

L'EAU : UN DROIT POUR TOUS OU UN BIEN POUR CERTAINS

Jérôme Dupont-Rachiele, Daniel Prévost and Sébastien Raymond

Volume 17, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069300ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069300ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Dupont-Rachiele, J., Prévost, D. & Raymond, S. (2004). L'EAU : UN DROIT POUR TOUS OU UN BIEN POUR CERTAINS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(1), 39–72. <https://doi.org/10.7202/1069300ar>

Article abstract

“*L'eau : un droit pour tous ou un bien pour certains*” is an analysis of the contemporary legal framework concerning water. More particularly, this study illustrates the dichotomy between free trade and human rights within the international community. First, the authors examine the new economics of water. They succinctly examine sustainable development economy, moving on to a neo-liberalist ideology underlying the treaties of the World Trade Organization (WTO) and the *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. Both the WTO and the *NAFTA* privilege free market and corporate interests over civil rights. As a result, access to water becomes a privilege for those with the means to pay. Second, the authors put forward a humanistic vision in response to the commodification of water. This vision is portrayed through various approaches. Water shared by and for all, as a “Common Good”, neutralizes privatization. This way, all mankind could, in theory, have access to water, corollary to a right to water on an international level. Moreover, the authors revisit the international legal framework, searching for legal foundations for a right to water, be it economically, socially, culturally or otherwise. Last, they analyze and present the federal (Canada) and provincial (Quebec) government stances on these issues, as both levels of government share legislative powers with respect to water, as per the terms of the *British North America Act*.

L'EAU : UN DROIT POUR TOUS OU UN BIEN POUR CERTAINS

Par Jérôme Dupont-Rachiele*,
Daniel Prévost** et
Sébastien Raymond***

« L'eau : un droit pour tous ou un bien pour certains » reflète une analyse contemporaine du cadre juridique de l'eau. Plus particulièrement, l'étude s'attarde à la dichotomie qui existe entre la liberté de commerce et les droits de la personne au sein de la société internationale. *Primo*, les auteurs examinent la conception marchande de l'eau. À ce sujet, ils explorent succinctement la vision de développement durable, le commerce dit équitable et viable, pour ensuite étudier l'idéologie néolibérale sous-tendant les traités de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Ces derniers rendent le libre marché et les intérêts corporatifs prioritaires sur les droits des citoyens. Résultat : l'accès à l'eau devient un privilège des biens nantis. *Secundo*, les auteurs allèguent, en réponse à la marchandisation de l'eau, la conception humaniste de l'eau. Celle-ci est évoquée sous différents angles. Apte à être partagée pour et par tous, l'eau, vue comme un bien commun, neutralise la privatisation. De cette manière, tout être humain bénéficierait d'un réel accès à l'eau, ce qui serait corroboré par le droit à l'eau au plan international. Les auteurs se penchent également sur le cadre législatif international, afin de retracer un véritable droit à l'eau, que ce soit économiquement, socialement, culturellement ou autrement. Enfin, comme dernière analyse, ils présentent une approche des positions des gouvernements fédéral (Canada) et provincial (Québec). Ceux-ci se partagent tous deux le champ de compétence législatif de l'eau en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique.

« *L'eau : un droit pour tous ou un bien pour certains* » is an analysis of the contemporary legal framework concerning water. More particularly, this study illustrates the dichotomy between free trade and human rights within the international community. First, the authors examine the new economics of water. They succinctly examine sustainable development economy, moving on to a neo-liberalist ideology underlying the treaties of the World Trade Organization (WTO) and the *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. Both the WTO and the *NAFTA* privilege free market and corporate interests over civil rights. As a result, access to water becomes a privilege for those with the means to pay. Second, the authors put forward a humanistic vision in response to the commodification of water. This vision is portrayed through various approaches. Water shared by and for all, as a "Common Good", neutralizes privatization. This way, all mankind could, in theory, have access to water, corollary to a right to water on an international level. Moreover, the authors revisit the international legal framework, searching for legal foundations for a right to water, be it economically, socially, culturally or otherwise. Last, they analyze and present the federal (Canada) and provincial (Quebec) government stances on these issues, as both levels of government share legislative powers with respect to water, as per the terms of the *British North America Act*.

Ce texte a été primé en 2004 dans le cadre du concours de dissertation Matthieu-Bernard, organisé par la *Société québécoise de droit international*. Chaque année, la SQDI invite les étudiants des facultés de droit à participer au Concours Matthieu-Bernard. Le texte gagnant est publié dans la RQDI.

* LL.B. (Université du Québec à Montréal, 2004), étudiant à l'École du Barreau du Québec.

** Candidat LL.B. (Université du Québec à Montréal, 2005); candidat à l'admission à l'École du Barreau du Québec, 2005.

*** LL.B. (Université du Québec à Montréal), B.A.A. (HÉC-Montréal, avec spécialisation en finances); étudiant à l'École du Barreau du Québec.

Introduction

L'eau est présente dans toutes les facettes de notre quotidien. Elle sert à la maison, mais aussi au travail, dans les endroits publics et dans les industries. Sa qualité et son accessibilité deviennent donc des enjeux importants, surtout en raison des mutations que l'être humain fait subir à son environnement. En effet, il modifie non seulement le territoire afin de l'habiter, mais aussi afin de le maîtriser et de répondre à ses besoins primaires et parfois très secondaires. Ses choix ne sont pas toujours calculés ni judicieux, si bien que la nature, souvent surexploitée et polluée, en paie parfois le prix. En tant que droit, l'eau devrait être accessible à tous, mais il n'en est pas ainsi. En effet, cette richesse, essentielle à la vie, ne se trouve pas à être également répartie. Par exemple, les enfants du monde n'ont pas tous accès à l'eau potable. Considérant que toute richesse attire l'intérêt, l'eau fait maintenant l'objet d'un commerce. Il ne s'agit pas d'un commerce visant à satisfaire des besoins primaires, mais d'un commerce semblable à celui du pétrole, ne servant qu'aux intérêts commerciaux de ceux qui détiennent ladite ressource, d'où son appellation « d'or bleu »... Comment pouvons-nous alors tracer la limite entre un droit d'accès à l'eau douce et la liberté de commerce?

Un peu moins de 3 % de l'eau de la planète, sous sa forme gazeuse, solide ou liquide, en eaux souterraines ou de surface, est disponible pour la consommation sans avoir recours à des procédés complexes de purification, telle la désalinisation¹. De plus, il est possible d'affirmer que moins de 1 % de cette eau est accessible, considérant que le reste de celle-ci se trouve dans les glaciers de l'Antarctique². L'eau est par conséquent une ressource limitée, bien qu'elle soit essentielle à la vie. Au surplus, elle est distribuée et utilisée inégalement sur la planète³. D'une part, l'eau, considérée comme un bien commercial, peut être obtenue de différentes manières. Elle devient alors soumise aux aléas du marché mondial, à l'offre et à la demande. La satisfaction du besoin des êtres humains en eau est donc conditionnée par un facteur prédominant : la capacité financière⁴. Il en découle qu'un partage symétrique s'effectue, celui-ci étant défini en vertu de la locution « à chacun son mérite ». Il s'agit d'un partage d'échanges proportionnels⁵ : les forts prennent ou reçoivent, les faibles subissent. Une telle stratégie engendre des conflits entre pays limitrophes et classes sociales. D'autre part, le fait de considérer l'eau comme un droit favorise le partage de la ressource, à tout le moins en ce qui a trait à l'eau douce. Il y a un passage de la propriété au partage « asymétrique », c'est-à-dire un acte de solidarité donnant lieu à un transfert vers ceux qui en ont besoin, soit les plus démunis⁶. Étonnamment ou non, certains gouvernements tardent à reconnaître le rôle actif qu'ils

¹ Maude Barlow et Tony Clarke, *L'or bleu : l'eau, nouvel enjeu stratégique et commercial*, Montréal, Boréal, 2002 à la p. 24 [Barlow et Clarke].

² *Ibid.*

³ Voir les annexes I et II.

⁴ Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 125.

⁵ Stamatios Tzitzis, *La personne, l'humanisme, le droit*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 2001 à la p. 28.

⁶ *Ibid.*

doivent jouer dans le partage de l'eau et sont plutôt intéressés par les *hydrodollars* qu'ils pourraient tirer de cette ressource. L'ambiguïté de la situation contemporaine découle de la superposition de ces deux positions susmentionnées, alors qu'une lutte de pouvoir oppose ces deux mouvements.

Au cours du XX^e siècle, « la consommation d'eau [aura] été multipliée par sept et la population, par trois »⁷. La mer d'Aral, l'un des quatre plus grands lacs de la planète, aura quant à elle perdu 80 % de sa surface en raison du détournement des fleuves Amou-Daria et Syr-Daria, ceci ayant été effectué dans le but de faire pousser du coton dans les déserts de l'Ouzbékistan et du Kazakhstan⁸. De la même façon, le lac Tchad a déjà presque disparu en raison d'une irrigation massive des réseaux hydrologiques⁹. Les différents scénarios proposent des dates et des pourcentages divers quant à l'épuisement et à la pénurie d'eau potable pour une grande proportion de la population. Le principe de précaution affirme qu'en « cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte à remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »¹⁰. Malgré ce principe, auquel les Nations Unies ont souscrit en 1994 lors de l'entrée en vigueur de la *Convention-cadre sur les changements climatiques*¹¹, adoptée à Rio de Janeiro en 1992, il n'en reste pas moins que l'être humain, en général, n'a pas démontré une volonté certaine de contrer les catastrophes écologiques. D'une part, l'éminent écologiste David Suzuki souligne que les problèmes écologiques progressent de façon géométrique, c'est-à-dire selon une impulsion non linéaire. En d'autres termes, « puisque l'attaque ne progresse pas de façon linéaire, [un] écosystème peut paraître en bon état un jour et être détruit le lendemain [;] [...] la progression n'est pas arithmétique, c'est-à-dire additive, mais bien géométrique, c'est-à-dire multiplicative »¹². D'autre part, l'histoire nous a démontré que « l'homme attend toujours d'être confronté à une catastrophe avant de changer radicalement d'attitude »¹³. Il s'agit plutôt de considérer la légitimité des actions entreprises de part et d'autre ayant l'eau comme trame de fond. Le commentaire qui suit approfondira la dichotomie existant entre la liberté de commerce et les droits de la personne.

Tout d'abord, nous nous pencherons sur la liberté de commerce. Il s'agira, dans un premier temps, d'élaborer un commentaire sur l'assise des échanges transnationaux concernant l'eau douce, soit l'eau *marchandise*. Ensuite, nous expliquerons, tour à tour, les traités de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)¹⁴, puis de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*¹⁵. Ces traités

⁷ Hubert Reeves, *Mal de Terre*, Paris, Éditions du Seuil, 2003 à la p. 134 [Reeves].

⁸ Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 78.

⁹ *Ibid.* à la p. 77.

¹⁰ *Déclaration de Rio*, 13 juin 1992, UN Doc. A/Conf 151/26 (vol.1), 31 I.L.M. 874, principe 15.

¹¹ *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 29 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107 à l'art. 3(3).

¹² Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 51.

¹³ Reeves, *supra* note 7 à la p. 216.

¹⁴ *Accord final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, faisant partie de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*,

servent notamment à établir le bien-fondé juridique du marchandisage de l'eau. Dans ces deux cas, nous étudierons les principes fondamentaux sous-jacents à ces accords, les mécanismes de règlement des différends et leurs incidences pour les États parties. Puis, nous commenterons un certain nombre de décisions affectant la question de l'eau d'une façon ou d'une autre. En définitive, il s'agira de démontrer que la liberté de commerce a un fondement idéologique, international et normatif. Nous opposerons à cela une notion environnementale et humaniste qui trouve ses assises dans la représentation conceptuelle qu'est l'*eau patrimoine*. Il s'agira de préciser les éléments de l'eau patrimoine, tout en s'assurant de la différencier de l'*eau bien public*, voire même bien commun, pour ensuite s'étendre davantage sur le droit à l'eau en tant que droit social, économique et culturel. Afin de développer davantage le sujet, nous examinerons certaines observations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, de même que la reconnaissance qui est associée à ces droits et celle qui devrait leur être accordée. Nous conclurons par une brève étude des positions canadienne et québécoise.

I. Liberté de commerce : H₂O = \$

A. Eau marchandise

1. DE RIO À JOHANNESBURG

Quoiqu'on ne puisse certainement pas y fixer l'origine de l'*eau marchandise*, 1992 a donné des signes avant-coureurs de convergence entre les intérêts étatiques et commerciaux. Cette année-là, les dirigeants d'un peu partout dans le monde se sont mobilisés au Brésil pour le Sommet de Rio. De ce sommet est née l'*Action 21*¹⁶, surnommée 21 en référence au XXI^e siècle. Cette rencontre a été suivie par *Rio+10*, soit le Sommet de Johannesburg, en 2002. Entre-temps, le Canada a signé l'*ALÉNA*, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. De même, le *Cycle d'Uruguay* s'est conclu, en 1995, par la signature de l'*Accord de Marrakech*, entraînant la création de l'OMC. Enfin, l'Organisation des Nations Unies (ONU) a promulgué, au cours de l'an 2000, la *Déclaration du millénaire*¹⁷. Bien que certains textes provenant de ces événements soient ambivalents en matière du caractère commercial de l'eau, d'autres le sont beaucoup moins. Il s'agit d'ailleurs du premier aspect que nous approfondirons.

