

*Loi affirmant le caractère
collectif des ressources en
eau et visant à renforcer
leur protection*
(Projet de loi n° 92)

Mémoire
du
*Centre québécois du droit de
l'environnement*

Présenté devant la *Commission des transports et de l'environnement*

par

Jean-François Girard, avocat et biologiste
Président du conseil d'administration, CQDE

24 septembre 2008



© 2008

Centre québécois du droit de l'environnement
454, rue Laurier Est
Montréal, Québec, Canada
H2J 1E7
Téléphone: (514) 861-7022
Télécopieur: (514) 861-8949
Courriel: info@cqde.org
Site internet : www.cqde.org

Reproduction d'extraits de ce document permise en
citant la source.

*Loi affirmant le caractère
collectif des ressources en
eau et visant à renforcer
leur protection*
(Projet de loi n° 92)

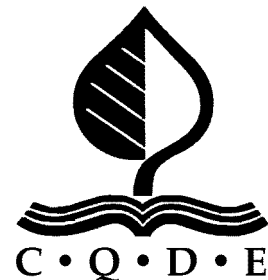
Mémoire
du
*Centre québécois du droit de
l'environnement*

Présenté devant la *Commission des transports et de l'environnement*

par

Jean-François Girard, avocat et biologiste
Président du conseil d'administration, CQDE

24 septembre 2008



«Nous avons depuis longtemps acquis la certitude que nous nous dirigeons vers une sorte de paradis industrialisé, un nouvel Éden entièrement conçu et érigé par l'ingéniosité humaine. Nous nous sommes arrogé le droit d'user de la nature et d'en abuser de toutes les façons qui nous permettraient de nous rapprocher de ce but. Nous devons nous rendre à l'évidence maintenant, et les preuves sont accablantes : nous ne sommes pas assez malins pour reconquérir l'Éden par la force, et la nature ne tolère ni n'excuse les violences que nous lui infligeons.»

Wendel Berry, essayiste américain

Table des matières

FAITS SAILLANTS	VI
RECOMMANDATIONS DU CQDE	XVII
PROPOSITIONS DU CQDE	XVIII
PRÉSENTATION DU CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT	XX
Mission	xxi
Vision	xxi
INTRODUCTION ET CONTEXTE DE L'INTERVENTION DU CQDE	1
ANALYSE DU PROJET DE LOI N° 92	5
1) LE RÉGIME D'AUTORISATION DES PRÉLÈVEMENTS D'EAU	5
1.1) <i>L'intervention du Droit lorsque surgissent les conflits d'usages</i>	5
1.2) <i>L'autorisation de prélèvement d'eau: un outil pour prévenir les conflits d'usages</i>	6
1.3) <i>Des lacunes à corriger</i>	7
1.3.1) L'exception en faveur des barrages et des ouvrages de production électrique	7
1.3.2) La modernisation du régime québécois de protection de l'environnement.....	9
1.3.3) Le rôle quasi-inexistant des citoyens et du public au sein du régime d'autorisation des prélèvements d'eau	11
2) LE STATUT JURIDIQUE DE L'EAU ET LES CONSÉQUENCES DE CE STATUT SUR LA GOUVERNANCE DE L'EAU	12
2.1) <i>Le concept de « nation québécoise »</i>	13
2.2) <i>Le concept de « patrimoine commun »</i>	13
2.3) <i>Référer directement à l'article 913 C.c.Q. qui détermine le statut juridique de l'eau dans notre droit civil</i>	17
2.4) <i>Les conséquences du statut juridique sur la gouvernance de l'eau</i>	18
3) LA GESTION INTÉGRÉE DE L'EAU PAR BASSIN VERSANT	19
3.1) <i>La gestion par bassin versant confirmée; l'existence des organismes de bassin enfin reconnue!</i>	19
3.2) <i>Le projet de loi n° 92 propose une GIEBV partielle</i>	20
3.3) <i>Les conséquences du statut juridique sur la gouvernance de l'eau (bis)</i>	21
3.3.1) Réfuter l'analyse dichotomique traditionnelle	21
3.3.2) Ressource commune partagée et propriété commune.....	21
3.4) <i>Remplacer la GIEBV au cœur de la gouvernance de l'eau</i>	23
3.4.1) La GIEBV et les municipalités	23
3.4.2) Le PDE et les autorisations de prélèvement d'eau	24
3.5) <i>Et les nappes d'eau souterraine dans tout ça?</i>	24
4) LE CADRE GÉNÉRAL DE LA GOUVERNANCE DE L'EAU	25
4.1) <i>Gouvernance de l'eau et développement durable</i>	25
4.2) <i>Intégrer la hiérarchie des usages au sein du cadre général de la gouvernance de l'eau</i> . 26	
4.3) <i>Le plan directeur de l'eau : clé de voûte de la gouvernance de l'eau</i>	27
4.3.1) La mise en œuvre du PDE par les municipalités.....	28
4.3.2) Le respect du PDE par le ministre et le gouvernement	28
CONCLUSION	30

FAITS SAILLANTS

Huit ans après le *Rapport de la commission sur la gestion de l'eau au Québec* (ci-après la « Commission Beauchamp »), six ans après la *Politique nationale de l'eau*, le gouvernement du Québec nous présente enfin un projet de loi visant à « affirmer le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection ». Le moins qu'on puisse dire, c'est que ce projet de loi était attendu depuis longtemps.

C'est fort de son mémoire présenté dans le cadre de la Commission Beauchamp, et de son étude de l'évolution du droit depuis, que le *Centre québécois du droit de l'environnement* (ci-après le « CQDE ») désire aujourd'hui commenter le projet de loi n° 92.

Il faut en effet se rappeler quels étaient les enjeux soulevés par la Commission Beauchamp qui estimait nécessaire de :

- i) doter le Québec d'une loi cadre sur la gouvernance de l'eau;
- ii) clarifier le statut juridique de l'eau;
- iii) mettre en œuvre la gestion de l'eau par bassin versant.

D'entrée de jeu, la *Politique nationale de l'eau*, qui faisait ainsi suite à la Commission Beauchamp, affirmait donc le caractère collectif des ressources en eau pour les citoyens du Québec, proposait d'entreprendre la révision du cadre juridique concernant l'eau et s'engageait en faveur de la mise en œuvre d'une gestion intégrée de l'eau à l'échelle des bassins versants (ci-après la « GIEBV »).

C'est donc dans ce contexte « historico-légal » que le *Centre québécois du droit de l'environnement* a entrepris l'étude du projet de loi n° 92, à la recherche de précisions sur :

- le statut juridique de l'eau et les conséquences de ce statut sur la gestion de la ressource;
- l'encadrement légal de la gestion intégrée par bassin versant et la reconnaissance juridique de l'existence, du rôle et de la mission des organismes de bassin;
- la systématisation du droit québécois de l'eau.

Notre examen du projet de loi nous laisse, à certains égards, plutôt perplexes quant à la façon du législateur de répondre à ces enjeux, même si nous convenons que le projet de loi introduit certains concepts et éléments qui méritent effectivement droit de cité dans le régime québécois de protection de l'environnement.

1) Le régime d'autorisation des prélèvements d'eau

L'autorisation de prélèvement d'eau: un outil pour prévenir les conflits d'usages

Nous constatons qu'à ce jour, en matière de gouvernance de l'eau, il n'existait pas ou très peu de moyens pour permettre de *prévenir* les conflits d'usages, particulièrement lorsqu'il est question de prélèvements d'eau.

C'est pourquoi le CQDE estime que l'entrée en vigueur des dispositions prévues aux nouveaux articles 31.74 à 31.87 projetés à la *Loi sur la qualité de l'environnement* constitue une avancée importante, pour le Québec, en matière de protection de ses ressources en eau.

Le CQDE désire souligner la pertinence de ces dispositions dans le régime québécois de protection de l'environnement dont, plus particulièrement :

- i) le devoir du ministre d'« assurer la protection des ressources en eau, notamment en favorisant une gestion durable, équitable et efficace de ces ressources ainsi qu'en prenant en compte le principe de précaution et les effets du changement climatique » (art. 31.76);
- ii) la possibilité, pour le ministre ou le gouvernement selon le cas, d'ajouter des conditions particulières afin d'assurer une protection accrue de l'environnement, notamment des écosystèmes aquatiques ou des milieux humides (art. 31.78 et 31.79);
- iii) la durée de validité des autorisations qui est limitée à une période de 10 ans (art. 31.81), le CQDE voyant là une évolution majeure dans un régime où les autorisations avaient jusqu'ici vocation perpétuelle (!);
- iv) la possibilité, pour le ministre ou le gouvernement selon le cas, de suspendre ou révoquer définitivement une autorisation de prélèvement si un tel prélèvement « présente un risque sérieux pour la santé publique ou pour les écosystèmes aquatiques en raison d'informations nouvelles ou complémentaires devenues disponibles après cette autorisation, ou par suite d'une réévaluation des informations existantes sur la base de connaissances scientifiques nouvelles ou complémentaires » (art. 31.85 et 31.86);
- v) la précision selon laquelle toute suspension ou révocation d'une autorisation de prélèvement « ne donne lieu à aucune indemnité de la part de l'État » (art. 31.85 et 31.86).

Également, le CQDE apprécie la hiérarchisation des usages proposée au deuxième alinéa de l'article 31.76, même si nous croyons qu'il aurait été préférable de marquer davantage l'importance qui doit être accordée en priorité à la satisfaction des besoins humains et à la protection des écosystèmes aquatiques. Il faut en effet garder à l'esprit que sans eau pour nous abreuver ou pour supporter les écosystèmes aquatiques, tous les autres usages de l'eau nous apparaîtront alors bien futiles...

Des lacunes à corriger

Ceci dit, notre examen du régime d'autorisation des prélèvements d'eau nous laisse perplexes à bien des égards.

L'exception en faveur des barrages et des ouvrages de production électrique

Même si nous comprenons le parti pris historique en faveur de la production d'hydroélectricité au Québec, nous estimons qu'il doit être mis fin aux privilèges de cette industrie.

À l'heure où le gouvernement entend enfin doter le Québec d'outils modernes de protection de l'environnement, il nous apparaît incongru d'exempter ainsi les ouvrages destinés à dériver ou à retenir l'eau ou à produire de l'énergie hydroélectrique. À tout le moins, le CQDE est d'avis qu'il y aurait lieu de limiter dans le temps la durée de vie de nos barrages à 30 ans, comme cela est en vigueur chez nos voisins américains, quitte à procéder, au terme de cette échéance, à une réévaluation de la pertinence de l'ouvrage.

Recommandation CQDE #1 :

Le CQDE recommande que soit abrogée l'exception en faveur des ouvrages destinés à dériver ou à retenir l'eau ou à produire de l'énergie hydroélectrique prévue à l'article 31.74 L.Q.E. projeté.

La modernisation du régime québécois de protection de l'environnement

Le régime d'autorisation en matière de prélèvements d'eau proposé par le projet de loi n° 92 marque une évolution importante dans notre régime de protection de l'environnement, permettant ainsi au Québec, à certains égards, de rattraper son retard par rapport à d'autres juridictions.

Ceci dit, force nous est de constater que l'introduction de ces nouvelles dispositions au sein de la L.Q.E. engendre un certain déséquilibre avec les régimes d'autorisation déjà existants, notamment le régime d'autorisation de l'article 22.

C'est pourquoi le CQDE est d'avis que le gouvernement du Québec pourrait profiter de l'occasion qui lui est ici offerte pour procéder à une révision en profondeur du régime québécois de protection de l'environnement.

Proposition CQDE #1 :

Le CQDE propose que les principes introduits au sein de la Loi sur la qualité de l'environnement par le projet de loi n° 92 soient également appliqués aux autres volets de la loi, le gouvernement du Québec profitant ainsi de l'occasion qui lui est offerte de procéder à une modernisation en profondeur du régime québécois de protection de l'environnement.

Le rôle quasi-inexistant des citoyens et du public au sein du régime d'autorisation des prélèvements d'eau

Autre lacune importante du projet de loi n° 92, particulièrement en ce qui concerne le régime d'autorisation des prélèvements d'eau : le rôle et la participation des citoyens et du public y est réduit à une peau de chagrin.

On remarquera en effet que seul le dernier alinéa de l'article 31.77 aborde cette question. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'autoriser un prélèvement d'eau, il est demandé au ministre de « prendre en considération les observations que le public lui a communiquées relativement à ce prélèvement d'eau ». Cela est trop peu.

Pourtant, l'article 3 du projet de loi ne dit-il pas que « [l]a protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau *sont d'intérêt général* »?

Si tel est le cas, le public doit nécessairement être invité à prendre une part active au processus décisionnel avant que le ministre puisse autoriser un prélèvement d'eau. Pour ce faire, les citoyens et le public doivent :

- 1) être informés des projets de prélèvements d'eau et des demandes présentées au ministre. Ce droit à l'information doit être complet et transparent permettant ainsi aux citoyens intéressés d'avoir accès à l'ensemble de la documentation présentée au soutien d'une demande d'autorisation. Notre expérience de la procédure d'accès à l'information en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (L.R.Q., c. A-2.1) nous amène à rejeter cette voie procédurale, généralement longue et inefficace ;
- 2) avoir le droit d'être consultés et entendus dans le cadre de consultations publiques en bonne et due forme. À ce titre, le bureau d'audience publique en environnement (BAPE) pourrait certainement être mis à contribution.

Recommandation CQDE #2 :

Le CQDE est d'avis que toute demande d'autorisation pour un prélèvement d'eau doit faire l'objet d'un droit à l'information clair et transparent en faveur du public. L'ensemble de la documentation présentée au soutien d'une demande d'autorisation doit ainsi pouvoir être accessible aux citoyens qui en font la demande. De même, lorsque les circonstances le justifient, notamment en ce que le ministre aura reçu suffisamment de demandes en ce sens, des audiences publiques devraient être tenues.

2) Le statut juridique de l'eau et les conséquences de ce statut sur la gouvernance de l'eau

D'entrée de jeu, le premier article du projet de loi n° 92 aborde le statut juridique de l'eau au Québec :

« 1. Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise et qui ne peuvent être appropriées, sauf dans les conditions définies par la loi, dont le Code civil. »

Cet article affirme donc le caractère d'unicité de l'eau qui, soit-elle en surface ou souterraine, est une ressource qui fait partie « du patrimoine commun de la nation québécoise ».

Nous apprécions que le législateur clarifie définitivement qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les eaux de surface et souterraines : elles relèvent toutes du même statut juridique.

Maintenant, quel est ce statut juridique ? L'eau, serait donc partie du « patrimoine commun » de la « nation québécoise ». Qu'est-ce que cela ?

Le concept de « nation québécoise »

Passons rapidement sur le concept de « nation québécoise », ne serait-ce que pour dire que nous nous étonnons de voir un tel concept apparaître pour la première fois au sein du *corpus* législatif québécois dans une loi en matière d'environnement. Il nous serait en effet apparu plus pertinent que le concept de « nation québécoise » soit présenté et défini dans une loi portant plus spécifiquement sur ce sujet que dans une loi à portée environnementale.

