.html>. Enfin, Environnement et Changement climatique Canada a récemment publié un compte rendu à la suite de la série de consultations publiques tenues en début d'année (Environnement et Changement climatique Canada, *Toward the Creation of a Canada Water Agency, Public & Skateholder Engagement — What We Heard* (4 juin 2021), en ligne: <publications.gc.ca/collections/collection_2021/eccc/En4-433-2021-eng.pdf> (disponible seulement en anglais au moment de la publication de cet article)).

4. Les spécialistes ayant évoqué, présenté ou revendiqué cette approche dans le contexte canadien sont, notamment, Dale Gibson, Guy Lord, Steven Kennett, Jamie Linton, Karen Bakker, Rob de Loë, Howard Wheeler, Claire Joachim, Alexandre Lillo et John Pomeroy. Voir Steven A Kennett, *Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1991; et Rob de Loë, *Toward a Canadian National Water Strategy*, Guelph, Canadian Water Resources Association, 2008. Plusieurs organismes non gouvernementaux se sont également joints à cet élan: le Centre canadien de politiques alternatives, l'Association canadienne des ressources hydriques, le Conseil des Canadiens, The Gordon Foundation, et Pollution Probe. Voir Hugh R Whiteley, « Towards a National Water Strategy for Canada: CWRA's Contribution to the Process » (2007) 26:4 *Water News*; The Council of Canadians, *Why Canada Needs a National Water Policy*, en ligne: <canadians.org/sites/default/files/publications/National_Water_Policy.pdf>; et The Gordon Foundation, *Changing the Flow: A Blueprint for Federal Action on Freshwater*, Toronto (2007), en ligne: <gordonfoundation.ca/resource/changing-the-flow-a-blueprint-for-federal-action-on-freshwater/>.

5. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 4 et s.

intergouvernementales et des différents scénarios possibles pour cette future Agence canadienne de l'eau, et ce, particulièrement à l'égard de leurs enjeux juridiques.

I. LES ENJEUX DE L'EAU AU CANADA ET LEUR QUALIFICATION JURIDIQUE

Les problèmes liés à l'eau dans le contexte canadien se multiplient : inondations, érosion des côtes, sécheresses estivales ou pénuries d'eau potable dans plusieurs collectivités autochtones. Qui plus est, les répercussions et la portée de ces problèmes se renforcent. L'une des raisons d'être de la future Agence canadienne de l'eau est d'offrir une solution de rechange afin de mieux gérer ces enjeux contemporains. Leur dimension souvent multijuridictionnelle est invoquée afin de justifier l'élaboration d'une structure de gouvernance multiniveau.

A. Les problèmes contemporains liés à l'eau et les changements climatiques

Un double constat s'impose à l'égard des problèmes liés à l'eau au Canada. D'une part, ils se diversifient. D'autre part, leur fréquence, leur portée et leurs effets sont de plus en plus importants. La combinaison de ces éléments caractérise le contexte canadien; en effet, le pays fait face à une crise émergente de l'eau⁶.

Les problèmes liés à l'eau peuvent être divisés en différentes catégories⁷. Il existe, d'une part, les problèmes de la qualité de l'eau ou, plus exactement, de la pollution des masses d'eaux canadiennes. Le déversement de cinq milliards de litres d'eaux usées dans le fleuve

6. Voir John Pomeroy et al, « How Canada Can Solve Its Emerging Water Crisis », *The Conversation* (28 mars 2019), en ligne : <theconversation.com/how-canada-can-solve-its-emerging-water-crisis-114046>. Voir aussi Global Water Futures, Centre for Indigenous Environmental Resources, Forum for Leadership on Water (FLOW), POLIS Water Sustainability Project, and United Nations University Institute for Water, Environment and Health, *Water Security for Canadians: Solutions for Canada's Emerging Water Crisis* (2019) à la p 12, en ligne : <poliswaterproject.org/files/2019/04/WaterSecurityForCanada_April-25-2019-1.pdf> [*Water Security for Canadians*].

7. Cette classification est proposée, par exemple, dans le rapport intitulé *Water Security for Canadians*, *supra* note 6 aux pp 10-11. D'autres groupes ont préféré des approches plus générales pour discuter des problèmes liés à l'eau au Canada. Voir WWF Canada, *Watershed Reports* (2020), en ligne : <watershedreports.wwf.ca/#intro>.

Saint-Laurent en 2015 par la Ville de Montréal⁸ et la bataille politique qui l'a précédé⁹, les phénomènes répétés d'efflorescences algales dans le lac Érié¹⁰, la pollution des cours d'eau par le plomb¹¹, notamment les différences de gestion pouvant exister entre le Québec et l'Ontario à cet égard¹², sont parmi les exemples récents que l'on peut dénoter. Enfin, comment ne pas mentionner les problèmes les plus persistants et dramatiques au Canada : ceux liés à la qualité de l'eau touchant les territoires de multiples Premières Nations¹³. Cet enjeu témoigne des nombreux défis historiques existant entre le gouvernement fédéral et les Premières Nations¹⁴.

D'autre part, il existe en parallèle les problèmes liés à la quantité de l'eau; il peut s'agir, notamment, des sécheresses dans les Prairies¹⁵ ou des inondations printanières dans la vallée de l'Outaouais¹⁶. Aussi,

8. Voir Radio-Canada, « Le tiers des égouts de Montréal directement dans le fleuve », *Radio-Canada* (2 octobre 2015), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/742083/eaux-usees-deversement-fleuve-montreal-coderre-environnement>.

9. Voir Daphné Cameron, « Eaux usées : Ottawa suspend le déversement et mandate un expert indépendant », *La Presse* (14 octobre 2015), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/montreal/201510/14/01-4909765-eaux-usees-ottawa-suspend-le-deversement-et-mandate-un-expert-independant.php>. Voir aussi le rapport d'experts commandé par Environnement et Changement climatique Canada, intitulé *Rapport de l'examen approfondi des événements ayant mené au déversement d'eaux usées non traitées dans le fleuve Saint-Laurent par la Ville de Montréal en novembre 2015*, Ottawa, ECCC (2017), en ligne : <www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/evaluation-great-lakes-program/4219%20-%20Rapport%20final_Deversement%20Eaux%20Usees_Montreal_2017-06-01_f_v3.pdf>.

10. Voir Commission mixte internationale, « Comme un requin. Des algues qui engloutissent les dollars dans le lac Érié » (17 décembre 2015), en ligne : <www.ijc.org/fr/comme-un-requin-des-algues-qui-engloutissent-les-dollars-dans-le-lac-erie>.

11. Voir « Is Canada's Tap Water Safe? Thousands of Test Results Show High Lead Levels Across the Country », *Global News* (4 novembre 2019), en ligne : <globalnews.ca/news/6114854/canada-tapwater-high-lead-levels-investigation/>.

12. *Le Devoir* et Institut du journalisme d'enquête de l'Université Concordia, « Plomb dans l'eau : l'Ontario un modèle, le Québec un cancre », *Le Devoir* (4 novembre 2019), en ligne : <www.ledevoir.com/societe/566277/plomb-dans-l-eau-l-ontario-un-modele-le-quebec-un-cancrer>.

13. Gouvernement du Canada, *Lever les avis à long terme sur la qualité de l'eau potable* (2020), en ligne : <www.sac-isc.gc.ca/fra/1506514143353/1533317130660>.

14. Voir Corinna Dally-Starna, « Water Crisis in First Nations Communities Runs Deeper Than Long-Term Drinking Water Advisories », *The Conversation* (26 novembre 2020), en ligne : <theconversation.com/water-crisis-in-first-nations-communities-runs-deeper-than-long-term-drinking-water-advisories-148977>.

15. Alberta Water Portal Society, *Drought in 21st Century Alberta*, en ligne : <albertawater.com/history-of-drought-in-alberta/drought-in-21st-century-alberta>.

16. Des niveaux historiques ont été atteints en 2017 et en 2019. Voir Commission de planification de la régularisation de la rivière des Outaouais, *Sommaire chronologique des niveaux d'eau et des écoulements*, en ligne : <rivieredesoutaouais.ca/renseignements/sommaire-chronologique-niveaux-et-ecoulements/>.

une diversité de conflits entre industries privées et collectivités locales a émergé au fil des années. Par exemple, des tensions importantes existent actuellement dans la région du Cercle de feu au regard des activités minières¹⁷. Si certains de ces problèmes sont évoqués brièvement dans le Document de discussion relatif à la future Agence canadienne de l'eau¹⁸, la mention de ces enjeux d'actualité contribue principalement à dénoter toute la diversité des problèmes liés à l'eau en présence dans le contexte canadien. Plus encore, ces problèmes ne sont pas seulement divers, ils sont désormais, de par l'influence des changements climatiques de plus en plus fréquents, leur portée est de plus en plus significative et leurs impacts sont de plus en plus importants¹⁹.

Par ailleurs, si le Canada peut sembler un pays privilégié à l'égard de l'eau, il demeure fondamental de contextualiser la situation et de tenir compte des tendances actuelles. Si l'on évoque que le Canada dispose de 20 % des ressources d'eau douce de la planète²⁰ et de 7 % des réserves mondiales en eau douce renouvelable²¹, ces chiffres doivent être considérés parallèlement à deux données essentielles : 60 % de l'eau douce s'écoule vers le nord²² et 85 % de la population se trouve à moins de 300 km de la frontière avec les États-Unis²³. Cela signifie non seulement qu'il y a une centralisation de la demande en eau et des pressions anthropiques dans le sud du pays²⁴, mais également que les répercussions sur l'eau touchent les collectivités au nord

17. James Wilt, « The Battle for the 'Breathing Lands': Ontario's Ring of Fire and the Fate of Its Carbon-Rich Peatlands », *The Narwhal* (11 juillet 2020), en ligne : <thenarwhal.ca/ring-of-fire-ontario-peatlands-carbon-climate/>.

18. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 5–6.

19. La lecture du contexte proposé dans le Document de discussion relatif à l'Agence canadienne de l'eau laisse d'ailleurs sous-entendre cette nouvelle réalité (*ibid* aux pp 4 et 5).

20. Statistique Canada, *L'activité humaine et l'environnement : offre et demande d'eau douce au Canada*, Ottawa, StatCan (2010) à la p 12, en ligne : <150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/16-201-x/16-201-x2010000-fra.pdf> [Statistique Canada 2010].

21. Environnement et Changement climatique Canada, *Indicateurs canadiens de durabilité de l'environnement : quantité d'eau dans les cours d'eau canadiens*, Ottawa, ECCC, 2016 à la p 10.

22. Statistique Canada 2010, *supra* note 20 à la p 21.

23. Statistique Canada, *Estimations démographiques annuelles : régions infraprovinciales*, 1^{er} juillet 2016, Ottawa, StatCan (2017) à la p 71, en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/91-214-x/91-214-x2017000-fra.pdf?st=vNspV8AE>.

24. Le Document de discussion relatif à l'Agence canadienne de l'eau indique d'ailleurs que « les bassins hydrographiques ayant le plus grand nombre de sites de qualité marginale à médiocre étaient ceux des Grands Lacs, du Saint-Laurent et de l'océan Pacifique » (*supra* note 2 à la p 6).

du pays²⁵. C'est en ce sens que certains auteurs parlent d'un mythe de l'abondance de l'eau au Canada²⁶. Enfin, l'effet des changements climatiques contribue indéniablement à exacerber les problématiques environnementales, y compris celles relatives à l'eau²⁷. C'est d'ailleurs l'un des premiers points contextuels soulevés par le Document de discussion relatif à l'Agence canadienne de l'eau²⁸.

B. La nature souvent multijuridictionnelle des enjeux de l'eau

Les problèmes liés à l'eau sont de plus en plus divers et fréquents. De plus, leurs portée et leurs effets sont de plus en plus importants. Si nous avons brièvement discuté des conséquences contextuelles de ce constat, il est important d'en explorer les répercussions juridiques. Nous verrons, en effet, que cela contribue à une multiplicité de dimensions juridictionnelles.

L'exemple de la portée accrue des problèmes liés à l'eau est révélateur. Plus une pollution a une portée importante, plus ses conséquences se feront ressentir loin de sa source. L'étendue territoriale du problème est alors décuplée. En d'autres termes, « [l]es problématiques liées à l'eau ne sont plus seulement d'ordre local; leur répercussion raisonne à des échelles plus grandes et leur étendue génère un changement d'échelle territoriale »²⁹. Juridiquement, plus le territoire touché est étendu, plus les enjeux multiscalaires sont probables et plus l'autorité juridictionnelle d'une diversité d'acteurs gouvernementaux peut être déclenchée. À l'égard du droit, ce constat a pour conséquence de renforcer les situations pouvant être qualifiées de multijuridictionnelles. Mais qu'est-ce que cela signifie concrètement?

25. Dans le même sens, le Document de discussion évoque ce qui suit : « Comme les communautés du Nord, autochtones et non autochtones, sont souvent en aval, elles sont particulièrement touchées par les problèmes liés à l'eau » (*ibid* à la p 7).

