

La notion de chose commune et les conflits d'usages

Madeleine Cantin Cumyn¹

Lex Electronica, vol. 12 n°2 (Automne / Fall 2007)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-2/cantincumyn.pdf>

Le présent texte fait suite à une présentation faite dans le cadre du colloque *L'eau, source de conflits* tenu lors des Journées Maximilien-Caron organisées à l'Université de Montréal le 30 mars 2007

1. STATUT JURIDIQUE DE L'EAU.....	1
2. LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EAU	2
3. USAGES LÉGITIMES ET PRIORITAIRES DE L'EAU, CHOSE COMMUNE.....	3

L'idée de conflits d'usages implique qu'un problème existe déjà, ou qu'il menace de se présenter, auquel il convient de donner une solution. Comment élaborer ces solutions, en cas de conflits, solutions qui soient capables d'emporter l'adhésion générale du public ou qui, à tout le moins, ne suscitent pas d'oppositions irréductibles? Il paraît essentiel de définir le plus rapidement possible les principes en fonction desquels seront résolus les éventuels conflits entre les utilisateurs de l'eau. Envisageant cette problématique à l'échelle locale, je veux soumettre l'avis que la qualification juridique de l'eau en droit civil, c'est-à-dire dans le droit commun québécois, permet d'établir ces principes ou normes devant guider le règlement des conflits d'usages. On peut cependant croire que les mêmes critères seraient aussi utiles à la solution de conflits transfrontaliers de même nature impliquant l'eau.

1. Statut juridique de l'eau

Le *Code civil du Québec* (C.c.Q.) est le principal lieu d'expression de notre droit commun. Ce Code (article 913), comme celui qui l'a précédé, le *Code civil du Bas Canada* (article 585 C.c.B.C.), reconnaît la catégorie des choses communes ou *res communes*, laquelle vise l'air et l'eau. La catégorie des *res communes* est traditionnelle en droit civil. Elle a pour effet essentiel d'exclure la possibilité que les choses qu'elle vise puissent faire l'objet d'un

¹ Professeur et titulaire de la chaire Wainwright de droit civil, Université McGill.

droit de propriété. Non seulement les choses communes n'ont pas de propriétaire actuel, mais elles sont insusceptibles d'un droit de propriété, même au profit de l'État². La qualification de chose commune s'applique à l'eau de surface comme à l'eau souterraine. Certes, je n'ignore pas qu'une autre opinion est aussi mise de l'avant, qui voudrait que le statut de chose commune, reconnu dans le Code civil, ne vise que l'eau de surface, qu'elle ne s'appliquerait pas à l'eau de source, ni à l'eau souterraine. Toutefois cette opinion divergente s'appuie sur une interprétation qui introduit une distinction que les textes du Code ne formulent pas, une distinction qui est, de plus, scientifiquement insoutenable et n'a jamais reçu l'aval des tribunaux³.

2. Le régime juridique de l'eau

En premier lieu, le régime juridique applicable à l'eau (et à l'air) est un régime d'exception, qui est amplement justifié par le caractère même de cette substance indispensable à l'apparition et au maintien de la vie. Ce régime exceptionnel, qui ne s'applique pas aux autres ressources naturelles, telles la forêt, les mines, la faune, découle de la notion de chose commune. Le Code dispose, à l'article 913, que les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation, que leur usage est commun à tous et que cet usage commun est régi par des lois d'intérêt général. Si l'on reprend, un à un, les trois éléments du régime de la chose commune, on constate d'abord, que, n'étant pas susceptible d'appropriation, l'eau, comme je viens de le dire, ne peut être associée à un droit de propriété: par conséquent, elle ne peut faire valablement l'objet, ni d'une vente, ni d'une expropriation. Sa nature devrait aussi exclure son exportation.