15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U 3 ; *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U. 3 [OMC].

¹⁵ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

¹⁶ *Action 21*, Conférence de Rio sur l'environnement et le développement, 3-14 juin 1992, Doc. off. CES NU, Doc. NU A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), en ligne : Organisation des Nations Unies < <http://www.un.org/french/ga/special/sids/agenda21/> > [*Action 21*].

¹⁷ *Déclaration du millénaire*, Rés. AG 55/2, Doc. Off. AG NU, 55^e sess., Doc. NU A/RES/55/2 (2000), [*Déclaration du millénaire*].

2. QU'EST-CE QUE L'EAU MARCHANDISE?

Les prévisions scientifiques et onusiennes indiquent que la population mondiale devrait se stabiliser vers le milieu du XXI^e siècle¹⁸. Ainsi, certaines prévisions quant à une explosion démographique catastrophique ne verront probablement jamais le jour. Même si cette éventualité semble avoir été écartée, il n'en reste pas moins qu'une partie de la population mondiale est privée d'eau¹⁹ et qu'il est prévu que cette proportion augmentera à 50 % vers 2050, si aucune mesure n'est prise²⁰. Certains estiment que le simple fait de définir l'eau comme une marchandise aura pour conséquence de promouvoir sa conservation. Toutefois, du même coup, ces personnes admettent que les tarifs risquent d'augmenter. Quelques mesures ont été prises afin d'endiguer et de résoudre le problème. Le préambule de l'*Action 21* note que :

[l']humanité se trouve à un moment crucial de son histoire. Nous assistons actuellement à [...] une aggravation de la pauvreté, de la faim, de l'état de santé [...] et à la détérioration continue des écosystèmes [...]. [L]a tâche est possible si nous œuvrons tous ensemble dans le cadre d'un partenariat mondial pour le développement durable²¹.

Le sens de ce texte est clarifié au chapitre suivant lorsque certains objectifs seront énoncés. Ainsi, le commerce devrait équivaloir à un « développement durable », c'est-à-dire que l'environnement et le commerce devraient se compléter, et non pas s'opposer²². De même, dans la foulée des négociations du *Cycle d'Uruguay* qui se déroulaient au même moment, l'*Action 21* prône la libéralisation du commerce et l'inversion des mesures protectionnistes²³. Il y est également énoncé, à l'article 2.14c), que les produits de base devraient être fournis de façon durable et efficiente et que cela devrait se refléter dans le prix du produit²⁴. Enfin, le chapitre 30, intitulé « Renforcement du rôle du commerce et de l'industrie », déclare que « le commerce et l'industrie [...] doivent participer pleinement à la réalisation et à l'évaluation des activités relatives au programme *Action 21* »²⁵.

De la même façon, la *Déclaration du millénaire* formule, à sa section III « Développement et élimination de la pauvreté », que la proportion des gens n'ayant pas accès à l'eau potable doit être réduite de moitié d'ici 2015²⁶. Toujours dans cette section, il est à noter que les chefs d'État ayant adopté cette déclaration ont résolu de

¹⁸ Voir ANNEXE III(a), (b).

¹⁹ Voir Barlow et Clarke, *supra* note 1 (« 1,1 milliards d'humains sont privés d'eau potable et 2,4 milliards de services sanitaires » à la p. 1).

²⁰ Pieterl Gruppen, « Universal Access to Blue Gold » dans 3rd World Water Forum, dir., « Water is Life Coalition » *Press Clipping* (16 au 23 mars 2003) 7 [3rd World Water Forum].

²¹ *Action 21*, *supra* note 16, art. 1(1).

²² *Ibid.*, art. 2(3).

²³ *Ibid.*, art. 2(10).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, art. 30(1).

²⁶ *Déclaration du millénaire*, *supra* note 17, art. 19, al. 1.

mettre en place un système commercial « ouvert, équitable, fondé sur le droit, prévisible et non discriminatoire »²⁷.

Deux remarques s'imposent quant à ces deux textes. *Primo*, ce ne sont pas des traités. En ce sens, ils n'ont pas de force obligatoire, de portée coercitive ; ils reposent sur le bon vouloir des signataires et ils ne produisent pas d'effets juridiques contraignants. *Secundo*, ils laissent sous-entendre le concept de marchandise, certes, mais aussi celui d'un commerce *dit* équitable, viable et durable, dans un environnement vivable²⁸.

À l'opposé, nous remarquons que ce type de commerce n'est pas une préoccupation importante pour l'ALÉNA et l'OMC. Ces derniers permettent l'échange de biens dans un cadre de mondialisation et de libéralisation. Il y est spécifié que l'objectif consiste en l'élimination des barrières au commerce des produits²⁹. Cependant, les mots « bien » et « produit » n'y sont pas définis. En fait, dans l'ALÉNA, l'expression « produits d'une Partie » nous renvoie au GATT de 1994 ou aux produits dont les Parties pourront convenir³⁰. Quant au GATT de 1994, soit l'annexe IA comprise dans les accords de l'OMC, il n'est pas plus précis. Il faut donc en conclure que ces mots doivent avoir leur sens ordinaire, soit celui de la pratique commerciale courante.

Ainsi, pour savoir si l'eau est incluse dans ces accords, il faut se demander si l'eau est un bien. Un bien est « une chose matérielle susceptible d'appropriation, et tout droit faisant partie du patrimoine »³¹. L'eau, à l'état naturel, n'est conséquemment pas un bien. Cependant, l'eau pourrait, sous certaines conditions, être soumise aux impératifs de l'ALÉNA ou de l'OMC. C'est ce que le *Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security* appelle le processus de *commodification*³², soit le processus par lequel une chose matérielle non susceptible d'appropriation devient sujette aux lois du marché. Selon les dires de l'ancien Premier ministre du Québec, Monsieur Jacques Parizeau, si l'eau est considérée comme un produit commercial, on ne pourra pas en interdire l'exportation vers les États-Unis³³.

Bien que les traités de l'OMC et de l'ALÉNA ne contiennent pas d'articles indiquant clairement que l'eau est une marchandise, le fait de considérer l'eau comme telle, sans opposition particulière des gouvernements, pourrait créer un droit coutumier implicite. À partir du moment où des transactions mettraient en cause l'eau en tant que marchandise, les accords déploieraient toute une série de mesures faisant en sorte que le retour en arrière soit très complexe. C'est pourquoi, tant dans le cadre

²⁷ *Ibid.*, art. 3.

²⁸ Voir l'Annexe IV.

²⁹ ALÉNA, *supra* note 15, art. 102(1)(a) ; OMC, *supra* note 14, préambule.

³⁰ ALÉNA, *Ibid.*, art. 201(1) (« produits d'une Partie »).

³¹ *Le Nouveau Petit Robert*, 1993, s.v. « bien ».

³² Peter H. Gleick et al., *The New Economy of Water: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water*, Oakland, Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security, 2002 à la p. 3 [Gleick].

³³ Karim Benessaïeh, « Le pouvoir économique de l'État n'existe plus, croit Jacques Parizeau » *La Presse [de Montréal]* (15 octobre 2002) A7.

de l'OMC que de l'ALÉNA, les déclarations affirmant l'aspect mercantile de l'eau³⁴ sont importantes, en ce qu'elles donnent une légitimité au caractère commercial des activités concernant l'eau.

Contrairement à ce que certains prétendent, il faut noter que le fait que l'eau soit incluse dans la liste tarifaire du Canada sous les numéros 2201 et 2201(90)³⁵ ne confirme pas que celle-ci soit un bien. En effet, cette classification découle de l'adoption de la norme internationale du système harmonisé (SH) de l'Organisation mondiale des douanes et, par un enchaînement logique, indique seulement que si l'eau était considérée comme un bien, les tarifs applicables seraient déterminés par cette liste³⁶. De fait, l'OMC confirme une telle interprétation³⁷.

Ces considérations mises de côté, il peut être intéressant de connaître les principales clauses régissant le commerce international pouvant s'appliquer au Canada. Avant d'analyser plus profondément les traités de l'OMC et de l'ALÉNA, examinons l'idéologie sous-tendant le commerce international contemporain.

3. L'ENGRENAGE DU NÉOLIBÉRALISME

Aux environs de 1990, l'économiste John Williamson utilisa l'expression « Consensus de Washington » pour désigner une série de prescriptions économiques représentant l'opinion des experts financiers de Washington quant à la direction à prendre par l'Amérique latine pour faire redémarrer la croissance économique³⁸. Le « Consensus de Washington » présente un modèle économique fondé sur la prémisse selon laquelle le libre marché et les intérêts du capital ont priorité sur les droits des citoyens, ceux-ci vivant dans une « démocratie différée », c'est-à-dire qu'il y a négation des droits démocratiques issus de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)*³⁹.

³⁴ Voir par exemple International Conference on Water and Environment (ICWE), *The Dublin Statement on Water and Sustainable Development*, (1992), en ligne : World Meteorological Organization <<http://www.wmo.ch/web/homs/documents/english/icwedece.html>> (Principe 4 : « L'eau a une valeur économique dans toutes ses utilisations concurrentes et devrait être reconnue en tant que bien économique »).

³⁵ Agence des services frontaliers du Canada, « Tarif des douanes (émis 1^{er} janvier 2004) », (« Eaux, y compris les eaux minérales naturelles ou artificielles et les eaux gazéifiées, non additionnées de sucre ou d'autres édulcorants ni aromatisées ; glace et neige » au n° tarifaire 22.01), en ligne : Agence des services frontaliers du Canada <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/general/publications/tariff2004/ch22nf.pdf>>.

³⁶ Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Les prélèvements massifs d'eau et considérations*, Washington D.C., Ambassade du Canada, 1999, en ligne : Ambassade du Canada—Washington D.C. <<http://www.canadianembassy.org/environment/waterstrade-fr.asp>> [Ministère des Affaires étrangères].

³⁷ OMC, « SCH : Classification des produits », Schedules Slide n° 47, 1994, en ligne : OMC <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/eol/f/wto02/wto2_65.htm#note3>.

³⁸ Peter Bate, « Un nouveau consensus? », (juin 2003) à la p. 1, en ligne : Banque interaméricaine de développement <<http://www.iadb.org/idbamerica/index.cfm?thisid=2232>>.

³⁹ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 [DUDH].

L'une des clés de ce modèle est la transformation des « biens communs », par exemple l'eau, en marchandises. En quelque sorte, cela est la phase ultime de l'expansion du capitalisme mondial⁴⁰. Le rôle de l'État dans un tel système est minimal. La poussée du néolibéralisme, expression qui peut être interchangeable avec le « Consensus de Washington », a débuté à la suite du phénomène de « stagflation », événement que la théorie keynésienne n'a pas été en mesure de résoudre pour des raisons sur lesquelles nous ne nous étendrons pas⁴¹. Selon certains, « [l]a question n'est pas [de savoir si] le secteur privé est [...] une bonne ou une mauvaise chose, mais comment peut-il renforcer le secteur public? »⁴². Qu'il suffise de dire que « le premier rôle de l'État est maintenant de procurer un milieu et un climat propices à la concurrence et aux investissements transnationaux rentables »⁴³. Dans une telle perspective, il est plus aisé de comprendre les accords auxquels participe le gouvernement canadien. Nous examinerons d'abord le cas de l'OMC, puis nous nous pencherons sur l'ALÉNA puisque, quoiqu'ils aient des règles et des procédures similaires, ils ne fonctionnent pas exactement de la même manière.

B. Vision de l'OMC : une constitution supranationale

1. MISE EN MARCHÉ ET MISE EN MARCHÉ

N'étant pas le texte idoine pour exposer un historique de l'Organisation mondiale du commerce, il n'en reste pas moins qu'il est important de connaître les bases de cet accord en forme solennelle. Le *General Agreement on Tariffs and Trade* (*GATT*) est un accord en forme simplifiée, communément appelé un « *executive agreement* ». Il a été signé en 1947 à Genève et constituait un extrait de la *Charte de La Havane*⁴⁴, soit la partie IV. Lors de la mise en place de l'Organisation mondiale du commerce, en 1994, toutes les parties du *GATT* de 1947 sont devenues des parties contractantes de cet accord soumis, quant à lui, à la ratification. Le résultat fut une institutionnalisation par laquelle l'OMC a acquis la personnalité juridique.

Par ailleurs, étant donné qu'il s'agit d'un traité en forme solennelle, soumis aux parlementaires, il n'est plus possible, comme c'était le cas avec l'accord en forme simplifiée, de maintenir un ordre interne en contradiction avec les principes du traité. Tout membre doit faire en sorte que sa propre législation soit conforme à ses engagements internationaux. Comme le mentionne maître Steve Shrybman, il s'agit en quelque sorte d'un *Bill of Rights* pour les « corporations » transnationales⁴⁵, car

⁴⁰ Barlow et Clarke, *supra* note 1 aux pp. 127, 135.