26. Voir John Sprague, « Great Wet North? Canada's Myth of Water Abundance » dans Karen Bakker, dir, *Eau Canada — The Future of Canada's Water*, Vancouver, UBC Press, 2007, 23, [Bakker, *Eau Canada*]

27. Voir Pomeroy et al, *supra* note 6. Voir aussi *Water Security for Canadians*, *supra* note 6 à la p 7.

28. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 5.

29. Alexandre Lillo, *The Shape of Water: la construction d'un cadre juridique de gestion de l'eau au Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa et Université de Montpellier (2020) à la p 7, en ligne : <hdl.handle.net/10393/41080>.

Nous préférons le terme « multijuridictionnel » au terme « interjuridictionnel », plus souvent associé à l'immunité du même nom en droit constitutionnel. Le terme « multijuridictionnel » ne fait donc pas référence au seul partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales, mais inclut les territoires, municipalités et autres localités, en plus des structures de gouvernance autochtones. À cet égard, le Document de discussion reconnaît que l'utilisation des ressources en eau dans les provinces relève de ces dernières et il convient également du rôle accordé aux municipalités dans la distribution de l'eau³⁰. Le mot réfère de plus à une participation de plusieurs autorités, notamment ministérielles, au sein d'un même niveau juridique. Il y a donc une transversalité verticale et horizontale. En d'autres termes, cela signifie que, compte tenu de la nature des problèmes contemporains liés à l'eau, la multiplicité des dimensions juridiques est de plus en plus probable et commune. Cette réalité juridique contribue à qualifier la fragmentation et la sectorialité administrative, législative et juridique en la matière. Par exemple,

On the same river: a provincial regulator might issue water licenses and enforce pollution control laws, a federal regulator might monitor habitat protection for fisheries and ensure that navigation is unimpeded, a municipal regulator might enforce local land use plans and bylaws affecting flood control and riparian cover, and an Aboriginal group might practice traditional activities like fishing according to their guaranteed constitutional rights³¹.

Dès lors, par rapport aux enjeux contemporains de l'eau, la simultanéité de l'autorité juridique est un scénario valide et fréquent³².

30. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 4, 14–15.

31. Linda Nowlan et Karen Bakker, *Practising Shared Water Governance in Canada: A Primer*, Vancouver, UBC Program on Water Governance, 2010 à la p 13.

32. Voir Alexandre Lillo et Rachel Nadeau, « La conception du territoire par la gouvernance environnementale et le droit constitutionnel: un examen de leur compatibilité à travers l'exemple du bassin versant » (2020) 61:1 C de D 141.

II. UN APERÇU DES OUTILS LÉGISLATIFS ET DES INITIATIVES INTERGOUVERNEMENTALES DE GESTION DE L'EAU

Chaque ordre de gouvernement dispose d'une autorité législative plus ou moins importante sur l'eau³³. Là où le gouvernement fédéral peut notamment agir à l'égard des pêches, de la prévention de la pollution, de la navigation ou des relations internationales, les législatures provinciales pourront, par exemple, intervenir, dans les limites de leur territoire, sur des enjeux relatifs à l'utilisation de l'eau, à la propriété ou à la conservation³⁴. À cette équation constitutionnelle encore faut-il ajouter les variables générées par les gouvernements territoriaux, municipaux et autochtones.

La spécificité de ce partage de compétences limite non seulement l'action indépendante d'un ordre de gouvernement, mais justifie également les interactions entre les autorités publiques. Le contexte canadien de l'eau a donc rapidement tendu vers des perspectives intergouvernementales. Si certains mécanismes issus de la *Loi sur les ressources en eau du Canada (LREC)* sont à la disposition du gouvernement fédéral, de nombreuses initiatives intergouvernementales ont également vu le jour au fil des années. Que ce soit par l'intermédiaire de stratégies bilatérales ou multilatérales, nous verrons que la diversité de ces mesures reflète — paradoxalement — à la fois le manque d'harmonisation en matière de gouvernance de l'eau et le besoin de spécificité territoriale.

A. La *Loi sur les ressources en eau du Canada*

La *LREC* est le principal outil législatif en matière de coopération intergouvernementale liée à la gestion de l'eau. Si plusieurs arrangements et programmes, encore en vigueur aujourd'hui, ont été élaborés

33. De nombreux travaux décrivent, de façon plus ou moins détaillée, ce partage des compétences. Voir Dale Gibson, « The Constitutional Context of Canadian Water Planning » (1969) 7:1 *Alta L Rev* 71; 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, 47; Yenny Vega Cárdenas et Nayive Biofanny Vega, « L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien » (2010) 51:3-4 *C de D* 771; et Lillo, *supra* note 29 aux pp 140 et s.

34. Cárdenas et Vega, *supra* note 33.

par l'intermédiaire de cette loi, cette dernière demeure un outil controversé à certains égards. Des appels à sa modernisation ont notamment été formulés.

La *LREC* a été adoptée en 1970³⁵. Elle est administrée par Environnement et Changement climatique Canada (ECCC)³⁶. Son objectif principal est « de proposer un [environnement] juridique visant à faciliter la coopération intergouvernementale au sujet de la gestion de l'eau »³⁷. La *LREC* crée des conditions favorisant l'établissement d'un cadre de collaboration entre différents ordres de gouvernements (fédéral, provinciaux et territoriaux)³⁸. Quand bien même elle ne définit pas précisément les modes de collaboration, elle a mené, au fil des années, à la mise en œuvre de nombreux projets intergouvernementaux qui « concernent la réglementation, la répartition, la surveillance et les relevés des ressources en eau, ainsi que la planification et la mise en œuvre de programmes ayant trait à la conservation, à la mise en valeur et à l'utilisation de ces ressources »³⁹.

Les principales dispositions en matière de gestion intergouvernementale de l'eau se trouvent aux parties I et II de la *LREC*, en particulier aux articles 4, 5 et 11. L'article 4 prévoit la possibilité d'établir, à l'initiative fédérale, des arrangements, comités ou organismes intergouvernementaux à différentes échelles territoriales, y compris hydrographiques. Ces structures intergouvernementales peuvent être consultées, donner leur avis ou faciliter la mise en œuvre de politiques de gestion de l'eau⁴⁰. L'article 5 établit que le ministre de l'Environnement peut créer des programmes intergouvernementaux de gestion de l'eau lorsqu'une question d'intérêt national importante le justifie⁴¹. L'article 11 prévoit, quant à lui, la possible mise en œuvre d'accords intergouvernementaux relatifs à la gestion qualitative des eaux⁴².

35. *Loi sur les ressources en eau du Canada*, LC 1970, c 52 [*LREC*].

36. Environnement et Changement climatique Canada, *Loi sur les ressources en eau du Canada — Rapport annuel au Parlement pour la période d'avril 2018 à mars 2019*, Ottawa, ECCC (2020) à la p 1, en ligne : <publications.gc.ca/collections/collection_2020/eccc/En1-20-2019-fra.pdf> [Rapport annuel au Parlement].

37. Lillo, *supra* note 29 aux pp 187–88.

38. Rapport annuel au Parlement, *supra* note 36 à p 1.

39. *Ibid.*

40. *LREC*, *supra* note 35, art 4.

41. *Ibid*, art 5. Nous reviendrons par la suite sur l'interprétation de « l'intérêt national » évoqué dans la *LREC*. Voir la partie III-A-2 ci-dessous.

42. *Ibid*, art 11.

Ces dispositions apparaissent relativement générales et accordent au ministre (ainsi qu'aux gouvernements provinciaux ou territoriaux signataires) une marge de manœuvre importante. Si cette souplesse peut sembler souhaitable pour mettre en place un mécanisme de coopération intergouvernementale, celle-ci pourrait également être interprétée comme accordant une autorité très importante au gouvernement fédéral, alors même que la matière en question demeure profondément partagée avec les provinces et territoires.

Au fil des années, certaines controverses majeures ont émergé à l'égard de la *LREC* et certaines demeurent encore d'actualité, comme nous le verrons. D'une part, cet outil législatif a principalement appuyé la mise en œuvre d'accords de financement plutôt que d'ententes axées sur la coopération⁴³. D'autre part, l'influence avérée de la *LREC* n'a pas nécessairement été celle que ses partisans escomptaient. Jamie Benidickson exprime à cet égard que « [*the Canada Water Act*] influence, for example, on the continuing challenge of broadening the perspective of decision-makers to the basin or watershed level remained limited »⁴⁴. Enfin, des débats juridictionnels ont eu lieu aussi bien à l'égard de l'autorité dont disposait le gouvernement fédéral pour adopter cette loi⁴⁵ que sur les mécanismes enclenchés par celle-ci⁴⁶.

Alors que la *LREC* a fait l'objet de controverses et que son influence sur l'évolution de la gouvernance canadienne de l'eau s'est avérée limitée, elle n'a fait l'objet d'aucune réforme depuis son adoption en 1970. Malgré ce cadre législatif pouvant être qualifié d'obsolète, la *LREC* a néanmoins posé les jalons de la gestion intergouvernementale de l'eau dans le contexte canadien. Elle a, en effet, influencé la mise en œuvre des divers accords et ententes entre les autorités fédérales, provinciales et territoriales. Il s'agit désormais de s'attarder aux différentes stratégies mises en œuvre en la matière, à commencer par les initiatives bilatérales.

43. Voir Larry Booth et Frank Quinn, « Twenty-Five Years of the *Canada Water Act* » (1995) 20:2 *Water Resources* 65; Jamie Benidickson, « The Evolution of Canadian Water Law and Policy: Securing Safe and Sustainable Abundance » (2017) 13:1 *RDDDM* 59; et Lillo, *supra* note 29 à la p 361.

44. Benidickson, *supra* note 43 à la p 79.

45. Voir Stanley B Stein, « An Opinion on the Constitutional Validity of the Proposed *Canada Water Act* » (1970) 28 *UT Fac L Rev* 74.

46. Voir Owen J Saunders et Michael M Wening, « Whose Water? Canadian Water Management and the Challenges of Jurisdictional Fragmentation » dans Bakker, *Eau Canada*, *supra* note 26, 119, à la p 125.

B. Les modèles intergouvernementaux de gestion de l'eau au Canada

Les initiatives intergouvernementales en matière de gestion de l'eau sont multiples et revêtent différentes formes. Aussi bien au niveau national qu'international, plusieurs modèles ont été mis en œuvre afin de gérer l'eau ou certains écosystèmes aquatiques entre deux ou plusieurs ordres de gouvernement. Attardons-nous sur certains d'entre eux en distinguant entre les stratégies bilatérales et les initiatives multilatérales.

1. Les initiatives bilatérales

Les initiatives bilatérales constituent l'un des modèles préconisés pour mettre en œuvre une gestion intergouvernementale de l'eau au Canada. Des accords bilatéraux ont en effet été signés entre le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires. Cependant, nous verrons que c'est un modèle qui a également été retenu dans le cadre des relations internationales entre le Canada et les États-Unis.

Il existe plusieurs formes d'initiatives bilatérales internes, c'est-à-dire entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. D'une part, des ententes hydrométriques bilatérales ont été mises en œuvre avec la plupart des provinces et territoires, à l'exception de Terre-Neuve-et-Labrador, du Nouveau-Brunswick et de la Saskatchewan⁴⁷. Ce type d'outil « prévoit[en]t la collecte, l'analyse, l'interprétation et la diffusion de données sur la quantité des eaux »⁴⁸. Il existe, d'autre part, des accords relatifs à la qualité de l'eau douce entre le Canada, les provinces et les territoires. Par exemple, des accords de surveillance de la qualité de l'eau ont été signés par le gouvernement du Canada et la Colombie-Britannique, Terre-Neuve-et-Labrador, le Nouveau-Brunswick, le Manitoba et le Québec⁴⁹. Enfin, le troisième et dernier modèle de coopération intergouvernementale bilatérale en matière de gestion de l'eau est celui préconisant une approche écosystémique. Ces ententes entre le Canada et une province donnée portent en effet

47. Rapport annuel au Parlement, *supra* note 36 à la p 2.

48. *Ibid.*

49. *Ibid* aux pp 2 et 15. Voir aussi Gouvernement du Canada, *Partenaires et ententes pour la qualité des eaux douces au Canada*, en ligne : <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/surveillance-qualite-eaux-douces/partenaires-ententes.html>.

sur certaines masses d'eaux transfrontalières. Elles peuvent être présentées comme

[D]es programmes de collaboration appliqués à des endroits en particulier, conçus pour produire des résultats sur le plan de l'environnement dans des écosystèmes ciblés [dont l'objectif] est d'accroître ou de maintenir la durabilité des écosystèmes en s'attaquant à une série d'enjeux environnementaux locaux ou régionaux⁵⁰.

De nombreuses ententes existent à cet égard⁵¹. L'Accord Canada-Ontario concernant la qualité de l'eau et la santé de l'écosystème des Grands Lacs⁵², l'Entente Canada-Québec sur le Saint-Laurent⁵³ et le Protocole d'entente Canada-Manitoba portant sur le lac Winnipeg sont parmi les plus notables⁵⁴. En plus de leur nombre, ces outils ont une grande diversité de contenu. Le Document de discussion relatif à la future Agence évoque, en ce sens, que « leur composition et leur structure diffèrent, et [que ces ententes] fonctionnent en vertu de différentes lois habilitantes et de mandats différents »⁵⁵. Si cette diversité présente une pertinence certaine quant au besoin d'adapter le contenu et le fonctionnement d'une entente aux particularités du contexte territorial en présence⁵⁶, elle dénote également un manque d'harmonisation dans les initiatives intergouvernementales bilatérales.