Le concept de « patrimoine commun »

Mais il s'agissait ensuite d'ancrer le statut juridique de l'eau dans les principes de notre droit civil, tels qu'ils sont définis par le *Code civil du Québec* et, à ce sujet, nous estimons qu'en qualifiant les ressources en eau de « patrimoine commun » de la nation québécoise, le projet de loi n° 92, plutôt que régler définitivement le statut juridique de l'eau, ajoute à la confusion qui règne depuis trop longtemps.

Le *Code civil du Québec* nous apprend qu'il existe quatre catégories de biens : les *res nullius*, les *res privatae*, les *res communis* et les *res publicae*.

Il eut été souhaitable que le projet de loi n° 92 rattache le statut juridique de l'eau à l'une de ces catégories, les *res communis*, ce qu'il ne fait pas : le « patrimoine commun de la nation québécoise » n'est pas une catégorie de biens définie au *Code civil* et, dans ce sens, nous estimons que le projet de loi n° 92 risque d'ajouter à la confusion qui règne quant au statut juridique de l'eau au Québec.

Recommandation CQDE #3 :

Nous sommes d'avis que l'article 1 du projet de loi n° 92 pourrait être modifié afin d'affirmer encore plus clairement que l'eau, qu'elle soit en surface ou souterraine, est une chose commune, tel qu'en dispose l'article 913 du *Code civil du Québec*.

Les conséquences du statut juridique sur la gouvernance de l'eau

Ce statut de *chose commune* de l'eau entraîne cependant des conséquences importantes quant à sa gouvernance.

Résumons ainsi la chose : le bien du *domaine public* appelle une gestion par l'État – ainsi en va-t-il des forêts publiques – alors que la *chose commune* appelle une gestion par les *usagers* de la ressource, ainsi que le reconnaissait avec justesse la *Politique nationale de l'eau* :

« Une meilleure gouvernance de l'eau vise l'évolution du système actuel de gouverne, notamment par le développement et l'expression d'une vision globale, commune et partagée de l'eau *ainsi que par une plus grande participation des différents usagers à la prise de décision et à l'action*. Cette nouvelle façon de gouverner s'appuie sur :

- le leadership local et régional des acteurs de l'eau du bassin versant ainsi que sur le leadership du gouvernement du Québec;
- *la responsabilisation des acteurs de l'eau quant à leur propre gestion de la ressource et aux impacts de leurs décisions sur l'ensemble des autres usagers et des acteurs concernés dans une perspective à long terme et écosystémique;*
- la coordination et une *plus grande imputabilité* dans l'action de l'ensemble des acteurs de l'eau afin d'assurer la cohérence de la mise en œuvre de la réforme de la gouvernance de l'eau. » [Nos italiques]

D'où la gestion par bassin versant.

3) La gestion intégrée de l'eau par bassin versant

La gestion par bassin versant confirmée; l'existence des organismes de bassin enfin reconnue!

Le CQDE applaudit : enfin une loi québécoise confirme que la « gestion des ressources en eau doit être réalisée de manière intégrée et concertée » (Projet de loi n° 92, art. 11) à l'échelle des bassins versants.

Le projet de loi n° 92 reconnaît aussi l'existence des organismes de bassin qui, enfin, obtiennent une « légitimité législative » qui leur faisait cruellement défaut. De même, le projet de loi confirme l'existence des plans directeurs de l'eau (ci-après le « PDE ») qui, par bassin versant, permettront de dresser le portrait de l'eau. Il faut souligner que par une telle mesure, le Québec se donne enfin les moyens d'acquérir une connaissance de l'état de ses ressources en eau pour tous les bassins versants où un PDE sera réalisé et mis en œuvre.

Enfin, nous sommes d'accord avec le fait que le ministre approuve les PDE puisque cette mesure ajoutera à la légitimité et à la pertinence de l'exercice.

Le projet de loi n° 92 propose une GIEBV partielle

Cela dit, à propos de la gestion par bassin versant, le Rapport Beauchamp proposait :

« Pour concilier la gestion de l'eau et des milieux aquatiques avec le développement économique et le respect de l'environnement, la concertation des acteurs de l'eau est essentielle. Réunir tous les acteurs de l'eau et des milieux aquatiques dans chaque bassin, leur donner la parole *et leur déléguer la responsabilité décisionnelle* et les moyens d'action, c'est la base d'un système de gestion intégrée. Les acteurs de l'eau sont l'État, les élus locaux, les citoyens, les associations, les usagers industriels, agricoles et touristiques. Le défi de la concertation, c'est d'inventer et de pratiquer une gestion partagée et participative, fondée sur le respect des uns et des autres et sur la recherche du consensus. » [Nos italiques]

Nous sommes d'avis que le projet de loi n° 92 s'éloigne de cette proposition qui, pourtant, avait le mérite d'énoncer tous les éléments essentiels à la réussite d'une véritable gestion par bassin versant au Québec.

De fait, l'impression générale qui se dégage du projet de loi n° 92 nous amène à croire que le rôle des *usagers* dans la gouvernance de l'eau y est bien mince.

Replacer la GIEBV au cœur de la gouvernance de l'eau

La GIEBV et les municipalités

Ainsi, on constatera que le projet de loi demande aux municipalités (locales, régionales ou métropolitaines) de seulement *considérer* les éléments du PDE dans l'exercice de leurs compétences.

Or, comment pourra-t-on concilier la GIEBV avec la compétence *exclusive* des municipalités régionales de comté sur la gestion des cours d'eau, tel qu'en dispose la *Loi sur les compétences municipales* (L.R.Q., c. C-47.1, art. 103)?

Il eût été souhaitable que le projet de loi n° 92 précise ou formalise davantage la façon d'arrimer la GIEBV aux compétences municipales.

Le PDE et les autorisations de prélèvement d'eau

Enfin, il nous apparaît tout à fait incongru que le ministre, appelé à autoriser un prélèvement en eau, ne soit jamais tenu de prendre en compte le PDE (art. 31.77 *L.Q.E.* projeté), lorsqu'applicable.

En fait, comme nous l'expliquons ci-après, le CQDE estime que le PDE doit devenir la *clé de voute* de la gouvernance de l'eau. Ce document, cristallisant le consensus social autour des objectifs librement négociés et consentis de la gouvernance de l'eau, doit rallier tous les usagers et être mis en œuvre par eux.

Et les nappes d'eau souterraine dans tout ça?

Le gouvernement s'étant engagé sur la voie de la gestion par bassin versant pour les eaux de surface, nous croyons que les eaux souterraines doivent également faire l'objet d'une *gestion par nappe* dont la responsabilité revient en priorité aux usagers.

Recommandation CQDE #4 :

Tout comme l'eau de surface qui doit faire l'objet d'une gestion par bassin versant, il apparaît tout aussi cohérent de gérer les eaux souterraines par nappe.

4) Le cadre général de la gouvernance de l'eau

Gouvernance de l'eau et développement durable

Évidemment, le CQDE souligne avec satisfaction l'insertion des principes *utilisateur-payeur, de prévention et de réparation* au sein du cadre général de la gouvernance de l'eau.

Ceci dit, comment le projet de loi n° 92 peut-il passer sous silence le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes* (art. 6, m) *Loi sur le développement durable*) dans une loi destinée à établir le cadre général de la gouvernance de l'eau?

On admettra en effet qu'il ne saurait y avoir d'écosystèmes sans eau, particulièrement au Québec. D'où l'importance cruciale d'imbriquer le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes* au cœur de la gouvernance de l'eau. Il est incontournable que « les activités humaines doivent être respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité » (art. 6, m) *L.D.D.*.

Recommandation CQDE #5 :

Le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes*, prévu à l'article 6, paragraphe m) de la *Loi sur le développement durable* doit être ajouté à la liste des principes sur lesquels doit reposer la gouvernance de l'eau (section II du projet de loi n° 92).

Les deux piliers d'un régime de protection de l'environnement révisé devront être la *gestion intégrée de l'eau par bassin versant* et le *respect de la capacité de support des écosystèmes*.

Réussir la GIEBV, c'est réussir la protection de l'environnement, puisque dans le cadre d'une telle approche globale les milieux humides, les écosystèmes aquatiques, mais également les écosystèmes terrestres – qui ne peuvent se passer d'eau – doivent être pris en compte.

L'absence de vision holistique dont souffre actuellement le projet de loi n° 92 pourrait ainsi être corrigé en y insérant le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes*.

Intégrer la hiérarchie des usages au sein du cadre général de la gouvernance de l'eau

Dans la continuité de ce qui précède, le CQDE est d'avis que la hiérarchie des usages, proposée à l'article 31.76 *L.Q.E.* projeté, devrait être intégrée au cadre général de la gouvernance de l'eau de façon à s'imposer à tous les usagers de l'eau et, plus particulièrement, afin qu'elle soit respectée au moment de l'élaboration des plans directeurs de l'eau.

Recommandation CQDE #6 :

Le projet de loi n° 92 doit proposer, au sein même du cadre général de la gouvernance de l'eau, une hiérarchie des usages qui devra être respectée de tous les usagers de l'eau dont, plus particulièrement, les organismes de bassin au moment de l'élaboration de leur plan directeur de l'eau et dans sa mise en œuvre.

Le plan directeur de l'eau : clé de voûte de la gouvernance de l'eau

À l'heure où le Québec est sensé avoir entrepris le virage du développement durable, nous constatons au terme de notre analyse du projet de loi n° 92, non sans surprise, que ce projet de loi favorise encore la gestion en silo. D'un côté, il y a le régime d'autorisation des prélèvements d'eau, centralisé entre les mains du ministre, de l'autre, les acteurs du milieu – les usagers de l'eau – réunis au sein d'organismes de bassin et à qui on demande de susciter le consensus et l'adhésion autour des objectifs du plan directeur de l'eau.

Entre les deux? Il y a ce lien, ténu, du PDE approuvé par le ministre, sans plus de conséquence.

Or, le plan directeur de l'eau doit devenir la pièce majeure autour de laquelle s'articulera la gouvernance de l'eau.

Rappelons-en l'essence : le PDE est en fait la cristallisation du consensus social, exprimé par les acteurs de l'eau quant à la gouvernance de l'eau dans un bassin versant donné.

Qui sont ces acteurs de l'eau et comment participent-ils à la gouvernance de l'eau? Le Rapport Beauchamp indiquait :

« Les acteurs de l'eau sont l'État, les élus locaux, les citoyens, les associations, les usagers industriels, agricoles et touristiques. Le défi de la concertation, c'est d'inventer et de pratiquer une gestion partagée et participative, fondée sur le respect des uns et des autres et sur la recherche du consensus. »¹

L'élaboration d'un PDE est un exercice ardu, mais nécessaire. Une fois adopté par le groupe des usagers, il appartient à chacun de mettre en œuvre les éléments du PDE auxquels *ils se sont librement et volontairement engagés*. Pour le producteur agricole qui s'est engagé à respecter intégralement la bande riveraine le long des cours d'eau qui sillonnent sa propriété, c'est facile : il évite le fauchage et l'empiètement dans cette zone; pour l'industrie qui s'est engagée à réduire ses rejets, elle investit dans la recherche et le développement et dans l'achat d'équipements plus performant. Pour le simple citoyen qui s'est engagé à économiser l'eau, il évite d'arroser son entrée de garage! Personne n'est obligé, tous réalisent volontairement leurs engagements au sens du PDE².

Reste les acteurs étatiques – municipalités et gouvernement – qui, sans geste « officiel », ne peuvent simplement « faire » quelque chose.

¹ COMMISSION SUR LA GESTION DE L'EAU AU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, Tome I, p. 47.

² Le CQDE désire néanmoins mentionner que dans certains cas, les engagements découlant d'un PDE peuvent donner lieu à la conclusion d'ententes « judiciarisables », particulièrement lorsque ces engagements nécessitent des investissements financiers importants (par ex. des ouvrages de revégétalisation des berges par génie végétal : on obligera le respect de l'intégrité de la bande riveraine ainsi recréée).

La mise en œuvre du PDE par les municipalités

Ainsi, par exemple, une municipalité ne peut s'exprimer autrement que par résolution ou règlement. C'est pourquoi si une municipalité veut *traduire* en actions concrètes les éléments d'un PDE auxquels elle s'est engagée, elle n'aura d'autre choix que d'adopter des règlements ou de modifier ceux déjà existants, notamment ceux d'urbanisme.

Dans tous les cas,

Recommandation CQDE #7 :

Le CQDE est d'avis qu'il y a lieu d'apporter une modification législative, vraisemblablement à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, pour faire en sorte que les municipalités soient tenues d'inclure dans leurs règlements d'urbanismes ou autres, tout engagement auquel elles auront souscrit dans le cadre d'un plan directeur de l'eau adopté et en vigueur sur leur territoire.

Qu'on se comprenne bien, il ne s'agit pas d'*imposer* le PDE aux municipalités mais bien de leur donner le moyen de traduire leurs engagements auxquels elles auront par ailleurs *librement consenti* au moment de son élaboration.

D'ailleurs, le législateur pourrait bien s'inspirer, en cela, de l'article 53.24 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui, en matière de gestion des matières résiduelles, prévoit une mécanique similaire pour engager les municipalités dans la mise en œuvre du plan de gestion des matières résiduelles en vigueur sur leur territoire. L'article 53.24 *L.Q.E.* dispose ainsi :

« **53.24.** Un plan de gestion en vigueur *lie* les municipalités locales dont le territoire est compris dans son territoire d'application.

Les municipalités locales liées par le plan de gestion sont tenues de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre du plan sur leur territoire.

Elles sont également tenues, dans les 12 mois suivant l'entrée en vigueur du plan, de *mettre leur réglementation en conformité avec les dispositions du plan.* » [Nos italiques]

Le respect du PDE par le ministre et le gouvernement

De même en va-t-il du ministre et du gouvernement qui devraient également être tenus de *respecter* un plan directeur de l'eau existant lorsqu'ils sont appelés à prendre une décision dans le cadre de l'exercice de leurs compétences, notamment dans le cadre des articles concernant les prélèvements d'eau.

Encore ici, les dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* sur la gestion des matières résiduelles peuvent nous servir d'inspiration. L'article 53.27 *L.Q.E.* prévoit en effet :

« **53.27.** Lorsqu'ils ont pour objet l'établissement, l'agrandissement ou une autre modification d'une installation de récupération, de valorisation ou d'élimination des matières résiduelles, *les pouvoirs d'autorisation attribués par la présente loi au gouvernement ou au ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs doivent être exercés dans le respect des dispositions de tout plan de gestion en vigueur sur le territoire d'une municipalité régionale.* » [Nos italiques]

Rappelons que le ministre *approuve* les PDE (Projet de loi n° 92, art. 13). Il nous semble n'être que juste mesure qu'il en respecte ensuite le contenu. Pareil pour le gouvernement.