⁴¹ Louis Gill, *Le néolibéralisme*, 2^e éd., Montréal, Chaire d'études socio-économiques de l'UQÀM, 2002, aux pp. 13 et s.

⁴² Greenwire, « Le secteur privé peut-il renforcer le secteur public? », 645 *Courrier international* (13 mars 2003), en ligne : http://www.courrierinternational.com/article.asp?obj_id=4706&provenance=zop.archives.

⁴³ Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 150.

⁴⁴ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [*GATT de 1947*].

⁴⁵ Steve Shrybman, *An Environment Guide to the World Trade Organization*, Ottawa, Canadian Alliance on Trade and Environment/Sierra Club, 1997, en ligne : Club Sierra du Canada

l'accord agit à titre de constitution supranationale, promulguant des règles compréhensives pour le commerce et établissant des droits pour les parties concernées. Il faudrait ajouter que cette « constitution » n'inclut pas les droits des travailleurs ou de l'environnement, se limitant aux règles du commerce.

Un dernier point à mentionner concerne l'étendue de l'engagement. Il s'agit maintenant d'un engagement global, c'est-à-dire qu'il faut accepter toutes les stipulations du traité. Les réserves ne sont plus admissibles quoique certaines dérogations soient encore possibles⁴⁶. Par ailleurs, le *GATT* de 1947 n'a pas totalement disparu, étant partiellement intégré dans l'annexe 1A de l'accord instituant l'OMC qui contient quatre annexes principales. Nous ne couvrirons que deux de celles-ci, soit l'annexe 1 et l'annexe 2. Plus précisément, nous approfondirons deux sections de l'annexe 1, soit l'annexe 1A, intitulé « Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » et l'annexe 1B, intitulé « Accord général sur le commerce des services » (*GATS*), ainsi que l'annexe 2, intitulé « Mémoire d'accord sur le règlement des différends ».

2. LE GATT '94 : CLÉ DE VOÛTE DU COMMERCE DES MARCHANDISES

Puisque le mandat principal de l'OMC est la réduction des barrières tarifaires et non tarifaires, nous nous attarderons, dans une optique de liberté de commerce, sur la clause de la nation la plus favorisée et, subsidiairement, sur les tarifs douaniers. Ensuite, nous discuterons du traitement national et enfin, des restrictions quantitatives. Nous effectuerons des rapprochements avec le commerce concernant l'eau, lorsque l'occasion se présentera.

À l'article premier du *GATT*, il est écrit :

Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes.⁴⁷

Un commentaire liminaire voudrait qu'il s'agisse de la notion d'avantages. Cette notion englobe plus que le simple tarif douanier. Le traitement de la nation la plus favorisée (ci-après « TNPF ») fait en sorte qu'il est impossible de discriminer entre ses partenaires, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Plus précisément, les concessions commerciales offertes par les participants lors des négociations sont automatiquement étendues à tous les autres participants⁴⁸. Ces concessions sont

<<http://www.sierraclub.ca/national/programs/sustainable-economy/trade-environment/env-guide-wto.html>> [Shrybman, « An Environment Guide »].

⁴⁶ OMC, *supra* note 14, art. XVI(5).

⁴⁷ *GATT de 1947*, *supra* note 44, art. 1.

⁴⁸ Dominique Carreau et Patrick Juilliard, *Droit international économique*, 4^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998 à la p. 102.

insérées dans des listes (« *schedules* ») qui ont une valeur juridique⁴⁹ et sont consolidées pour une certaine période⁵⁰. Cela respecte le principe selon lequel il n'y a pas de condamnation des tarifs douaniers, mais une visée réductrice de ceux-ci, couplée à des périodes de consolidation entre deux baisses. Lorsqu'une telle clause est appliquée de façon inconditionnelle, il peut y avoir un danger de « *free-riding* », littéralement traduit par « course gratuite ». Par opposition, la clause de la nation la plus favorisée peut également faire l'objet d'un régime conditionnel. C'est ce qui arrive lorsque les États membres atteignent un point où ils ne veulent plus faire de concessions, dans le domaine de l'agriculture par exemple, sans obtenir des concessions équivalentes.

Rien n'empêche que l'eau soit donnée en concession afin d'obtenir d'autres avantages « équivalents ». L'effet de la clause TNPF serait alors d'étendre cette concession à tous les États membres, à moins qu'une des exceptions suivantes ne soit applicable. Ainsi, les pays en développement bénéficient plutôt du principe de non-réciprocité⁵¹. Quant aux zones de libre-échange et aux unions douanières, elles permettraient à leurs membres de jouir de tarifs préférentiels, quoique une compensation pourrait être exigible s'il y a modification des listes de concessions⁵². Enfin, dans certaines circonstances exceptionnelles, il peut y avoir des dérogations ponctuelles⁵³.

Le second principe régissant les accords de l'OMC est le principe du traitement national⁵⁴. Cette règle est en quelque sorte le pendant commercial international de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « *CCDL* »)⁵⁵. Il accorde à tous les produits similaires une égalité de traitement, qu'ils soient importés ou nationaux. Plus précisément, le principe de traitement national garantit aux produits importés un traitement non moins favorable à celui accordé aux produits nationaux. Un État qui veut faire valoir ce droit doit (1) prouver que le produit est (a) similaire, (b) concurrentiel ou (c) substituable. De plus, il doit (2) faire la démonstration que la taxe ou la législation nationale est appliquée de façon plus rigoureuse aux produits importés que nationaux. Par ailleurs, notons que le mode de production du bien, que celui-ci respecte ou non l'environnement, n'est pas un critère du traitement national. Cela fera dire à certains que le principe du traitement national permet le « *dumping environnemental* »⁵⁶. Ils n'ont pas tort sur ce point puisque le mode de production du bien ne fait pas partie de la définition généralement acceptée de *dumping*⁵⁷. Dans le contexte de l'eau, une telle exclusion fait en sorte que nous ne

⁴⁹ OMC, *supra* note 14, ann. 1A, art. II.

⁵⁰ *Ibid.*, art. XXVIII.

⁵¹ *Ibid.*, ann. 1A, art. XXXVI(8).

⁵² *Ibid.*, art. XXIV.

⁵³ *Ibid.*, art. XIX, XX, XXI.

⁵⁴ *Ibid.*, art. III.

⁵⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

⁵⁶ Olivier Delas, *Droit international des droits économiques et sociaux de la personne*, Montréal, UQAM, notes de cours JUR6635 [non-publié, archivé à la *Bibliothèque des sciences juridiques de l'UQAM*].

⁵⁷ OMC, *supra* note 14, ann. 1A, art. VI.

pouvons régir le mode de production de l'eau embouteillée à l'extérieur du Canada. C'est donc dire qu'il nous serait interdit de taxer différemment l'eau embouteillée provenant d'un État qui pomperait l'aquifère de façon clairement non durable.

En troisième lieu, l'article XI définit l'interdiction des restrictions quantitatives⁵⁸. Dans ce cas, il s'agit d'interdire, par exemple, les quotas ou le contingentement. Cette restriction s'applique dans les deux sens de la frontière. À l'exportation, elle prévient l'embargo, à l'importation, le protectionnisme. De plus, cet article contient sa propre limite. En effet, l'alinéa 2 énonce une série d'exceptions pour l'exportation et l'importation. En ce qui concerne l'exportation, il est possible, avec autorisation, d'imposer des restrictions quantitatives lorsqu'il y a pénurie agricole⁵⁹ ou accords sur les produits de base, le contingentement agissant comme un mécanisme autorégulateur. Une exception est également admise pour l'adoption d'une résolution fondée sur la sécurité⁶⁰.

De l'application de telles règles au cas du transport de l'eau en vrac découleraient les constatations suivantes :

- (1) À partir du moment où nous accepterions qu'un pays exporte de l'eau de notre territoire, nous serions tenus, en vertu du TNPF, d'étendre cette concession à tous les pays.
- (2) Concernant les tarifs douaniers, nous savons que les numéros 2201 et 2201(90) de la liste tarifaire du Canada énoncent des catégories possibles en accord avec l'OMC. Ainsi, ces catégories seraient simplement ajoutées à nos listes de concessions.
- (3) La clause du traitement national ferait en sorte que si nous considérions l'eau comme un bien marchandise, nous ne pourrions pas favoriser nos propres usagers et usages. Ces derniers devraient être soumis à l'offre et à la demande.
- (4) En ce qui concerne les restrictions quantitatives, une fois que le transport de l'eau en vrac en tant que marchandise aurait commencé, nous ne pourrions plus le restreindre. Par contre, la doctrine est équivoque quant à savoir si cette impossibilité de limitations s'applique seulement aux exportations ayant débuté avant l'application des mesures restrictives ou à tout le potentiel non exploité du volume d'eau exportable⁶¹.
- (5) Peu importe qui aura raison en (4), il semble que les articles XX b) et g) du *GATT* de 1994⁶² pourraient permettre à certaines lois nationales de protection de l'environnement de restreindre l'exportation. Cependant, à la

⁵⁸ *Ibid.*, ann. 1A.

⁵⁹ *Ibid.*, art. XI(2)(a).

⁶⁰ *Ibid.*, art. XXI(c).

⁶¹ Gleick, *supra* note 32 à la p. 28.

⁶² OMC, *supra* note 14, ann. 1A.

lumière de récents arrêts, il semble que le protectionnisme vert ne soit pas très estimé de l'Organe de règlement des différends⁶³.

Toutefois, l'eau en vrac ne constitue qu'une des trois facettes de la problématique du commerce de l'eau, les deux autres étant l'eau embouteillée et les services de l'eau. De ce fait, il est judicieux de s'attarder aux dispositions de l'*Accord général sur le commerce des services (GATS)* afin de comprendre son impact sur nos services de distribution d'eau.

3. LE GATS : SOLUTION AU COMMERCE DES SERVICES

Au commencement des négociations à La Havane, en 1944, les services devaient être inclus dans l'accord. Finalement, seul le chapitre IV sur le commerce des marchandises a été retenu. En 1986, à Punta del Este, on a décidé de rétablir les négociations sur les services et de fixer un cadre général à cette fin. Le résultat fut l'insertion de l'*Accord général sur le commerce des services* à l'annexe 1B du *GATT* de 1994. Le *GATS*, AGCS en français, comprend les divisions de production, de distribution, de commercialisation, de vente et de livraison d'un service, et ce, dans quatre différents modes de fourniture de services. Il s'agit des services transfrontaliers, de la consommation à l'étranger, de la présence commerciale et de la présence physique⁶⁴. Une exception s'applique aux services gouvernementaux qui ne sont dispensés ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services⁶⁵. Outre cette particularité, toutes les mesures prises par un État membre, que ce soit au niveau central, régional ou local, seront soumises au *GATS*⁶⁶.

Les principes découlant du *GATS* sont une transposition systématique des principes du *GATT mutatis mutandis* lorsqu'ils sont applicables. D'abord, le TNPF garantit un traitement non moins favorable, et ce, immédiatement et inconditionnellement⁶⁷. Ensuite, la réglementation intérieure n'est pas interdite, mais encadrée⁶⁸. De façon générale, on dira que les mesures gouvernementales ne doivent pas être des obstacles non nécessaires ou des restrictions déguisées au commerce des services. Enfin, une obligation de transparence oblige la publication de toute mesure d'application générale affectant le fonctionnement du *GATS*⁶⁹. Cette obligation s'étend à une obligation d'information et de réponse aux demandes des autres États membres. De l'application de telles règles, si elles devaient s'étendre à la gestion des services reliés à l'eau dans tous ses aspects, découleraient les constatations suivantes :

⁶³ Barlow et Clarke, *supra* note 1 aux pp. 239-240.

⁶⁴ OMC, *supra* note 14, ann. 1B, art. I(2).

⁶⁵ *Ibid.*, art. I(3)(b), (c).

⁶⁶ *Ibid.*, art. I(3).

⁶⁷ *Ibid.*, art. II.

⁶⁸ *Ibid.*, art. VI.

⁶⁹ *Ibid.*, ann. 1B, art. III.

- (1) À partir du moment où nous accepterions qu'une entreprise d'un pays étranger gère nos services d'eau, nous serions tenus, en vertu de la TNPF, d'étendre cette possibilité aux autres pays.
- (2) En outre, lorsque nos services d'eau seraient mis en concurrence à l'intérieur de notre pays ou offerts sur une base commerciale, nous pourrions être assujettis au *GATS*, puisque l'exception pour les services gouvernementaux ne s'appliquerait possiblement plus⁷⁰.
- (3) Au surplus, les dispositions sur la transparence et la réglementation intérieure rendraient difficile l'imposition de mesures affectant les services liés à l'eau, puisque les fournisseurs devraient disposer d'instances où il est possible de contester et de réviser les décisions affectant le commerce⁷¹.

