

L'EAU, CHOSE COMMUNE : UN STATUT JURIDIQUE À CONFIRMER

Madeleine Cantin Cumyn*,
 Michelle Cumyn** et Claire Skrinda***
 Montréal

Cet article reprend le contenu d'un mémoire présenté à la Commission sur la gestion de l'eau au Québec dans le cadre de l'importante consultation publique tenue récemment dans cette province¹. La partie A traite du statut juridique de l'eau en droit québécois. Le gouvernement du Québec appuie sa gestion actuelle des eaux souterraines sur la prémisse que celles-ci appartiennent au propriétaire du fonds sous lequel elles sont situées. Cette interprétation du droit actuel est mal fondée : l'eau souterraine constitue plutôt, à l'instar des eaux de surface, une chose commune.

La partie B traite du statut juridique de l'eau dans les provinces de common law. Le droit de ces provinces ne reconnaît pas que les individus puissent être propriétaires de l'eau dans son état naturel : il consacre plutôt des droits d'usage de l'eau. On admet parfois que l'État a une certaine propriété de l'eau. Toutefois, il ne s'agit pas de propriété au sens du droit privé québécois, mais d'une responsabilité fiduciaire qu'a l'État de protéger et de contrôler l'utilisation de l'eau par les particuliers, dans l'intérêt public.

* Madeleine Cantin Cumyn, de la Faculté de droit, Université McGill et membre du Barreau du Québec, Montréal, Québec.

** Michelle Cumyn, professeure adjointe, de la Faculté de droit, Université Laval, Québec, Québec, candidate au doctorat en droit, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

*** Claire Skrinda, B.A. Honors (Guelph), étudiante en 3^e année, programme LL.B./B.C.L. à la Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Québec. Skrinda, J.C., *Water: A Bridge or a Barrier? The Role of Water in the Jordan-Israel Peace Treaty* (B.A. Honours), Research Paper, University of Guelph, 1996 [unpublished].

¹ Le mémoire a été présenté à la Commission sur la gestion de l'eau au Québec lors de la consultation publique tenue à Montréal, entre les 23 et 30 novembre 1999, sous l'égide du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE). Il est disponible sur le site du BAPE: <http://www.bape.gouv.qc.ca/eau> (mémoire no 248). La Partie A est rédigée par M. Cantin Cumyn et M. Cumyn tandis que C. Skrinda a rédigé la Partie B. Cette dernière exprime sa reconnaissance à madame le Pr. Jane M. Glenn, de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a généreusement accepté de commenter une version préliminaire de son texte. À l'issue des consultations publiques, le Rapport de la Commission sur la gestion de l'eau au Québec, intitulé *L'eau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur* (n° 142, 2 tomes), a été transmis au ministre de l'Environnement le 1^{er} mai 2000. Il retient le principal élément du présent mémoire voulant que l'eau souterraine ait le même statut juridique de chose commune (*res communis*) que l'eau de surface.

This article is based on a paper submitted to the Commission sur la gestion de l'eau au Québec during the important public hearings recently held in that province¹. Part A deals with the legal status of water in Québec. The Government of Québec has recently taken the position that according to Québec civil law, groundwater is privately owned by the owner of the land where it is located. This interpretation, in our view, is ill-founded: groundwater, like surface water, is a res communis.

Part B examines the legal status of water in the common law provinces. The law of those provinces does not grant individuals any proprietary rights in the water itself, only rights to use. The title to water is sometimes said to be vested in the Crown. However, what is meant is not a proprietary right in the water, but a public trust to protect the resource and control its use by individuals, in the public interest.

<i>Introduction</i>	399
<i>Partie A - Le statut juridique de l'eau en droit québécois</i>	400
1 - <i>Analyse de la position gouvernementale sur les eaux souterraines : l'eau est susceptible de propriété privée dans son état naturel</i>	401
1.1 - <i>Qualification de l'eau comme un bien appartenant au propriétaire du fonds</i>	401
1.2 - <i>Les conséquences de la qualification de l'eau souterraine comme un bien, susceptible de propriété privée</i>	403
2 - <i>L'eau est une chose commune : vers une consolidation de son statut juridique actuel</i>	406
2.1 - <i>Les eaux de surface</i>	407
2.2 - <i>Les eaux souterraines</i>	409
<i>Conclusion de la Partie A</i>	410
<i>Part B - The Legal Status of Water in the Common Law Provinces</i>	411
1 - <i>The Traditional Common Law Rule</i>	412
2 - <i>Modifications to the Common Law</i>	415
2.1 - <i>Judicial Modifications</i>	415
2.2 - <i>Statutory Modifications</i>	416
<i>Conclusion of Part B</i>	418
<i>Conclusion générale : Compatibilité de la qualification de chose commune avec les différents usages de l'eau</i>	419