50. Rapport annuel au Parlement, *supra* note 36 à la p 27.

51. Pour une liste plus élaborée des accords, voir *ibid* aux pp 27 et s.

52. *Accord Canada-Ontario concernant la qualité de l'eau et la santé de l'écosystème du bassin des Grands Lacs* (18 décembre 2014), en ligne : <www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/main/lcpe-cepa/969645ee-7080-4ede-8bc1-896937c5f436/aco_grand_lacs-coa_great_lakes-2014-fra.pdf>. Il est à noter qu'une nouvelle proposition d'accord est en cours de discussion entre les deux gouvernements (voir Registre environnemental de l'Ontario, *Nouvelle proposition d'Accord Canada-Ontario concernant la qualité de l'eau et la santé de l'écosystème des Grands Lacs*, en ligne : <ero.ontario.ca/fr/notice/019-0198>). Une ébauche est d'ailleurs disponible : Publications Ontario, *Accord Canada-Ontario sur la qualité de l'eau et la santé de l'écosystème des Grands Lacs, 2020*, en ligne : <www.publications.gov.on.ca/fr/CL29574>.

53. Également intitulée « Plan d'action Saint-Laurent », cette entente a été conclue en 2011 pour une durée de 15 ans. Voir *Entente Canada-Québec sur le Saint-Laurent 2011–2026*, (9 janvier 2012), en ligne : <planstlaurent.qc.ca/fileadmin/site_documents/documents/Documents_Entente/Entente_final_fr.pdf>.

54. *Protocole d'entente Canada-Manitoba portant sur le lac Winnipeg et le bassin du lac Winnipeg*, (13 septembre 2010), en ligne : <manitoba.ca/water/pubs/water/watershed/CDN_MB_LW_LWB_MOU_2010_fr.pdf>.

55. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 35.

56. Voir Fabienne Leloup, Laurence Moyart et Bernard Pecqueur, « La gouvernance territoriale comme nouveau mode de coordination territoriale? » (2005) 7:4 *Géographie, Économie, Société* 321.

Il est également important de mentionner que ce type d'accord peut avoir pour effet de favoriser un chevauchement administratif ou institutionnel en matière de gestion de l'eau. Par exemple, l'Entente Canada-Québec sur le fleuve Saint-Laurent a créé des structures institutionnelles indépendantes de celles établies par le Québec dans le cadre de sa législation provinciale de l'eau⁵⁷, mais dont le territoire d'action est similaire⁵⁸. Malgré un mandat complémentaire⁵⁹, l'exercice de ce dernier rencontre donc des objectifs semblables mais dans des cadres politico-juridiques parallèles.

En parallèle des initiatives bilatérales internes, une collaboration sur le plan international existe entre les États-Unis et le Canada à l'égard de la gestion de l'eau. En effet, la dépendance hydrographique entre ces deux États les a très rapidement menés à discuter et à s'accorder sur ce sujet. De nombreux textes ont d'ailleurs été conclus : pas moins de dix traités ou accords ont été mis en œuvre entre le Canada et les États-Unis sur le thème de la gestion de l'eau⁶⁰. Le *Traité concernant les eaux limitrophes et les questions qui en découlent le long de la frontière entre les États-Unis et le Canada [Traité des eaux limitrophes]*⁶¹, adopté en 1909, en est l'un des principaux. En tant que texte précurseur du

57. La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés* (RLRQ 2018, c C-6.2) a consacré l'existence des organismes de bassins versants, alors que l'Entente Canada-Québec sur le fleuve Saint-Laurent a permis la création des tables de concertation régionales et des comités de zones d'intervention prioritaire.

58. Les organismes de bassins versants sont établis sur 40 zones de gestion intégrée (voir Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, *Gestion intégrée des ressources en eau : cadre de référence* (2012) à la p 6, en ligne : <www.environnement.gouv.qc.ca/eau/bassinversant/GIRE-cadre-reference.pdf> [*Gestion intégrée de l'eau*]). Les comités de zones d'intervention prioritaire ont été créés sur 12 zones de gestion intégrée des ressources en eau (voir Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *Zones de gestion intégrée des ressources en eau du Saint-Laurent*, en ligne : <www.environnement.gouv.qc.ca/eau/st-laurent/gestion-integree/carte-zonesGISL.pdf>). Ces zones sont également reconnues par la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, *supra* note 7, arts 14 et s.

59. Lillo, *supra* note 29 à la p 275.

60. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 34.

61. *Traité des eaux limitrophes*, Canada et États-Unis, (11 janvier 1909), en ligne : <ijc.org/sites/default/files/2018-07/Trait%C3%A9%20relatif%20aux%20eaux%20limitrophes%20de%201909.pdf> [en anglais seulement]. Ce texte a été incorporé en droit canadien par l'intermédiaire de la *Loi du traité des eaux limitrophes internationales* (LRC 1985, c I-17) et se trouve sous l'égide du ministère des Affaires mondiales Canada.

droit international de l'eau douce, il contribue à définir un cadre de coopération entre le Canada et les États-Unis. Plus précisément,

[I]e *Traité des eaux limitrophes* a été créé pour établir des principes et fournir un mécanisme permettant de régler les problèmes et de prévenir et de résoudre les différends liés à l'utilisation de l'eau et à la qualité des eaux partagées⁶².

Ce traité établit également la Commission mixte internationale (CMI), une institution binationale indépendante, chargée « de conseiller les deux gouvernements et de régler les différends au sujet des eaux limitrophes et transfrontalières »⁶³. Au fil des années, de nombreuses composantes ont été élaborées en parallèle au *Traité des eaux limitrophes* et sont venues diversifier le mandat de la CMI. Qu'il s'agisse des questions relatives aux niveaux d'eau, à la qualité de l'eau des Grands Lacs, à la qualité de l'air, à l'initiative internationale sur les bassins hydrographiques ou aux changements climatiques⁶⁴, les missions de la CMI dépassent désormais les seuls enjeux de gestion de l'eau.

À cet égard, la question de la compétence du Parlement fédéral en matière d'eaux transfrontalières externes, abordée dans le Document de discussion⁶⁵, peut sembler simple, étant donné la dimension importante des affaires étrangères qu'elle revêt. Or, une distinction s'impose entre le pouvoir du fédéral de mettre en œuvre des traités internationaux impériaux, signés par l'Empire britannique en vertu de l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel celui de 1909 à l'origine de la Commission mixte internationale, et la mise en application de traités signés subséquentement⁶⁶. Dans ce dernier cas, la mise en application du traité est alors sujette aux compétences des provinces⁶⁷. Le Canada signe et ratifie les traités, mais la Constitution canadienne

62. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 35.

63. Lillo, *supra* note 29 à la p 136.

64. Voir aussi Commission mixte internationale, Mission et mandat, en ligne : <www.ijc.org/fr/qui/mission>.

65. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 9.

66. Voir J Owen Saunders, « Managing Water in a Federal State: The Canadian Experience » dans Dustin E Garrick et al, dir, *Federal Rivers — Managing Water in Multi-Layered Political Systems*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar Publishing, 2014, 76 à la p 78.

67. *Canada (PG) c Ontario (PG) (Arrêt des conventions de travail)*, 1937 CanLII 362 (UK JCPC), [1937] AC 326, où le Comité judiciaire du Conseil privé énonçait que la mise en œuvre des traités est partagée selon les champs de compétence énumérés aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour l'a d'ailleurs récemment réitéré dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, au para 149 [*Renvoi sur la tarification du carbone*].

détermine quel ordre de gouvernement est appelé à les mettre en œuvre : les provinces demeurent responsables des chefs de compétences que leur confère la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶⁸.

Du fait que la CMI a été créée en vertu d'un traité conclu sous le régime de l'Empire britannique en 1909, avant que le Canada n'acquière la capacité de signer seul des traités internationaux, les divers comités mis sur pied sous l'égide de celle-ci et faisant intervenir Affaires mondiales Canada, divers autres ministères fédéraux et les provinces et territoires, reposent sur le pouvoir particulièrement vaste de mise en application du gouvernement fédéral à l'égard de ce traité impérial⁶⁹.

2. Les initiatives multilatérales

De nombreuses initiatives multilatérales en matière de gouvernance de l'eau ont été mises en œuvre dans le contexte canadien⁷⁰. Elles se distinguent par certaines caractéristiques, que ce soit l'institutionnalisation, la portée sectorielle ou générale de leur mission, la participation des collectivités autochtones ou les mécanismes de mise en application. Nous verrons, en ce sens, que la diversité des modèles existants, d'une part, cherche à répondre à certains des enjeux propres au territoire sur lequel ils sont établis et, d'autre part, contribue à caractériser certaines des problématiques propres à la gouvernance canadienne de l'eau. La diversité des structures intergouvernementales de gestion de l'eau au Canada crée « une mosaïque incomplète à l'échelle canadienne »⁷¹. Celle-ci peut, notamment, être représentée à travers les initiatives intergouvernementales ayant une structure institutionnelle puisqu'une dizaine de modèles de la sorte ont été mis en œuvre. Si l'on exclut les initiatives à cheval sur la frontière entre le Canada et les États-Unis, mises de l'avant dans le cadre de la CMI, peu d'initiatives multilatérales composent le paysage canadien de la gouvernance

68. S'il en était autrement, le gouvernement fédéral pourrait modifier la Constitution canadienne indirectement, par la conclusion de traités internationaux, ce qui contreviendrait au principe de suprématie de la Constitution, maintenant enchâssé dans celle-ci depuis 1982 : art 52(1), (3) et la partie V sur les formules de modification constitutionnelle, *Loi constitutionnelle de 1982*.

69. *In Re Employment of Aliens*, 1922 CanLII 58 (SCC), (1922) 63 RCS 293; et *British Columbia (AG) v Canada (AG)*, 1923 CanLII 426 (UK JPC), [1924] AC 222.

70. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 35.

71. Lillo, *supra* note 29 à la p 362.

de l'eau⁷². Aux fins de la présente section, nous explorerons brièvement certaines des caractéristiques propres aux modèles suivants, en particulier leurs origines et mandats⁷³ : le Prairies Provinces Water Board (PPWB), le Mackenzie River Basin Board (MRBB) et l'Ottawa River Regulation Planning Board (ORRPB).

Le PPWB a été constitué en 1948⁷⁴. Sa forme actuelle a été déterminée par l'Accord-cadre sur la répartition des eaux des Prairies de 1969⁷⁵, signé par les provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, ainsi que par le gouvernement fédéral. Le mandat de cette institution est de coordonner, selon une formule pré-établie par l'Accord intergouvernemental⁷⁶, la répartition des ressources en eau s'écoulant de l'ouest vers l'est à travers les provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba⁷⁷. Pour ce faire, le PPWB est composé de membres représentant les différents ministères administrant les enjeux liés à l'eau aux ordres de gouvernement fédéral et provincial⁷⁸, en particulier Environnement Canada, Agriculture Canada, Alberta Environment and Parks, Saskatchewan Water Security Agency, Manitoba Transportation et Manitoba Sustainable Development⁷⁹.

72. Il convient de noter que le bassin versant du lac des Bois se trouve dans une situation particulière. Si un organisme bilatéral (réunissant l'Ontario et le gouvernement du Canada) a été mis en œuvre dès 1921 sous le nom de Commission de contrôle du lac des Bois (*Loi de 1921 pour le contrôle du lac des Bois*, SC 1921, c 10), deux autres institutions liées à la Commission mixte internationale sont implantées sur ce bassin versant transfrontalier : d'une part, le Conseil du bassin Rainy-lac des Bois, créé en 2013 (voir <www.ijc.org/en/rlwwb>), et, d'autre part, le Conseil international de contrôle du lac des Bois, institué dès 1925 (voir <www.ijc.org/en/ilwcb>).

73. À cet égard, le Document de discussion précise ce qui suit :
[à] la lumière de ces expériences, il est évident que pour être efficaces, les mécanismes de gestion doivent avoir des structures et des mandats clairs, la souplesse nécessaire pour s'adapter et répondre aux défis actuels et futurs, et avoir des données scientifiques, des outils et autres données harmonisés afin de faciliter la compréhension des enjeux liés à l'eau douce et d'appuyer la prise de décisions (*supra* note 2 à la p 36).

74. *Prairie Provinces Water Board Agreement*, 1948.

75. Prairie Provinces Water Board (PPWB), *Master Agreement on Apportionment*, (30 octobre 1969), Préface, à la p i, en ligne : <www.ppwb.ca/uploads/media/5cad077eeae53/master-agreement.pdf?v1> [Master Agreement on Apportionment].

76. *Ibid* aux pp 7–18 et s. Voir les annexes A et B.

77. *Ibid* aux pp 19 et s. Voir l'annexe C.

78. *Ibid*, à la p 21. Voir l'annexe C.