Il est possible de se demander si l'accès à l'eau pour la distribution sous-tend le potentiel d'un accès automatique à la ressource elle-même⁷². De même, les partenariats publics-privés (PPP), une stratégie de privatisation graduelle, pourraient avoir pour corollaire l'établissement des services de distribution d'eau à la grandeur du Canada et le refus d'obtempérer pourrait provoquer des recours devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

4. LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

a) Mécanisme de règlement des différends

Il nous semble pertinent d'examiner le mécanisme de règlement des différends puisque la liberté de commerce repose en grande partie sur un commerce juste et conduit en fonction de règles établies. Cela peut, pour certains, justifier l'assise de la liberté de commerce en regard des droits de la personne. Ainsi, lorsqu'un État outrepassé ses droits en entravant la liberté commerciale au profit, par exemple, des droits humains ou de l'environnement, il s'avère possible de le ramener sur le droit chemin. Le « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends », soit l'annexe 2 de l'accord instituant l'OMC, s'applique autant à l'annexe 1A qu'à l'annexe 1B⁷³.

Seul un État, et non une entreprise, peut porter son différend devant l'Organe de règlement des différends. Celui-ci est sous le contrôle du Conseil général de l'OMC, l'organisme qui a la responsabilité de l'OMC lorsque la Conférence ministérielle n'est pas en fonction, c'est-à-dire la plupart du temps. La première étape consiste à instituer des consultations bilatérales entre les membres⁷⁴. Si cela ne

⁷⁰ Conseil des Canadiens, *Présentation du Conseil des Canadiens à la Commission d'enquête sur Walkerton*, Ottawa, Conseil des Canadiens, 2001.

⁷¹ OMC, *supra* note 14, ann. 1B, art. VI(2)(a).

⁷² Amanda Suutari, « Third World Water Forum: Was WWF3 a Washout for Citizens' Rights? » dans 3rd World Water Forum, *supra* note 19 à 59.

⁷³ OMC, *supra* note 14, ann. 2, art. 1 et app. I.

⁷⁴ *Ibid.*, ann. 1A, art. XXII et ann. 2, art. 2(7), 4.

fonctionne pas, un groupe spécial sera constitué⁷⁵ et son rapport sera remis dans les six mois⁷⁶. Ce rapport peut être porté en appel⁷⁷. Tant le rapport du groupe spécial que celui du groupe d'appel devront être adoptés par le Conseil général, et ce, par consensus négatif⁷⁸, c'est-à-dire à moins que tout le monde ne s'y oppose. En tout temps, il est possible de demander les bons offices, la conciliation ou la médiation⁷⁹.

Malgré un rapport défavorable, un État peut choisir de rester dans l'illégalité. Il s'expose alors à des mesures de rétorsion, voire même des mesures de rétorsion croisées⁸⁰. Alors que les mesures de rétorsion normales sont des mesures affectant le produit similaire ou identique provenant de l'État fautif, les mesures de rétorsion croisées sont applicables contre n'importe quel produit de ce même État. Par conséquent, les mesures de rétorsion croisées affectent ordinairement les aspects les plus sensibles du commerce international de cet État. La possibilité de demeurer dans l'illégalité au prix de rétorsions garantit une certaine flexibilité du mécanisme. En effet, tout mécanisme contraignant de règlement des différends ferait en sorte d'assurer la primauté du droit international sur le droit interne. Un certain nombre de décisions rendues peuvent nous intéresser, quoiqu'elles ne portent pas directement ou nécessairement sur l'eau.

b) *Rapports des groupes spéciaux de l'OMC*

Étant donné que la règle de *stare decisis* ne s'applique pas en droit commercial international, il est difficile de prévoir l'orientation que prendront les panels mis en place pour arbitrer les différends qui leur seront soumis. De ce fait, les groupes spéciaux ont parfois adopté des positions « contradictoires et inconsistantes »⁸¹. Il reste que l'Organe d'appel, lequel n'étudiera que les points de droit soulevés et non les faits, permet une plus grande uniformité des décisions⁸².

Dans le cas spécifique de l'environnement, les comités d'arbitrage n'ont généralement pas reconnu les mesures législatives environnementales comme une justification suffisante pour invoquer l'article XX⁸³, permettant aux membres de l'OMC d'imposer des restrictions à l'importation. Il est possible de retenir principalement trois décisions. Deux de celles-ci ont donné lieu à des refus de restrictions, soit celle du *thon-dauphin*⁸⁴ et celle des *crevettes-tortues*⁸⁵. Plus

⁷⁵ *Ibid.*, ann. 1A, art. XXIII(2) et ann. 2, art. 6.

⁷⁶ *Ibid.*, ann. 2, art. 12(8).

⁷⁷ *Ibid.*, ann. 2, art. 17.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 16(4), 17(14).

⁷⁹ *Ibid.*, art. 5.

⁸⁰ *Ibid.*, art. 22.

⁸¹ Shrybman, « An Environment Guide », *supra* note 45 à la p. 13.

⁸² OMC, *supra* note 14, ann. 2, art. 17(6).

⁸³ *Ibid.*, ann. 1A.

⁸⁴ GATT, *Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna*, (1991) 30 I.L.M. 1598 ; GATT, *Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna*, (1994) 33 I.L.M. 839.

⁸⁵ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)* (1998), OMC Doc.

récemment, une mesure restrictive a été permise en vertu de l'article XX(b)⁸⁶, soit celle adoptée par rapport à l'amiante canadien. Le Canada a aussitôt porté cette décision en appel. Il a de nouveau échoué dans sa tentative lorsque l'Organe d'appel a rendu sa décision, en 2001⁸⁷. Il est à noter que ces affaires concernaient des restrictions à l'importation et non à l'exportation ; ainsi, il s'avère difficile d'en dégager un fil conducteur en l'espèce.

Néanmoins, il n'est pas impossible d'en tirer certaines conclusions générales. Premièrement, le fardeau de la preuve qu'une mesure environnementale restreignant les échanges commerciaux est nécessaire repose sur les épaules du membre imposant cette restriction. Deuxièmement, le panel d'experts tentera de contrebalancer la restriction imposée au commerce avec l'environnement. La mesure est-elle la moins restrictive ou s'agit-il d'un protectionnisme déguisé? Il s'agit en quelque sorte d'un « test de la nécessité »⁸⁸. Il reste qu'une majorité des décisions de l'OMC semble tendre à faire disparaître les mesures environnementales d'une façon ou d'une autre. Ce n'est qu'à la suite des manifestations de Seattle et d'une prise de conscience mondiale que le groupe spécial a rendu une décision favorable à une mesure environnementale. Du reste, l'OMC n'est pas la seule à favoriser le commerce, l'ALÉNA a également été conçu en ce sens.

C. Au-delà de l'OMC : l'ALÉNA

1. L'ALÉNA EN BREF

L'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)* a été élaboré sur la base de l'*Accord de libre-échange Canada États-Unis (ALE)*. Il vise à supprimer les obstacles à la libre circulation des marchandises et des services entre les signataires. Par ailleurs, chacun des membres conserve la gestion de sa politique extérieure face aux États tiers. Cet accord respecte généralement les principes élaborés sous l'égide de l'OMC. Cependant, en vertu de l'article XXIV de l'annexe 1A⁸⁹, il se superpose à l'OMC dans certains cas. Encore une fois, un tel accord se porte à la défense de la liberté de commerce et ses règles sont applicables au Canada, puisqu'il y a adhéré de son plein gré. Le statut de l'eau dans l'ALÉNA n'est par ailleurs pas tout à fait clair. De façon identique à l'OMC, la liste tarifaire inclut les numéros 2201 et 2201(90). Toutefois, comme nous l'avons mentionné précédemment, cela n'entérine pas la théorie en vertu de laquelle l'eau est un bien. De plus, les mots « produit d'une

WT/DS58/R (Rapport du Groupe spécial), OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm> ; Daniel Bouchard, *Développements récents en droit de l'environnement (2003)*, coll. Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2003 à la p. 174 [Bouchard].

⁸⁶ OMC, *supra* note 14, ann. 1A.

⁸⁷ Communautés européennes — *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant. (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm>.

⁸⁸ Bouchard, *supra* note 85 à la p. 96.

⁸⁹ OMC, *supra* note 14, ann. 1A, art. XXIV.

partie »⁹⁰ renvoient au *GATT*. Il n'est donc pas tout à fait clair à quel moment l'eau devient un bien marchandise. Malgré tout, les principes de liberté de commerce qui régiront l'eau dans une telle éventualité sont très clairs.

2. L'IDÉOLOGIE COMMERCIALE DE L'ALÉNA

a) *Similarités entre les principes de l'ALÉNA et de l'OMC*

Plusieurs dispositions sont ici reprises et nul n'est besoin de s'y attarder. Elles ne seront donc citées qu'en regard des articles appropriés. L'*ALÉNA* accorde le traitement national⁹¹ et comporte un article sur l'abaissement des tarifs douaniers⁹². Le traitement de la nation la plus favorisée est également mentionné dans de nombreuses dispositions, dont l'article 102⁹³. Quant aux restrictions à l'exportation, si importantes en ce qui a trait à l'eau, l'article 309 indique qu'il faut se référer à l'article XXI du *GATT* de 1994 et à son interprétation⁹⁴. En plus des mesures similaires, il existe quelques mesures distinctes qui méritent d'être mentionnées.

b) *Différences entre les principes de l'ALÉNA et de l'OMC*

Premièrement, nous constatons une précision de l'article XX du *GATT* qui, rappelons-le, permettait certaines mesures environnementales de conservation. En effet, l'article 2101(1)b) de l'*ALÉNA* énonce que « XX g) s'applique aux mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques et non biologiques »⁹⁵. La question sera donc de déterminer si l'eau est une ressource épuisable, question à laquelle tous n'ont pas la même réponse. Par ailleurs, certains critères s'appliqueront dans l'évaluation de la validité d'une restriction, à savoir si la restriction est appliquée sur le marché intérieur, si les entreprises nationales et étrangères sont traitées sur un pied d'égalité et si cette mesure n'est pas une barrière déguisée au commerce.

L'article 315⁹⁶ met un bémol à l'article 309. En vertu de ce dernier, les restrictions quantitatives peuvent être admises. En revanche, ce que l'on nomme la clause proportionnelle⁹⁷ ferait en sorte qu'une fois le robinet ouvert, celui-ci ne pourrait pas être totalement refermé. À cette fin, le paragraphe 315.1 a) énonce que la proportion des exportations ne doit pas diminuer en dessous de ce qu'elle était pendant les 36 mois précédant la mesure⁹⁸. De plus, il est stipulé que la diminution doit être proportionnelle des deux côtés de la frontière. Si aucune mesure n'est prise

⁹⁰ *ALÉNA*, *supra* note 15, art. 201.

⁹¹ *Ibid.*, art. 102, 301, 1102, 1202, 1405.

⁹² *Ibid.*, art. 302.

⁹³ *Ibid.*, art. 102.

⁹⁴ *Ibid.*, art. 309.

⁹⁵ *Ibid.*, *ALÉNA* art. 2101(1)(b).

⁹⁶ *Ibid.*, art 315.

⁹⁷ Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 249.

⁹⁸ *ALÉNA*, *supra* note 15, art. 315.

pour limiter la consommation intérieure, alors les exportations ne peuvent être limitées. Elles peuvent même continuer à augmenter si la consommation intérieure canadienne augmente, conservant ainsi le ratio d'usage au nord et au sud du 49^e parallèle. Sommairement, si nous ne pouvons nous justifier, nos voisins du Sud n'ont pas à en souffrir.

Selon les conclusions de la Commission mixte internationale qui administre le *Traité des eaux limitrophes* de 1909, cette restriction ne s'appliquerait pas aux considérations reliées à la santé, mais seulement eu égard à l'exportation de l'eau marchandise. L'eau en tant que service, soit par des réseaux de distribution ou en tant qu'investissement, ne serait pas libérée de telles conditions⁹⁹. L'*ALÉNA* contient plusieurs autres différences majeures restreignant davantage l'action gouvernementale canadienne et accordant une liberté de commerce encore plus étendue que dans les accords de l'OMC. Il s'agit notamment de l'article 103.2 qui affirme « [qu']en cas d'incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité »¹⁰⁰. Il faut ajouter à cela l'article 105, soit « Étendue des obligations », qui fait en sorte que l'*ALÉNA* s'applique aux provinces¹⁰¹. Enfin, la disposition 314 complète cette trilogie précisant qu'aucune taxe à l'exportation ne peut être imposée, à moins qu'elle ne le soit également sur le marché intérieur¹⁰².

Selon certains et considérant ce qui a été dit auparavant, ces dispositions ne font ni plus ni moins que remettre notre eau, immédiatement, aux mains des Américains¹⁰³. Qui plus est, une question de première importance risque de se poser dans les années à venir étant donné que l'eau fait partie des réserves énergétiques du Canada. À cet égard, l'*ALÉNA* est unique en ce qu'il exige que le gouvernement canadien cesse d'exercer tout contrôle des prix et laisse agir les lois du marché, alors que même le *GATT* de 1994 permet un système à deux vitesses, ou plutôt à deux prix, en ce qui concerne la politique énergétique. Considérant que nos voisins du Sud consomment à peu près toute notre production, une telle mesure ne peut que nous faire déchanter.