Introduction

On ne saurait sous-estimer l'importance du débat sur l'eau, en cours au Québec et ailleurs, auquel sont intéressés les citoyens ordinaires, les agriculteurs, les entrepreneurs, les écologistes, les politiciens et l'État. Le statut juridique de l'eau souterraine, en particulier, représente aujourd'hui un enjeu économique et social majeur, alors que son captage à des fins de commercialisation est en voie de devenir une activité économique de plus en plus convoitée et qu'en même temps les citoyens prennent graduellement conscience de son caractère vital pour la collectivité qui en dépend. Or, malgré cette conjoncture pressante, les aspects juridiques sous-jacents à la discussion demeurent mal définis ou sont présentés de manière incomplète ou ambiguë.

Ainsi, il est manifeste que le gouvernement du Québec appuie sa gestion actuelle des eaux souterraines sur la prémisse que celles-ci appartiennent au propriétaire du fonds sous lequel elles sont situées. Il semble également d'avis que le propriétaire d'un fonds a le droit d'en extraire l'eau, comme bon lui semble, à la seule condition de ne pas l'épuiser ou la polluer au détriment de ses autres utilisateurs. L'implantation de plusieurs entreprises de captage d'eau souterraine à des fins commerciales a, par conséquent, été autorisée, sur le territoire du Québec, dans des zones habitées qui comptent déjà plusieurs utilisateurs de la nappe souterraine à des fins domestiques, agricoles ou industrielles. La réglementation prévoyant l'octroi de permis de captage d'eau souterraine à des fins commerciales n'exige pas que les autres propriétaires ayant accès à la même nappe d'eau accordent au préalable leur consentement au projet².

Notre intervention devant la Commission sur la gestion de l'eau au Québec a eu pour objet principal de contester l'analyse juridique du statut de l'eau douce, sur laquelle l'État provincial se fonde pour en autoriser la commercialisation. L'état du droit québécois relatif à l'eau fait ainsi l'objet de notre première partie (Partie A). Par ailleurs, la documentation gouvernementale révèle une appréciation incorrecte du droit applicable à l'eau dans la tradition de la *common law*. Aussi, notre seconde partie vise-t-elle à décrire le statut juridique de l'eau dans les autres provinces canadiennes (Part B)³.

Partie A - Le statut juridique de l'eau en droit québécois

Le régime juridique applicable à l'eau est un domaine relativement peu approfondi par les juristes québécois. Les tribunaux ont souvent été saisis de litiges portant sur l'exercice de droits relatifs aux cours d'eau, tels le droit de pêche, la propriété des rives et du lit, l'exploitation des forces hydrauliques. Quoique nombreuses, ces affaires n'étaient pas l'occasion de se prononcer sur la nature juridique de l'eau elle-même, notamment de l'eau souterraine⁴. Des opinions, à notre avis contestables, se sont cependant accréditées qui rendent aujourd'hui impératif de clarifier le statut juridique de l'eau. Dans ce dessein, nous examinons, dans un premier temps, la position du gouvernement au sujet des eaux souterraines afin de montrer que les conséquences qui découlent de son analyse ne permettent pas de justifier la gestion qui en est faite, puisqu'elle ne tient pas compte du droit qu'auraient l'ensemble de ses propriétaires de s'opposer à sa commercialisation. Qui plus est, la conception de l'eau comme une chose appropriable dans son état naturel contredit l'importance vitale que l'on attribue à l'eau, en la plaçant sous le contrôle d'intérêts privés, tout en limitant le pouvoir de l'État d'en assurer la protection dans l'intérêt général. Nous procéderons dans un second temps à l'analyse d'ensemble du régime des

² Voir le *Règlement sur les eaux souterraines*, c. Q-2, r.5.1.

³ On peut prendre connaissance des paramètres fixés pour la consultation publique en se reportant au document intitulé : *La gestion de l'eau au Québec*. (Document de consultation publique), Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1999.