79. Voir PPWB, *About Us*, en ligne : <www.ppwb.ca/about-us>.

Le MRBB a été créé à la suite de la signature du *Mackenzie River Basin Transboundary Waters Master Agreement*⁸⁰ en 1997 par les gouvernements du Canada, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon. Cette institution a pour ambition d'établir des principes communs pour la gestion coopérative de l'écosystème aquatique du bassin hydrographique Mackenzie, de mettre en œuvre un mécanisme administratif pour faciliter l'application de ces principes et de prévoir des dispositions pour les accords bilatéraux de gestion de l'eau entre les autorités gouvernementales concernées⁸¹. Sa mission est ainsi beaucoup plus transversale que celle du PPWB. Le conseil de bassin du fleuve Mackenzie est par ailleurs constitué de 13 membres. Huit d'entre eux représentent les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux⁸² (dont trois sont issus des ministères fédéraux suivants : ECCC, Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, et Santé Canada⁸³). Les cinq autres membres représentent les organismes autochtones des provinces et territoires, parties à l'accord.

L'ORRPB a été établi à la suite de la signature de la *Convention relative à la régularisation du bassin de la rivière des Outaouais* en 1983⁸⁴ par les gouvernements du Canada, de l'Ontario et du Québec. Cette structure institutionnelle a pour rôle « d'assurer la gestion intégrée des principaux réservoirs du bassin de l'Outaouais »⁸⁵. La Convention précise que la gestion intégrée a pour objectif de fournir une protection contre les inondations le long de la rivière des Outaouais, de ses tributaires, et particulièrement dans la région de Montréal, tout en préservant les intérêts des différents utilisateurs de l'eau spécialement en ce qui a trait à la production d'énergie hydroélectrique⁸⁶.

80. *Mackenzie River Basin Transboundary Waters Master Agreement* (24 juillet 1997), en ligne : <www.mrbb.ca/uploads/media/5d2e0d070f2cd/mackenzie-master-agreement-english.pdf?v1> [Mackenzie River Basin Agreement].

81. *Ibid*, partie A à la p 2.

82. *Ibid*, partie D à la p 4.

83. Voir Mackenzie River Basin Board, *Board Members*, en ligne : <www.mrbb.ca/about-us/who-we-are/board-members>.

84. *Convention relative à la régularisation du bassin de la rivière des Outaouais* (2 mars 1983), en ligne : <ottawariver.ca/wp-content/uploads/2019/02/agreement.pdf> [Convention du bassin de la rivière des Outaouais].

85. *Ibid* à la p 2. Voir aussi Commission de planification de la régularisation de la rivière des Outaouais, *À propos*, en ligne : <rivieredesoutaouais.ca/a-propos/>.

86. *Convention du bassin de la rivière des Outaouais*, *supra* note 84 à la p 2.

Bien que le concept de « gestion intégrée » soit au centre de sa constitution, l'ORRPB est probablement l'organisme au mandat le plus sectoriel. En effet, sa mission principale est liée aux multiples barrages hydroélectriques dans le bassin versant de la rivière des Outaouais⁸⁷. Par conséquent, l'ORRPB traite uniquement avec des acteurs issus des milieux gouvernemental et hydroélectrique. Sa structure organisationnelle est composée de représentants d'ECCE, de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, de Transports Canada, du ministère des Richesses naturelles de l'Ontario, d'Hydro One (en Ontario), du ministère de l'Environnement du Québec et d'Hydro-Québec⁸⁸, et elle est donc en opposition à une véritable gestion intégrée de l'eau, qui mobiliserait une diversité d'acteurs dans ce domaine⁸⁹.

Plusieurs éléments-clés ressortent de la brève présentation de ces modèles. D'une part, chacune de ces institutions met en œuvre un modèle de gestion intergouvernementale de l'eau à l'échelle d'un bassin hydrographique. C'est ici une reconnaissance importante de la confiance accordée à cette échelle territoriale dans le processus de gestion de l'eau. D'autre part, seuls le MRBB et l'ORRPB incluent des acteurs autres que les autorités gouvernementales fédérales, provinciales ou territoriales. Cependant, il s'agit d'intervenants tout à fait différents : ils sont issus des organismes autochtones d'un côté, et des représentants du secteur de l'hydroélectricité, de l'autre. En cherchant à inclure les groupes autochtones, le MRBB se distingue toutefois des deux autres institutions mentionnées. Il convient néanmoins de noter que cet effort d'offrir un siège aux organismes autochtones à la table institutionnelle est amenuisé par le fait que chaque représentant d'un organisme autochtone est nommé par le ministre et exerce ses fonctions au gré de celui-ci⁹⁰. Par ailleurs, la mise en application des ententes intergouvernementales par la voie d'accords bilatéraux additionnels n'est pas un processus automatique. À cet égard, l'OPPRB n'inclut pas ce type de mécanisme. Quand bien même la signature d'un accord bilatéral est soumise à la volonté politique de deux ordres de gouvernement, l'applicabilité de l'entente apparaît fragilisée en l'absence de mécanismes de mise en application additionnels. Enfin,

87. C'est d'ailleurs en ce sens que la *Convention du bassin de la rivière des Outaouais* utilise le terme « réservoirs principaux ». Voir notamment *supra* note 84, art 1.5 et annexe 1.

88. *Ibid*, art 2.

89. À titre de comparaison, voir la conception de la gestion intégrée de l'eau, préconisée par le Québec dans *Gestion intégrée de l'eau*, *supra* note 58 à la p 1.

90. *Mackenzie River Basin Master Agreement*, *supra* note 80, partie D, 1b)(ii).

malgré la diversité des initiatives présentées, qui répondent à des réalités contextuelles divergentes, une vision de la gouvernance, qui paraît dépassée, ressort des modèles préconisés par l'OPPRB et le PPWB. Les efforts de modernisation de la gouvernance de l'eau dans le MRBB sont à cet égard notables. Pour autant, nous sommes en présence d'une institution dont la dynamique demeure tributaire de la volonté politique des provinces et territoires. À ce jour, seuls quatre des sept accords bilatéraux possibles ont d'ailleurs été conclus⁹¹. Cette diversité témoigne également d'un manque d'harmonisation dans l'effort national de gouvernance de l'eau⁹². Nous pouvons à cet égard espérer que la future Agence canadienne de l'eau sache combler cette lacune. Toutefois, il existe de nombreuses directions possibles pour un tel engagement. En particulier, en raison du caractère général des orientations proposées par ECCC dans son Document de discussion, il est utile et nécessaire d'explorer les divers scénarios potentiellement représentatifs de ce que sera la future Agence.

III. UNE EXPLORATION DES DIVERS SCÉNARIOS JURIDIQUES DE LA FUTURE AGENCE CANADIENNE DE L'EAU ET DE LEURS ASSISES JURIDICTIONNELLES

Ni la création de l'Agence ni son rôle ne sont clairement explicités dans le Document de discussion. On y note que c'est le ministre de l'Environnement et du Changement climatique qui a le pouvoir de conclure des ententes avec les provinces en vertu de la *LREC*. Le Document de discussion présente cette loi, discutée ci-haut, comme étant destinée « à appuyer les activités de recherche et de surveillance pour la conservation, le développement et l'utilisation des ressources en eau du Canada »⁹³. Or, on n'indique pas s'il reviendra à ECCC de négocier une entente avec les provinces afin de créer l'Agence canadienne de l'eau ou si elle sera plutôt établie par l'entremise d'une autre loi habilitante. Si la première option devait prévaloir, il semble, à la lumière du Document de discussion, qu'il reviendra à l'Agence d'effectuer la surveillance de la conservation, du développement et de l'utilisation

91. Voir Mackenzie River Basin Board, *Bilateral Water Management Agreements*, en ligne : <www.mrbba.ca/bilateral-water-management-agreements>. Comparer ces renseignements à ceux présentés dans l'accord intergouvernemental, à la partie B. Voir *Mackenzie River Basin Master Agreement*, *supra* note 80, partie B.

92. Lillo, *supra* note 29 à la p 362.

93. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 11.

des ressources en eau du Canada. La question demeure : comment les divers ordres de gouvernement devraient-ils collaborer? À cet égard, il est essentiel d'explorer la substance du partage constitutionnel des compétences relatives à l'eau puisque c'est à la lumière de ce dernier que seront arbitrées la nature, la portée et la complexité des enjeux dont l'Agence canadienne de l'eau pourra se préoccuper.

Le gouvernement fédéral exerce une influence non négligeable par son pouvoir de dépenser et même par son pouvoir en matière de droit criminel en ce qui concerne la santé⁹⁴. Le Document de discussion laisse entendre que la première des avenues sera explorée relativement au rôle de l'Agence canadienne de l'eau quant à l'intégration des données, qui sera achevée grâce à l'élaboration d'« une stratégie nationale de gestions des données », qui reposera sur des normes et des principes communs relatifs à la collecte et à la gestion de ces données⁹⁵. Toutefois, bien que les pouvoirs du Parlement en matière d'eaux navigables et d'affaires étrangères soient non équivoques, il est admis que l'eau n'est pas une compétence expressément attribuée au Parlement ou aux assemblées législatives provinciales⁹⁶. Pour citer les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, le fondement d'une compétence législative fédérale pour contrôler l'eau douce en général, y compris dans les eaux provinciales, « ne saurait se trouver dans les chefs de compétence fédérale énumérés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pris individuellement ou collectivement »⁹⁷. À la lumière du Document de discussion, le gouvernement fédéral ne s'aventure pas à définir les assises juridiques qui lui permettront de créer l'Agence canadienne de l'eau. La question est d'importance⁹⁸, car les provinces sont propriétaires du domaine public, y compris les lits et les rives des lacs et rivières, même navigables, et sont

94. Voir la partie II-A-2 ci-dessous.

95. Document de discussion, *supra* note 2, à la p 33.

96. Tout comme l'environnement, un sujet sur lequel autant le Parlement que les assemblées législatives provinciales peuvent légiférer sur la base de leurs compétences : *R c Hydro-Québec*, 1997 CanLII 318 (CSC), [1997] 3 RCS 213 au para 112 [*Hydro-Québec*]; *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)*, 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 RCS 3 aux pp 63–64 [*Friends of the Oldman River*].

97. *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, 1988 CanLII 63 (CSC), [1988] 1 RCS 401 à la p 423 [*Crown Zellerbach*].

98. Ce point a notamment été discuté les 27 et 28 janvier 2021, lors du Forum national sur la politique de l'eau douce, organisé par ECCC dans le cadre des consultations publiques sur la création de l'Agence canadienne de l'eau. Si ce sujet a fait l'objet de l'un des panels thématiques de la rencontre, c'est un point que les intervenants ont évoqué à de multiples reprises pendant les deux jours de la conférence.

également compétentes pour conférer des droits de propriété et des redevances sur l'utilisation de l'eau douce elle-même, en plus de l'être en matière d'exploitation et d'exportation de telles ressources naturelles⁹⁹. Les provinces ont également délégué aux municipalités, qui sont créées en vertu de lois provinciales, des responsabilités à l'égard de plusieurs aspects de la gestion de l'eau douce. Notons que plusieurs analyses des différentes dispositions de la Constitution susceptibles de conférer à un ordre de gouvernement ou à l'autre des pouvoirs en matière de gestion de l'eau ont déjà été réalisées¹⁰⁰.

À la lumière des avenues que le Document de discussion soulève relativement à la création d'une Agence canadienne de l'eau, nous analyserons pour chacune d'elles le partage des compétences applicable en y ajoutant une discussion des développements récents et à venir de la jurisprudence canadienne concernant le fédéralisme coopératif. Comme nous l'expliquerons également, une analyse des possibilités en matière de gouvernance de l'eau, basée sur le seul partage des compétences, a cependant pour désavantage de ne pas englober d'autres acteurs dont le statut n'est pas reconnu au même titre que les gouvernements fédéral et provinciaux dans la Constitution, mais qui sont néanmoins concernés par l'enjeu de l'eau douce.

A. Vers un leadership fédéral

Dans un contexte aux enjeux aussi entrelacés que celui de la gestion de l'eau, la notion de leadership peut avoir des répercussions très variées. L'idée même de prendre l'initiative et de mener une action donnée peut être réalisée avec plus ou moins de contrôle, de coordination ou de liberté. À l'égard d'une stratégie nationale de l'eau, de nombreux auteurs se sont prononcés sur le rôle que pourrait jouer le gouvernement fédéral. Certains évoquent les limites associées à son action et le manque de coordination qu'il instiguit en la matière¹⁰¹. D'autres auteurs rappellent plutôt les responsabilités qui

99. *Loi constitutionnelle de 1867*, arts 92(13) et (16), 92(A), 109 et 117.

100. Bora Laskin, « Le cadre juridique de la régie des eaux » dans Walter Dinsdale, dir, *Les ressources et notre avenir*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1961, 219; Gibson, *supra* note 33; Dominique Alhéritière, *La gestion des eaux en droit constitutionnel canadien*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976; Owen J Saunders, *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1988, aux pp 28–29; Cárdenas et Vega, *supra* note 33.