En deuxième lieu, l'usage de l'eau étant commun à tous, il faut s'interroger sur la nature de cet usage que le droit définit comme étant commun et par conséquent légitime. Tous les usages sont-ils légitimes? Y aurait-il des usages qui ont priorité en cas de conflits ou lorsqu'il n'est pas possible d'accommoder les besoins en eau d'activités diverses dans un lieu donné? Enfin, l'usage commun étant soumis à la législation qui l'organise dans l'intérêt général, l'État, dont c'est la mission de s'occuper de l'intérêt général, a toute la

² Le droit civil distingue aussi entre *res communes* et *res nullius*. Cette dernière catégorie regroupe les choses qui n'appartiennent présentement à personne, mais qui deviennent la propriété de celui qui les maîtrise. Les animaux sauvages, la faune aquatique sont des *res nullius*: voir les articles 914 et 934 C.c.Q. Par ailleurs, dans le langage courant comme dans celui des économistes, des sociologues, des philosophes, la locution *bien commun* est parfois utilisée dans un sens qui semble correspondre à la *chose commune* dans la langue juridique. En droit toutefois, le mot *bien* désigne une chose appropriée, un droit aliénable, alors que le *bien commun* est celui qui appartient en même temps à plusieurs personnes.

³ Pour une analyse plus poussée de cette question, se reporter à Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN, Claire SKRINDA, *Le statut juridique de l'eau en droit québécois*, Novembre 1999, Mémoire n° 248 présenté à la Commission sur la gestion de l'eau au Québec, <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/archives/eau/docdeposes/memoires/memo248.pdf>. Pour une version modifiée de ce mémoire, voir: Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN, Claire SKRINDA, « L'eau, chose commune: un statut juridique à confirmer », (2000) 79-3 *revue du Barreau Canadien* 398. Voir aussi, Madeleine CANTIN CUMYN, « Le droit de l'eau et le développement durable, Convergence, complémentarité ou incompatibilité? » publié par la Ligue des droits et libertés, Bulletin Printemps 2006, p.15 à 21.

compétence requise pour veiller à ce que les personnes habitant sur son territoire puissent faire, et ne puisse faire, qu'un usage légitime et raisonnable de l'eau. Le pouvoir de réglementation de l'État ne dépend aucunement de la reconnaissance d'un droit de propriété de l'eau en sa faveur.

On est forcé de constater présentement au Québec un non-respect flagrant de la qualification de l'eau comme chose commune dans chacun de ces éléments. En effet, l'État donne indirectement son aval au commerce de l'eau, manifestement fort lucratif, en émettant des permis de captage d'eau souterraine en vue de son embouteillage et de sa vente par des personnes privées. En outre, l'interdiction d'exporter l'eau énoncée dans une loi dite *Loi favorisant la préservation des eaux souterraines*, est fonction de la grandeur du contenant : elle ne s'applique pas aux contenants de 20 litres ou moins!

Enfin, s'il existe une législation visant la qualité de l'eau, la *Loi sur la qualité de l'environnement*, l'État tarde encore à exercer ses pouvoirs de gestion et de réglementation de l'usage de l'eau dans l'intérêt général, privant ainsi les citoyens de moyens de régler d'éventuels conflits d'usage. L'inaction de l'État ou du législateur n'interdit pas cependant d'examiner la question de l'usage légitime de l'eau, chose commune et de proposer une hiérarchie d'usages légitimes de l'eau.

3. Usages légitimes et prioritaires de l'eau, chose commune

L'usage de l'eau que nous envisageons ici doit être distingué des usages divers des cours d'eau, tels la navigation, la pêche, l'exploitation des forces hydrauliques, l'implantation de constructions dans le lit d'un cours d'eau. Sauf pour la navigation, le droit de mener ces autres activités dépend principalement de la propriété du lit et des rives des cours d'eau. Car, contrairement à l'eau elle-même, le lit et les rives sont appropriés, par l'État, par des personnes morales de droit public ou de droit privé, par des individus.

Selon moi, la notion de chose commune permet de dégager les principes ou normes utiles au règlement des conflits d'usages de l'eau. On peut, à partir de cette notion, préciser quels sont les usages légitimes de l'eau et établir, au besoin, des priorités d'usages. L'application du concept de chose commune ouvre aussi la perspective d'une gestion de l'eau selon les exigences d'un développement durable, une gestion qui en permette la répartition équitable tout en assurant sa pérennité.