Aussi,

Recommandation CQDE #8 :

Le CQDE recommande que l'article 31.77 L.Q.E. projeté soit modifié afin d'obliger le ministre à respecter, lorsque applicable, les dispositions de tout plan directeur de l'eau en vigueur sur le territoire concerné par la décision qu'il s'apprête à rendre en matière d'autorisation de prélèvement d'eau. La même règle doit également être appliquée à toute décision du gouvernement en la matière.

Nous estimons que la boucle serait ainsi bouclée. Le PDE serait alors véritablement placé au centre de la gouvernance de l'eau, les silos seraient décloisonnés et le Québec lancé en avant, au cœur d'un développement de plus en plus durable.

RECOMMANDATIONS DU CQDE

Recommandation CQDE #1 :

Le CQDE recommande que soit abrogée l'exception en faveur des ouvrages destinés à dériver ou à retenir l'eau ou à produire de l'énergie hydroélectrique prévue à l'article 31.74 *L.Q.E.* projeté.

Recommandation CQDE #2 :

Le CQDE est d'avis que toute demande d'autorisation pour un prélèvement d'eau doit faire l'objet d'un droit à l'information clair et transparent en faveur du public. L'ensemble de la documentation présentée au soutien d'une demande d'autorisation doit ainsi pouvoir être accessible aux citoyens qui en font la demande. De même, lorsque les circonstances le justifient, notamment en ce que le ministre aura reçu suffisamment de demandes en ce sens, des audiences publiques devraient être tenues.

Recommandation CQDE #3 :

Nous sommes d'avis que l'article 1 du projet de loi n° 92 pourrait être modifié afin d'affirmer encore plus clairement que l'eau, qu'elle soit en surface ou souterraine, est une chose commune, tel qu'en dispose l'article 913 du *Code civil du Québec*.

Recommandation CQDE #4 :

Tout comme l'eau de surface qui doit faire l'objet d'une gestion par bassin versant, il apparaît tout aussi cohérent de gérer les eaux souterraines par nappe.

Recommandation CQDE #5 :

Le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes*, prévu à l'article 6, paragraphe *m)* de la *Loi sur le développement durable* doit être ajouté à la liste des principes sur lesquels doit reposer la gouvernance de l'eau (section II du projet de loi n° 92).

Recommandation CQDE #6 :

Le projet de loi n° 92 doit proposer, au sein même du cadre général de la gouvernance de l'eau, une hiérarchie des usages qui devra être respectée de tous les usagers de l'eau dont, plus particulièrement, les organismes de bassin au moment de l'élaboration de leur plan directeur de l'eau et dans sa mise en œuvre.

Recommandation CQDE #7 :

Le CQDE est d'avis qu'il y a lieu d'apporter une modification législative, vraisemblablement à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, pour faire en sorte que les municipalités soient tenues d'inclure dans leurs règlements d'urbanismes ou autres, tout engagement auquel elles auront souscrit dans le cadre d'un plan directeur de l'eau adopté et en vigueur sur leur territoire.

Recommandation CQDE #8 :

Le CQDE recommande que l'article 31.77 *L.Q.E.* projeté soit modifié afin d'obliger le ministre à respecter, lorsque applicable, les dispositions de tout plan directeur de l'eau en vigueur sur le territoire concerné par la décision qu'il s'apprête à rendre en matière d'autorisation de prélèvement d'eau. La même règle doit également être appliquée à toute décision du gouvernement en la matière.

PROPOSITIONS DU CQDE

Proposition CQDE #1 :

Le CQDE propose que les principes introduits au sein de la *Loi sur la qualité de l'environnement* par le projet de loi n° 92 soient également appliqués aux autres volets de la loi, le gouvernement du Québec profitant ainsi de l'occasion qui lui est offerte de procéder à une modernisation en profondeur du régime québécois de protection de l'environnement.

Proposition CQDE #2

Si le CQDE avait eu le privilège de proposer un projet de loi concernant la gouvernance de l'eau, voici ce que nous aurions proposé :

1. L'eau est chose commune dont l'usage est partagé entre ceux qui ont droit d'y accéder.

Les droits d'usage qui peuvent être exercés sur l'eau sont égaux et concurrents.

2. L'eau est gérée par bassin versant ou par nappe phréatique, selon le cas.

3. Les principes pertinents de la *Loi sur le développement durable* sont applicables à la gouvernance de l'eau.

4. Les usagers de l'eau peuvent constituer un organisme responsable d'assurer la gouvernance de l'eau sur un bassin versant ou une nappe phréatique.

Un tel organisme est constitué selon les dispositions pertinentes de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*.

Il prend le nom de Comité de bassin de (*ajouter le nom de la RCP*) ou Comité de nappe de (*ajouter le nom de la RCP*), selon le cas.

5. La gouvernance de l'eau est mise en œuvre au moyen d'un plan directeur de l'eau.

Le plan directeur de l'eau est élaboré par les usagers de l'eau regroupés au sein d'un comité de bassin ou de nappe.

Le comité de bassin ou de nappe assure la mise en œuvre du plan directeur de l'eau auprès des parties contractantes; il offre un soutien logistique et assure la coordination des actions.

6. Les engagements pris par un usager aux termes d'un plan directeur de l'eau peuvent être inscrits contre un immeuble et doivent alors être publiés au registre foncier.

Tout tel engagement prend alors la forme d'une restriction d'usage.

7. Le ministre est d'office un usager de l'eau sur tout le territoire du Québec.

De ce fait, il peut participer à l'élaboration de tout plan directeur de l'eau.

Il peut également faire connaître à tout comité de bassin ou de nappe ses orientations particulières pour la ressource commune partagée, lesquelles doivent être prises en compte dans le plan directeur de l'eau.

Il approuve le plan directeur de l'eau qui entre alors en vigueur sur le territoire concerné.

8. Le ministre est responsable d'assurer la qualité de l'eau et de la conserver en quantité, conformément aux dispositions de la présente loi et de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

Modification de concordance à ajouter dans la *Loi sur l'aménagement et à l'urbanisme*

Tout engagement auquel une municipalité a souscrit dans le cadre d'un plan directeur de l'eau adopté et en vigueur sur son territoire doit être inclus dans ses règlements d'urbanisme, ou autres.

PRÉSENTATION DU CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Né sous l'impulsion d'un groupe de juristes intéressés par les aspects juridiques des enjeux environnementaux, le *Centre québécois du droit de l'environnement* (CQDE) a été fondé en 1989. Depuis maintenant 15 ans, le CQDE joue un rôle actif au sein de la société québécoise en intervenant dans les débats environnementaux importants qui animent l'actualité.

Notamment, le CQDE participe aux consultations gouvernementales portant sur diverses réformes législatives et réglementaires. Cette implication a donné lieu à plus de quarante mémoires et analyses juridiques à l'attention de commissions parlementaires, du Sénat et des ministres concernés.

Le CQDE offre également des conférences en droit de l'environnement à l'intention des professionnels en environnement et du grand public. Il peut s'agir de cours sur des questions intéressant le citoyen, de séminaires sur des questions juridiques pointues ou de déjeuners-causeries sur les aspects juridiques de grands dossiers d'actualité. Depuis sa fondation, le CQDE dispense ainsi de l'information juridique à des citoyens et des groupes de protection de l'environnement, leur permettant de faire la lumière sur les dimensions juridiques des problèmes environnementaux auxquels ils font face.

Enfin, lorsque approprié, le CQDE agit devant les instances judiciaires pour favoriser le développement d'une jurisprudence progressiste dans les domaines juridiques liés à l'environnement. À cet égard, l'expertise du CQDE et de ses juristes en matière de droit de l'environnement a été reconnue par la Cour du Québec lorsqu'elle a accueilli une demande d'intervention du CQDE pour représenter l'intérêt public en précisant que

« [...] le Centre (CQDE) est un groupe possédant les connaissances et expertises particulières appropriées pour aider la cour et il est d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice d'accorder l'intervention. Est-il besoin de souligner que le procureur général consent à la demande d'intervention du Centre et que ce faisant, il manifeste son intérêt pour que ce groupe de juristes et d'autres personnes puissent éclairer le tribunal au mérite, lorsque ces questions seront décidées en finale. »³

Cette reconnaissance de la compétence du CQDE par le procureur général du Québec et par la Cour du Québec confirme la vocation de notre organisme en droit québécois de l'environnement.

Encore plus récemment, la Cour suprême du Canada a accordé au CQDE le droit d'intervenir dans une affaire touchant le droit de l'environnement afin que notre organisme puisse présenter ses commentaires sur la juste interprétation de l'article 976 du *Code civil du Québec*, en matière de troubles de voisinage⁴.

³ *Goodfellow Inc. c. Goulet*, [1994] C.A.I. (C.Q.).

⁴ *Ciment du Saint-Laurent c. Barette*, audition le 27 mars 2008; Coram: La juge en Chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

Mission

Le *Centre québécois du droit de l'environnement*, un organisme à but non lucratif, s'est donné pour mission de promouvoir les outils juridiques et les pratiques environnementales responsables. Dans l'intérêt collectif, il privilégie le développement de modes de gestion de l'environnement qui placent l'action citoyenne au cœur des mécanismes de protection de la qualité de nos milieux de vie.

Vision

Dans la poursuite de sa mission, l'engagement du CQDE repose sur une vision pragmatique et progressiste du droit de l'environnement. De manière générale, le CQDE, seul organisme offrant une expertise indépendante, non partisane, en matière de droit de l'environnement au Québec, aborde ce domaine du droit à travers le prisme de la prévention et de la sensibilisation. Il privilégie ainsi les interventions axées sur l'information, de manière à favoriser l'action citoyenne et publique en amont des problématiques.

La vision du CQDE repose essentiellement sur quatre axes qui guident les représentants de l'organisme dans l'atteinte de sa mission. Ces axes sont :

- Prévention
- Précaution
- Subsidiarité
- Innovation

INTRODUCTION ET CONTEXTE DE L'INTERVENTION DU CQDE

Huit ans après le *Rapport de la commission sur la gestion de l'eau au Québec* (ci-après la « Commission Beauchamp »)⁵, six ans après la *Politique nationale de l'eau*, le gouvernement du Québec nous présente enfin un projet de loi visant à « affirmer le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection ». Le moins qu'on puisse dire, c'est que ce projet de loi était attendu depuis longtemps.

C'est fort de son mémoire⁶ présenté dans le cadre de la Commission Beauchamp, et de son étude de l'évolution du droit depuis, que le *Centre québécois du droit de l'environnement* (ci-après le « CQDE ») désire aujourd'hui commenter le projet de loi n° 92. D'ailleurs, nous emprunterons librement certains passages de ce mémoire dans le cadre du présent commentaire, dans la mesure où les propos présentés à l'époque nous apparaissent tout aussi pertinents aujourd'hui.

Il faut en effet se rappeler qu'un des enjeux importants soulevés par la Commission Beauchamp concernait la nécessité, pour le Québec, de se doter d'une loi-cadre sur la gouvernance de l'eau. La Commission écrivait alors :

« Le Québec doit établir un véritable droit de l'eau dont la pièce maîtresse sera une loi-cadre sur l'eau et les milieux aquatiques. Elle instituera les mécanismes, les outils et les formes de financement de la gestion de l'eau et leur donnera une assise juridique. *Elle sera aussi le lieu de départ de la concordance législative et réglementaire.* Dans une approche de développement durable, cette loi aura pour objet d'encadrer l'ensemble du domaine de l'eau et des milieux aquatiques. Elle établira les principes généraux de la gestion des ressources en eau et des milieux aquatiques : l'eau patrimoine commun de l'humanité, la durabilité, la concertation des acteurs, la gestion équilibrée des milieux naturels et des usages, la prudence et le partage équitable du coût de l'eau entre les usagers et les pollueurs. Elle fixera les orientations relatives au maintien de la qualité, à la préservation, à l'utilisation, à la conservation et à la mise en valeur. Elle instituera les structures administratives souples nécessaires à la gestion des ressources en eau et des milieux aquatiques. *Elle donnera un statut juridique aux outils de planification et de gestion : le comité de bassin, le schéma directeur de l'eau et le mécanisme de financement, soit une redevance pour les usages industriels et commerciaux.* La participation du public aux décisions relatives aux ressources en eau et aux milieux aquatiques sera aussi inscrite dans la loi comme exigence. *Elle clarifiera le statut juridique de l'eau souterraine et de surface et du lit des cours d'eau. Elle précisera les droits d'accès et les droits d'usage des riverains.* Elle affirmera et officialisera l'intervention du Québec sur le Saint-Laurent.

La loi-cadre sur l'eau et les milieux aquatiques interdira l'exportation de l'eau en vrac ainsi que les prélèvements des bassins québécois pour des transferts vers des

⁵ COMMISSION SUR LA GESTION DE L'EAU AU QUÉBEC, *L'eau, ressource à protéger, partager et mettre en valeur*, Tomes I et II, Québec, Bureau d'audience public en environnement, 2000.

⁶ Jean-François GIRARD *et al.*, « La gestion de l'eau au Québec – Aspects juridiques et institutionnels », Montréal, Centre québécois du droit de l'environnement, 1999, 160 pages.

bassins à l'extérieur du territoire du Québec. Elle remplacera la désuète *Loi sur le régime des eaux*. »⁷ [Nos italiques]

Et, avec beaucoup d'à propos, la Commission d'ajouter :

« Notre régime actuel de l'eau est formé de règles issues de sources diverses, pour la plupart anciennes et qui n'ont jamais été systématisées. Il a été élaboré par des apports successifs qui ont été juxtaposés dans le temps, créant ainsi des droits et des obligations sans modifier la plupart du temps les situations juridiques acquises. C'est pourquoi le chantier et le défi, c'est la systématisation du droit québécois de l'eau et des milieux aquatiques. »⁸

C'est notamment à cette aune qu'il faut analyser la portée et l'efficacité du projet de loi n° 92.

Il était aussi question à cette époque, plus particulièrement, du statut juridique de l'eau qui, mentionnait-on alors, méritait d'être clarifié. En effet, si la plupart des commentateurs s'entendaient pour dire que les eaux de surface sont *choses communes* (*res communis*), plusieurs juristes soutenaient cependant que les eaux souterraines relevaient du domaine de la propriété privée.

Le CQDE, pour sa part, plaidait déjà pour l'unicité du statut juridique de l'eau qui, qu'elle soit en surface ou souterraine, est une *chose commune* (*res communes*), tel qu'en dispose d'ailleurs l'article 913 du *Code civil du Québec*.