⁴ Voir cependant, *infra* note 25.

eaux afin de montrer que l'eau, dans son état naturel et quelle que soit sa forme, est une chose commune; nous indiquerons les conséquences qui découlent de cette qualification.

1 - Analyse de la position gouvernementale sur les eaux souterraines : l'eau est susceptible de propriété privée dans son état naturel

On sent une volonté très ferme du gouvernement du Québec de prendre en charge la gestion de l'eau souterraine afin d'en permettre et d'en contrôler l'exploitation tant à des fins domestiques qu'agricoles, industrielles ou commerciales. Or, le gouvernement est de toute évidence convaincu que le régime juridique actuel de l'eau ne lui accorde pas les pouvoirs suffisants pour en contrôler l'exploitation du point de vue quantitatif: c'est pourquoi il envisage une modification législative du statut juridique de l'eau⁵. Il convient de soumettre à un examen critique tant l'interprétation que fait le gouvernement du statut juridique de l'eau que les conséquences qui, d'après lui, en découlent.

1.1 - Qualification de l'eau comme un bien appartenant au propriétaire du fonds

Les rapports de la Commission Legendre. La Commission Legendre est la première Commission créée par le gouvernement du Québec, en 1968, pour étudier les problèmes juridiques de l'eau⁶. Elle est clairement embarrassée par la question du statut juridique de l'eau souterraine dans le droit en vigueur à l'époque. Elle mentionne les deux interprétations les plus plausibles: l'eau souterraine est un bien susceptible d'appropriation ou elle est une chose commune (*res communis*)⁷. Cependant, la Commission prend soin de ne pas

⁵ Voir Ministère de l'environnement et de la faune [ci-après M.E.F.], *Politique de protection et conservation des eaux souterraines* (Document de travail), Québec, Service des pesticides et des eaux souterraines, 1997 à la p. 13 [ci-après «Politique»]; *Plan d'action pour la mise en oeuvre de la Politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, (Projet), Québec, M.E.F., 1996 aux pp. 22-23 [ci-après «Plan d'action»].

⁶ La Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau a déposé trois rapports entre 1970 et 1972 qui ont fait l'objet d'une publication d'ensemble intitulée : *Rapport de la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau*, Québec, Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, 1975. Les rapports les plus pertinents pour notre sujet sont: *Premier rapport: les principes juridiques de l'administration de l'eau*, Ministère des richesses naturelles, 1970 [ci-après 1^{er} rapport] et *Proposition de réforme de la législation de l'eau*, 1972 [ci-après 3^e rapport].

⁷ On y lit, concernant le statut juridique des eaux souterraines:

parmi les choses auxquelles le droit attache une signification, l'on note deux catégories principales: la "res nullius" et les "res communes". Les deux, à l'état naturel ou libre, sont inappropriées et hors commerce. La première, cependant, devient un bien "dans le commerce" par captation ou découverte. Elle a vocation à devenir un bien. La seconde, d'autre part, est essentiellement inappropriable et la main mise que l'on peut exercer sur elle ne confère jamais "de jure" un droit de propriété. (1^{er} rapport, *ibid.* à la p. 75).

se prononcer catégoriquement en faveur de l'une ou de l'autre de ces interprétations, même si elle indique sa préférence pour la qualification de chose commune⁸. Elle insiste plutôt sur le fait que le propriétaire d'un fonds détient un droit d'utilisation privilégié de l'eau à laquelle il a accès par son fonds. Les droits d'utilisation de l'eau étant largement compris comme découlant de la propriété du sol, la Commission conclut à la nécessité de dissocier les droits d'utilisation de l'eau du droit commun de la propriété foncière, les concepts traditionnels du droit étant jugés inconciliables avec les objectifs de la réforme souhaitée du droit des eaux⁹. C'est donc contre l'accès privilégié à l'eau conféré au propriétaire d'un fonds adjacent à la ressource que s'insurge la Commission, qui souhaite que le droit de l'eau soit réformé pour assurer l'accès équitable de tous les membres de la collectivité.