En plus des dispositions précédentes, une autre distinction majeure et très concrète existe entre les deux régimes : celle relativement aux recours. En effet, le chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur les investissements donne aux sociétés le droit de soumettre à l'arbitrage leurs différends avec l'État en cause¹⁰⁴.

⁹⁹ Christine Elwell, *NAFTA Effects on Water: Testing for NAFTA Effects in the Great Lake Basin*, Toronto, Sierra Club of Canada, 2001, à la p. 25 [Elwell].

¹⁰⁰ *ALÉNA*, *supra* note 15, art 103.2.

¹⁰¹ *Ibid.*, art 105.

¹⁰² *Ibid.*, art 314.

¹⁰³ Murray Dobbin, *La camisole de force américaine : le Canada peut-il survivre à l'assimilation économique et politique par les États-Unis?*, Ottawa, Conseil des Canadiens, 2003 à la p. 37 [Dobbin].

¹⁰⁴ *ALÉNA*, *supra* note 15, para. B.

3. LE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

a) *Mécanisme de règlement des différends*

Les recours exercés en fonction des chapitres 11, 19 ou 20 de l'*ALÉNA* sont quelque peu différents de ceux portés devant l'OMC. Le chapitre 11 permet à une société de déposer son recours devant l'une des trois instances suivantes : un tribunal du pays d'accueil, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale ou les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (règles de la CNUDCI)¹⁰⁵. Les décisions seront alors exécutoires. Quant aux droits *antidumping* du chapitre 19, ils sont évalués par des groupes spéciaux et peuvent être confirmés en appel¹⁰⁶. Dans le cas de la juridiction canadienne, c'est la Cour fédérale qui entendra cet appel. Encore une fois, les verdicts ont force obligatoire, contrairement aux décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, où les États membres n'ont que l'obligation de faire en sorte que les décisions soient exécutées.

b) *Jurisprudence sous l'ALÉNA*

Tout comme dans le cas de l'OMC, notons que la règle de *stare decisis* ne s'applique pas aux groupes spéciaux formés pour examiner les contestations sous l'*ALÉNA*. En outre, quoique les articles 1131 et 1132 donnent « le pouvoir à la Commission de l'*ALÉNA* de décréter des interprétations qui devront être adoptées sur des questions litigieuses [...] »¹⁰⁷, ce pouvoir n'a pas encore été utilisé dans le contexte du chapitre 11. Plusieurs décisions rendues au cours des dernières années ont été favorables aux commerçants. Les plaintes, qui alléguaient une expropriation contraire à l'article 1110, visaient à contester des mesures environnementales. La définition de l'expropriation en vertu de l'*ALÉNA*, plus large que la définition habituelle, va jusqu'à inclure les interférences imprévues dans l'usage d'une propriété.

Dans une décision mettant l'eau en cause, il a été décidé qu'une municipalité ne pouvait empêcher l'établissement d'un lieu de déchets dangereux pour des raisons environnementales, y compris la contamination de l'eau souterraine¹⁰⁸. La compagnie a reçu 16,7 millions de dollars américains en compensation. D'autres causes sont pendantes. La compagnie Methanex Corporation conteste une interdiction frappant l'utilisation du méthyltertiobutylrique (MTBE), présumé cancérigène, et poursuit la

¹⁰⁵ Secrétariat de l'*ALÉNA*, « Aperçu des dispositions relatives au règlement des différends de l'Accord de libre-échange nord-américain : règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie », en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-ALÉNA.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=433>.

¹⁰⁶ *ALÉNA*, *supra* note 15, art. 1904.

¹⁰⁷ Syndicat canadien de la fonction publique, « Partie II : Les obligations du Canada en vertu des chapitres 11 et 12 », en ligne : Syndicat canadien de la fonction publique <<http://www.scfp.ca/www/HealthCareTrade/4584>>.

¹⁰⁸ *Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique*, (2001) 40 I.L.M. 36, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

Californie pour 970 millions de dollars américains¹⁰⁹. Plus pertinent à la question de l'eau, la compagnie Sunbelt inc. poursuit le gouvernement canadien pour 10,5 milliards de dollars en raison d'un décret du gouvernement de la Colombie-Britannique interdisant l'exportation de milliards de litres d'eau douce vers la Californie¹¹⁰. Nous pouvons déduire de ces poursuites une volonté d'exclure les mesures gouvernementales. En effet, celles-ci provoquent une distorsion de l'allocation du capital par la poursuite d'objectifs ancillaires, qu'ils soient environnementaux ou autres, et ce, même lorsqu'elles sont non discriminatoires¹¹¹. Jusqu'à maintenant, il semble y avoir une certaine légitimité aux prétentions des compagnies :

[i]ndeed the recent Pope and Talbot tribunal decision under NAFTA's investor-state dispute mechanism offered an assessment of the NAFTA provision on expropriation which is chilling by concluding that even non-discriminatory measures concerning the trade in goods, and having no direct bearing on foreign investment, could nevertheless be considered expropriation.¹¹²

Ceci pris en compte, plusieurs considèrent que le seul moyen de protéger l'eau est d'en faire un bien patrimonial¹¹³.

II. Droits de la personne : H₂O = vie

A. Eau patrimoine

1. UNE STRATÉGIE POUR LA VIE

« Dans l'une des éditions du magazine *Fortune*, en l'an 2000, on affirmait que l'eau serait au XXI^e siècle ce que le pétrole fut au XX^e siècle : un précieux liquide qui déterminerait la richesse d'une nation »¹¹⁴. Est-ce vraiment ce que l'on souhaite? Veut-on réellement que l'eau soit monnayée, tels le pétrole ou le blé? Hubert Reeves, éminent astrophysicien, affirme qu'il faut s'extraire de notre vision anthropomorphiste de la nature¹¹⁵. Cette sommité soutient, en outre, que « la pensée positive, 'être pour', est plus efficace et constructive que la pensée négative »¹¹⁶.

Ainsi, il serait tout à notre avantage d'édifier une politique fondée sur de grands principes afin que ceux-ci constituent :

¹⁰⁹ *Methanex Corp. c. États-Unis d'Amérique* : en cours d'instance.

¹¹⁰ *Sun Belt Water Inc c. Gouvernement du Canada* : en cours d'instance.

¹¹¹ Rajeev Sharma, *The Jurisprudence Interpreting NAFTA Article 1106: The Prohibition Against Performance Requirement*, Toronto, Heenan Blaikie, 2003 à la p. 2.

¹¹² Elwell, *supra* note 99 à la p. 27.

¹¹³ *Infra* note 121.

¹¹⁴ Barlow et Clarke, *supra* note 1 à la p. 157.

¹¹⁵ Reeves, *supra* note 7 à la p. 167.

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 179.

la base, l'essentiel de l'orientation stratégique, la vision d'ensemble. Ils garantissent la cohérence entre les objectifs et les priorités d'action de la politique. Ils évitent la superposition anarchique de visions trop sectorielles, non intégrées, voire contradictoires. Les principes forment un cadre de référence nécessaire à la compréhension de la nature et de la portée de la politique. Ils guident son interprétation et son application à des situations particulières (concurrence et conflits, partage de l'eau, contrôle de la qualité, etc.). Ils éclairent la prise de décision et donnent du souffle à la gestion.¹¹⁷

La marchandisation (*commodification*) de l'eau nous ferait perdre une grande partie de notre contrôle sur les sources d'approvisionnement en eau douce. Imaginons la situation : l'eau irait à ceux qui peuvent payer le plus et non à ceux qui en auraient besoin. L'accès à l'eau deviendrait le privilège des mieux nantis.

La vision citoyenne de l'eau s'oppose à cette situation¹¹⁸. Pour l'éviter, l'eau doit être déclarée « bien commun de l'humanité ». C'est l'opinion du Bureau des audiences publiques sur l'environnement du Québec (BAPE) qui voit en l'eau douce une ressource collective, un bien patrimonial, un patrimoine commun de l'humanité. « Eau secours ! », un groupe d'intérêt public qui lutte pour une politique écosystémique globale et intégrée concernant la gestion de l'eau au Québec, partage cette opinion en voyant en l'eau un bien commun du patrimoine mondial. C'est aussi la position du Conseil des Canadiens qui, par le biais de sa porte-parole Maude Barlow, formule la notion de patrimoine mondial et d'héritage collectif en tant qu'élément essentiel à la vie. C'est également l'avis de Ricardo Petrella qui affirme que, de par sa non-substitutivité et son caractère irremplaçable, l'eau est un bien fondamental total, un bien social et son corollaire, bien commun de base de toute communauté humaine¹¹⁹. Tout être humain a le droit d'y avoir accès. De multiples groupes appuient une telle idée, que ce soit les autochtones¹²⁰, le Projet planète bleue ou *India's Research Foundation for Science, Technology and Ecology* qui étudie, entre autres, le cycle hydrologique. Finalement, c'est aussi l'opinion du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, lequel qualifie l'eau de bien public fondamental ainsi que de bien social et culturel¹²¹.

¹¹⁷ Commission sur la gestion de l'eau au Québec, *L'eau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur* t.1, Québec, Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, 2000 à la p. 46 [Commission sur la gestion de l'eau au Québec].

¹¹⁸ Louis-Gilles Francoeur, « Un forum de l'eau alternatif à celui de Kyoto » dans 3rd World Water Forum, *supra* note 20, à 9.

¹¹⁹ Riccardo Petrella, *Le Manifeste de l'eau: pour un contrat mondial*, Bruxelles, Labor, 1998 à la p.70.

¹²⁰ Commission sur la gestion de l'eau au Québec, *supra* note 117.

¹²¹ Voir Coalition Eau secours!, *Mémoire de la coalition Eau secours! présenté à la Commission du BAPE sur la gestion de l'eau*, Montréal, Eau secours!, 1999 à la p.28 [Eau secours!]; Barlow et Clarke, *supra* note 1 aux pp. 51-52; Projet planète bleue, « Traité concernant le partage et la protection du patrimoine naturel qu'est l'approvisionnement d'eau douce dans monde », en ligne : Projet planète bleue <<http://www.blueplanetproject.net/french/treaty/>>; Research Foundation for Science, Technology and Ecology (RFSTE), « Recommendations from the Jury at the National Water Parliament- Pani Panchayat' on March 22, 2002 », en ligne : Shivanet

2. QU'EST-CE QUE L'EAU, BIEN COMMUN?

Il faut premièrement clarifier les termes utilisés. L'expression « bien public » est d'un emploi peu fréquent et est inadéquate en l'espèce. En économie, les termes « bien privé » et « bien public » sont différenciés en vertu de deux caractéristiques intrinsèques : la rivalité dans la consommation, soit la possibilité que la consommation d'un individu puisse empêcher celle d'un autre, et la possibilité d'exclusion, soit la capacité d'empêcher un individu de consommer un bien. Un bien est public quand la rivalité et l'exclusion ne peuvent en restreindre l'usage¹²². Cela n'empêche pas qu'un bien privé puisse être publiquement détenu. L'eau en tant que produit de consommation est un bien privé, alors que les systèmes de distribution de l'eau sont des biens publics.

Les références au patrimoine mondial, au bien commun et au bien social et culturel ont aussi une signification. Ces notions se fondent sur deux expressions : « *res nullius humani juris* », soit les choses soustraites à la propriété par la force des choses ou pour des raisons d'ordre public, et « *res communis* », soit les choses qui, du fait de leur valeur indispensable à la vie, appartiennent au genre humain¹²³. Rappelons ici que les choses que l'on ne peut s'approprier, comme le fleuve Saint-Laurent, ne sont pas des biens et que « tous les biens corporels sont des choses, mais toutes les choses ne sont pas des biens »¹²⁴.

En effet, l'eau n'est pas une ressource non renouvelable, tels les hydrocarbures. Elle n'est pas non plus une ressource qui peut augmenter : « d'un point de vue écosystémique, [...] un surplus d'eau n'existe pas »¹²⁵. L'eau est une ressource en recyclage constant, mais au volume fini mathématiquement. De plus, l'eau en tant que chose mobile échappe au pouvoir de domination de la propriété puisque le territoire hydraulique est transfrontalier et global¹²⁶. Cela a un impact sur la qualification de l'eau ; il s'agit d'un bien *sui generis*.

Les principes de base qui découleraient de la reconnaissance de l'eau à titre de patrimoine de l'humanité, de bien à destination universelle, seraient¹²⁷ :

- (1) L'eau doit être libre de toute appropriation privée ou étatique ;

<http://www.vshiva.net/water/water_parliament.htm> ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 15*, (2002) Doc. NU E/C.12/2002/11.

¹²² Nicolas Marceau, *L'incidence des impôts et des taxes*, Sainte-Foy (Qc), Les Publications du Québec, 1996 à la p. 4.

¹²³ Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Mémoires présentés à la Commission des institutions dans le cadre des consultations générales sur le Québec et la zone de libre-échange des Amériques : effets politiques et socio-économiques », v. 1, 2, Québec, Publications du Québec, 2000.