Face aux incertitudes qui persistaient, la Commission écrivait :

« Pour ce qui est des nombreuses lois et des divers règlements du Québec qui visent l'eau souterraine, il semble qu'ils réussissent peu à établir clairement le statut de l'eau souterraine. D'où de nombreux conflits. Pour plusieurs personnes, l'approche juridique actuelle est complexe et incohérente. »⁹

D'entrée de jeu, la *Politique nationale de l'eau*, qui faisait ainsi suite à la Commission Beauchamp, affirmait donc le caractère collectif des ressources en eau pour les citoyens du Québec, répondant ainsi à l'une des recommandations fondamentales du rapport de la Commission. Ainsi, dans les faits saillants de la *Politique*, on peut lire :

« Le gouvernement tient d'abord à réaffirmer, à travers la Politique nationale de l'eau, sa volonté de reconnaître la ressource eau comme une richesse de la société québécoise faisant partie intégrante du patrimoine collectif. *Le Code civil du Québec reconnaît que l'eau, qu'elle soit de surface ou souterraine, est une chose commune*, sous réserve des droits d'utilisation ou des droits limités d'appropriation qui peuvent être reconnus. *Ce statut de chose commune* implique que tous les membres de la col-

⁷ COMMISSION SUR LA GESTION DE L'EAU AU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, Tome I, p. 117.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*, Tome II, pp. 35 et 36.

lectivité ont le droit d'avoir accès à l'eau et d'en faire un usage conforme à sa nature; que l'État a la responsabilité de réglementer les usages de l'eau, d'établir les choix de son utilisation ainsi que d'en préserver la qualité et la quantité dans l'intérêt général. En ce sens, le gouvernement entend disposer des outils nécessaires, en cas de conflit, afin de faire prévaloir sur d'autres usages le droit essentiel des individus d'avoir accès à l'eau pour répondre à leurs besoins fondamentaux. »¹⁰ [Nos italiques]

Aux termes de la *Politique*, donc, l'eau constitue une richesse de la société québécoise et fait partie intégrante de notre *patrimoine collectif*, ces deux derniers mots devant ici être compris dans leur sens courant, c'est-à-dire comme l'ensemble des biens, l'héritage commun d'une collectivité. En cela, la *Politique* s'inscrit dans l'air du temps et joint les rangs de ceux qui clament que l'eau est « patrimoine commun de l'humanité ». Si nous adhérons à ce principe, nous estimons que dans l'état actuel des choses, il relève plus de la sociologie que du droit.

Du point de vue strictement juridique, par contre, la *Politique* se montrait claire : selon les principes de notre droit civil, tels que colligés dans le *Code civil du Québec*, l'eau qu'elle soit de surface ou souterraine, est une chose commune. De ce statut, découlent les deux conséquences suivantes :

1. tous les membres de la collectivité ont le droit d'avoir accès à l'eau et d'en faire un usage conforme à sa nature;
2. l'État a la responsabilité de réglementer les usages de l'eau, d'établir les choix de son utilisation ainsi que d'en préserver la qualité et la quantité dans l'intérêt général.¹¹

Ceci étant affirmé, il fallait encore en définir le cadre légal. C'est pourquoi le gouvernement s'engageait alors à « entreprendre la révision du cadre juridique concernant l'eau et développer les outils légaux nécessaires à la mise en œuvre de la *Politique* »¹².

Cette révision du cadre juridique concernant la gouvernance de l'eau apparaissait d'autant plus pertinente que, du même souffle, la *Politique* faisait écho à une autre recommandation importante de la Commission Beauchamp, soit celle de favoriser la mise en œuvre d'une gestion intégrée de l'eau à l'échelle des bassins versants (ci-après la « GIEBV ») :

« La gestion intégrée de l'eau par bassin versant constitue un axe d'intervention majeur de la présente *Politique nationale de l'eau*. Ce mode de gestion se caractérise par une approche territoriale qui définit le bassin versant en tant qu'unité de gestion des plans d'eau. Cette approche se base aussi sur une très bonne connaissance des phénomènes naturels et anthropiques du bassin versant, ce qui permet de mieux comprendre et d'expliquer les problèmes relatifs à la quantité ou à la qualité de l'eau et, ainsi, de déterminer les solutions d'intervention les mieux adaptées. Enfin, cette approche de gestion repose sur la concertation de l'ensemble des acteurs de l'eau

¹⁰ MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT DU QUÉBEC, *Politique nationale de l'eau – Faits saillants*, Gouvernement du Québec, 2002, p. 5.

¹¹ *Id.*

¹² *Politique nationale de l'eau*, Engagement n° 1, de l'Orientation 1 portant sur la réforme de la gouvernance de l'eau.

concernés : (municipalités ou MRC, groupes de citoyens, usagers du bassin versant, ministères ou organismes du gouvernement) et sur une meilleure intégration des multiples intérêts, usages, préoccupations et moyens d'action des forces vives du milieu. »¹³

Même si plusieurs organismes de bassin, notamment sur les rivières L'Assomption (CARA), Richelieu (COVABAR), Chaudière (COBARIC) ou Sainte-Anne (CAPSA), pour ne nommer que ceux-là, n'avait pas attendu la *Politique* pour commencer à implanter la gestion par bassin versant dans leur région, il est indéniable que l'adoption de celle-ci par le gouvernement du Québec et les efforts consentis pour soutenir les organismes existants ou en créer de nouveaux sur les 33 rivières alors jugées prioritaires, ont fortement contribué à l'essor de la GIEBV au Québec au cours des dernières années.

La chose est d'autant plus remarquable que le concept de gestion par bassin versant, de même que les organismes de bassin, n'ont jamais eu droit jusqu'à ce jour à une reconnaissance législative de leur existence, le législateur ayant d'ailleurs raté une belle occasion de ce faire au moment de l'adoption de la *Loi sur les compétences municipales* (L.R.Q., c. C-47.1; ci-après « *L.C.M.* ») alors qu'il a attribué une compétence *exclusive* aux municipalités régionales de comté quant à la gestion des cours d'eau¹⁴. Nous y reviendrons.

C'est donc dans ce contexte « historico-légal » que le *Centre québécois du droit de l'environnement* a entrepris l'étude du projet de loi n° 92, à la recherche de précisions sur :

- le statut juridique de l'eau et les conséquences de ce statut sur la gestion de la ressource;
- l'encadrement légal de la gestion intégrée par bassin versant et la reconnaissance juridique de l'existence, du rôle et de la mission des organismes de bassin;
- la systématisation du droit québécois de l'eau.

Notre examen du projet de loi nous laisse, à certains égards, plutôt perplexes quant à la façon du législateur de répondre à ces enjeux, même si nous convenons que le projet de loi introduit certains concepts et éléments qui méritent effectivement droit de cité dans le régime québécois de protection de l'environnement.

Aussi, nos commentaires sur le projet de loi n° 92 porteront sur les éléments suivants :

- 1) Le régime d'autorisation des prélèvements d'eau
- 2) Le statut juridique de l'eau
- 3) La gestion intégrée de l'eau par bassin versant
- 4) Le cadre général de la gouvernance de l'eau

¹³ *Politique nationale de l'eau – Faits saillants*, p. 8.

¹⁴ À ce sujet, voir Jean-François GIRARD, *Loi sur les compétences municipales (Projet de loi n° 62)*, mémoire du Centre québécois du droit de l'environnement, Montréal, Centre québécois du droit de l'environnement, février 2005.

ANALYSE DU PROJET DE LOI N° 92

1) Le régime d'autorisation des prélèvements d'eau

1.1) L'intervention du Droit lorsque surgissent les conflits d'usages

Il est de l'essence du Droit de n'intervenir que là où surgissent les conflits d'usages. En effet, lorsqu'une ressource est si abondante que tous y ont accès sans qu'il soit nécessaire d'exclure quelque usager que ce soit (concept de *non-excluabilité*) et sans que l'usage de l'un affecte l'usage des autres (concept de *non-rivalité*), bref lorsqu'aucun conflit d'usages ne pointe à l'horizon, le Droit n'intervient généralement pas. En effet, il n'y a pas lieu, alors, d'élaborer et de mettre en œuvre des règles qui permettraient un arbitrage de ces conflits, actuels ou potentiels. Rémond-Gouilloud écrit : « [la chose précieuse] suscite l'adoption de textes protecteurs. Sans utilité, ou en quantité suffisante pour tous, elle ne suscite aucun intérêt, et aucun texte n'empêche de la faire disparaître. »¹⁵

Ainsi en est-il, par exemple, de l'espace aérien : ce n'est qu'avec l'accroissement de la circulation aérienne que les États ont senti le besoin de partager, au moyen de conventions internationales, l'utilisation de cet espace et que l'on a assisté à l'avènement d'une réglementation étoffée pour régir ce domaine. Tant qu'il y a peu d'avions ou d'aéronefs en circulation au-dessus de nos têtes, nul besoin était pour le Droit d'intervenir en la matière.

On assiste un peu au même phénomène en matière de gestion des eaux au Québec. Jusqu'à tout récemment, l'eau était une ressource abondante et, dans l'esprit de certains, quasi-inépuisable. Comme il y avait assez d'eau pour satisfaire les besoins de tous et chacun, peu se souciaient d'établir un code de gestion intégrée des ressources hydriques. Mais, graduellement, les citoyens commencent à constater des atteintes à la qualité de l'eau, résultat d'une révolution industrielle réalisée au détriment de l'environnement. D'autres se rendent compte que la rivière où ils canotaient allègrement par-delà les rapides n'est plus maintenant qu'un mince filet d'eau, résultat d'un barrage hydroélectrique qui fournit en énergie une partie de la population. D'autres, encore, constatent qu'il n'y a plus d'eau dans leur puits, résultat du pompage massif de l'usine d'eau embouteillée du coin et qui s'alimente à même la nappe phréatique. Ainsi, peu à peu, surgissent çà et là des conflits d'usages entre les différents utilisateurs des ressources en eau. Il n'en fallait pas plus pour qu'on constate que l'eau est une ressource fragile et vitale pour et que l'on commence à s'interroger sur la qualité et la quantité de nos ressources hydriques, qu'elles soient en surface ou souterraines.

Le Droit répond généralement en réaction aux conflits d'usages. Déjà, le *Code civil* ouvre-t-il une porte à l'intervention du législateur en matière d'arbitrage des conflits d'usages relatifs à l'utilisation de l'eau. C'est en effet ce qu'avance l'article 913 *C.c.Q.* lorsqu'il énonce que l'usage des *res communes* peut être régi par certaines lois d'intérêt général. Les articles 979 à 982 *C.c.Q.* apportent aussi leur contribution pour permettre un *arbitrage* des conflits d'usage, mais force est de constater que ces dispositions permettent d'agir *ex post facto*, c'est-à-dire en réparation après la survenance des événements qui permettent d'invoquer ces dispositions.

¹⁵ Martine RÈMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire – essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 47-48. [Nos italiques]

Nous constatons cependant qu'à ce jour, en matière de gouvernance de l'eau, il n'existait pas ou très peu de moyens pour permettre de *prévenir* les conflits d'usages, particulièrement lorsqu'il est question de prélèvements d'eau.

C'est ce vide que les nouvelles dispositions des articles 31.74 à 31.87, que le projet de loi n° 92 propose d'ajouter à la *Loi sur la qualité de l'environnement* (L.R.Q., c. Q-2, ci-après parfois appelée « *L.Q.E.* »), viendront combler, permettant ainsi une intervention afin de *prévenir* les conflits d'usages.

1.2) L'autorisation de prélèvement d'eau: un outil pour prévenir les conflits d'usages

Si, nous venons d'en faire état, le *Code civil du Québec* permet un certain *arbitrage* des conflits d'usages, arbitrage qui intervient nécessairement après l'émergence desdits conflits, on doit s'attendre de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qu'elle en permette la prévention.

C'est en effet là un des rôles que doit jouer la Loi.

Or, jusqu'à ce jour, nous constatons que les modes de préventions des conflits d'usages, en ce qui concerne les prélèvements d'eau de surface ou souterraine étaient à peu près inexistant.

C'est pourquoi le CQDE estime que l'entrée en vigueur des dispositions prévues aux nouveaux articles 31.74 à 31.87 projetés à la *Loi sur la qualité de l'environnement* constitue une avancée importante, pour le Québec, en matière de protection de ses ressources en eau.

Le CQDE désire souligner la pertinence de ces dispositions dans le régime québécois de protection de l'environnement dont, plus particulièrement :

- i) le devoir du ministre d'« assurer la protection des ressources en eau, notamment en favorisant une gestion durable, équitable et efficace de ces ressources ainsi qu'en prenant en compte le principe de précaution et les effets du changement climatique » (art. 31.76);
- ii) la possibilité, pour le ministre ou le gouvernement selon le cas, d'ajouter des conditions particulières afin d'assurer une protection accrue de l'environnement, notamment des écosystèmes aquatiques ou des milieux humides (art. 31.78 et 31.79);
- iii) la durée de validité des autorisations qui est limitée à une période de 10 ans (art. 31.81), le CQDE voyant là une évolution majeure dans un régime où les autorisations avaient jusqu'ici vocation perpétuelle (!);
- iv) la possibilité, pour le ministre ou le gouvernement selon le cas, de suspendre ou révoquer définitivement une autorisation de prélèvement si un tel prélèvement « présente un risque sérieux pour la santé publique ou pour les écosystèmes aquatiques en raison d'informations nouvelles ou complémentaires devenues disponibles après cette autorisation, ou par suite d'une réévaluation des informations existantes sur la base de connaissances scientifiques nouvelles ou complémentaires » (art. 31.85 et 31.86);

- v) la précision selon laquelle toute suspension ou révocation d'une autorisation de prélèvement « ne donne lieu à aucune indemnité de la part de l'État » (art. 31.85 et 31.86).

Également, le CQDE apprécie la hiérarchisation des usages proposée au deuxième alinéa de l'article 31.76, même si nous croyons qu'il aurait été préférable de marquer davantage l'importance qui doit être accordée en priorité à la satisfaction des besoins humains et à la protection des écosystèmes aquatiques. Il faut en effet garder à l'esprit que sans eau pour nous abreuver ou pour supporter les écosystèmes aquatiques, tous les autres usages de l'eau nous apparaîtront alors bien futiles...

1.3) Des lacunes à corriger

Ceci dit, notre examen du régime d'autorisation des prélèvements d'eau nous laisse perplexes à bien des égards.

1.3.1) L'exception en faveur des barrages et des ouvrages de production électrique

Même si nous comprenons le parti pris historique en faveur de la production d'hydroélectricité au Québec, nous estimons qu'il doit être mis fin aux privilèges de cette industrie.

À l'heure où le gouvernement entend enfin doter le Québec d'outils modernes de protection de l'environnement, il nous apparaît incongru d'exempter ainsi les ouvrages destinés à dériver ou à retenir l'eau ou à produire de l'énergie hydroélectrique.

À ce sujet, nous faisons nôtres les propos de Nature Québec dans son mémoire, déjà présenté devant cette Commission, selon lesquels :

« On n'a pas à démontrer bien longtemps que l'usage de l'eau à des fins de production hydro-électrique est un usage très important et très significatif au Québec. C'est un usage qui a des impacts importants mais qui sont souvent analysés projet par projet sans en considérer l'impact cumulatif.