La position du gouvernement du Québec. Si les textes émanant du gouvernement, comme les rapports de la Commission Legendre¹⁰, sont longtemps demeurés équivoques sur la question de l'appropriation de l'eau, il en va autrement des documents les plus récents où le gouvernement du Québec semble avoir pris parti pour la qualification de l'eau souterraine comme un bien appartenant au propriétaire du fonds en dessous duquel elle est située¹¹. C'est ainsi qu'on peut lire, dans le *Document de consultation publique* préparé dans le cadre de la présente consultation, qu'«[e]n vertu du *Code civil du Québec*, l'eau souterraine est un bien de propriété privée relié à la propriété immobilière. Tout propriétaire d'un fonds peut utiliser les eaux souterraines et en disposer comme bon lui semble sous réserve des limites posées par la loi et le droit commun»¹².

⁸ Ainsi, la Commission Legendre affirme que l'eau de surface et l'eau souterraine sont des accessoires de la propriété du sol, sans dire que le propriétaire du sol a un droit de propriété sur l'eau : voir le 1^{er} rapport, *ibid.* à la p. 74.

La Commission affirme également: «Nous croyons qu'il faut renoncer à faire de la ressource un bien au sens du *Code civil*»; que la qualification de chose commune paraît plus indiquée et que: «Déjà cette contradiction entre le droit de propriété et la nature de l'eau avait été sentie par les rédacteurs du *Code Napoléon* et du *Code civil québécois* où l'on ne retrouve les termes propriétés qu'à l'égard des sources», ce qui d'ailleurs est inexact en ce qui concerne le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec*, qui n'utilisent pas le terme de propriété à l'égard de la source (art. 502, 503 C.c.B.-C.; 980, 982 C.c.Q.), tout en étant vrai pour le *Code civil français* (art. 642) (*ibid.*).

La Commission ajoute, un peu plus loin, que la catégorie la plus accordée avec la manière d'être de l'eau est celle de chose commune (*ibid.* à la p. 75). Enfin, elle parle dans son 3^e Rapport, à la p. 304, de la «propriété du droit d'extraction d'eau souterraine» et non de la propriété de l'eau souterraine elle-même.

⁹ Voir notamment le 1^{er} rapport, *ibid.* aux pp. 73-76, 304-306.

¹⁰ Ainsi, l'Annexe B du Plan d'action du M.E.F. sur le statut légal de l'eau souterraine affirme que «le droit d'accès et d'appropriation de l'eau souterraine est lié à la propriété foncière,» *supra* note 5 à la p. 72.

¹¹ Dans la Politique du M.E.F., on affirme qu'«[a]ctuellement, sur le plan juridique, l'eau souterraine est un bien de propriété privée relié à la propriété immobilière,» *supra* note 5 à la p. 13. Voir aussi G. Lord, dir., *Le droit québécois de l'eau*, vol. 1, Québec, Ministère des richesses naturelles, 1977 aux pp. 117 à 208; «Le symposium sur la gestion de l'eau au Québec : constats et enjeux», Dossier, C.P.Q., février 1998, B.1 - vol. 29 - no 324.

¹² Voir *La gestion de l'eau au Québec*, *supra* note 3 à la p. 12.

Or, il suffit de lire attentivement les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* pour constater qu'il n'édicte pas, directement ou indirectement, que l'eau, sous quelque forme qu'elle se trouve, est un bien susceptible de propriété privée¹³. Qui plus est, comme l'a démontré la Commission Legendre, la notion de bien ne s'accorde pas avec les caractéristiques de l'eau:

La notion de ressource collective qui découle de son caractère vital pour la collectivité, interdit évidemment de la classer comme un bien juridiquement appropriable tout au moins dans son état naturel. Admettre qu'elle puisse être l'objet d'un droit de propriété privé s'avère d'une part très dangereux pour l'intérêt public. [...] D'autre part, l'idée même de propriété de l'eau, fut-elle publique, met le droit en contradiction avec la nature. La ressource ne possède pas les caractères de fixité et de certitude quantitative qui sont essentiels à l'objet d'un droit de propriété.¹⁴

Il y a certes lieu de se demander pourquoi le gouvernement privilégie-t-il actuellement la qualification de l'eau souterraine comme un bien, alors que le Code civil admet tout aussi facilement l'interprétation suivant laquelle l'eau souterraine est une chose commune, qualification dont on s'accorde pour dire qu'elle est plus conforme à la nature essentielle de l'eau? La question est d'autant plus pertinente que la position gouvernementale récente n'entraîne pas les conséquences juridiques que l'on suppose.