101. Voir Maude Barlow, *Boiling Point — Government Neglect, Corporate Abuse and Canada's Water Crisis*, Toronto, ECW Press, 2016 à la p 29; Jamie Linton, « Water as a Social Opportunity » dans Seanna L Davidson, Jamie Linton et Warren E Mabee, dir, *Water as a Social Opportunity*,

incombent au gouvernement fédéral à l'égard de la gouvernance de l'eau et l'exhortent à faire preuve de leadership¹⁰². Malgré ces différentes approches, le rôle de l'autorité fédérale demeure ambigu dans la perspective d'une gestion nationale de l'eau, et les développements relatifs à l'Agence canadienne de l'eau n'ont pas nécessairement offert davantage de repères. Penchons-nous ainsi sur les degrés variables de leadership fédéral en explorant différentes formes de centralisation.

1. Une centralisation administrative

Plusieurs initiatives concernant l'eau douce ont déjà été mises en place par le gouvernement fédéral. Le Document de discussion en fait une liste non exhaustive, du rôle de Santé Canada en matière de sécurité de l'eau potable à celui d'ÉCCC et sa stratégie de développement durable, en passant par la cartographie réalisée par Ressources naturelles Canada, les statistiques d'utilisation et d'approvisionnement en eau compilées par Statistique Canada, la surveillance des sécheresses exercée par Agriculture et Agroalimentaire Canada, la protection des écosystèmes des espèces aquatiques assurée par Pêches et Océans Canada, ainsi que le vaste champ de recherche sur tous les sujets se rapportant à l'eau sur lequel se penche le Conseil national de recherche du Canada¹⁰³. Or, le Document de discussion ne nous éclaire pas sur la façon dont la coopération entre ces diverses entités fédérales est présentement assurée, si coopération il y a. Nous pouvons présumer qu'il y a une lacune en la matière, puisque l'un des objectifs avoués de la création de l'Agence est de créer un organisme permanent de coordination des initiatives des diverses entités gouvernementales fédérales¹⁰⁴. Cependant, le Document de discussion ne contient pas plus d'information sur la façon dont ces divers organismes fédéraux

Kingston, Queen's University Press, 2015, 1 à la p 8; Karen Bakker et Christina Cook, « Water Governance in Canada: Innovation and Fragmentation » (2011) 27:2 International Journal of Water Resources Development 275 à la p 286.

102. Voir Linda Nowlan, « Out of Sight, Out of Mind? Taking Canada's Groundwater for Granted » dans Bakker, *Eau Canada*, *supra*, note 26, 55 à la p 57, de Loë, *supra* note 4; Lillo, *supra* note 29 aux pp 405 et s.

103. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 9–10. (Remarque : on justifie la mission de l'Agence, qui ne portera que sur l'eau douce, en mentionnant qu'il y a déjà des efforts dans le domaine maritime. Il existe cependant un degré important d'interactions entre les écosystèmes d'eau douce et les écosystèmes marins. Au vu de cette interrelation entre ces deux systèmes, il serait intéressant de savoir quel degré de coopération est prévu entre les organismes gouvernementaux qui se penchent sur ces deux systèmes.)

104. *Ibid* à la p 15.

coopéreront avec l'Agence, ni sur la manière dont cette coopération sera partagée avec les provinces, territoires et municipalités.

La centralisation administrative fait écho à la démarche par laquelle le gouvernement fédéral chercherait à remédier au manque de coordination interministérielle en matière de gouvernance de l'eau¹⁰⁵. Cette fragmentation administrative au sein même d'un ordre de gouvernement est à ce jour très marquée. Par exemple, plus de 20 ministères et organismes fédéraux exercent « des responsabilités exceptionnelles dans le domaine de l'eau douce »¹⁰⁶; sans pour autant les évoquer, le Document de discussion fait également état du fait que « plusieurs ministères [sont] responsables, directement ou indirectement, des politiques touchant l'eau douce »¹⁰⁷. Parmi les principaux, citons ECCC, Agriculture Canada, Santé Canada, Ressources naturelles Canada, Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, Service aux Autochtones ou encore Affaires mondiales Canada. Il en va de même au niveau provincial; au Québec par exemple, plus de 12 ministères participent à la gestion de l'eau¹⁰⁸.

Compte tenu de cet état des lieux, une orientation dans le Document de discussion sur la future Agence canadienne de l'eau peut être interprétée comme une volonté fédérale de remédier à cette fragmentation administrative; il est en effet évoqué la possibilité de « [f]ournir au public un point de contact central pour les questions fédérales relatives à l'eau douce, et [d']offrir un portrait intégré des programmes et des services fédéraux en matière d'eau douce »¹⁰⁹. Cette centralisation de nature administrative, si elle relevait d'une initiative strictement fédérale, pourrait être qualifiée de minimale. Elle aurait pour effet d'ignorer des enjeux intergouvernementaux particulièrement

105. C'est un mal que le Document de discussion reconnaît d'ailleurs, puisqu'il y est mentionné que « [b]ien que les ministères et organismes fédéraux coordonnent diverses initiatives, il n'y a aucun mécanisme de coordination permanent pour une vision de l'eau douce à l'échelle du gouvernement fédéral » (Document de discussion, *supra* note 2 à la p 15).

106. Gouvernement du Canada, *Gouvernance de l'eau: la législation et les politiques fédérales*, en ligne: <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/eau-aperçu/legislation-gouvernance/politiques-federales.html>.

107. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 15.

108. Voir Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *Stratégie québécoise de l'eau 2018-2030*, (2018) à la p 69, en ligne: <www.environnement.gouv.qc.ca/eau/strategie-quebecoise/strategie2018-2030.pdf>.

109. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 17.

complexes, dont la prise en compte générerait des négociations politiques lourdes, difficiles et incertaines.

La création d'une Agence canadienne de l'eau aux seules fins administratives de coordonner les efforts des diverses entités fédérales concernées par l'enjeu de l'eau douce, dont le Document de discussion fait état, ne présente pas de grandes difficultés d'un point de vue juridique. Chaque ordre de gouvernement est libre de créer les ministères et organismes publics et parapublics qu'il estime nécessaires afin d'administrer les affaires de l'État¹¹⁰. Les ministères eux-mêmes, bien que maintenant créés par loi habilitante, étaient auparavant plus souvent créés sur la seule base de pouvoirs de prérogative. Un organisme administratif comme l'Agence canadienne de l'eau, dont la mission serait purement administrative, pourrait fort bien être institué sur la base de ce type de pouvoir¹¹¹.

Pour autant, le Document de discussion mentionne à de nombreuses reprises la pertinence, si ce n'est l'importance, de préconiser une forme de collaboration et de coordination, à tout le moins entre les gouvernements (et idéalement avec les acteurs de l'eau au sens large)¹¹². Peut-on ainsi imaginer une forme de centralisation administrative intergouvernementale? Un tel degré de coordination interministérielle semble beaucoup plus incertain en pratique, même si des outils, comme l'interdélégation de nature administrative¹¹³, pourraient s'avérer pertinents pour contourner la fragmentation administrative en présence. *A minima*, une centralisation administrative intragouvernementale, parallèle à la future Agence canadienne de l'eau, ne serait

110. Voir Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2020 à la p 381.

111. La question se posera toutefois de délimiter l'ampleur de ses pouvoirs inhérents. En effet, la Cour fédérale a récemment conclu à une interprétation large de tels pouvoirs concernant d'autres organismes gouvernementaux fédéraux. Ainsi, dans l'arrêt *Canadian Doctors for Refugee Care c Canada*, [2015] 2 RCF 267, 2014 CF 651, aux para 392 et 401, la juge Mactavish a décidé que le gouvernement fédéral a le pouvoir de créer et d'abolir un système de soins de santé pour les réfugiés, même sans assise législative. Voir aussi Paul Daly, « Royal Treatment: The Crown's Special Status in Administrative Law Special Issue: The Crown in the 21st Century » (2017) 22:1 Rev Const Stud 81.

112. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 4, 15–17, 26, 35–36, etc.

113. L'interdélégation de nature administrative « correspond au fait pour une structure institutionnelle, créée par une entité législative provinciale, d'accepter des pouvoirs lui étant délégués par l'autorité fédérale » (Lillo, *supra* note 29 à la p 420). Au sujet de cette stratégie de coopération intergouvernementale, voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, Scarborough, Carswell, 2007 (feuilles mobiles suppléments 2018), c 5 à la p 14-17. Pour son application à la gouvernance de l'eau, voir Lillo, *supra* note 29 aux pp 419 et s.

néanmoins pas impossible; bien au contraire, une telle initiative semblerait même bénéfique au processus de gouvernance de l'eau.

2. Une centralisation constitutionnelle

La centralisation constitutionnelle correspond à la recherche d'uniformisation de l'action en matière de gouvernance de l'eau. Elle fait écho à une approche pyramidale selon laquelle le gouvernement fédéral exercerait une forme de compétence exclusive. D'un point de vue juridique, elle s'apparenterait à une sorte de putsch constitutionnel. Ce scénario peut, notamment, être déduit de l'interprétation de l'une des orientations du Document de discussion sur la future Agence canadienne de l'eau, qui propose d'« [é]tablir une structure de gouvernance officielle fédérale chargée de fournir une perspective à l'échelle du gouvernement fédéral sur les priorités liées à l'eau douce, et [de] veiller à ce que les mesures et les politiques fédérales reflètent les objectifs relatifs à l'eau douce »¹¹⁴.

Alors que le Document de discussion réveille les débats ayant eu cours à la fin des années 1960 et au début des années 1970 concernant la constitutionnalité de la *LREC*¹¹⁵, les tendances unilatérales qui peuvent être perçues comme sous-tendant le Document de discussion vont dans le sens contraire de la solution privilégiée, basée sur la coopération. La *LREC* avait largement été appréhendée comme un effort du Parlement d'invoquer son pouvoir en matière de paix, ordre et bon gouvernement, particulièrement sous la branche de l'urgence nationale¹¹⁶. À cet égard, des commentaires, maintenant vieux de près de plus de 50 ans, qui prônaient une approche basée sur le consensualisme et la conclusion d'accords de coopération plutôt que sur une approche fondée sur les seules assises légales du gouvernement

114. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 17.

115. L'Ontario, l'Alberta, la Colombie-Britannique et le Québec s'étaient opposés à la *LREC*, *supra* note 35, bien que seuls le Québec et la Colombie-Britannique aient contesté sa validité constitutionnelle: R Brian Woodrow, *Development and Implementation of Federal Pollution Control Policy Programs in Canada, 1966–1974*, Thèse de doctorat, Université de Toronto, 1977 à la p 327, cité dans Kathryn Harrison, *Passing the Buck: Federalism and Canadian Environmental Policy*, UBC Press, Vancouver, 1996.

116. André Tremblay, « La priorité des compétences provinciales dans la lutte contre la pollution des eaux » dans Philippe Crabbé et Irene M Spry, dir, *Natural Resource Development in Canada*, Ottawa, University of Ottawa Press 1973, 217 aux pp 218–19 [Crabbé et Spry, *Natural Resources*]

fédéral, font figure de précurseurs de la jurisprudence récente sur le fédéralisme coopératif¹¹⁷.

Si certains éléments de ce Document de discussion peuvent être analysés comme suggérant que les ententes conclues entre le gouvernement du Canada et les provinces et territoires ne sont pas optimales¹¹⁸, la perspective d'une action uniformisée doit néanmoins surmonter un obstacle constitutionnel majeur. Comment une telle forme de centralisation peut-elle être valide constitutionnellement?

L'une des réponses possibles à cette question réside dans le recours à la théorie des dimensions nationales. Sans entrer dans les détails techniques, cette dernière est issue du pouvoir constitutionnel de paix, ordre et bon gouvernement et « s'applique lorsque la nature d'une matière [...] outrepassé, de par ses implications et son importance nationale, l'aptitude des provinces de légiférer à son égard »¹¹⁹. Le recours à cette théorie apparaît comme la stratégie la plus plausible à l'égard d'une centralisation constitutionnelle de la gouvernance de l'eau par le gouvernement fédéral, et ce, pour plusieurs raisons : les enjeux transfrontaliers, les dimensions interjuridictionnelles, les questions interprovinciales, mais aussi l'incapacité des provinces et territoires à mettre en œuvre une stratégie nationale de l'eau. Néanmoins, cette recherche d'uniformisation semble non seulement inappropriée à l'égard des enjeux relatifs à la gestion de l'eau, mais demeure également très complexe à justifier d'un point de vue constitutionnel¹²⁰. La diversité des considérations gravitant autour de l'eau, de sa gestion et de sa gouvernance ont pour effet de largement complexifier la perspective d'une action unilatérale uniforme à son égard. En d'autres termes, la définition d'une compétence exclusive fédérale en la matière ne pourrait que difficilement intervenir à l'appui de la théorie des dimensions nationales.

117. *Ibid* à la p 218; Gérard V Laforest, « Jurisdiction Over Natural Resources: Provincial or Federal », *ibid*, 211 à la p 215.

118. On y mentionne en effet le fait que ces ententes « varient grandement », que « leur composition et leur structure diffèrent » et qu'« elles fonctionnent en vertu de différentes lois habitantes et de mandats différents » (Document de discussion, *supra* note 2 à la p 35).