¹²⁴ Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 36 [Lafond].

¹²⁵ Eau secours!, *supra* note 121 à la p. 6.

¹²⁶ *Ibid.* à la p. 27.

¹²⁷ *Ibid.* à la p. 25. Voir aussi *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay)*, 10 décembre 1982, 21 I.L.M. 1261, arts. 135, 137, 140, 141.

- (2) La gestion du bien commun doit se faire sous l'égide d'une organisation internationale et non par des États agissant à titre individuel ;
- (3) Tout bénéfice économique doit être partagé par l'ensemble de l'humanité ;
- (4) L'utilisation n'est permise qu'à des fins pacifiques ;
- (5) L'intégrité du bien doit être protégée.

La qualification de l'eau en tant que patrimoine commun de l'humanité permettrait de conjurer la perspective de commercialisation et de privatisation actuelle, qui se ferait au détriment des questions écologiques et sociales et causerait la dégradation de la capacité de renouvellement du réseau hydrique. Après tout, un patrimoine est quelque chose dont nous avons hérité de nos ancêtres et que nous léguerons aux générations futures. Ce concept est exploré dans la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* de l'UNESCO¹²⁸ :

The concept of global commons has evolved from this idea of resources held in common for common use [...] The global commons are defined as areas 'beyond the jurisdiction and sovereignty of any State, but for the benefits of all' and usage of which physically affects human beings around the world.¹²⁹

Nous le savons déjà, le droit à l'eau est une question de vie ou de mort, autant pour l'être humain que pour l'écosystème. Aussi, en l'absence d'un véritable cadre législatif international dans le domaine de l'eau, des chemins détournés devront être pris pour protéger et promouvoir le droit à l'eau.

B. L'eau en tant que droit sur le plan international

1. LES ORIGINES

Depuis le traité de Westphalie en 1648 et l'émergence de l'État-nation, le droit international n'a cessé de prendre de l'expansion. À l'époque, il s'agissait principalement d'un droit qui s'adressait aux États. Les premiers changements découlèrent des interventions humanitaires. Celles-ci constituaient une « reconnaissance du principe qu'un État souverain n'a pas une discrétion illimitée quant aux traitements de ses propres populations »¹³⁰. Au lendemain de la guerre 1914-1918, la création de la Société des Nations ouvrit la voie à la protection des minorités, à la poursuite des criminels de guerre et à l'aide aux réfugiés. Quelques décennies plus tard, l'Organisation des Nations Unies, malgré un principe de non-

¹²⁸ *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, 23 novembre 1972, R.T. Can. 1976 n^o 45.

¹²⁹ Ved P. Nanda, *International Environmental Law & Policy*, New York, Transnational Publishers, 1995 à la p. 11.

¹³⁰ William A. Schabas, *Précis du droit international des droits de la personne : avec une attention particulière au droit du Canada et du Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 aux pp. 5, 10 [Schabas].

ingérence dans les affaires internes d'un État souverain¹³¹, bénéficia d'une communauté internationale certainement plus réceptive qu'auparavant pour développer et encourager le respect des droits de la personne et des libertés fondamentales pour tous¹³².

La première étape visant à protéger les droits de la personne dans ses rapports avec l'État, dits verticaux, et dans ses rapports avec les tiers, dits horizontaux, fut l'écriture de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹³³. Cette dernière étant une déclaration, elle n'est pas une source conventionnelle de droit et n'est pas automatiquement contraignante, à moins qu'une norme contenue dans certaines de ses dispositions ne devienne par la suite coutumière ou même partie intégrante du *jus cogens*¹³⁴.

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PDCP)*¹³⁵ et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PESC)*¹³⁶ visent à consacrer les droits de la *DUDH* et à leur conférer une force conventionnelle. Le Canada a ratifié le *PDCP* et le *PESC* le 19 mai 1976¹³⁷. En agissant ainsi, le gouvernement canadien a accepté d'être lié aux obligations contenues dans les *Pactes*. Cependant, ni l'un ni l'autre ne donne explicitement droit à l'eau. En effet, la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹³⁸, que le Canada a ratifiée en 1991, et la *Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹³⁹, ratifiée en 1981, sont les seules qui mentionnent le droit à l'eau.

Au-delà des mentions expresses, l'interprétation d'un traité international doit se référer au but et à l'objet de la convention elle-même et tenir compte de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴⁰. Qui plus est,

une des règles les plus importantes ne se retrouve pas dans la *Convention de Vienne*. Il s'agit du principe d'interprétation évolutive permettant aux acteurs du traité de tenir compte des développements sociaux et des

¹³¹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 2(7) [*Charte des Nations Unies*]; *Ibid.* à la p. 4.

¹³² *Charte des Nations Unies, Ibid.*, art. 1(3).

¹³³ *DUDH, supra* note 39.

¹³⁴ Philip Alston, « The UN's Human Rights Record: From San Francisco to Vienna and Beyond » (1994) 16 *Hum. Rts. Q.* 375.

¹³⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 9-14, R.T. Can. 1976 n° 47, R.E.I.Q. (1984-1989), n° 1976 (5) à la p. 81 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PDCP*].

¹³⁶ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. n° 46, R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976 (3) à la p. 808 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [*PESC*].

¹³⁷ Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme – États des ratifications*, à la p. 2, en ligne : Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme <<http://www.unhchr.ch/pdf/reportfr.pdf>>.

¹³⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A.G. 44/25, Doc. Off. AG NU, 20 novembre 1989, Doc. A/RE/44/25 (1989), R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

¹³⁹ *Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 R.T.N.U. 13, R.T. Can. 1982 n° 31, art. 14(2)(h).

¹⁴⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31(1) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

progrès idéologiques et ainsi de ne pas figer le sens de ces traités à l'époque de leur adoption. Cette règle est tout à fait comparable à celle adoptée par la Cour suprême du Canada en matière constitutionnelle et existe essentiellement pour les mêmes raisons.¹⁴¹

Ainsi, le droit à l'eau peut être reconnu par l'entremise des autres droits de la personne. Il y a, par exemple, un droit à l'eau inclus dans le droit au logement, à la santé et à l'alimentation.

2. L'EAU EN TANT QUE DROIT ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET CULTUREL

a) *Principes et observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*

Les prémisses d'un droit à l'eau naissent en 1977, alors que le plan d'action de Mar del Plata est adopté lors d'une Conférence des Nations Unies portant sur l'eau. Il est déclaré que « tout le monde a droit d'accès à l'eau potable en quantité et en qualité égales pour ses besoins »¹⁴². En 1992, l'*Action 21* y consacre un chapitre entier, le chapitre 18, dans lequel l'article 18.47 reprend et précise cette phrase¹⁴³. Peter H. Gleick, faisant siennes les conclusions de McCaffrey, formule l'opinion selon laquelle il existe bel et bien un droit à une quantité suffisante d'eau et que l'État a l'obligation minimale de protéger ce droit¹⁴⁴. Ainsi, il existe, dans une forme nébuleuse et dérivée certes, un droit à l'eau.

Par ailleurs, il serait possible de prétendre que l'eau n'a jamais été mentionnée puisqu'elle a toujours été considérée, au même titre que l'air, comme indubitablement nécessaire à toute vie. L'intégrer dans un traité eut donc été une tautologie. À cet égard, un ex-officiel de la Banque mondiale affirme :

Je ne crois pas que quiconque ait un problème à définir l'eau comme étant fondamentale. Cependant, lorsqu'on identifie celle-ci à un droit cela met un poids considérable sur les gouvernements et il n'est pas sûr qu'ils soient capables de le supporter.¹⁴⁵ [notre traduction]

Afin d'atteindre ses objectifs, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels énonce, de temps à autre, des observations générales ayant pour but de clarifier et d'encadrer son évaluation des droits contenus dans le *PESC*.

¹⁴¹ Schabas, *supra* note 130 à la p. 23 ; *Edwards c. Attorney General of Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

¹⁴² *Plan d'action Mar del Plata* (Mar del Plata, 14-25 mars 1977) (Doc. E/CONF.70/29).

¹⁴³ *Action 21*, *supra* note 16, art. 18(47).

¹⁴⁴ Stephen McCaffrey, « Water Scarcity: Institutional and Legal Responses », dans P.Gleick, dir., *The Human Right to Water*, Oakland, Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security, 1999 à la p. 3.

¹⁴⁵ Eric Johnston, « Water Pushed as Human Right: Forum Mulls Consequences of Higher Status for Basic Need » dans 3rd World Water Forum, *supra* note 19 à 21.

L'*Observation générale 15 (OG15)*, du 26 novembre 2002¹⁴⁶, nous intéresse particulièrement. Le Comité y établit un droit à l'eau découlant de l'article 11 et 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. *Primo*, il est reconnu que l'eau est une ressource limitée, nécessaire pour vivre dans la dignité. De même, l'eau est un préalable à la réalisation de nombreux autres droits de la personne¹⁴⁷. *Secundo*, tout être humain a droit d'accès à une certaine quantité d'eau pour ses besoins personnels et domestiques. Il y est également mentionné qu'un minimum d'eau nécessaire à la prévention de la mort par déshydratation est requis, de même qu'un minimum d'eau salubre, pour prévenir les maladies d'origine hydrique¹⁴⁸. *Tertio*, l'être humain est en droit d'obtenir, en relation avec d'autres droits du *PESC*, un volume d'eau pouvant lui procurer un niveau de vie décent¹⁴⁹ et une santé de la meilleure qualité possible¹⁵⁰. L'eau fait également partie des besoins à combler pour garantir un logement convenable¹⁵¹.

Nous remarquons immédiatement que ces impératifs trouvent leur source dans le *PESC*, bien sûr, mais également dans le « droit mou » (*soft law*) qu'est la *DUDH*, plus particulièrement à l'article 25 (1). Par ailleurs, bien que les droits culturels aient une valeur singulière pour plus d'une nation, le Comité note que :

Water is essential for [...] enjoying certain cultural practices. Nevertheless, priority in the allocation of water must be given to the right to water for personal and domestic uses. Priority should also be given to the water resources required to prevent starvation and disease, as well as water required to meet the core obligations of each of the Covenant rights.¹⁵²

Une série d'observations suivent concernant les mesures à prendre pour faire respecter ces droits. Elles seront utiles dans la délimitation des obligations de l'État partie.

En adhérant au *PESC*, les États acceptent pleinement les engagements juridiques contenus dans ces articles et, dans un pays dualiste comme le Canada, le législateur doit y normaliser ses lois. À ce propos, le Canada est redevable devant la communauté internationale tout autant que devant sa propre population. De même, il doit accepter l'évolution ou l'observation donnée à un traité par son organe interpréteur, à défaut de s'en retirer. Dans le cas présent, la plupart des droits mentionnés en relation avec l'eau sont des droits économiques, sociaux et culturels. À première vue, le fait de reconnaître un tel droit n'empêchera pas une quantité incroyable de gens de manquer d'eau, mais cela permettra de discuter des moyens à prendre pour combler les besoins vitaux minimums. Cela permettra, de plus,

¹⁴⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 15*, (2002) Doc. NU E/C.12/2002/11 [*OG15*].

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 1.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 2.

¹⁴⁹ *Ibid.*, art. 13 ; *PESC*, *supra* note 136, art. 11.

¹⁵⁰ *OG15*, *Ibid.*, art. 3 ; *PESC*, *ibid.*, art. 12.

¹⁵¹ *OG15*, *Ibid.* ; *PESC*, *ibid.*, art. 11.

¹⁵² *OG15*, *Ibid.*, art. 6.

d'imposer aux États certaines obligations découlant du Pacte qu'ils ont ratifié. Dans les faits cependant, plusieurs États, particulièrement les États occidentaux, attachent une moindre portée aux droits économiques, sociaux et culturels.

b) *Reconnaissance des droits économiques sociaux et culturels*

Formellement, il n'existe qu'une seule catégorie de droits humains. Toutefois, plusieurs divisions, tout autant académiques qu'informelles, existent. Par exemple, les droits de première génération, c'est-à-dire les droits associés au *PDCP*, sont souvent considérés comme étant des droits négatifs, des droits dont la réalisation demande à l'État de s'abstenir d'y porter atteinte. De la même façon, les droits liés au *PESC*, des droits jugés de deuxième génération, sont vus comme étant des droits positifs. En conséquence, ils requièrent une action positive de la part de l'État, tel un investissement.

Une première remarque s'impose. La frontière ne saurait être aussi hermétique. Ce propos peut être illustré pertinemment par le concept du droit à la vie, relevant de la première génération. L'État a effectivement une obligation négative de ne pas porter atteinte à la vie. Il a, au surplus, le devoir de protéger le droit à la vie contre des atteintes de tierces parties. Il s'agit d'une obligation positive. Cela étant dit, les droits économiques, sociaux et culturels, quoique qualifiés de « droits programmes », sont également des « droits justiciables », c'est-à-dire que nous pouvons en réclamer le respect¹⁵³. Pour étayer cette position, nous utiliserons les observations générales suivantes : l'*Observation générale 3 (OG3)*¹⁵⁴, l'*Observation générale 9 (OG9)*¹⁵⁵ et l'*Observation générale 15 (OG15)*¹⁵⁶.