Une revue de littérature scientifique réalisée par Nature Québec quant à l'apport essentiel des crues printanières des rivières sur la production primaire dans le Saint-Laurent indique qu'il ne faut absolument pas sous-estimer les impacts cumulatifs du harnachement systématique des grandes rivières du Québec. La diminution ou l'« aplatissement » (écrêtage) des débits des rivières a des effets directs sur la qualité des écosystèmes situés à l'embouchure ainsi que dans le milieu marin avoisinant (K.H.Mann et J.R. Lazier 2006. Dynamics of Marine Ecosystems. Blackwell, pub.). L'effet cumulé peut s'avérer très négatif pour certaines espèces aquatiques comme la perchaude et l'esturgeon du Saint-Laurent dont les frayères sont asséchées hâtivement par l'écrtage des débits (Brodeur, Mingelbier, Morin. « Impact de la régularisation du débit des Grands Lacs sur l'habitat de reproduction des poissons dans la

plaine inondable du fleuve Saint-Laurent. » *Naturaliste Canadien* 130 (1) : 60-68. »¹⁶

Recommandation CQDE #1 :

Le CQDE recommande que soit abrogée l'exception en faveur des ouvrages destinés à dériver ou à retenir l'eau ou à produire de l'énergie hydroélectrique prévue à l'article 31.74 L.Q.E. projeté.

D'ailleurs, qu'il nous soit permis de craindre qu'une telle exception permettrait la réalisation de projets majeurs de dérivation d'eau comme celui du « Grand Canal » qui consiste à transférer de l'eau de la Baie James, transformée en réservoir d'eau douce, vers les États-Unis¹⁷, sans autorisation du ministre en vertu des nouvelles dispositions. Il suffit de suivre l'actualité médiatique américaine pour constater comment, lorsqu'il y est question du Canada, c'est notamment en relation avec nos réserves d'eau...

À tout le moins, le CQDE est d'avis qu'il y aurait lieu de limiter dans le temps la durée de vie de nos barrages à 30 ans, comme cela est en vigueur chez nos voisins américains, quitte à procéder, au terme de cette échéance, à une réévaluation de la pertinence de l'ouvrage. À ce sujet, dans un récent article, Louis-Gilles Francoeur écrivait :

« À son terme -- généralement 30 ans pour les barrages --, on se pose à nouveau la question de la pertinence de l'ouvrage, public ou privé, ce qui est d'autant plus intelligent qu'on peut mesurer tangiblement les changements qu'il a provoqués dans son milieu récepteur, ce qu'on ne peut faire qu'avec des hypothèses au début d'un projet. Ici, les autorisations environnementales sont éternelles, un privilège abusif et injustifiable au XXI^e siècle, qui place le Québec sous ce rapport dans la zone de l'indigence environnementale. »¹⁸

Ceci nous amène d'ailleurs à une deuxième lacune du projet de loi : le débalancement entre le nouveau régime d'autorisation en matière de prélèvements d'eau et les autres régimes d'autorisation de la loi. Nous estimons que le temps est venu de procéder à une modernisation en profondeur de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

¹⁶ NATURE QUÉBEC, *Un projet de loi nécessaire, mais des lacunes majeures à corriger*, mémoire présenté à la Commission des transports et de l'environnement dans le cadre des consultations sur le projet de loi 92, *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, septembre 2008, pp. 2 et 3.

¹⁷ À ce sujet, voir, Robert DAIGNEAULT, « L'eau : enjeu juridique du XXI^e siècle », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2004)*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 151.

¹⁸ Louis-Gilles FRANCOEUR, « Quand les écologistes achètent des barrages », *Le Devoir*, 29 août 2008.

1.3.2) La modernisation du régime québécois de protection de l'environnement

Le régime d'autorisation en matière de prélèvements d'eau proposé par le projet de loi n° 92 marque une évolution importante dans notre régime de protection de l'environnement, permettant ainsi au Québec, à certains égards, de rattraper son retard par rapport à d'autres juridictions.

Ceci dit, force nous est de constater que l'introduction de ces nouvelles dispositions au sein de la *L.Q.E.* engendre un certain déséquilibre avec les régimes d'autorisation déjà existants, notamment le régime d'autorisation de l'article 22. D'ailleurs, il nous faut rappeler que la *Loi sur la qualité de l'environnement* fut adoptée en 1972. À n'en point douter, elle mérite qu'on la remette à la mode du jour!

Un article paru dans *La Presse* sous la plume du journaliste Charles Côté, ce 18 septembre dernier, ne saurait mieux illustrer l'urgence de réviser le régime d'autorisation sous l'article 22 de la Loi. Traitant de la disparition vraisemblablement accélérée des milieux humides dans la région métropolitaine de Montréal, Charles Côté rapporte que :

« Selon une compilation effectuée par *La Presse* à partir des données obtenues par les Conseils régionaux de l'environnement de Montréal et de Laval, depuis janvier 2007, le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP) a autorisé chacun des 81 projets de construction dans les milieux humides à Laval, à Montréal et en Montérégie qui ont fait l'objet d'une demande. »¹⁹ [Nos italiques]

Selon les données colligées par M. Côté, la très grande majorité des demandes d'autorisations pour des travaux dans des milieux humides (marais, marécages et tourbières) de la région seraient donc accordées par le MDDEP. M. Patrick Beauchesne, directeur du patrimoine écologique et des parcs au MDDEP, cité dans l'article de Charles Côté, fait valoir que l'esprit de la *L.Q.E.* « est un régime d'autorisation ».

Le CQDE ne partage pas cette interprétation de la Loi.

En effet, ni l'esprit, ni la lettre de la Loi sont en faveur d'une destruction ou d'une détérioration de la qualité de l'environnement. Bien au contraire, l'essence même de *L.Q.E.* est d'interdire toute atteinte à la qualité de l'environnement et cette loi met en place des mécanismes d'arbitrage permettant au ministre de prévenir la dégradation de l'environnement ou de mitiger les impacts environnementaux des projets autorisés. La *Loi sur la qualité de l'environnement* permet de protéger les éléments de l'environnement (qualité du sol, végétation, faune et biens) pour eux-mêmes. Constatons cependant que cette opinion n'est pas partagée par ceux-là même qui sont sensé faire appliquer la *L.Q.E.*

Or, quant à la protection des milieux humides, il est urgent de comprendre que la bataille que livrent les environnementalistes en faveur de la protection concerne seulement le 1/5 des milieux

¹⁹ Charles CÔTÉ, « Québec autorise tous les travaux dans les milieux humides », *La Presse*, 18 septembre 2008, pp. A-18 et A-19.

humides originels de la vallée du Saint-Laurent. Le reste, soit 80% des milieux humides qui existaient à l'arrivée de Jacques Cartier, sont depuis longtemps disparus²⁰ sous l'effet de l'urbanisation galopante qui caractérise notre occupation du territoire et près de 45 % de ceux-ci ont été remblayés ou asséchés au cours des 40 dernières années²¹.

Le CQDE déplore également cette nouvelle idéologie par laquelle on permet de *compenser* la destruction de milieux humides. Cette façon de faire ne doit pas nous faire perdre de vue qu'en définitive, de plus en plus de milieux humides sont détruits.

Pourtant, le rôle des milieux humides, qui sont de véritables usines d'épuration des eaux de surfaces, constituent des réserves d'eau en période de sécheresse et contribuent à la régularisation des régimes hydrologiques, ne devrait plus devoir être démontré. En effet,

« [v]éritables usines de filtration et d'épuration, les milieux humides contribuent à atténuer les impacts de la pollution diffuse en captant les sédiments et en réduisant les concentrations des éléments nutritifs (azote et phosphore), des pathogènes et des contaminants présents dans les plans d'eau. Ils constituent par ailleurs d'importantes retenues d'eau capables de réguler les niveaux d'eau et de limiter les risques d'inondations et les dommages d'érosion causés par les crues. Ils favorisent également la libération d'eau pendant les périodes plus sèches. On estime que plus de 50 % des plantes susceptibles d'être désignées comme étant menacées ou vulnérables s'y trouvent. Habitats pour de nombreuses espèces d'oiseaux, de mammifères, de reptiles, d'amphibiens ou de poissons, ils contribuent à la diversité du territoire. La modification ou la raréfaction de ces écosystèmes affecte grandement ces espèces ou les populations qui y vivent et pourrait être la cause de leur disparition dans certains cas. »²²

En fait, il se trouve de plus en plus d'intervenants pour souligner que les milieux humides sont des *infrastructures municipales* déjà existantes, qui nous ont rien coûté à construire et qui nous coûtent rien pour opérer. Les services écologiques que nous rendent les milieux humides nous permettent de réaliser de grandes économies en infrastructures que nous n'avons *pas* à construire et ces considérations, trop souvent ignorées, doivent être également prises en compte dans le cadre des évaluations pour les demandes de certificats d'autorisation.

Autre sujet de préoccupation, les privilèges existants en vertu de la *Loi sur les mines* (L.R.Q., c. M-13.1). Alors que le projet de loi n° 92 propose une gestion intégrée de l'eau, cette loi d'une autre époque²³, permet encore de faire disparaître les marécages, lacs ou cours d'eau qui *gêneraient* les activités minières! L'article 237 de cette loi dispose en effet :

²⁰ Louis-Gilles FRANCOEUR, « Seuls les milieux humides d'envergure seront sauvés », *Le Devoir*, 14 décembre 2006.

²¹ André NOEL, « Les milieux humides disparaissent », *La Presse*, 3 octobre 2006, p. A-13.

²² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Les orientations du Gouvernement en matière d'aménagement du territoire – La protection du territoire et des activités agricoles*, Addenda au document complémentaire, février 2005, p. 12.

²³ Un équivalent de l'article 237 de la *Loi sur les mines* existe au moins depuis 1965 (voir l'ancien chapitre M-13 des lois refondues du Québec).

« **237.** Le titulaire de droit minier ou le propriétaire de substances minérales peut, pour ses activités minières et conformément à la loi, détourner ou drainer l'eau et enlever les boues couvrant un terrain submergé par un marécage, un lac ou un cours d'eau. »

Il est plus que temps de faire le ménage dans ces dispositions archaïques qui ne peuvent plus trouver justification à une époque où l'on vante les mérites du développement durable!

Pour toutes ces raisons, le CQDE est d'avis que le gouvernement du Québec pourrait profiter de l'occasion qui lui est ici offerte pour procéder à une révision en profondeur du régime québécois de protection de l'environnement. Nous savons que des travaux importants ont été réalisés, au cours des dernières années, à ce sujet au sein du ministère. Il nous apparaît maintenant plus que pertinent de doter le Québec d'un régime résolument moderne en matière de protection de l'environnement.

Proposition CQDE #1 :

Le CQDE propose que les principes introduits au sein de la *Loi sur la qualité de l'environnement* par le projet de loi n° 92 soient également appliqués aux autres volets de la loi, le gouvernement du Québec profitant ainsi de l'occasion qui lui est offerte de procéder à une modernisation en profondeur du régime québécois de protection de l'environnement.

1.3.3) Le rôle quasi-inexistant des citoyens et du public au sein du régime d'autorisation des prélèvements d'eau

Autre lacune importante du projet de loi n° 92, particulièrement en ce qui concerne le régime d'autorisation des prélèvements d'eau : le rôle et la participation des citoyens et du public y est réduit à une peau de chagrin.

On remarquera en effet que seul le dernier alinéa de l'article 31.77 aborde cette question. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'autoriser un prélèvement d'eau, il est demandé au ministre de « prendre en considération les observations que le public lui a communiquées relativement à ce prélèvement d'eau ». Cela est trop peu.

Pourtant, l'article 3 du projet de loi ne dit-il pas que « [l]a protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau *sont d'intérêt général* »?²⁴

Si tel est le cas, le public doit nécessairement être invité à prendre une part active au processus décisionnel avant que le ministre puisse autoriser un prélèvement d'eau. Pour ce faire, les citoyens et le public doivent :

²⁴ Nos italiques.

- 1) être informés des projets de prélèvements d'eau et des demandes présentées au ministre. Ce droit à l'information doit être complet et transparent permettant ainsi aux citoyens intéressés d'avoir accès à l'ensemble de la documentation présentée au soutien d'une demande d'autorisation. Notre expérience de la procédure d'accès à l'information en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (L.R.Q., c. A-2.1) nous amène à rejeter cette voie procédurale, généralement longue et inefficace ;
- 2) avoir le droit d'être consultés et entendus dans le cadre de consultations publiques en bonne et due forme. À ce titre, le bureau d'audience publique en environnement (BAPE) pourrait certainement être mis à contribution.

Recommandation CQDE #2 :

Le CQDE est d'avis que toute demande d'autorisation pour un prélèvement d'eau doit faire l'objet d'un droit à l'information clair et transparent en faveur du public. L'ensemble de la documentation présentée au soutien d'une demande d'autorisation doit ainsi pouvoir être accessible aux citoyens qui en font la demande. De même, lorsque les circonstances le justifient, notamment en ce que le ministre aura reçu suffisamment de demandes en ce sens, des audiences publiques devraient être tenues.

Ceci nous amène d'ailleurs à discuter du statut juridique de l'eau.

2) Le statut juridique de l'eau et les conséquences de ce statut sur la gouvernance de l'eau

D'entrée de jeu, le premier article du projet de loi n° 92 aborde le statut juridique de l'eau au Québec :

« 1. Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise et qui ne peuvent être appropriées, sauf dans les conditions définies par la loi, dont le Code civil. »

Cet article affirme donc le caractère d'unicité de l'eau qui, soit-elle en surface ou souterraine, est une ressource qui fait partie « du patrimoine commun de la nation québécoise ».

Nous apprécions que le législateur clarifie définitivement qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les eaux de surface et souterraines : elles relèvent toutes du même statut juridique.

Maintenant, quel est ce statut juridique ? L'eau, serait donc partie du « patrimoine commun » de la « nation québécoise ». Qu'est-ce que cela ?

2.1) Le concept de « nation québécoise »

Passons rapidement sur le concept de « nation québécoise », ne serait-ce que pour dire que nous nous étonnons de voir un tel concept apparaître pour la première fois au sein du *corpus* législatif québécois dans une loi en matière d'environnement.

À notre connaissance, dans les lois québécoises, seule la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'état du Québec* (L.R.Q., c. E-20.2) dispose que le « peuple québécois, majoritairement de langue française, possède des caractéristiques propres et témoigne d'une continuité historique enracinée dans son territoire sur lequel il exerce ses droits par l'entremise d'un État national moderne doté d'un gouvernement, d'une assemblée nationale et de tribunaux indépendants et impartiaux ». Cette loi ne réfère cependant pas au concept de « nation québécoise ». Il appert par ailleurs que la *Loi sur l'identité québécoise* (projet de loi n° 195) ou la *Constitution québécoise* (projet de loi n° 196), tous deux présentés au cours de la présente législature, n'ont pas encore été adoptés, s'ils le sont jamais.

Il nous serait en effet apparu plus pertinent que le concept de « nation québécoise » soit présenté et défini dans une loi portant plus spécifiquement sur ce sujet que dans une loi à portée environnementale.