119. Lillo, *supra* note 29 à la p 409, citant Hogg, *supra* note 113 aux pp 17-13-17-14.

120. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs exploré la complexité de cette avenue. Voir William R Lederman, « Unity and Diversity in Canada Federalism » (1975) 53:3 Can Bar Rev 597; Kennett, *supra* note 4 aux pp 196 et s; Hogg, *supra* note 113 aux pp 17-29-17-30; Lillo, *supra* note 29 à la p 408. C'est un point dont il est également question dans la décision *Crown Zellerbach*, *supra* note 97, en particulier dans l'opinion dissidente du juge La Forest au para 74.

Le cadre d'analyse du pouvoir en matière de paix, ordre et bon gouvernement du Parlement du Canada en ce qui a trait à l'intérêt national a été élaboré dans l'affaire *Crown Zellerbach* dans le contexte d'un enjeu environnemental, soit la pollution des eaux maritimes provinciales¹²¹. La création de l'Agence canadienne de l'eau, telle qu'elle est proposée dans le Document de discussion, pourrait-elle reposer également sur le pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement que possède le Parlement du Canada? Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, qui portait sur la validité constitutionnelle de la loi du même nom¹²², la Cour suprême a apporté quelques précisions sur le cadre d'analyse applicable en la matière. La question de la mise sur pied d'une Agence canadienne de l'eau diffère cependant de l'adoption d'une loi fédérale imposant un seuil national minimal de tarification des gaz à effet de serre et peut difficilement relever de la compétence fédérale en matière d'intérêt national. En effet, alors qu'il est possible pour les juges majoritaires de la Cour suprême de conclure que la réduction de l'émission de gaz à effet de serre en fonction d'un seuil national minimal constitue une matière présentant une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial selon le critère d'analyse énoncé dans la décision *Crown Zellerbach*¹²³, il en va autrement en ce qui concerne l'eau douce prise généralement. En effet, bien que la majorité de la Cour ait apporté plusieurs clarifications à la théorie de l'intérêt national dans le *Renvoi sur la tarification du carbone*, elle n'a pas expliqué en quoi le seuil minimal national de tarification se distingue clairement des matières d'intérêt provincial et n'appartient pas aux compétences exclusives des provinces. La Cour a plutôt adopté une interprétation large et évolutive de la notion de « question nouvelle », donnant ainsi ouverture à une reconnaissance d'une compétence au Parlement quant à une matière désormais intrinsèquement nationale qui transcende les

121. *Crown Zellerbach*, *ibid*; *Friends of the Oldman River Society*, *supra* note 96. Voir Nathalie Chalifour, Peter Oliver et Taylor Wormington, « Clarifying the Matter: Modernizing Peace, Order, and Good Government in the Greenhouse Gas Pollution Pricing Act Appeals », (2020) 40:2 NJCL 153.

122. *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, LC 2018, c 12, art 186; *Ontario (PG) c Canada (PG)*, demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, 38781 (septembre 2020).

123. *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544, au para 130, juge Strathy [Greenhouse].

provinces (et leurs compétences exclusives)¹²⁴. La reconnaissance de l'effet sur les compétences des provinces qu'a l'attribution d'une compétence au Parlement en vertu de la branche de l'intérêt national du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement s'effectue désormais en troisième lieu, dans le cadre de l'analyse de l'étendue de l'effet. En somme, le poids accordé à l'importance de la question en jeu et la forme choisie pour y répondre, soit la tarification nationale minimale, supplantent celui des compétences des provinces dans le *Renvoi sur la tarification du carbone*. Or, en matière d'eau douce, les provinces sont propriétaires du domaine public et peuvent légiférer quant aux droits de propriété et d'utilisation de l'eau. Bien que limité à l'eau douce, le mandat proposé de l'Agence canadienne de l'eau ne présente pas les caractères d'unicité, de particularité et d'indivisibilité requis pour qualifier l'eau douce comme dépassant clairement les intérêts locaux ou provinciaux. C'est d'ailleurs la pollution de l'eau salée (par le contrôle de l'immersion de substances en mer) qui avait été reconnue, dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, comme relevant de l'intérêt national issu du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement¹²⁵, par opposition à l'eau douce. La Cour avait d'ailleurs fait siennes les remarques de l'Organisation des Nations Unies concernant les « différences qui existent entre les eaux de la mer et les eaux douces sur le plan de leur composition et de leur action », et avait par conséquent conclu que la pollution de la mer « comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques spécifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces »¹²⁶. L'eau douce, généralement, n'offre pas une « consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme » lui permettant de s'inscrire dans le pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement du gouvernement fédéral sans perturber la fédération canadienne¹²⁷. La Cour a précisé à cet égard, dans *R c Hydro-Québec*, que le fardeau de la preuve relativement à cette première étape de l'analyse est exigeant, étant donné « le risque élevé que la notion générale de l'"intérêt national" peut présenter pour le partage des

124. *Renvoi sur la tarification du carbone*, *supra* note 67, aux para 110, 136–39, 147–48.

125. *Crown Zellerbach*, *supra* note 97, aux para 42–43.

126. *Ibid* au para 42. Sur la compétence du Parlement en matière de pollution des rivières interprovinciales, voir *Interprovincial Co-operatives Ltd c La Reine*, 1975 CanLII 212 (CSC), [1976] 1 RCS 477.

127. *Renvoi: Loi anti-inflation*, 1976 CanLII 16 (CSC), [1976] 2 RCS 373 au para 43, juge Beetz, dissident, mais pas sur ce point.

compétences prévu par la Constitution »¹²⁸. En l'absence d'un tel critère exigeant, « l'«intérêt national» pourrait rapidement s'accroître jusqu'à absorber tous les champs de compétence provinciale »¹²⁹. À cet égard, les provinces sont, par ailleurs, compétentes pour légiférer sur de multiples aspects en matière d'eau douce et ont délégué la gestion de l'eau, sous plusieurs angles, à d'autres ordres de gouvernement régionaux, municipaux et locaux. Conférer au Parlement une compétence en matière de paix, ordre et bon gouvernement sous la branche de l'intérêt national en matière d'eau douce aurait par conséquent des répercussions fort étendues sur le partage actuel des compétences¹³⁰. L'eau douce est un sujet perméable qui touche à de nombreux pouvoirs locaux et provinciaux. La multiplicité des entités fédérales mentionnées dans le Document de discussion et dont on propose par ailleurs la coordination sous l'ombrelle de l'Agence tend également à démontrer le caractère diffus et multidimensionnel du mandat de cet organisme.

Si l'eau douce tend vers une généralité trop importante pour s'inscrire valablement en bloc dans les compétences attribuées au fédéral, il deviendra nécessaire d'analyser ce sujet sous des angles plus précis. Comme la Cour le soulignait dans l'arrêt *R c Hydro-Québec*, ce n'était pas la pollution en général qui était invoquée comme objet valide de législation, mais bien les substances toxiques dangereuses présentant un risque grave pour l'environnement et la santé humaine¹³¹. De la même manière, la Cour a confirmé, dans le *Renvoi sur la tarification du carbone*, que le Parlement peut, en vertu de la théorie de l'intérêt national, se voir reconnaître sur une matière une compétence qui se limite aux moyens prévus dans la loi pour réaliser un objet donné lorsque ceux-ci représentent un aspect central de l'objectif visé¹³².

128. *Hydro-Québec*, supra note 96 au para 67. Voir aussi *AG for Ontario v AG for the Dominion*, [1896] AC 348 (PC), à la p 361 (Lord Watson).

129. *Hydro-Québec*, supra note 96 au para 67.

130. Un facteur qui doit être pris en compte à la dernière étape de l'analyse selon la Cour: *Renvoi sur la tarification du carbone*, supra note 67 aux para 160–61.

131. *Hydro-Québec*, supra note 96 aux para 28–30.

132. *Renvoi sur la tarification du carbone*, supra note 67 aux para 54–55.

Le critère d'incapacité provinciale¹³³ de la théorie de l'intérêt national pourrait favoriser une assise juridique valide en matière d'eaux transfrontalières internes plus spécifiquement. Comme le souligne le professeur Hogg :

It seems, therefore, that the most important element of national concern is a need for one national law which cannot realistically be satisfied by cooperative provincial action because the failure of one province to cooperate would carry with it adverse consequences for the residents of other provinces. A subject-matter of legislation which has this characteristic has the necessary national concern to justify invocation of the p.o.g.g. power¹³⁴.

Le Document de discussion laisse transparaître à ce sujet une évaluation défavorable, de la part du gouvernement fédéral, de l'état actuel des choses, caractérisé par une multiplicité d'ententes et de cadres législatifs qui ont été mis en place par divers ordres de gouvernement et collectivités afin d'assurer la gestion de masses d'eaux transfrontalières¹³⁵. Le Document de discussion laisse également deviner une volonté de créer une gestion plus centralisée des eaux transfrontalières internes et une harmonisation du cadre de référence¹³⁶. Si une telle volonté centralisatrice se dégage effectivement du Document de discussion en ce qui a trait aux eaux transfrontalières, elle se manifesterait probablement en s'appuyant sur la branche de l'intérêt national des pouvoirs de paix, ordre et bon gouvernement du Parlement, sur la base du critère de l'incapacité provinciale. En effet, le Document de discussion énonce que des « décisions prises dans une administration peuvent avoir des répercussions importantes sur une autre »¹³⁷. Ces termes ne sont pas sans rappeler les explications qu'a données la Cour dans le *Renvoi sur la tarification du carbone* et dans la décision *R c Hydro-Québec* au sujet du critère d'incapacité provinciale

133. *Crown Zellerbach*, *supra* note 97 aux para 38–39.

134. Hogg, *supra* note 113 au para 17-3(b).

135. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 35 : « Ces ententes transfrontalières intérieures varient grandement; leur composition et leur structure diffèrent, et elles fonctionnent en vertu de différentes lois habilitantes et de mandats différents ».

136. Le Document de discussion énonce qu'il est évident que pour être efficaces, les mécanismes de gestion doivent avoir des structures et des mandats clairs, la souplesse nécessaire pour s'adapter et répondre aux défis actuels et futurs, et avoir des données scientifiques, des outils et autres données harmonisés afin de faciliter la compréhension des enjeux liés à l'eau douce et d'appuyer la prise de décisions [nos italiques] (*ibid* à la p 36).

137. *Ibid* à la p 34.

énoncé dans *Crown Zellerbach*, soit que le caractère distinct d'un sujet, aux fins de la branche de l'intérêt national, peut être établi lorsque l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux d'une matière aurait des effets préjudiciables sur des intérêts à l'extérieur de cette province¹³⁸. Il est concevable que le risque de non-coopération d'une province ou l'insuffisance des mesures qu'elle aurait mises en place, ainsi que les effets que cela pourrait avoir sur les résidents des autres provinces, soient donc invoqués pour asseoir la compétence du Parlement en ce qui a trait à une matière donnée tombant dans une catégorie plus large de sujets relatifs aux eaux transfrontalières internes dans le contexte de la création de l'Agence canadienne de l'eau. En discutant de la possibilité pour les gouvernements fédéral et provinciaux de créer des organismes chargés de planifier la restauration, la préservation et l'amélioration de la qualité de l'eau, Jamie Benidickson évoque notamment la possibilité d'une action unilatérale dans l'hypothèse où des efforts raisonnables ne permettraient pas de parvenir à un accord interjuridictionnel¹³⁹. L'effet sur le plan du partage constitutionnel des compétences serait important. Selon la jurisprudence récente, une fois qu'il est reconnu qu'un sujet relève effectivement de l'intérêt national, ce sujet n'est plus soustrait aux compétences provinciales et la théorie du double aspect trouve application; néanmoins, la loi fédérale aura prépondérance en cas de conflit¹⁴⁰.

Peut-être sera-t-il possible alors de maintenir les ententes de coopération actuelles, tout en reconnaissant les compétences concurrentes du Parlement en matière de moyens précis et centraux mis en

138. *Renvoi sur la tarification du carbone*, *supra* note 67 aux para 2 et 24; *Hydro-Québec*, *supra* note 96 au para 76; *Crown Zellerbach*, *supra* note 97 aux para 37–39.

139. Benidickson, *supra* note 43 à la p 79.

140. Sous la plume du juge Le Dain, la Cour avait établi ce qui suit dans la décision *Crown Zellerbach*, *supra* note 97 au para 38:

[L]orsqu'une matière relève de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, par opposition à la théorie de la situation d'urgence, le Parlement jouit d'une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intraprovinciaux.

Or, la Cour a ajouté dans le *Renvoi sur la tarification du carbone* que la théorie du double aspect peut également trouver application et, donc, qu'il peut être possible pour les provinces de légiférer concurrentement avec le Parlement, chacun selon ses compétences: *supra* note 67, aux para 126–31. Dans le cadre de ce litige sur la taxe fédérale du carbone, le juge Strathy, de la Cour d'appel de l'Ontario, suggérait aussi que malgré la compétence du Parlement sur la base de la branche de l'intérêt national du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement, les provinces conservent leurs pouvoirs et peuvent légiférer de manière concurrente: *Greenhouse*, *supra* note 123 aux para 136–37.