Il est possible de distinguer des écarts appréciables dans le mode et le délai de réalisation des droits contenus dans le *PESC*, par opposition à ceux qui sont contenus dans le *PDCP*. L'article 2 de ces *Pactes* est révélateur. Celui du *PESC* demande la réalisation progressive des droits énoncés, par opposition à la réalisation immédiate que l'on retrouve dans le *PDCP*. Toujours dans le même article, le *PESC* présente un assouplissement supplémentaire. Ainsi, les États peuvent se retrancher derrière l'expression « au maximum des ressources disponibles », qui leur permet d'invoquer de multiples raisons pour se soustraire à une application plus rigoureuse de leurs engagements.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est déjà prononcée quant à la dichotomie et à la progressivité de l'application des droits humains. Dans l'arrêt

¹⁵³ Olivier Delas, *supra* note 56.

¹⁵⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 3*, (1997), Doc. NU E/CN.4/1997/105, en ligne : <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observation+generale+3.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observation+generale+3.Fr?OpenDocument)> [OG3].

¹⁵⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 9*, (1998), Doc. NU E/C.12/1998/24, en ligne : <[www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a3efaeab5535a96dc1256d2d002e28d2?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a3efaeab5535a96dc1256d2d002e28d2?OpenDocument)> [OG9].

¹⁵⁶ *OG15*, *supra* note 146.

*Airey*¹⁵⁷, elle affirme que les programmes entrepris pour l'atteinte des objectifs doivent être examinés à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. Pour le reste, elle ajoute que « nulle cloison étanche » ne sépare les deux domaines de droits¹⁵⁸, une position qui sera reprise, plusieurs années plus tard, lors d'une Conférence mondiale sur les droits de l'Homme¹⁵⁹.

Quant à la progressivité, *OG3* et *OG15* sont essentiellement utiles pour en préciser les caractéristiques. D'abord, *OG15* demande que des mesures soient prises aussi rapidement et efficacement que possible¹⁶⁰. Toujours dans un contexte de progressivité, *OG3* exige qu'aucune mesure régressive ne soit prise, car, selon toute probabilité, elle ne conduirait pas à une amélioration de la situation, mais constituerait plutôt une atteinte par l'État au droit concerné¹⁶¹. Si une mesure régressive était tout de même entreprise, le fardeau de la preuve serait renversé et il incomberait à l'État de justifier la légalité d'une telle action¹⁶².

Ensuite, *OG3* impose une obligation d'immédiateté concernant l'application sans discrimination de toutes mesures prises en vertu du *PESC*¹⁶³. L'État s'engage également à prendre sans délai des mesures, « à agir », « *to take steps* » (version anglaise) ou « *a adoptar medidas* » (version espagnole)¹⁶⁴. Ces mesures doivent être concrètes, c'est-à-dire de nature législative, judiciaire ou administrative. Il s'agit essentiellement de l'obligation de réaliser effectivement les droits énoncés dans le *Pacte*¹⁶⁵. En outre, la ratification impose à chacun des États l'obligation de satisfaire l'essentiel de chacun des droits, le « *core content* »¹⁶⁶. Il reste donc à qualifier ce qu'est le *minima*.

Finalement, les *Observations générales* 3 et 15 voudraient que l'expression « au maximum des ressources disponibles » renvoie autant aux ressources de l'État qu'à celles des membres de la communauté internationale en mesure d'apporter une assistance¹⁶⁷. Il s'agit là d'une conception plus que satisfaisante lorsqu'on considère les réserves mondiales en eau douce comme étant un legs commun et un bien patrimonial.

L'*OG9* traite quant à elle de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁶⁸. Principalement, cette observation démontre que les normes du *PESC* doivent être reconnues par l'ordre juridique national lorsqu'il s'agit d'un pays

¹⁵⁷ *Airey c. Irlande*, [1979] 9 octobre, Série A n° 32.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 26.

¹⁵⁹ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, Vienne, 14-25 juin 1993, Doc. NU A/CONF.157/23, art. 5.

¹⁶⁰ *OG15*, *supra* note 147, art. 18.

¹⁶¹ *OG3*, *supra* note 154, art. 9.

¹⁶² *OG15*, *supra* note 146, art. 19.

¹⁶³ *OG3*, *supra* note 154, art. 1(3).

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 2.

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 5.

¹⁶⁶ *Ibid.*, art. 10 ; *OG15*, *supra* note 146, art. 37.

¹⁶⁷ *OG3*, *Ibid.*, art. 13, 14 ; *OG15*, *Ibid.*, art. 30 ; *Charte des Nations Unies*, *supra* note 131, art. 55-56.

¹⁶⁸ *OG9*, *supra* note 155, art. 7.

dualiste, comme le Canada¹⁶⁹, et que toute personne lésée doit disposer d'un recours¹⁷⁰. Cette observation établit par ailleurs certaines limites à la procédure associée au *Pacte*. Pour l'instant, « les bénéficiaires des droits reconnus dans le *Pacte* peuvent avoir recours aux procédures générales du Comité et utiliser ce qui a été appelé une 'procédure non officielle de pétition' fondée sur les modalités de travail du Comité »¹⁷¹. Cependant, une étude a été faite sur la possibilité d'élaborer un protocole supplémentaire¹⁷² établissant une procédure de plainte individuelle¹⁷³. Un communiqué de presse, émis très récemment, confirme que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se penche sur la question : « [l']adoption d'un protocole facultatif ne doit pas être retardée indéfiniment ; il convient désormais de se montrer persuasif, a conclu un membre du Comité »¹⁷⁴. Ainsi, le processus de plaintes actuel n'est pas ce qu'il devrait être, puisqu'il n'inclut toujours pas la procédure de plainte individuelle au Comité économique, social et culturel. En outre, il est possible d'utiliser le mécanisme de plaintes du Comité des droits de l'Homme si une violation concernant la discrimination était engendrée par les politiques étatiques. Toutefois, ledit Comité ne pourrait juger que du caractère discriminatoire de la mesure, mais nullement de ses autres caractéristiques intrinsèques¹⁷⁵.

Enfin, il convient d'examiner le droit à l'eau en vertu des niveaux d'obligation étatique établis par l'*OG15*. Ainsi, l'État signataire s'engage à respecter¹⁷⁶, protéger¹⁷⁷ et réaliser¹⁷⁸. Essentiellement, le respect inclut l'obligation immédiate de ne pas discriminer et de ne pas porter atteinte aux droits, ou de le faire en compatibilité avec l'article 4 du *PESC*. De ce fait même, l'obligation de protéger infère la protection contre la discrimination de fait par des tierces parties et la défense contre les atteintes par celles-ci au droit à l'eau. Enfin, l'obligation de réaliser inclut l'interdiction d'adopter une mesure délibérément régressive et la réalisation de l'obligation fondamentale minimum. Dans un tableau, analogue à celui préparé par monsieur Carlos Hoyos¹⁷⁹, nous reprenons les principales mesures devant être assurées par l'État.

Ainsi, nous pouvons observer que le droit à l'eau est, entre autres, sous-entendu dans le droit à la vie¹⁸⁰, à la dignité¹⁸¹, à la santé, à l'environnement, au

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 5.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 9-10.

¹⁷¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Fiche d'information n° 16 (rev. 1)*, Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs16_fr.htm#n23>.

¹⁷² Commission des droits de l'homme, *Projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1997), Doc. NU E/CN.4/1997/105, en ligne : <http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/6/cescr_fr.htm#protocol>.

¹⁷³ *OG9*, *supra* note 155, art. 4.

¹⁷⁴ Voir <<http://www.unog.ch/news2/documents/newsfr/esc04010f.htm>>, consulté le 8 mai 2004.

¹⁷⁵ Comité des droits de l'homme, *Observation générale 18*, (1994), Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.1.

¹⁷⁶ *OG15*, *supra* note 146, art. 21-22.

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 23-24.

¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 25-29.

¹⁷⁹ Carlos Hoyos, *Exposé sur le droit à l'alimentation*, Université du Québec à Montréal, juin 2003.

¹⁸⁰ *PDCP*, *supra* note 135, art. 6.

¹⁸¹ *Ibid.*, art. 10.

logement et à l'alimentation. Il est donc indirectement protégé par le *PDCP*, le *PESC*¹⁸² et la *DUDH*. Aux dires du rapporteur spécial monsieur El Hadji Guissé, il compte des assises importantes dans plusieurs autres textes¹⁸³, dont certains sur lesquels nous nous sommes attardés. Dans tout cela, quelle est la position québécoise et canadienne?

C. Où en sommes-nous au Canada?

Le Canada étant partie autant des accords de l'OMC que de l'*ALÉNA*, il est approprié de se demander quelle est l'attitude de son propre gouvernement touchant la liberté de commerce, les droits de la personne et l'eau. De plus, malgré cette position, comment la Constitution canadienne l'influence-t-elle? Enfin, puisque nous vivons dans une fédération, le point de vue de l'Assemblée nationale du Québec aura, lui aussi, un certain poids en vertu du partage des compétences qui a cours au Canada. Ainsi, débutons par les questions constitutionnelles.

1. LA POSITION FÉDÉRALE

En vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (ci-après « *AANB* »), aussi appelé *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après « *LC1867* »)¹⁸⁴, le commerce international est de la compétence du gouvernement fédéral qui détient, par rapport à l'eau, des responsabilités connexes¹⁸⁵. Il est utile de se rappeler que le Canada était jadis un Dominion faisant partie de l'Empire britannique. Par conséquent, aucune des instances gouvernementales, provinciales ou fédérale, n'avait compétence pour conclure des traités ; c'était, ni plus ni moins, l'État britannique qui nous imposait ses choix. Au fur et à mesure que le Canada acquit son indépendance, cette compétence fut transférée à l'exécutif canadien. Cependant, cette prérogative ne va pas à l'encontre de la séparation des pouvoirs, comme le soulignera la Cour suprême du Canada¹⁸⁶.

¹⁸² Voir Annexe V.

¹⁸³ Voir par ex. Sous-commission de la promotion et de la protection de droits de l'homme, *Rapport entre la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels et la promotion de la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement*, 2002, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/10 (Rapporteur spécial, M. El Hadji Guissé).

¹⁸⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3., reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [*LC1867*].

¹⁸⁵ *Ibid.*, art. 91(9) (« bouées », etc.), 91(10) (« navigation »), 91(12) (« pêches »), 91(13) (« passages d'eau transfrontaliers »).

¹⁸⁶ *Hodge c. La Reine*, [1883] 9 AC 117 (C.P.) (Le Conseil Privé statua que les législatures provinciales sont souveraines dans l'exercice de leur compétence ; on ne saurait les contraindre) ; *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (C.P.) (Le Conseil Privé statua que le gouvernement fédéral ne peut faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Ainsi, le gouvernement fédéral ne pouvait pas forcer la main des provinces qui avaient compétence dans le domaine du travail malgré le fait qu'il avait adhéré à des conventions de l'Organisation internationale du Travail. De fait, la responsabilité internationale du gouvernement était engagée parce que les lois provinciales n'étaient pas conformes à la convention ; c'est là qu'était le problème pour l'État fédéral).

En effet, le gouvernement québécois a compétence dans le domaine de l'eau, en tant que propriétaire des ressources naturelles sur son territoire¹⁸⁷. Il est également compétent en ce qui a trait aux droits de propriété et aux droits civils¹⁸⁸. Autant le Parlement fédéral que l'Assemblée nationale ont édicté plusieurs lois et règlements concernant l'eau. De plus, le gouvernement québécois a délégué certaines responsabilités aux municipalités par le *Code municipal du Québec*¹⁸⁹ et la *Loi sur les cités et villes*¹⁹⁰. Il serait toutefois fastidieux d'en dire plus sur ces lois dans le contexte de cette dissertation. Le Canada s'est toujours considéré comme une nation commerçante. Une grande partie de sa prospérité est d'ailleurs due au commerce extérieur et à l'exploitation de ses ressources naturelles.

Dans ce contexte de mondialisation et de privatisation, que ce soit pour des raisons sociétales, financières, commerciales, idéologiques ou pragmatiques, le Canada, galvanisé par les différents accords sur le commerce international, affirme contre vents et marées que sa position n'est pas ambiguë. La position du Canada est la suivante :

L'eau à l'état naturel peut se comparer à d'autres ressources naturelles comme les arbres de la forêt, les poissons dans la mer ou les minéraux du sol. Même si toutes ces choses peuvent être transformées en articles commerciaux par la récolte, la pêche ou l'extraction, elles demeurent, jusqu'à ce que cette étape cruciale soit franchie, des ressources naturelles et se situent à l'extérieur du champ d'application de ces ententes commerciales.¹⁹¹

Toutefois, son affirmation camoufle sa contribution au *GATS*, visant à élaborer des propositions qui feraient en sorte, si elles entraient en vigueur en 2005, que les États auraient à démontrer la nécessité de toute nouvelle réglementation. Notons aussi que le Canada n'a édicté que deux nouvelles lois environnementales depuis la venue de l'*ALÉNA* et que ces deux lois ont échoué au test du libre-échange en étant invalidées par les dispositions de l'*ALÉNA*¹⁹². De plus, Environnement Canada maintient que l'eau est une ressource inépuisable, car le volume total d'eau dans la biosphère n'est pas affecté par l'activité humaine¹⁹³.