1.2 - *Les conséquences de la qualification de l'eau souterraine comme un bien, susceptible de propriété privée*

Le gouvernement du Québec tire deux conséquences principales de la qualification qu'il attribue à l'eau souterraine. En premier lieu, il considère que le statut juridique de l'eau souterraine, comme un bien appartenant au propriétaire du fonds en dessous duquel elle est située, implique que ce propriétaire peut l'exploiter «comme bon lui semble». En second lieu, il juge qu'il est impératif et urgent d'intervenir pour modifier le statut juridique de l'eau, soit pour en faire une chose commune, soit pour exproprier tous les propriétaires fonciers du Québec afin que l'eau souterraine devienne la propriété domaniale de l'État.

Les droits d'un propriétaire de l'eau souterraine. Dans un document qui expose son interprétation du statut juridique de l'eau souterraine, le M.E.F. décrit en ces termes le régime applicable en vertu du *Code civil du Bas Canada*:

La signification du terme "source" utilisé dans l'article 502 dépasse la simple notion de résurgence, il désigne implicitement l'eau souterraine. Ce statut légal peut poser certains problèmes sur l'aspect quantité de la ressource eau souterraine. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'un terrain peut y aménager un ouvrage de captage et soutirer les quantités d'eau souterraine pour satisfaire ses besoins (approvisionnement en eau, assèchement d'une excavation...) Et ce, même si une telle extraction porte préjudice

¹³ Voir les articles 913, 951, 979, 980, 981 et 982 du *Code civil du Québec* et les articles 414, 501, 502, 503 et 585 du *Code civil du Bas Canada*.

¹⁴ Commission Legendre, 1^{er} rapport, *supra*, note 6 à la p. 75.

(diminution du rabatement disponible) à d'autres utilisateurs de l'eau souterraine sur les propriétés avoisinantes.¹⁵

Le *Code civil du Québec*, d'après le M.E.F., vient nuancer le droit antérieur sans toutefois en modifier fondamentalement la teneur. En particulier, l'article 982 ne permet plus l'épuisement de la nappe souterraine, car il offre un recours en injonction aux autres usagers de la nappe souterraine pour lutter contre cet épuisement.

Cette analyse des conséquences du droit de propriété qu'aurait chaque propriétaire foncier sur l'eau souterraine, dans l'hypothèse où celle-ci serait un bien, n'emporte pas la conviction. En effet, si plusieurs personnes sont propriétaires d'une même nappe d'eau souterraine située sous leurs fonds, chacune d'elles a le même droit à une part de la ressource, et, par conséquent, aucune d'elles ne peut agir de façon à porter atteinte au droit des autres. Or, la seule façon d'envisager une pluralité de titulaires du même droit sur le même objet et de concilier les droits de tous, est de leur appliquer le régime de la copropriété par indivision.

La copropriété par indivision de l'eau souterraine. En raison du caractère fluide de l'eau, on ne peut pas, contrairement aux minerais ou autres substances souterraines qui ont une consistance solide, découper la nappe souterraine en masses d'eau dont chaque propriétaire foncier serait propriétaire exclusif. Au contraire, chaque fois que l'un des propriétaires prélève de l'eau dans la nappe souterraine, il diminue la réserve disponible à l'ensemble des propriétaires. C'est pourquoi la seule façon de défendre l'idée de la propriété de l'eau souterraine serait de lui appliquer le régime de la copropriété par indivision. Tous les propriétaires fonciers situés au-dessus d'une même nappe d'eau seraient propriétaires en commun de la totalité de l'eau qui s'y trouve. Les dispositions du *Code civil* sur l'indivision s'appliqueraient pour régler les éventuels conflits entre les propriétaires relativement à l'usage et l'administration du bien commun. L'interprétation que fait le gouvernement du *Code civil du Bas Canada* et, de façon légèrement plus nuancée, du *Code civil du Québec*, en accordant à chaque propriétaire individuellement le droit d'user comme bon lui semble de la totalité de la ressource, rend impossible toute conciliation de leurs droits entre eux¹⁶.