œuvre pour atteindre des objectifs relatifs à l'eau douce sur la base de l'intérêt national, et celles des provinces en vertu des autres dispositions pertinentes de la Constitution. Une interprétation des pouvoirs de paix, ordre et bon gouvernement du Parlement menant à la reconnaissance de compétences concurrentes entre les ordres de gouvernement fédéral et provinciaux s'inscrirait dans la lignée jurisprudentielle récente du fédéralisme coopératif, un sujet abordé plus loin. À la lumière des motifs de la Cour dans le *Renvoi sur la tarification du carbone*, il faudra cependant adopter une approche davantage *ad hoc* selon les moyens ou les aspects liés à l'eau douce dont pourrait se réclamer le gouvernement fédéral sur la base de l'intérêt national des pouvoirs de paix, ordre et bon gouvernement.

Quant à la branche portant sur la doctrine d'urgence nationale issue du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement, pourrait-elle justifier la création unilatérale d'une agence ayant pour mission un contrôle centralisé de la gestion de l'eau douce? Dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, la Cour a reconnu, à la majorité, la constitutionnalité de la loi fédérale en cause, adoptée pour lutter contre le taux d'inflation auquel faisait face le pays. La théorie de la situation d'urgence issue du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement justifiait, selon la majorité, la constitutionnalité de la loi en tant que mesure législative nécessaire pour faire face à un « temps de crise »¹⁴¹ ou à une « situation d'urgence nationale »¹⁴². Or, une variable importante entre en jeu dans la mise en application du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement basée sur la théorie de la situation d'urgence: le caractère temporaire de la mesure¹⁴³. Les juges dissidents dans le *Renvoi: Loi anti-inflation* avaient, par ailleurs, soulevé, sans statuer sur la validité de la *LREC*, qu'en droit constitutionnel, il y a une importante différence entre la notion d'urgence naturelle et celle d'urgence nationale¹⁴⁴. En effet, l'utilisation du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement sur la base d'une situation d'urgence n'est justifiée que tant et aussi longtemps que la mesure s'avère nécessaire pour faire face à une crise nationale. Bien qu'une crise nationale relative à l'eau douce puisse justifier des mesures fédérales temporaires qui relèvent constitutionnellement des provinces, le temps que l'urgence soit résolue, par exemple lors de feux

141. *Renvoi: Loi anti-inflation*, *supra* note 127 à la p 419, juge en chef Laskin.

142. *Ibid* à la p 436, juge Ritchie.

143. *Ibid* aux pp 427, 437 et 461; *Crown Zellerbach*, *supra* note 97 à la p 432.

144. *Ibid* à la p 467, juge Beetz.

ou d'inondations intraprovinciaux, la théorie de l'urgence nationale issue du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement ne nous paraît pas être une assise appropriée pour créer de manière permanente l'Agence canadienne de l'eau. Le Canada fait face à des changements climatiques importants qui auront des répercussions pour des décennies à venir. Pour être adéquate, la réponse doit être globale, planifiée et le fruit d'un effort concerté. Elle ne peut reposer sur un pouvoir d'urgence temporaire du seul Parlement fédéral.

Si certains auteurs en appellent encore à l'usage du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement afin de favoriser un rôle prédominant et central du gouvernement fédéral¹⁴⁵, ces positions visant à centraliser la gouvernance de l'eau dans les mains du Parlement semblent ignorer les théories du fédéralisme quant aux avantages qu'apportent les autres ordres de gouvernement. Étant plus près de la population qu'ils desservent et plus au fait des problématiques propres à leurs territoires locaux, ces échelons de gouvernement sont souvent plus à même de répondre adéquatement aux particularités des défis auxquels ils font face et peuvent favoriser une plus grande participation citoyenne.

La Cour suprême a reconnu, dans la décision *R c Hydro-Québec*, qu'en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut valablement adopter des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution. Dans un tel cas de figure, les provinces demeurent également libres d'exercer les pouvoirs que leur confèrent les articles 92 et suivants, en adoptant leurs propres mesures législatives et réglementaires pour s'attaquer au même problème. La jurisprudence de la Cour suprême a accordé au Parlement une « compétence vaste et exclusive pour légiférer en matière de droit criminel »¹⁴⁶. Cette interprétation libérale du paragraphe 91(27), notamment en ce

145. Par exemple, pour les auteurs du rapport de l'International Institute for Sustainable Development (IISD) de 2011, l'eau relève du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement du gouvernement fédéral et celui-ci devrait jouer un rôle accru en la matière; ils évoquent, notamment, que:

This report has discussed responsibilities in the Constitution, related them to water, and provided discussion about where federal responsibility lies. We also assert that the POGG [peace, order and good government] power of the Constitution should compel the federal government to increase its water-related activities in order to meet its responsibility to act on issues of national interest. We suggest that water security is one such interest.

Voir Karla Zubrycki et al, *Water Security in Canada: Responsibilities of the Federal Government*, International Institute for Sustainable Development (IISD) (2011), à la p 63, en ligne : <www.iisd.org/system/files/publications/water_security_canada.pdf>.

146. *Hydro-Québec*, supra note 96 au para 34, citant *RJR-MacDonald Inc c Canada (PG)*, 1995 CanLII 64 (CSC), [1995] 3 RCS 199; et *Scowby c Glendinning*, [1986] 2 RCS 226.

qui concerne « un objectif public légitime » en matière criminelle¹⁴⁷, a récemment été illustrée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*¹⁴⁸. Une pluralité de juges a en effet conclu que la loi fédérale en cause, qui criminalise les tests génétiques obligatoires ainsi que l'utilisation ou la communication non volontaire des résultats de tels tests, relève valablement du pouvoir du Parlement en droit criminel, puisqu'elle vise à protéger la santé en tant qu'intérêt public¹⁴⁹. À la lumière de la compétence importante du Parlement en matière de droit criminel, des peines sanctionnant des actions ou des comportements dommageables pour la qualité ou la quantité de l'eau douce pourraient peut-être être imposées, en plus de celles relatives à la pollution.

B. Vers un effort intergouvernemental

La fragmentation et la sectorialité administrative, législative et juridictionnelle créent un besoin de coordination entre les gouvernements, ce que reconnaît le Document de discussion : « [b]ien que les ministères et organismes fédéraux coordonnent diverses initiatives, il n'y a aucun mécanisme de coordination permanent pour une vision de l'eau douce à l'échelle du gouvernement fédéral »¹⁵⁰. Le Document de discussion ajoute qu'« [u]ne collaboration et une coordination efficaces entre les gouvernements et les autres acteurs peuvent contribuer à relever les défis importants liés à l'eau douce »¹⁵¹. À la lumière de la jurisprudence récente, diverses formes de coopérations sont possibles.

1. Une action coordonnée mue par un élan fédéral

Le Document de discussion sur la future Agence propose d'« [a]ppuyer la mobilisation sur les questions relatives à l'eau douce, à travers [sic]

147. *Ibid* au para 35.

148. *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17.

149. Les juges Karakatsanis, Abella et Martin auraient également inclus l'autonomie, la vie privée et l'égalité parmi ces intérêts publics valides : *ibid*.

150. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 15. Par exemple, depuis 2019, les lettres de mandat des ministères des Ressources naturelles, de la Sécurité publique et de la Protection civile, et de l'Environnement et du Changement climatique ont également confié aux titulaires de ces charges la responsabilité de réaliser une carte des inondations au Canada, de concert avec les provinces et les territoires. Voir Cabinet du premier ministre du Canada, *Lettre de mandat de la ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, *supra* note 3.

151. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 167.

tous les ordres de gouvernement, en réunissant des experts, en facilitant l'échange d'information et en appuyant des initiatives de collaboration »¹⁵². Même si plusieurs avenues auraient pu être envisagées pour « appuyer la mobilisation », celle de l'initiative fédérale dans la création d'une structure intergouvernementale apparaît comme étant la plus plausible juridiquement pour déclencher cette forme de centralisation. Pour faire écho à l'uniformité évoquée au sujet de la centralisation constitutionnelle, il s'agit ici d'explorer ce qui peut être qualifié comme une « diversité uniforme »¹⁵³ de la gouvernance de l'eau. Cette expression vise à reconnaître le fait qu'une matière donnée peut être subdivisée en des catégories plus précises et ainsi avoir une unité qui lui appartient, tout en étant composée d'une diversité d'éléments distincts¹⁵⁴.

Compte tenu de ces considérations, ce concept de diversité uniforme permet d'envisager le fait qu'« une harmonisation apparaît préférable à une uniformisation »¹⁵⁵. La reconnaissance juridique de cette diversité uniforme et, par conséquent, la coordination des efforts intergouvernementaux en ce qui a trait à l'eau, pourraient dès lors intervenir par l'intermédiaire de la *LREC*. Cette dernière reconnaît, en effet, la possibilité d'actions communes entre les ordres de gouvernement; toutefois, les initiatives intergouvernementales, prises en vertu de cet outil législatif, font de l'action fédérale une condition à leur existence. En effet, les dispositions de la *LREC* « caractérisent la capacité du gouvernement fédéral d'enclencher des rapports coopératifs entre plusieurs gouvernements à l'égard de la gestion de l'eau »¹⁵⁶. La création d'une institution œuvrant à une échelle transfrontalière conférerait au gouvernement fédéral, selon Hogg, une autorité particulière¹⁵⁷. Même si cette compétence fédérale à l'égard de la création d'une structure institutionnelle de la gestion de l'eau ne pourrait justifier la reconnaissance d'une autorité générale sur cette matière¹⁵⁸, elle contribuerait néanmoins à une forme de centralisation douce. En ce sens, il

152. *Ibid* à la p 17.

153. Hogg, *supra* note 113 à la p 17-3.

154. Lillo, *supra* note 29 à la p 412.

155. *Ibid*.

156. *Ibid* à la p 408.

157. Hogg, *supra* note 113 aux pp 17-11-17-12. Dans *Munro v National Capital Commission*, 1966 CanLII 74 (CSC), [1966] RCS 663, c'était l'importance de l'intérêt national relatif à l'établissement du siège du Gouvernement du Canada prévu à l'article 16 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui était en jeu plutôt que l'aspect interprovincial du territoire limité de la région de la capitale nationale.

158. Lillo, *supra* note 29 à la p 15.

faut distinguer entre la mise en place d'une créature institutionnelle intergouvernementale et l'établissement de normes intergouvernementales; là où la première pourrait être coordonnée sous l'initiative fédérale, le second « n'est pas seulement fonction d'une législation fédérale, mais d'un consensus entre les [...] ordres de gouvernement » [notre traduction]¹⁵⁹.

Si la coordination de l'action gouvernementale par la création d'une structure institutionnelle est une forme de centralisation douce, il est également envisageable d'explorer la possibilité, pour le gouvernement fédéral, de canaliser ses efforts sur la création, la concentration et la diffusion des ressources et des données. Le gouvernement reconnaît lui-même la grande disparité des enjeux selon les localités touchées, ainsi que la nécessité d'une grande souplesse. Il pourrait sembler qu'en fait, le gouvernement suggère plutôt que ce soient les données scientifiques, les outils et les autres données qui soient sujets à harmonisation. Le rôle unificateur de l'Agence canadienne de l'eau serait donc de diffuser et de mettre à la disposition des différentes parties concernées de telles ressources, de même que des travaux de recherche. Or, si c'est ce qui ressort de l'un des objectifs énoncés dans le Document de discussion¹⁶⁰, ce n'est pas le cas des autres objectifs qui font référence à un appui apporté aux provinces, territoires et autres acteurs de la gouvernance de l'eau¹⁶¹.

159. Hogg, *supra* note 113 à la p 30-23, n 119.

160. Objectif 5 du Document de discussion:

Appuyer la [Commission mixte internationale] et d'autres mécanismes de collaboration binationaux pour faire progresser l'harmonisation et la mise en commun des données, des connaissances, des modèles et des travaux scientifiques concertés (*supra* note 2 à la p 37).

161. L'objectif 2 s'engage à:

[a]ppuyer avec les provinces, les territoires et d'autres acteurs, l'examen en temps opportun des mécanismes de gestion de l'eau douce transfrontalière intérieure et l'élaboration de nouveaux mécanismes pour assurer la gestion coopérative et coordonnée des ressources intergouvernementales d'eau douce de surface et souterraine (*supra* note 2 à la p 36).

L'objectif 4 prévoit, quant à lui, de:

[s]appuyer sur des mécanismes transfrontaliers réussis pour élaborer et mettre en œuvre des initiatives de coopération avec les provinces et les territoires, les peuples autochtones et d'autres intervenants afin de restaurer et de protéger les écosystèmes des eaux douces transfrontalières intérieures qui subissent des pressions importantes, y compris notamment les initiatives fédérales-provinciales existantes pour les Grands Lacs, le fleuve Saint-Laurent et le lac Winnipeg (*supra* note 2 à la p 36).

2. *Fédéralisme coopératif intégré et ententes intergouvernementales*

La Politique fédérale de l'eau, présentée en 1987, pointait déjà du doigt la nécessité de moderniser la législation fédérale en la matière¹⁶². Par ailleurs, des auteurs ont récemment préconisé une évolution du cadre juridique. C'est en particulier le cas d'un consortium d'acteurs des milieux institutionnel et universitaire¹⁶³, qui a appelé à « raviver » la *LREC* en soutenant que cet exercice pourrait appuyer la création d'une commission canadienne de sécurité de l'eau¹⁶⁴. Bien que le Document de discussion, publié par ECCC, précise que « le gouvernement ne s'engage pas à apporter des changements législatifs ou réglementaires au moyen de ce document »¹⁶⁵, la création de la future Agence pourrait satisfaire cette volonté d'institutionnaliser la gouvernance de l'eau.