Malgré tout, le Canada soutient qu'il a toujours considéré que l'eau dans sa forme naturelle et *in situ* n'est pas concernée par les accords. Sur ce point, il soumet une déclaration commune avec le Mexique et les États-Unis, rédigée en 1993 :

À moins que l'eau sous quelque forme que ce soit ne soit commercialisée et ne soit devenue un bien ou un produit, celle-ci n'est pas un bien ou un

¹⁸⁷ *LC1867*, *supra* note 184, art. 109, 117 ; Commission sur la gestion de l'eau au Québec, *supra* note 117 aux pp. 117-119.

¹⁸⁸ *LC1867*, *Ibid.*, art. 92(13).

¹⁸⁹ *Code municipal*, L.R.Q., c. C-27.1.

¹⁹⁰ *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19.

¹⁹¹ Ministère des Affaires étrangères, *supra* note 36.

¹⁹² Dobbin, *supra* note 103 aux pp. 37-38.

¹⁹³ Elwell, *supra* note 99 à la p. 11.

produit. Rien dans l'ALÉNA n'oblige l'une des parties à l'ALÉNA à exploiter son eau à des fins commerciales, ou à commencer à exporter son eau sous quelque forme que ce soit. L'eau qui se trouve dans son état naturel, c'est-à-dire dans les lacs, les rivières, les réservoirs, les aquifères, les plans d'eau et autres endroits semblables, n'est pas un bien ou un produit, n'est pas vendue et, par conséquent, n'est pas et n'a jamais été assujettie aux dispositions de quelque entente commerciale que ce soit.¹⁹⁴

La force juridique d'un tel document ne fait toutefois pas l'unanimité. Selon maître Shrybman :

In recent decades, this has become a common means of announcing the results of diplomatic exchanges, stating common positions on policy issues, recording their intended course of action on matters of mutual concern, or making political commitments to one another. These documents are sometimes referred to as non-binding agreements, gentlemen's agreements, joint statements or declarations.¹⁹⁵

D'un autre côté, cela pourrait éventuellement devenir du droit coutumier si certains éléments essentiels étaient respectés. Ce ne semble pas être le cas, puisque cette déclaration n'a jamais vraiment reçu de soutien formel des autorités officielles. De plus, selon le droit américain, l'eau est un bien¹⁹⁶. Le droit européen la considère également comme un bien, un produit¹⁹⁷. Le ministère de l'Environnement a proposé un accord qui ferait en sorte que le fédéral, les provinces et les territoires puissent adopter une approche prohibitionniste à la grandeur du pays, qui interdirait le retrait massif d'eau des bassins canadiens, incluant les prélèvements effectués en vue d'exporter. Encore une fois, cette approche ne fait pas l'unanimité¹⁹⁸.

2. LA POSITION QUÉBÉCOISE

De son côté, la position gouvernementale québécoise n'est pas totalement claire non plus. Il y a d'abord le *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »)¹⁹⁹ qui contient très peu d'articles sur la question. Le ministère de l'Environnement québécois considère les eaux souterraines comme relevant du domaine privé. Tout propriétaire de fonds pourrait en conséquence utiliser l'eau comme bon lui semble,

¹⁹⁴ *Débats de la Chambre des communes*, 117 (9 février 1999) à la p. 1050 (Julian Reed).

¹⁹⁵ Steve Shrybman, *A Legal Opinion Concerning Water Export Controls and Canadian Obligations Under NAFTA and the WTO*, Vancouver, West Coast Environmental Law, 1999 aux pp. 5-6 [Shrybman, « A Legal Opinion »].

¹⁹⁶ *City of El Paso v. Reynolds*, 563 F. Supp. 379 (D.N.M. 1983) ; *Sporhase v. Nebraska*, 458 U.S. 941 (1982).

¹⁹⁷ Shrybman, « A Legal Opinion », *supra* note 195, à la p.7 (« *The European Court of Justice has interpreted the term 'good'* » to include anything capable of monetary valuation and of being the object of a commercial transaction »).

¹⁹⁸ *Ibid.* à la p. 6.

¹⁹⁹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

sous réserve des limitations imposées par la loi ou le droit commun. Cela est en harmonie avec la loi, eu égard aux articles 951 et 980 C.c.Q.²⁰⁰

Par ailleurs, l'article 913 C.c.Q. énonce que « [l']air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient ». La disposition 981 C.c.Q. précise quant à elle que le propriétaire riverain peut faire usage des eaux, mais que, à la sortie de son fonds, il doit les remettre dans la même qualité et quantité. De son côté, la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, à son article 10, énonce que le ministère doit assurer un développement durable et pourvoir à la protection de l'environnement²⁰¹. Ces articles ne sont pas explicitement contre le commerce de l'eau. Par contre, ils encadrent la politique que devrait prendre le gouvernement québécois. Ainsi, le commerce de l'eau embouteillée est permis. En revanche, le transport de l'eau en vrac soulève de nombreux doutes quant à la préservation de l'environnement et à son caractère durable. D'ailleurs, le Québec a décrété un moratoire concernant le transport de l'eau en vrac²⁰².

Dans *MRC d'Abitibi c. Ibitiba*, la Cour d'appel soulignait que « le droit de propriété est désormais de plus en plus soumis aux impératifs collectifs »²⁰³. D'un autre côté, le raisonnement de l'arrêt *Huot c. Gariépy* laisse entendre « qu'en présence d'une source qui prend naissance dans son fonds, le propriétaire peut, à son choix, laisser l'eau suivre son cours naturel, l'absorber, la détourner ou même l'aveugler »²⁰⁴ et qu'il pourrait également établir une servitude conventionnelle de puisage²⁰⁵. Ces jugements ne sont pas contradictoires, mais laissent place à une certaine zone grise entre les eaux souterraines et les eaux de surface. De plus, ils accordent un certain droit sur l'eau en raison de la propriété foncière.

Enfin, l'eau est commercialisable en citerne, mais le terme « citerne » n'est pas bien défini. Le Québec devrait donc se doter rapidement d'une politique claire et d'une gestion implacable de ses réserves d'eau pour être cohérent. Peut-être détient-il déjà cette politique : « Le premier ministre Jean Charest a promis [...] aux investisseurs américains de leur ouvrir toute grande la porte du Québec, en faisant en sorte que l'État 'ne soit pas un obstacle' au secteur privé »²⁰⁶.

Il est pertinent de se demander si, par exemple, le droit à la vie²⁰⁷ inclut un droit à l'eau potable. En effet, sans eau il ne peut y avoir de vie et sans eau de qualité, il ne peut y avoir de vie saine. Pour atteindre un tel objectif de qualité, il faudra

²⁰⁰ Lafond, *supra* note 124 à la p. 318 ; Commission sur la gestion de l'eau au Québec, *supra* note 117 à la p. 34.

²⁰¹ *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.Q., c. M-15.2, art. 10.

²⁰² *Loi visant la préservation des ressources en eau*, L.R.Q., c. P-18.1.

²⁰³ *Abitibi (Municipalité régionale de comté) c. Ibitiba*, [1993] A.Q. n° 603 à la p. 763.

²⁰⁴ *Huot c. Gariépy*, [1949] C.S. 143.

²⁰⁵ *Simoneau c. Berthiaume*, [1998] A.Q. n° 2292 (QL).

²⁰⁶ « Charest promet aux investisseurs que l'État ne leur fera pas obstacle » *La Presse canadienne* (4 octobre 2002).

²⁰⁷ *Charte canadienne*, *supra* note 55, art. 7 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1.

possiblement définir l'eau comme étant un patrimoine commun de l'humanité ou, à tout le moins, un *res communis*.

* * *

Le concept que représente l'eau est loin d'être aussi limpide que son élément. Pour certains, l'eau n'est pas une ressource, mais une source de revenus. Pour cette raison, ils exerceront toute leur influence pour que cette précieuse ressource naturelle soit dorénavant considérée comme une simple marchandise. Selon cette approche, qualifier l'eau ainsi ne pourrait être que positif. D'une part, cela donnerait l'occasion de faire de l'argent et, d'autre part, cela permettrait d'éviter le gaspillage du précieux liquide, grâce à une gestion plus efficace de la part du secteur privé. Dans leur quête mercantiliste, les défenseurs de cette thèse bénéficient du soutien de puissants alliés. En effet, cette école de pensée peut compter sur le consensus néo-libéral qui, à l'heure actuelle, emporte l'adhésion de plusieurs personnes. Elle est également fortement épaulée par des organisations puissantes, comme l'OMC, ou des instruments énergiques à l'image du *GATT* ou de l'*ALÉNA* qui viennent promouvoir la liberté de commerce.

Pour permettre à une telle politique de se reproduire et de gagner en force, un mécanisme de règlement des différends a également été mis sur pied afin de résoudre tout litige pouvant survenir dans l'éventualité où l'eau pourrait enfin se vendre.

Cette vision de l'eau comme marchandise pourrait être très néfaste. En effet, il est loin d'être sûr qu'une telle marchandisation de l'eau apportera réellement une gestion plus efficace de cette ressource. Par ailleurs, le processus serait irréversible : à partir du moment où l'eau s'écoulera sur le marché, il sera trop tard pour faire marche arrière. Les États eux-mêmes pourraient alors perdre la maîtrise de leurs ressources au profit d'une minorité d'individus.

Pour une autre école de pensée, l'eau est bien davantage qu'une source de profit : c'est la source de la vie. Pour celle-ci, les droits de la personne l'emportent de loin sur toute liberté de commerce. Pour les tenants de cette école, il ne sert à rien qu'une minorité de gens fortunés puissent bénéficier d'un principe libre-échangiste leur permettant de vendre l'eau, si la moitié de la planète meurt de soif. La ressource vitale est donc avant tout un patrimoine appartenant à l'humanité et il est hors de question que l'argent puisse y changer quoi que ce soit.

Cette théorie veut régler définitivement la question de l'eau en la qualifiant purement et simplement de bien commun. Elle serait alors libre de toute privatisation, apte à être partagée par tous et il faudrait également que tous protègent son intégrité. Pour cette idéologie, l'eau devrait dorénavant être considérée comme un droit sur le plan international, soit économiquement, socialement, culturellement ou autrement.

L'attitude du Canada face à cette question est plutôt prudente. Pour l'instant, le gouvernement fédéral a une position quelque peu floue. Il semble vouloir projeter

une image de défenseur du patrimoine liquide, tout en favorisant la liberté de commerce. Quant au Québec, il joue également la carte voulant favoriser l'eau comme un droit, mais prend bien peu de mesures pour clarifier réellement sa position officielle.

« Napoléon disait que le chocolat de Turin, à lui seul, aurait justifié une guerre »²⁰⁸. Avec une telle affirmation, il n'est pas très difficile d'imaginer à quels extrêmes une ressource aussi vitale que l'eau pourrait mener. On ose à peine évoquer la possibilité d'un nouveau conflit mondial. Nous pouvons présumer que les citoyens les plus fortunés de ces États auront de l'eau et n'auront alors aucune raison de combattre pour les plus démunis. À l'heure actuelle, de nombreuses personnes meurent systématiquement de soif tous les jours, sans pour autant que les gouvernements de ces populations assoiffées ne réagissent d'une manière agressive. Il est facile d'imaginer que lorsque l'argent viendra restreindre encore davantage l'accès à l'eau et que les populations auront encore augmenté, les gens n'auront d'autres choix que d'accepter l'inévitable.

C'est pour éviter à tout prix cet inévitable que plusieurs concepts devraient être mis de l'avant. Ainsi, en vertu de l'éconologie (soit une contraction d'économie et d'écologie), dès le début de n'importe quel développement économique, une intégration entre cet objectif et la préservation de l'environnement pourrait être imposée. Il existe également un concept dit de « souveraineté limitée »²⁰⁹, qui fait de sorte que les pays devraient parfois renoncer à une partie de leur souveraineté au profit d'une entité mondiale. Cela pourrait s'appliquer à certains enjeux vitaux comme le droit à l'eau. Finalement, le Canada pourrait emboîter le pas à toutes ces mesures en inscrivant le droit à l'eau dans sa constitution, lui octroyant ainsi un statut de très grande importance. Cette protection, loin d'être inutile, devient, bien au contraire, chaque jour plus pressante. Aussi longtemps que le statut juridique de l'eau ne sera pas aussi clair que l'élément lui-même, le monde retiendra son souffle, en espérant ne pas mourir de soif.

²⁰⁸ Agence du livre français, *Le nouveau tout connaître*, Montréal, Agence du livre français, 1968 à la p. 299.

²⁰⁹ Sylvie Paquerot, *Eau douce la nécessaire refondation du droit international*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005 aux p. 151-152.