2.2) Le concept de « patrimoine commun »

Tel que nous en avons fait état dans notre introduction, la Commission Beauchamp avait mis en exergue le besoin de clarifier le statut juridique de l'eau, particulièrement de l'eau souterraine qui, de l'avis de certains, était un bien de *propriété privée*. Dans un passage d'un texte publié au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, le professeur Lamontagne énonçait à ce sujet que l'«eau souterraine appartient également au propriétaire du fonds de terre»²⁵. Le ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec de l'époque abondait dans le même sens : «[a]insi, la ressource eau souterraine n'est pas domaniale, elle est liée à la propriété foncière»²⁶, s'appuyant ici sur la position développée par Lord qui, déjà en 1977 et en vertu des dispositions pertinentes du *Code civil du Bas-Canada*²⁷ alors en vigueur, avançait que :

«En vertu de l'article 414 C.c., la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le droit aux eaux souterraines est donc une simple application particulière de ce principe général. Le propriétaire du fonds peut les utiliser et en disposer comme bon lui semble sous réserve des limites posées

²⁵ Denys-Claude LAMONTAGNE, «Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, Québec, P.U.L., 1993, p. 513, à la page 524.

²⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action pour la mise en œuvre de la Politique de protection et de conservation des eaux souterraines (Projet)*, Québec, ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec, Avril 1996, p. 23.

²⁷ Ci-après parfois appelé *C.c.B.-C.*

par la loi, lorsqu'il en existe *et de celles résultant du droit commun.*»²⁸ [Nos italiques]

Le CQDE, dans son mémoire sur la gestion de l'eau présenté devant la Commission Beauchamp, affirmait être d'avis que le *Code civil du Québec*, depuis son entrée en vigueur, a substantiellement modifié le droit en cette matière et que maintenant, seul le *droit d'usage* reste associé à la propriété du sol. Par conséquent, l'eau souterraine ne saurait être un bien de propriété privée, cette assertion étant d'ailleurs justifiée par la nature même des eaux souterraines qui ne sauraient être confinées aux limites de la propriété sous laquelle elles se trouvent. En effet, l'eau souterraine s'étend et s'écoule bien au-delà des limites de la propriété d'un fonds et il serait difficile de définir des droits de propriété clairs et parfaits sur une telle ressource. Guy Lord, il y a quelques années déjà, mentionnait justement que «[l']étendue des nappes d'eau souterraines ne se limitant pas au périmètre de la propriété du sol, on devrait en outre restreindre les droits du propriétaire sur celles-ci en fonction du droit des autres qui peuvent aussi avoir accès à ces nappes»²⁹.

Par surcroît, toujours selon Lord,

«[L]e concept traditionnel absolutiste du droit de propriété ne peut plus être accepté de nos jours et les eaux souterraines ne devraient pas être traitées différemment des eaux courantes, puisqu'elle aussi doivent être considérées comme un bien commun. *L'étendue des nappes d'eau souterraines ne se limitant pas nécessairement au périmètre de la propriété du sol*, on devrait en outre restreindre les droits du propriétaire sur celles-ci en fonction du droit des autres qui peuvent aussi avoir accès à ces nappes. Ces derniers ont eux aussi en effet le droit, par exemple pour leurs fins domestiques, d'utiliser la ressource et donc de l'avoir dans un état propre à la consommation ou à l'usage qu'ils peuvent vouloir en faire.»³⁰ [Nos italiques]

Lord suggérait alors que,

«dans une perspective de réforme législative, il apparaîtrait (sic) opportun d'affirmer clairement le principe que les eaux souterraines ne sont pas différentes des eaux de surface et que la propriété du sol n'emporte pas par accession la propriété de ces nappes, mais seulement *un droit d'usage* dans le cadre fixé par la loi.»³¹ [Nos italiques]

Plus de trente ans après que Lord eu appelé le législateur à clarifier le statut juridique de l'eau souterraine, le projet de loi 92 répond positivement et affirme qu'il n'y a pas de différence de statut entre les eaux de surface et souterraines. Voilà un pas dans la bonne direction.

²⁸ Guy LORD, *Le droit québécois de l'eau*. Vol. 1. Centre de recherche en droit public de l'UdeM, Éditeur officiel du Québec, Ministère des Richesses naturelles du Gouvernement du Québec, 1977, p. 119.

²⁹ *Id.*, p. 122.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

Mais il s'agissait ensuite d'ancrer le statut juridique de l'eau dans les principes de notre droit civil, tels qu'ils sont définis par le *Code civil du Québec* et, à ce sujet, nous estimons qu'en qualifiant les ressources en eau de « patrimoine commun » de la nation québécoise, le projet de loi n° 92, plutôt que régler définitivement le statut juridique de l'eau, ajoute à la confusion qui règne depuis trop longtemps.

Une bonne partie de la confusion qui règne quant au statut juridique de l'eau réside, à notre avis, dans l'utilisation galvaudée des termes. *Biens communs* ou *publics*, *res communes* ou *res nullius*, *bien public patrimonial* ou *patrimoine commun*, voilà autant d'expressions qui, utilisées à toutes les sauces, laissent le profane quelque peu perplexe sur la véritable nature de la chose aqueuse.

Il est de mise, alors, de s'en tenir à la définition fondamentale des catégories de biens, telles qu'elles sont définies au *Code civil du Québec*, pour démêler l'imbroglio sémantique qui semble parfois affecter les interlocuteurs de la question de l'eau.

Ainsi, dans un premier temps, on oppose souvent les *biens privés* aux *biens (ou choses) communs* ou aux *biens publics* : au contraire des biens détenus de façon privative, les biens *communs* sont ceux qui ne sont pas exclusivement contrôlés par un seul agent ou une seule source.

Tel que nous l'avons rapporté en introduction, le premier alinéa de l'article 913 *C.c.Q.* expose justement ce concept de *res communes*. Il convient ici de citer cet article au long :

«**Art. 913.** Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, *commun à tous*, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, *par le présent code*.

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.» [Nos italiques]

On voit, à la lecture de ce texte que, fondamentalement, l'eau est un chose commune (*res communes*) puisque son usage est *commun à tous*. Donc, à prime abord, il ne serait pas possible de s'approprier l'eau. Cependant, le deuxième alinéa de l'article 913 permet une exception au principe : lorsqu'elle n'est pas destinée à l'utilité publique, l'eau peut être recueillie et mise en récipient. Selon la professeure Lemieux,

« [...] l'article 913 al. 1 C.c.Q. pose le principe que les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation, mais l'alinéa deuxième énonce ensuite l'exception de deux choses communes, l'air et l'eau, *lesquels pourront faire l'objet d'une appropriation partielle*, mais la à condition de ne pas être destinées à l'utilité publique. »³² [Nos italiques]

C'est donc dire que l'article 913 *C.c.Q.*, « montre que l'eau est bel et bien visée par la règle du premier alinéa, et *constitue une chose commune* »³³.

³² Charlotte LEMIEUX, «La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation», (1992) 23 *R.D.U.S.* 191, 198.

³³ *Id.*

Par ailleurs, les *biens publics*, quant à eux, possèdent deux caractéristiques : la *non-excluabilité*, c'est à dire que personne ne peut être exclu de leur utilisation et des avantages qu'ils procurent; et la *non-rivalité*, c'est-à-dire que leur consommation par un individu ne réduit pas la consommation des autres³⁴. Certains auteurs appellent ces biens des *biens publics purs*³⁵, ce qui est quelque peu différent des *biens publics*, biens appartenant à l'État. C'est l'article 915 C.c.Q. qui, le premier, réfère à la notion de *biens publics* en ces termes :

« **915.** *Les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, ou font, en certains cas, l'objet d'une affectation. »*

Ce texte est ensuite complété par les articles 916 à 919 C.c.Q. :

« **916.** Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription, par accession ou par tout autre mode prévu par la loi.

Cependant, nul ne peut s'approprier par occupation, prescription ou accession les biens de l'État, sauf ceux que ce dernier a acquis par succession, vacance ou confiscation, tant qu'ils n'ont pas été confondus avec ses autres biens. Nul ne peut non plus s'approprier les biens des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique.

917. Les biens confisqués en vertu de la loi sont, dès leur confiscation, la propriété de l'État ou, en certains cas, de la personne morale de droit public qui a légalement le pouvoir de les confisquer.

918. *Les parties du territoire qui ne sont pas la propriété de personnes physiques ou morales, ou qui ne sont pas transférées à un patrimoine fiduciaire, appartiennent à l'État et font partie de son domaine.* Les titres originaux de l'État sur ces biens sont présumés.

919. *Le lit des lacs et des cours d'eau navigables et flottables est, jusqu'à la ligne des hautes eaux, la propriété de l'État.*

Il en est de même du lit des lacs et cours d'eau non navigables ni flottables bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février 1918; avant cette date, la propriété du fonds riverain emportait, dès l'aliénation, la propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables.

Dans tous les cas, la loi ou l'acte de concession peuvent disposer autrement. » [Nos italiques]

³⁴ Leonard DUDLEY, *Économie publique B*, Notes de cours (ECN 6828), Montréal, Département de sciences économiques, Université de Montréal, Janvier 1998.

³⁵ Une émission radiophonique de musique est un exemple de classique de *biens publics purs*. En effet, si un poste de radio diffuse une émission de musique, n'importe quel nombre de consommateurs dans la zone de portée de l'antenne émettrice peut écouter l'émission sans en diminuer la quantité disponible pour les autres (concept de *non-rivalité*). D'autre part, il n'y a pas de moyens d'empêcher une personne équipée d'un appareil récepteur de consommer le bien (concept de la *non-excluabilité*).

L'article 915 *C.c.Q.*, laisse par ailleurs voir que les biens peuvent aussi appartenir aux personnes, auxquels cas, ils seront *res privatae*.

Par définition, enfin, les *res nullius* sont des choses susceptibles d'appropriation qui n'appartiennent à personne jusqu'à ce que quelqu'un se les approprie et pour lesquels l'accès n'est pas limité et qui, par conséquent, peuvent être exploités sur la base du premier arrivé, premier servi. Ainsi en est-il, en principe, du gibier et des stocks de poissons, mais également de l'eau de pluie ou de la neige. Les articles 914 et 934 *C.c.Q.*, notamment, traitent des *res nullius* :

« 914. Certaines autres choses qui, parce que sans maître, ne sont pas l'objet d'un droit peuvent néanmoins être appropriées par occupation, si celui qui les prend le fait avec l'intention de s'en rendre propriétaire.

934. Sont sans maître les biens qui n'ont pas de propriétaire, tels les animaux sauvages en liberté, ceux qui, capturés, ont recouvré leur liberté, la faune aquatique, ainsi que les biens qui ont été abandonnés par leur propriétaire. »

Le *Code civil du Québec* nous apprend donc qu'il existe quatre catégories de biens : les *res nullius*, les *res privatae*, les *res communis* et les *res publicae*.

Il eut été souhaitable que le projet de loi n° 92 rattache le statut juridique de l'eau à l'une de ces catégories, les *res communis*, ce qu'il ne fait pas : le « patrimoine commun de la nation québécoise » n'est pas une catégorie de biens définie au *Code civil* et, dans ce sens, nous estimons que le projet de loi n° 92 risque d'ajouter à la confusion qui règne quant au statut juridique de l'eau au Québec.

En effet, qu'en sera-t-il de l'article 913 *C.c.Q.* au lendemain de l'entrée en vigueur des dispositions du projet de loi n° 92 ? Ce dernier n'en souffle mot, n'offrant ainsi aucun indice quant à la façon cohérente d'interpréter ces deux dispositions.

2.3) Référer directement à l'article 913 *C.c.Q.* qui détermine le statut juridique de l'eau dans notre droit civil

À ce titre, le CQDE est d'avis que la formulation utilisée dans la *Politique nationale de l'eau* était plus heureuse puisqu'après avoir affirmé que l'eau est une richesse de la société québécoise faisant partie de son patrimoine collectif, elle avait le mérite de s'arrimer fermement au *Code civil du Québec* quant au statut juridique de l'eau.

Par conséquent :

Recommandation CQDE #3 :

Nous sommes d'avis que l'article 1 du projet de loi n° 92 pourrait être modifié afin d'affirmer encore plus clairement que l'eau, qu'elle soit en surface ou souterraine, est une chose commune, tel qu'en dispose l'article 913 du *Code civil du Québec*.

En resserrant le libellé de l'article 1 du projet de loi n° 92 afin de marquer davantage l'ancrage de cette loi dans le *Code civil du Québec*, nous estimons que le législateur favorisera ainsi la cohérence de notre édifice législatif en matière de gestion de l'eau. Qu'il nous soit permis de mentionner, à ce sujet, que le législateur n'a pas, à ce jour, pêché par excès de clarté en ce domaine. Bien au contraire !

2.4) Les conséquences du statut juridique sur la gouvernance de l'eau

Ce statut de *chose commune* de l'eau entraîne cependant des conséquences importantes quant à sa gouvernance.

Résumons ainsi la chose : le bien du *domaine public* appelle une gestion par l'État – ainsi en va-t-il des forêts publiques – alors que la *chose commune* appelle une gestion par les *usagers* de la ressource, ainsi que le reconnaissait avec justesse la *Politique nationale de l'eau* :

« Une meilleure gouvernance de l'eau vise l'évolution du système actuel de gouverner, notamment par le développement et l'expression d'une vision globale, commune et partagée de l'eau *ainsi que par une plus grande participation des différents usagers à la prise de décision et à l'action*. Cette nouvelle façon de gouverner s'appuie sur :

- le leadership local et régional des acteurs de l'eau du bassin versant ainsi que sur le leadership du gouvernement du Québec;
- *la responsabilisation des acteurs de l'eau quant à leur propre gestion de la ressource et aux impacts de leurs décisions sur l'ensemble des autres usagers et des acteurs concernés dans une perspective à long terme et écosystémique;*
- la coordination et une *plus grande imputabilité* dans l'action de l'ensemble des acteurs de l'eau afin d'assurer la cohérence de la mise en œuvre de la réforme de la gouvernance de l'eau. » [Nos italiques]

D'où la gestion par bassin versant.

3) **La gestion intégrée de l'eau par bassin versant**

3.1) La gestion par bassin versant confirmée; l'existence des organismes de bassin enfin reconnue!

Le CQDE applaudit : enfin une loi québécoise confirme que la « gestion des ressources en eau doit être réalisée de manière intégrée et concertée » (Projet de loi n° 92, art. 11) à l'échelle des bassins versants.

Le projet de loi n° 92 reconnaît aussi l'existence des organismes de bassin qui, enfin, obtiennent une « légitimité législative » qui leur faisait cruellement défaut.

De même, le projet de loi confirme l'existence des plans directeurs de l'eau (ci-après le « PDE ») qui, par bassin versant, permettront de dresser le portrait de « l'état des eaux et des autres ressources naturelles qui en dépendent », de procéder « au recensement des usages et à l'évaluation de leurs incidences, à l'inventaire des zones d'intérêt, fragiles ou dégradées sur le plan écologique », d'identifier les « mesures de protection ou de restauration de l'état qualitatif ou quantitatif des eaux » et d'évaluer les « moyens économiques et financiers nécessaires » à leur mise en œuvre (Projet de loi n° 92, art. 12, par. 4°).