Il découle de la notion de chose commune que chaque résident d'un territoire donné, que l'on identifie maintenant comme étant le bassin versant d'un cours d'eau principal, a droit de faire usage de l'eau, que l'eau doit être disponible en quantité et de qualité suffisantes et que l'on y ait accès. Bien qu'aucune législation ne le détermine présentement, on peut croire que le droit individuel d'usage de l'eau d'un résident du bassin versant est le plus légitime des usages de la chose commune et qu'il vise la satisfaction de ses besoins alimentaires, d'hygiène et autres fins domestiques. Est aussi légitime, l'usage de l'eau pour l'exploitation agricole d'un fonds. Longtemps limité à l'alimentation du bétail, l'usage agricole comprend de plus en plus fréquemment l'irrigation des cultures. Enfin, l'industrie

peut requérir des quantités plus ou moins grandes d'eau. La plupart de ces usages de l'eau ne la retirent pas définitivement de son environnement. Ils n'impliquent pas non plus une appropriation de l'eau. Les problèmes susceptibles de résulter des usages agricoles ou industriels n'ont pas trait à une appropriation illégitime de la chose commune mais à l'altération de la qualité de l'eau résultant de ces usages et, éventuellement, les conflits que susciterait l'insuffisance des quantités disponibles d'eau. Ces trois types d'usages peuvent donc être qualifiés d'usages légitimes de l'eau, c'est-à-dire compatibles avec l'idée de choses commune.

Quel ordre de priorité convient-il de donner à ces usages en cas d'insuffisance et de conflit ? En premier lieu, il me semble irréfutable que la priorité doit toujours être donnée à l'usage individuel alimentaire et domestique. En deuxième lieu, viendrait l'usage agricole qui devrait toujours être préféré aux autres types d'exploitation en zone agricole, mais pourrait être déplacé en territoire non agricole. Reste à situer l'usage de l'eau par des entreprises hôtelières, récréatives et touristiques. Bien qu'ils soient souvent semblables à l'usage domestique individuel, ces usages ne doivent jamais le primer, et devraient même, il me semble, céder le pas en zone agricole, aux besoins des agriculteurs en cas d'insuffisance. Enfin, il faut se demander quelle importance il convient de donner aux besoins des autres êtres vivants, à la survie des espèces, à l'équilibre de la nature. Cette préoccupation doit sans doute être toujours présente dans l'élaboration des divers schémas de répartition entre divers usages légitimes de l'eau.

Faire un usage légitime de l'eau n'est pas synonyme d'appropriation, on le voit, dès lors qu'après l'usage, celle-ci retourne à la nature. Les usages identifiés comme légitimes ont cette caractéristique. L'usage de l'eau comme aliment peut paraître différent au premier abord, mais cet usage de l'eau, le plus fondamental de tous les usages, n'a pas besoin de s'appuyer sur le droit de propriété pour que soit justifiée l'action de s'abreuver, pas plus que l'être vivant ne s'approprie l'air en respirant. La notion de chose commune suffit amplement pour expliquer que chacun puisse faire cet usage prioritaire de l'eau.

En revanche, la notion de chose commune, correctement comprise, fait apparaître toute l'illégitimité du captage de l'eau pour en faire un objet de commerce. L'embouteilleur ne fait pas usage de l'eau pour satisfaire ses besoins, il se l'approprie. En effet, on ne peut prétendre vendre ce dont on n'a pas la propriété. Le captage de l'eau souterraine en vue de son embouteillage ne peut accéder au statut d'usage légitime que s'il en venait à constituer une façon alternative de donner accès à l'eau aux habitants du territoire québécois. Cela suppose qu'il soit une activité menée par un organisme public dont la finalité n'est pas le profit et dont on pourrait songer à affecter les recettes excédentaires au financement d'infrastructures d'assainissement et de distribution d'eau, notamment.