À la lumière du Document de discussion, l'Agence pourrait, notamment, avoir pour mission de coordonner les divers efforts et initiatives des entités fédérales en matière d'eau douce¹⁶⁶. L'Agence serait alors l'organisme fédéral le mieux placé pour représenter le gouvernement fédéral dans le cadre des diverses ententes intergouvernementales déjà conclues et celles à venir. La mise sur pied de comités mixtes fédéral, provinciaux, territoriaux et autres, qui administreraient des politiques communes, serait de loin préférable à une approche unilatérale découlant d'un fédéralisme dépourvu de la souplesse nécessaire en matière de gouvernance de l'eau et d'adaptation aux changements climatiques. Une mobilisation multiniveau, qui pourrait inclure des acteurs non reconnus par la Constitution — y compris de simples citoyens —, afin de coordonner les efforts en matière de gestion de l'eau, semble de loin préférable du point de vue de l'efficacité et de la constitutionnalité de l'entreprise.

Le fédéralisme coopératif peut permettre une solution réglementaire coopérative plus intégrée, tel un organisme national de

162. Environnement Canada, *Politique fédérale relative aux eaux*, Ottawa, EC, 1987 à la p 8.

163. Global Water Futures, Centre for Indigenous Environmental Resources, Forum for Leadership on Water, POLIS Water Sustainability Project, Centre for Global Studies, et United Nations University Institute for Water, Environment and Health.

164. *Water Security for Canadians*, *supra* note 6 aux pp 4, 13 et s.

165. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 4.

166. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 15 : « Bien que les ministères et organismes fédéraux coordonnent diverses initiatives, il n'y a aucun mécanisme de coordination permanent pour une vision de l'eau douce à l'échelle du gouvernement fédéral ».

réglementation¹⁶⁷. Par analogie avec la création d'un organisme national de réglementation des valeurs mobilières, le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires pourraient conclure un accord intergouvernemental prévoyant l'adoption d'une loi fédérale et de lois provinciales types correspondantes afin de mettre sur pied un organisme national de réglementation de l'eau douce, surveillé par un ministre fédéral et des ministres provinciaux. Les provinces pourraient, en effet, selon les derniers développements jurisprudentiels, déléguer ainsi à un organisme pancanadien le pouvoir de prendre des règlements afin de remédier, comme dans le monde des valeurs mobilières, au « risque systémique » causé par les changements climatiques et lié à la quantité et la qualité de l'eau douce au Canada. En l'absence de décentralisation, cette approche ne refléterait cependant pas les particularités territoriales et sociales que présentent les divers plans et sources d'eau au Canada.

Le fédéralisme coopératif peut également s'exprimer à un degré moindre. Bien que le Document de discussion fasse état des ententes de partage de coûts relatives au réseau national de surveillance hydro-métrique administré par ECCC pour le compte des provinces et des territoires¹⁶⁸, l'expérience du fédéralisme coopératif en matière de partage de coûts et d'information, plus particulièrement, n'a cependant pas toujours été heureuse. Par exemple, la décision du gouvernement fédéral de mettre fin au registre canadien des armes à feu et de procéder à la destruction des données qu'il contenait a laissé un goût amer à la province de Québec, en plus de créer au sein de la Cour suprême deux écoles interprétatives du partage des compétences sur la base du principe constitutionnel du fédéralisme¹⁶⁹. Les diverses parties à la conclusion de telles ententes coopératives au sein de la fédération canadienne seront néanmoins peut-être encouragées par les propos de la Cour, selon lesquels « [d]ifférentes considérations peuvent être présentes dans le cas d'un régime législatif fédéral-provincial réellement intégré » dans le cas où l'entente de coopération repose autant

167. *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CanLII 48 (CSC), [2018] 3 RCS 189.

168. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 18.

169. Voir *Québec (PG) c Canada (PG)*, 2015 CanLII 14 (CAS), [2015] 1 RCS 693; Paul Daly, *Cooperative Federalism Divides the Supreme Court of Canada: Quebec (AG) v Canada (AG)*, Int'l J Const L Blog, Mar 30 (2015), en ligne : <www.iconnectblog.com/2015/03/cooperative-federalism-divides-the-supreme-court-of-canada-quebec-attorney-general-v-canada-attorney-general>.

sur une loi fédérale que sur une loi provinciale¹⁷⁰. Dans le cadre de cette collaboration, les organismes provinciaux de l'eau agissant comme coordonnateurs des efforts provinciaux en matière d'eau pourraient servir d'interlocuteurs à l'Agence canadienne de l'eau, elle-même coordonnatrice des efforts en la matière au niveau fédéral.

Si la compétence pour établir l'Agence dans toutes ses dimensions peut difficilement relever de l'intérêt national issu du pouvoir de paix, ordre et bon gouvernement, l'aspect de la sécurité nationale que peut comporter l'enjeu de l'eau douce au pays devrait motiver les diverses parties prenantes à se mobiliser et à conclure diverses ententes. En effet, le lien entre l'enjeu de l'eau douce, l'adaptation aux changements climatiques et la réduction des risques de catastrophes et la sécurité nationale est important. Cela a aussi des répercussions sur la sécurité économique : comme le Document de discussion le mentionne, les principales industries utilisatrices de l'eau ont contribué à 22 % du PIB total du Canada en 2019¹⁷¹. Comme nous le disions ci-dessus, ECCC se charge de la surveillance de l'eau potable. Le Document de discussion place cette surveillance dans le cadre de la modélisation météorologique préconisée par l'Organisation météorologique mondiale, mais les répercussions de l'évaluation du risque relatif à l'eau potable (sécheresse, feux de forêt, pénurie d'eau ou réduction de la capacité agroalimentaire et inondations) sur la sécurité des individus et des collectivités sont claires. Les renseignements et les modélisations d'ECCC doivent être partagés avec les provinces afin, notamment, que ces dernières puissent gérer en toute connaissance de cause les risques liés à l'exploitation de l'eau potable en tant que ressource naturelle. Notons, par ailleurs, que les transactions auxquelles participent des intérêts étrangers sont déjà assujetties à la législation fédérale en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*¹⁷². Le gouvernement fédéral a ainsi récemment interdit l'acquisition, par une compagnie chinoise, d'une entreprise canadienne exploitant une mine d'or dont la localisation en Arctique était stratégique d'un point de vue géographique et militaire¹⁷³. Des préoccupations similaires ne sont probablement

170. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 169 au para 4.

171. Document de discussion, *supra* note 2 aux pp 27–28.

172. *Loi sur Investissement Canada*, LRC 1985, c 28 (1^{er} suppl), partie IV, 1 : « Investissements portant atteinte à la sécurité nationale ».

173. Niall McGee et Robert Fife, « Ottawa Rejects Bid by China's Shandong Gold for Canadian Miner TMAC Resources Over Security Concerns », *The Globe and Mail* (22 décembre 2020), en ligne : <www.theglobeandmail.com/business/industry-news/energy-and-resources/article

pas étrangères à l'acquisition ou au contrôle par des intérêts étrangers de compagnies œuvrant dans le domaine de l'eau douce¹⁷⁴. Outre ce possible recours à la *Loi sur Investissement Canada*, une entente intergouvernementale de partage de renseignements sensibles entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, gérée peut-être par l'Agence canadienne de l'eau, pourrait aussi être envisagée.

Malgré la jurisprudence récente et peut-être incertaine de la Cour suprême en matière de fédéralisme coopératif, la conclusion d'ententes intergouvernementales nous semble néanmoins être la voie à privilégier en matière d'eau douce, puisqu'il s'agit de l'avenue posant le moins de difficultés d'un point de vue constitutionnel, tout en favorisant la participation de divers groupes et collectivités, notamment autochtones, en sus des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. À cet égard, la participation citoyenne n'est pas un élément central du Document de discussion. À la lecture de celui-ci, l'Agence canadienne de l'eau sera un point central pour le public, mais seulement quant aux programmes et services fédéraux en matière d'eau douce. Cette étendue limitée est problématique puisque, comme le Document de discussion le souligne, l'eau potable est un enjeu qui fait intervenir de multiples acteurs et niveaux de gouvernement. Les Canadiens sont aussi les habitants d'une province, d'un territoire, d'une collectivité, d'une municipalité ou d'un bassin versant¹⁷⁵. Pourquoi l'Agence ne pourrait-elle pas également être le point de référence pour l'ensemble des initiatives qui sont lancées? Il ne s'agirait pas ici d'une ingérence dans la gestion de ces initiatives, mais plutôt d'un exercice visant à les répertorier afin que toutes les ressources soient accessibles.

-ottawa-rejects-bid-by-chinas-shandong-gold-for-canadian-miner-tmac/>. Bien que les motifs de cette décision n'aient pas été rendus publics pour des raisons liées à la sécurité nationale, certaines sources, dont un ancien général canadien, avaient évoqué la localisation géographique et la proximité d'installations du système de défense NORAD: Robert Fife et Steven Chase, « Retired General Urges Rejection of Chinese Takeover of Arctic Gold Mine », *The Globe and Mail* (30 novembre 2020), en ligne: <www.theglobeandmail.com/politics/article-retired-general-urges-rejection-of-chinese-takeover-of-arctic-gold/>.

174. Les détails de telles acquisitions ne sont pas toujours dévoilés ou facilement accessibles. Voir la vente de parts dans l'entreprise d'embouteillage d'eau Eaux Vives Water Inc (Eska) au Québec: François Desjardins, « Changement de propriétaire chez l'embouteilleur d'eau Eska », *Le Devoir* (18 janvier 2018), en ligne: <www.ledevoir.com/economie/517809/changement-de-propretaire-chez-l-embouteilleur-d-eau-eska>.

175. Sur la double appartenance des individus au sein d'une fédération et, paradoxalement, l'absence de l'individu dans le discours relatif au fédéralisme, voir Jean Leclair, « Tolstoï et les juges Beetz et Laskin: à la recherche du citoyen dans le discours judiciaire relatif au fédéralisme » dans Alain-G Gagnon et Pierre Noreau, dir, *Constitutionnalisme, droits et diversité: mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Éditions Thémis, Montréal, 2017, 109.

Il semble, en effet, y avoir divergence entre le souhait de centraliser les données pour la prise de décisions et, à l'égard de la participation citoyenne, un souci limité au seul niveau fédéral. Il est également important de souligner que les acteurs non gouvernementaux ont un rôle et une expertise importants, de même que des liens plus étroits avec les individus. L'industrie a aussi un rôle à jouer dans la gestion de l'eau, tel que le reconnaît d'ailleurs le Document de discussion¹⁷⁶. Or, comme pour les citoyens ordinaires, on n'indique pas comment les parties prenantes de ces industries seront appelées à participer.

CONCLUSION

Alors même que plusieurs initiatives, partenariats et efforts de collaboration existent déjà au Canada en matière de gestion de l'eau, le gouvernement fédéral ne nous éclaire pas, dans son récent Document de discussion, sur la mise en commun qui s'opère déjà afin de maximiser les résultats et le partage de l'information. Il n'explique pas non plus comment l'Agence devra coordonner ces efforts déjà existants. D'autre part, bien que le Document de discussion fasse état des compétences partagées au sein de la fédération canadienne en matière d'eau douce, les ambitions du gouvernement fédéral semblent dépasser le seuil des compétences fédérales en la matière. On peut conclure qu'il y aura peut-être fédéralisme coopératif, mais aussi pouvoir de dépenser, puisque des activités sont entreprises concernant des pouvoirs provinciaux (exclusivement) qui dépassent ceux d'ECCC, en ce qui a trait à l'éradication de la pollution au moyen des dispositions de prévention de la *Loi sur les pêches*, de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* et de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*. L'accent que le Document de discussion met sur la coopération et la prise de décisions éclairées « à tous les niveaux » en matière d'eau douce, sur la base de données et de renseignements accessibles et uniformisés¹⁷⁷, laisse entrevoir une volonté du gouvernement fédéral d'accroître son influence, peut-être même sur les décisions prises par les provinces, territoires, municipalités et autres entités de gouvernance. Ce genre d'influence soulève le problème des assises juridiques constitutionnelles permettant au gouvernement fédéral d'agir ainsi. Il serait, par ailleurs, peu surprenant que le gouvernement fédéral ait fort à faire pour convaincre ses partenaires provinciaux et

176. Document de discussion, *supra* note 2 à la p 28.

177. *Ibid* à la p 3.

territoriaux de conclure une entente de partenariat pour la création d'un régime coopératif intégré, étant donné la jurisprudence, pour l'instant évolutive, de la Cour suprême en la matière. Une solution uniforme et unilatérale sous la forme d'un organisme centralisateur n'apparaît cependant pas souhaitable. Il faudrait plutôt se mettre à la tâche plus complexe d'optimiser et de coordonner les efforts de collaboration actuels et, forts de cette expérience, d'en créer de nouveaux en incluant un plus grand nombre de parties prenantes.