Il faut souligner que par une telle mesure, le Québec se donne enfin les moyens d'acquérir une connaissance de l'état de ses ressources en eau pour tous les bassins versants où un PDE sera réalisé et mis en œuvre. Nous croyons cependant qu'il y aurait lieu d'ajouter, à cette liste des connaissances que nous devons acquérir, un inventaire exhaustif et constamment renouvelé des milieux humides existants sur le territoire d'un bassin versant. La gestion écosystémique de l'eau nécessite de connaître l'état des milieux humides dans une région étant donné l'incidence directe que ces milieux peuvent avoir sur la qualité des ressources en eau.

Pourquoi, par ailleurs, appeler les bassins versants des « unités hydrographiques désignées »? L'expression « bassin versant » nous semble tout à fait juste et intelligible. Rien n'empêche par ailleurs le ministre de désigner les bassins versants qu'il juge prioritaires, comme le faisait la *Politique*, et auxquels il accorde un soutien financier.

D'ailleurs, il nous apparaîtrait souhaitable que la notion de gestion intégrée de l'eau par bassin versant (GIEBV) puisse être étendue à toute unité hydrographique où les usagers des ressources en eau souhaitent se regrouper volontairement pour participer à la gouvernance de l'eau dans leur bassin versant, que ce soit à l'échelle d'un lac ou d'une rivière et ce, indépendamment des bassins versants identifiés comme prioritaires par le ministre et sans attente d'un soutien étatique. Il existe en effet de plus en plus d'associations de protection de lacs qui placent le bassin versant au centre de leurs actions de protection³⁶. La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* pourrait offrir à ces groupes également une légitimité accrue.

³⁶ Par exemple, voir l'*Association des propriétaires du bassin versant du lac Long (Mandeville)*.

Enfin, nous sommes d'accord avec le fait que le ministre approuve les PDE puisque cette mesure ajoutera à la légitimité et à la pertinence de l'exercice.

3.2) Le projet de loi n° 92 propose une GIEBV partielle

À propos de la gestion par bassin versant, le Rapport Beauchamp proposait :

« Pour concilier la gestion de l'eau et des milieux aquatiques avec le développement économique et le respect de l'environnement, la concertation des acteurs de l'eau est essentielle. Réunir tous les acteurs de l'eau et des milieux aquatiques dans chaque bassin, leur donner la parole *et leur déléguer la responsabilité décisionnelle* et les moyens d'action, c'est la base d'un système de gestion intégrée. Les acteurs de l'eau sont l'État, les élus locaux, les citoyens, les associations, les usagers industriels, agricoles et touristiques. Le défi de la concertation, c'est d'inventer et de pratiquer une gestion partagée et participative, fondée sur le respect des uns et des autres et sur la recherche du consensus. »³⁷ [Nos italiques]

Nous sommes d'avis que le projet de loi n° 92 s'éloigne de cette proposition qui, pourtant, avait le mérite d'énoncer tous les éléments essentiels à la réussite d'une véritable gestion par bassin versant au Québec.

De fait, l'impression générale qui se dégage du projet de loi n° 92 nous amène à croire que le rôle des *usagers* dans la gouvernance de l'eau y est bien mince, sinon complètement occulté par le rôle prépondérant du ministre, particulièrement en raison du régime d'autorisation de prélèvements d'eau. Même en matière de GIEBV, alors que les *usagers* de la ressource devraient y jouer un rôle déterminant, on sent que l'État peine à abandonner une partie de ses prérogatives de gestionnaire au profit d'une gestion décentralisée.

On constate ainsi la tendance du législateur à privilégier l'approche « *top-down* », alors que naturellement la GIEBV appelle une gestion de type « *grass root* » ou « *bottom-up* ».

Le statut de *res communes* de l'eau emporte comme conséquence que l'on doit déterminer qui en sont les usagers et qu'on leur reconnaisse le droit de concevoir l'institution de gestion de leur ressource (nappe d'eau souterraine, rivière, lac, etc.). Dans les faits, au Québec, plusieurs gestionnaires ne comprennent pas nécessairement l'implication de ce concept et gèrent l'eau comme un bien du domaine public où l'État seul dicte les règles de gestion de la ressource (approche de *command and control*). D'où l'importante confusion qui règne à tous les niveaux.

³⁷ COMMISSION SUR LA GESTION DE L'EAU AU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, Tome I, p. 47.

3.3) Les conséquences du statut juridique sur la gouvernance de l'eau (bis)

3.3.1) *Réfuter l'analyse dichotomique traditionnelle*

L'analyse vis-à-vis des problèmes de gestion des ressources naturelles communes, et particulièrement en matière d'arbitrage des conflits d'usages, relève traditionnellement de deux modes de pensées, placés généralement en opposition. Ainsi, confrontés au problème de la raréfaction d'une ressource naturelle, les tenants du libéralisme économique prônent l'établissement de droits de *propriété privés* sur cette ressource, alors que les partisans de l'intervention gouvernementale privilégient la *propriété publique*, c'est-à-dire que la ressource soit détenue par l'État, au profit de la collectivité.

Les auteurs Ciriacy-Wantrup et Bishop abordent ainsi cette problématique :

« Proposed solutions run in two directions. One is to make the «common property» resource in question the private property of individual resource users, who, via the «invisible hand», will manage the resource in society's best interest. Alternatively, the problem is to be solved by the governmental intervention, through taxes or subsidies designed to bring private and social costs into balance or – that failing – by direct governmental controls of inputs or outputs or both. »³⁸

Or, selon ces auteurs, notre relation aux ressources naturelles communes ne saurait être limitée à cette adéquation bipolaire. Il existe en fait une troisième voie qui est intimement liée à la nature *commune* de la ressource. En accord avec ces auteurs, nous soumettons qu'il existe une alternative entre la *propriété privée* et la *propriété publique* : la *propriété commune*.

3.3.2) *Ressource commune partagée et propriété commune*

Tout d'abord, qui dit *propriété*, dit *appropriation*. La propriété commune, donc, n'est pas l'absence de toute propriété, mais bien une répartition différente des droits d'*appropriation* ou d'*usage* de la ressource. Les ressources communes, utiles à tous, ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété parfait. La seule prérogative du droit de propriété susceptible d'exercice à l'égard d'une ressource commune est celle de l'usager. Ciriacy-Wantrup et Bishop expliquent cette relation entre le droit de propriété et la ressource commune :

« «Property» as applied to natural resources, is a «primary» social institution both because of its own importance and because several important «secondary» institutions, including taxation, credit and tenancy, are derived from it. «Property» refers to a bundle of rights in the use and transfer (through selling, leasing, inheritance, etc.) of natural resources. Different rights (strands of the bundle) may be distributed in various combinations among natural and legal persons, groups, and several publics, including the many units of government.

³⁸ S. V. CIRIACY-WANTRUP et Richard C. BISHOP, « «Common property» as a concept in natural resources policy », (1975) 15 *Natural Resources Journal* 713, 714.

The term «common property» as employed here refers to a distribution of property rights in resources in which a number of owners are co-equal in their rights to use the resource. »³⁹ [Italiques dans l'original, nos soulignés]

Plusieurs auront reconnu dans ce passage les mêmes principes que ceux qui soutiennent les articles 980 à 982 du *Code civil du Québec*. D'ailleurs, l'article 913 *C.c.Q.* n'énonce-t-il pas que l'eau est une chose commune (*res communes*)?

La propriété commune, par ailleurs, n'est pas non plus la propriété de tous, comme le serait la propriété publique (*res publicae*). En fait, en tout temps, la propriété appelle l'exclusion et la propriété commune d'un bien exclut du groupe ceux qui n'en sont pas membres :

« In any event economist are not free to use the concept «common property resources» or «commons» under conditions where no institutional arrangements exist. Common property is not «everybody's property». The concept implies that potential resource users who are not members of a group of co-equal owners are excluded. The concept «property» has no meaning without this feature of exclusion of all who are not either owners themselves or have some arrangement with owners to use the resource in question. »⁴⁰

Contrairement à ce que certains pourraient croire, donc, la *propriété commune* d'une ressource n'implique pas que tous y ont accès. La chose, objet d'une propriété commune, appartient à un groupe défini. L'existence même de ce groupe suppose, par conséquent, l'existence de règles permettant aux membres du groupe, et aux membres seulement, l'accès à la ressource. Ce sont ces règles que Ciriacy-Wantrup et son collègue appellent des *institutional arrangements*.

Bien sûr, ces institutions qui assurent la gestion des ressources communes n'existent pas dans l'absolu. Elles sont le résultat d'un cadre institutionnel, généralement soutenu par l'État, qui permet leur émergence et leur survivance à travers le temps.

Un groupe de chercheurs américains, sous la direction d'Elinor Ostrom de l'Université de l'Indiana a entrepris, il y a plusieurs années, d'identifier et de comprendre le fonctionnement d'institutions collectives d'une nature différente que celle des organisations gouvernementales, dans la gestion des ressources collectives. Tout d'abord, Ostrom réfute l'idée reçue selon laquelle les individus ne sont pas en mesure d'assumer eux-mêmes la gestion d'une ressource commune et que, en corollaire, l'intervention d'une autorité externe soit toujours nécessaire. Elle écrit :

« Unfortunately, many analysts [...] still presume that common-pool problems are all dilemmas in which the participants themselves cannot avoid producing suboptimal results, and, in some cases disastrous results.

³⁹ *Id.*, 714. [Références omises]

⁴⁰ CIRIACY-WANTRUP, S. V. et BISHOP, R. C., *loc. cit.*, note 79a, 715.

What is missing from the policy analyst's tool kit – and from the set of accepted, well-developed theories of human organization – is an adequately specified theory of collective action whereby a group of principals can organize themselves voluntarily to retain the residuals of their own efforts. [...] But until a theoretical explanation based on human choice – for self-organized and self-governed enterprises is fully developed and accepted, major policy decisions will continue to be undertaken with a presumption that individuals cannot organize themselves and always need to be organized by external authorities. »⁴¹

Les recherches d'Ostrom et son équipe ont par ailleurs révélé qu'il existe des institutions qui gèrent, avec succès, les ressources collectives⁴². De façon surprenante, la nature de ces institutions relève d'une mixité des genres :

« Many successful CPR institutions are rich mixtures of «private-like» and «public-like» institutions defying classification in a sterile dichotomy. »⁴³

Bref, le CQDE croit que le projet de loi n° 92 aurait pu réserver une plus grande place à la GIEBV et véritablement placer les usagers de l'eau au cœur de sa gouvernance.

3.4) Replacer la GIEBV au cœur de la gouvernance de l'eau

3.4.1) *La GIEBV et les municipalités*

Ainsi, on constatera que le projet de loi demande aux municipalités (locales, régionales ou métropolitaines) de seulement *considérer* les éléments du PDE dans l'exercice de leurs compétences.

Or, comment pourra-t-on concilier la GIEBV avec la compétence *exclusive* des municipalités régionales de comté sur la gestion des cours d'eau, tel qu'en dispose la *Loi sur les compétences municipales* (L.R.Q., c. C-47.1, art. 103)?

Il eût été souhaitable que le projet de loi n° 92 précise ou formalise davantage la façon d'arrimer la GIEBV aux compétences municipales.

Nous présentons cependant une piste de solution à ce sujet dans la quatrième section de ce mémoire.

⁴¹ Elinor OSTROM, *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 25.

⁴² Ostrom appelle ces ressources collectives des *common-pool resources* (CPR). Certains auteurs francophones commencent à utiliser l'expression *ressources naturelles partagées* (voir Rémond-Gouilloud, *op. cit.*, note 15, p. 136). Pour notre part, nous privilégions l'expression *ressource commune partagée* et par souci de concision, nous utiliserons parfois l'acronyme RCP dans la suite de ce texte.

⁴³ OSTROM, *op. cit.*, note 41, p. 14.

3.4.2) *Le PDE et les autorisations de prélèvement d'eau*

Enfin, il nous apparaît tout à fait incongru que le ministre, appelé à autoriser un prélèvement en eau, ne soit jamais tenu de prendre en compte le PDE (art. 31.77 *L.Q.E.* projeté), lorsqu'applicable⁴⁴.

En fait, comme nous l'expliquons dans la quatrième section de ce mémoire, le CQDE estime que le PDE doit devenir la *clé de voute* de la gouvernance de l'eau. Ce document, cristallisant le consensus social autour des objectifs librement négociés et consentis de la gouvernance de l'eau, doit rallier tous les usagers et être mis en œuvre par eux.

Nous proposons, dans notre quatrième section, des moyens d'articuler la gouvernance de l'eau autour du PDE.

3.5) Et les nappes d'eau souterraine dans tout ça?

Le gouvernement s'étant engagé sur la voie de la gestion par bassin versant pour les eaux de surface, nous croyons que les eaux souterraines doivent également faire l'objet d'une *gestion par nappe* dont la responsabilité revient en priorité aux usagers.

En fait, la gestion par nappe et par ses usagers, exige de ceux-ci de connaître l'état de cette ressource et, en ce sens, nous croyons qu'il est prudent de procéder à la caractérisation des nappes phréatique avant de prendre quelque décision que ce soit quant à leur exploitation à des fins commerciales. Ce n'est en effet qu'en toute connaissance de cause que les usagers pourront alors déterminer si la ressource peut supporter une utilisation accrue et permettre la venue d'un usager supplémentaire, fut-il un embouteilleur ou un exportateur.

Recommandation CQDE #4 :

Tout comme l'eau de surface qui doit faire l'objet d'une gestion par bassin versant, il apparaît tout aussi cohérent de gérer les eaux souterraines par nappe.

⁴⁴ On peut en effet imaginer des situations où il n'existerait pas de PDE dans la région où est prévu le prélèvement d'eau.

4) Le cadre général de la gouvernance de l'eau

Maître mot de la gouvernance de l'eau : cohérence!

Nous avons déjà exprimé, dans les pages qui précèdent, nos commentaires par rapport à la cohérence du projet de loi n° 92 avec :

- le *Code civil du Québec* → il faut lier davantage la déclaration concernant le statut de l'eau (art. 1) à l'article 913 *C.c.Q.*;
- la *Loi sur les compétences municipales* → le projet de loi n'explique pas suffisamment comment doit s'articuler la compétence exclusive des MRC sur la gestion des cours d'eau avec le rôle des organismes de bassin et le PDE;
- la *Loi sur la qualité de l'environnement* → après avoir confirmé que tous ont droit d'accès à l'eau potable (art. 2) et que la gouvernance de l'eau est d'intérêt général (art. 3), il semble impératif que les citoyens puissent être informés des demandes d'autorisation de prélèvement d'eau présentées au ministre et qu'ils puissent être consultés, le cas échéant, à ce sujet;
- La *Loi sur les mines* → le projet de loi propose la gestion intégrée de l'eau, alors que cette loi permet encore la destruction des marécages, lacs et cours d'eau qui gêneraient les activités minières.

Nous voulons maintenant examiner la cohérence du projet de loi n° 92 avec les principes et le cadre de la *Loi sur le développement durable* (L.R.Q., c. D-8.1.1.; ci-après « *L.D.D.* »).

4.1) Gouvernance de l'eau et développement durable

Évidemment, le CQDE souligne avec satisfaction l'insertion des principes *utilisateur-payeur, de prévention et de réparation* au sein du cadre général de la gouvernance de l'eau.

Soulignons également, au passage, l'action en réparation des dommages causés à l'eau dont le CQDE apprécie l'introduction en droit québécois, particulièrement en ce qu'elle permettra plus particulièrement la protection contre le *préjudice écologique*. Il faut en effet applaudir l'insertion de ce concept dans notre régime de protection de l'environnement.

Ceci dit, comment le projet de loi n° 92 peut-il passer sous silence le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes* (art. 6, *m*) *L.D.D.*) dans une loi destinée à établir le cadre général de la gouvernance de l'eau?

Les sols (lithosphère), l'air (atmosphère) et l'eau (hydrosphère) sont les trois grands supports de la vie. Si l'atmosphère ne supporte pas vraiment d'écosystème en tant que tel, on trouve une panoplie d'écosystèmes supportés par les sols ou par le milieu hydrique. On admettra par ailleurs qu'il ne saurait y avoir d'écosystèmes sans eau, particulièrement au Québec. D'où l'importance cruciale d'imbriquer le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes* au cœur de la gouvernance de l'eau. Il est en effet incontournable que « les activités humaines doivent être

respectueuses de la capacité de support des écosystèmes et en assurer la pérennité » (art. 6, *m*) L.D.D.).

Recommandation CQDE #5 :

Le principe du respect de la capacité de support des écosystèmes, prévu à l'article 6, paragraphe m) de la Loi sur le développement durable doit être ajouté à la liste des principes sur lesquels doit reposer la gouvernance de l'eau (section II du projet de loi n° 92).

Ce faisant, le législateur assurerait une meilleure cohérence dans la gouvernance de l'eau en ce qu'il est de plus en plus urgent que le Québec adopte un mode de gestion de l'environnement orienté en fonction d'unité de pensée territoriale (les bassins versants) et sur le respect de la capacité de support des écosystèmes. Il faut passer d'une gestion de l'environnement au cas pas cas à l'analyse plus globale des projets.

Dit simplement : l'eau est le solvant universel et la base de toute vie sur terre; les bassins versants sont l'unité physiographique naturelle et le réceptacle ultime de toutes les activités qui s'y déroulent sur leur territoire. Donc, en matière de gouvernance de l'eau, il faut se soucier de ce qui arrive dans l'eau des rivières et cours d'eau à l'échelle du bassin versant.

Les deux piliers d'un régime de protection de l'environnement révisé devront être la *gestion intégrée de l'eau par bassin versant* et le *respect de la capacité de support des écosystèmes*.

Réussir la GIEBV, c'est réussir la protection de l'environnement, puisque dans le cadre d'une telle approche globale les milieux humides, les écosystèmes aquatiques, mais également les écosystèmes terrestres – qui ne peuvent se passer d'eau – doivent être pris en compte.

L'absence de vision holistique dont souffre actuellement le projet de loi n° 92 pourrait ainsi être corrigé en y insérant le principe du *respect de la capacité de support des écosystèmes*.

4.2) Intégrer la hiérarchie des usages au sein du cadre général de la gouvernance de l'eau

Dans la continuité de ce qui précède, le CQDE est d'avis que la hiérarchie des usages, proposée à l'article 31.76 L.Q.E. projeté, devrait être intégrée au cadre général de la gouvernance de l'eau de façon à s'imposer à tous les usagers de l'eau et, plus particulièrement, afin qu'elle soit respectée au moment de l'élaboration des plans directeurs de l'eau.

Recommandation CQDE #6 :

Le projet de loi n° 92 doit proposer, au sein même du cadre général de la gouvernance de l'eau, une hiérarchie des usages qui devra être respectée de tous les usagers de l'eau dont, plus particulièrement, les organismes de bassin au moment de l'élaboration de leur plan directeur de l'eau et dans sa mise en œuvre.

Cela étant, nous avons mis en place tous les éléments qui, ajoutés au projet de loi n° 92, permettrait de l'avis du CQDE de mettre de l'avant un cadre général de gouvernance de l'eau résolu-

ment ancré dans le développement durable et en cohérence avec l'édifice législatif déjà existant au Québec.

Reste la question du *plan directeur de l'eau* qui, avons nous dit, doit devenir la véritable *clé de voûte* de la gouvernance de l'eau au Québec.

4.3) Le plan directeur de l'eau : clé de voûte de la gouvernance de l'eau

À l'heure où le Québec est sensé avoir entrepris le virage du développement durable, nous constatons au terme de notre analyse du projet de loi n° 92, non sans surprise, que ce projet de loi favorise encore la gestion en silo. D'un côté, il y a le régime d'autorisation des prélèvements d'eau, centralisé entre les mains du ministre, de l'autre, les acteurs du milieu – les usagers de l'eau – réunis au sein d'organismes de bassin et à qui on demande de susciter le consensus et l'adhésion autour des objectifs du plan directeur de l'eau.

Entre les deux? Il y a ce lien, ténu, du PDE approuvé par le ministre, sans plus de conséquence.

Or, le plan directeur de l'eau doit devenir la pièce majeure autour de laquelle s'articulera la gouvernance de l'eau.

Rappelons-en l'essence : le PDE est en fait la cristallisation du consensus social, exprimé par les acteurs de l'eau quant à la gouvernance de l'eau dans un bassin versant donné.

Qui sont ces acteurs de l'eau et comment participent-ils à la gouvernance de l'eau? Le Rapport Beauchamp indiquait :

« Les acteurs de l'eau sont l'État, les élus locaux, les citoyens, les associations, les usagers industriels, agricoles et touristiques. Le défi de la concertation, c'est d'inventer et de pratiquer une gestion partagée et participative, fondée sur le respect des uns et des autres et sur la recherche du consensus. »⁴⁵

L'élaboration d'un PDE est un exercice ardu, mais nécessaire. Une fois adopté par le groupe des usagers, il appartient à chacun de mettre en œuvre les éléments du PDE auxquels *ils se sont librement et volontairement engagés*. Pour le producteur agricole qui s'est engagé à respecter intégralement la bande riveraine le long des cours d'eau qui sillonnent sa propriété, c'est facile : il évite le fauchage et l'empiètement dans cette zone; pour l'industrie qui s'est engagée à réduire ses rejets, elle investit dans la recherche et le développement et dans l'achat d'équipements plus performant. Pour le simple citoyen qui s'est engagé à économiser l'eau, pour prendre un exemple trivial, il évite d'arroser son entrée de garage! Personne n'est obligé, tous réalisent volontairement leurs engagements au sens du PDE⁴⁶.

⁴⁵ COMMISSION SUR LA GESTION DE L'EAU AU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, Tome I, p. 47.

⁴⁶ Le CQDE désire néanmoins mentionner que dans certains cas, les engagements découlant d'un PDE peuvent donner lieu à la conclusion d'ententes « judiciairisables », particulièrement lorsque ces engagements nécessitent des investissements financiers importants (par ex. des ouvrages de revégétalisation des berges par génie végétal : on obligera le respect de l'intégrité de la bande riveraine ainsi recréée).

Reste les acteurs étatiques – municipalités et gouvernement – qui, sans geste « officiel », ne peuvent simplement « faire » quelque chose.

4.3.1) *La mise en œuvre du PDE par les municipalités*

Ainsi, par exemple, une municipalité ne peut s'exprimer autrement que par résolution ou règlement. C'est pourquoi si une municipalité veut *traduire* en actions concrètes les éléments d'un PDE auxquels elle s'est engagée, elle n'aura d'autre choix que d'adopter des règlements ou de modifier ceux déjà existants, notamment ceux d'urbanisme.

Dans tous les cas,

Recommandation CQDE #7 :

Le CQDE est d'avis qu'il y a lieu d'apporter une modification législative, vraisemblablement à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, pour faire en sorte que les municipalités soient tenues d'inclure dans leurs règlements d'urbanismes ou autres, tout engagement auquel elles auront souscrit dans le cadre d'un plan directeur de l'eau adopté et en vigueur sur leur territoire.

Qu'on se comprenne bien, il ne s'agit pas d'*imposer* le PDE aux municipalités mais bien de leur donner le moyen de traduire leurs engagements auxquels elles auront par ailleurs *librement consenti* au moment de son élaboration.

D'ailleurs, le législateur pourrait bien s'inspirer, en cela, de l'article 53.24 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui, en matière de gestion des matières résiduelles, prévoit une mécanique similaire pour engager les municipalités dans la mise en œuvre du plan de gestion des matières résiduelles en vigueur sur leur territoire. L'article 53.24 *L.Q.E.* dispose ainsi :

« **53.24.** Un plan de gestion en vigueur *lie* les municipalités locales dont le territoire est compris dans son territoire d'application.

Les municipalités locales liées par le plan de gestion sont tenues de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre du plan sur leur territoire.

Elles sont également tenues, dans les 12 mois suivant l'entrée en vigueur du plan, de *mettre leur réglementation en conformité avec les dispositions du plan.* » [Nos italiques]

4.3.2) *Le respect du PDE par le ministre et le gouvernement*

De même en va-t-il du ministre et du gouvernement qui devraient également être tenus de *respecter* un plan directeur de l'eau existant lorsqu'ils sont appelés à prendre une décision dans le cadre de l'exercice de leurs compétences, notamment dans le cadre des articles concernant les prélèvements d'eau.

Encore ici, les dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* sur la gestion des matières résiduelles peuvent nous servir d'inspiration. L'article 53.27 *L.Q.E.* prévoit en effet :

« **53.27.** Lorsqu'ils ont pour objet l'établissement, l'agrandissement ou une autre modification d'une installation de récupération, de valorisation ou d'élimination des matières résiduelles, *les pouvoirs d'autorisation attribués par la présente loi au gouvernement ou au ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs doivent être exercés dans le respect des dispositions de tout plan de gestion en vigueur sur le territoire d'une municipalité régionale.* » [Nos italiques]

Rappelons que le ministre *approuve* les PDE (Projet de loi n° 92, art. 13). Il nous semble n'être que juste mesure qu'il en respecte ensuite le contenu. Pareil pour le gouvernement.

Aussi,

Recommandation CQDE #8 :

Le CQDE recommande que l'article 31.77 *L.Q.E.* projeté soit modifié afin d'obliger le ministre à respecter, lorsque applicable, les dispositions de tout plan directeur de l'eau en vigueur sur le territoire concerné par la décision qu'il s'apprête à rendre en matière d'autorisation de prélèvement d'eau. La même règle doit également être appliquée à toute décision du gouvernement en la matière.

Nous estimons que la boucle serait ainsi bouclée. Le PDE serait alors véritablement placé au centre de la gouvernance de l'eau, les silos seraient décloisonnés et le Québec lancé en avant, au cœur d'un développement de plus en plus durable.

CONCLUSION

En guise de conclusion, si le CQDE avait eu le privilège de proposer un projet de loi concernant la gouvernance de l'eau, voici ce que nous aurions proposé :

1. L'eau est chose commune dont l'usage est partagé entre ceux qui ont droit d'y accéder.

Les droits d'usage qui peuvent être exercés sur l'eau sont égaux et concurrents.

2. L'eau est gérée par bassin versant ou par nappe phréatique, selon le cas.

3. Les principes pertinents de la *Loi sur le développement durable* sont applicables à la gouvernance de l'eau.

4. Les usagers de l'eau peuvent constituer un organisme responsable d'assurer la gouvernance de l'eau sur un bassin versant ou une nappe phréatique.

Un tel organisme est constitué selon les dispositions pertinentes de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*.

Il prend le nom de Comité de bassin de (*ajouter le nom de la RCP*) ou Comité de nappe de (*ajouter le nom de la RCP*), selon le cas.

5. La gouvernance de l'eau est mise en œuvre au moyen d'un plan directeur de l'eau.

Le plan directeur de l'eau est élaboré par les usagers de l'eau regroupés au sein d'un comité de bassin ou de nappe.

Le comité de bassin ou de nappe assure la mise en œuvre du plan directeur de l'eau auprès des parties contractantes; il offre un soutien logistique et assure la coordination des actions.

6. Les engagements pris par un usager aux termes d'un plan directeur de l'eau peuvent être inscrits contre un immeuble et doivent alors être publiés au registre foncier.

Tout tel engagement prend alors la forme d'une restriction d'usage.

7. Le ministre est d'office un usager de l'eau sur tout le territoire du Québec.

De ce fait, il peut participer à l'élaboration de tout plan directeur de l'eau.

Il peut également faire connaître à tout comité de bassin ou de nappe ses orientations particulières pour la ressource commune partagée, lesquelles doivent être prises en compte dans le plan directeur de l'eau.

Il approuve le plan directeur de l'eau qui entre alors en vigueur sur le territoire concerné.

8. Le ministre est responsable d'assurer la qualité de l'eau et de la conserver en quantité, conformément aux dispositions de la présente loi et de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

Modification de concordance à ajouter dans la *Loi sur l'aménagement et à l'urbanisme*

Tout engagement auquel une municipalité a souscrit dans le cadre d'un plan directeur de l'eau adopté et en vigueur sur son territoire doit être inclus dans ses règlements d'urbanisme, ou autres.

Si nous présentons cette proposition, c'est simplement aux fins de notre discussion et pour illustrer comment s'articule la pensée du CQDE en matière de gouvernance de l'eau.

Ceci étant, nous estimons que le projet de loi n° 92 présente des éléments importants qui méritent d'être intégrés au régime québécois de protection de l'environnement. De plus, il est grandement temps que le gouvernement du Québec adopte une loi afin d'établir le cadre général de la gouvernance de l'eau et qu'il lui accorde tout le financement nécessaire à sa mise en œuvre.

Néanmoins, ce projet de loi comporte des lacunes importantes qui devront être corrigées avant son adoption définitive. Nous estimons en effet que les enjeux de la gouvernance de l'eau sont suffisamment importants pour que cent fois sur le métier, l'ouvrage soit remis.

De l'avis du CQDE, il est en effet essentiel de placer les *plans directeurs de l'eau* au centre de la gouvernance de l'eau, sinon on perpétue la gestion en silo. Pour faire du PDE la clé de voûte de la gouvernance de l'eau, il faut qu'il soit nécessairement respecté par le ministre, le gouvernement et les municipalités (locales, régionales ou métropolitaines) et qu'ils participent à sa mise en œuvre. Le PDE occupant le centre de la gouvernance de l'eau, tout le reste s'imbrique dans une cohérence logique et permet une approche de développement durable.

Nous espérons que nos propos seront entendus.