Si tant est qu'il existe un droit de propriété sur l'eau souterraine, seul le régime de l'indivision permet de réconcilier les droits de tous les propriétaires

¹⁵ Plan d'action, *supra* note 5, Annexe B aux pp. 72-73. L'affaire *Lortie c. Corporation de l'Ange-Gardien*, [1954] C.S. 91, citée au soutien de cette position, a seulement jugé que la municipalité qui, dans le cadre de travaux d'excavation d'un chemin municipal pour l'aménagement d'un aqueduc public, coupe l'alimentation en eau d'une source à laquelle un contribuable s'approvisionne, n'est pas responsable des dommages que ces travaux de nécessité publique lui ont causés.

¹⁶ Rappelons que, dans le document de consultation publique du Ministère de l'Environnement, on propose l'interprétation suivante des droits de chaque propriétaire conjoint de l'eau souterraine, en vertu du *Code civil du Québec*: «Tout propriétaire d'un fonds peut utiliser les eaux souterraines et en disposer comme bon lui semble sous réserve des limites posées par la loi et le droit commun» (*La gestion de l'eau au Québec*, *supra* note 3 à la p. 12).

ayant une propriété conjointe de l'eau souterraine¹⁷. En premier lieu, «chaque indivisaire peut se servir du bien indivis, à la condition de ne porter atteinte ni à sa destination ni aux droits des autres indivisaires» (art. 1016 C.c.Q.). En second lieu, «les indivisaires administrent le bien en commun.» (art. 1025 C.c.Q.). En troisième lieu, «les décisions visant à aliéner le bien indivis, à le partager, à le grever d'un droit réel, à en changer la destination ou à y apporter des modifications substantielles sont prises à l'unanimité» (art. 1026 C.c.Q.).

L'application du régime de l'indivision permet à chaque copropriétaire d'une nappe phréatique de jouir de son droit, sans entraver le droit des autres. Tous pourraient donc y puiser pour satisfaire leurs besoins ordinaires qui, selon la région où l'on se situe, pourraient inclure l'usage agricole ou industriel. Mais, pour faire de la nappe un usage qui sortirait de l'usage ordinaire ou qui y apporterait des modifications substantielles, il faudrait l'accord de tous les propriétaires. Il va sans dire que l'implantation, dans une zone résidentielle ou agricole, d'un projet d'embouteillage à des fins commerciales nécessiterait le consentement unanime des copropriétaires de la ressource, qui pourraient, soit s'opposer au projet, soit exiger un partage équitable entre eux des profits découlant de la vente du bien indivis.

Les voies d'évolution envisagées. Comme nous venons de le voir, si l'eau souterraine est un bien, sa gestion relève de ses propriétaires qui, ensemble, auraient sur elle des droits très étendus. Les interventions gouvernementales se limiteraient à empêcher la pollution de la nappe, à contrôler la qualité de l'eau extraite, à en limiter l'usage dans la mesure où l'épuisement constitue un danger pour l'environnement ou pour les usagers. Pour acquérir un pouvoir de contrôle plus étendu sur les utilisations de la ressource, le gouvernement envisage deux avenues: l'expropriation de l'eau souterraine ou la modification de son statut juridique pour en faire une chose commune.

L'expropriation de l'eau souterraine. Dans le projet de Plan d'action du M.E.F. daté d'avril 1996, on préconise l'expropriation de l'eau souterraine, qui deviendrait dès lors la propriété de l'État et ferait partie du domaine public:

L'expropriation de l'ensemble de la ressource eau souterraine au Québec simplifiera la gestion de cette ressource sur le plan quantité. Un processus d'expropriation ne serait pas requis chaque fois qu'il s'avère nécessaire d'interdire ou de contrôler sévèrement l'exploitation d'eau souterraine sur une portion de territoire.

L'expropriation de l'ensemble de la ressource peut s'effectuer par l'ajout d'un article à cet effet dans la Loi sur la qualité de l'environnement. Un tel article pourra également être inséré dans une éventuelle Loi sur l'eau.

Comme le précise l'article 952 du nouveau Code civil du Québec, une juste expropriation pour une cause d'utilité publique doit s'effectuer moyennant une juste

¹⁷ La question se poserait de savoir quelle serait la part de chaque copropriétaire: leurs parts seraient-elles proportionnelles à la superficie du terrain? Proportionnelles à la masse d'eau estimée comme se situant sous chaque terrain? Appliquerait-on la présomption de parts égales de l'article 1015 C.c.Q.? Pour un exposé du droit commun de la copropriété par indivision, ou indivision, voir M. Cantin Cumyn, «L'indivision», dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 aux pp. 325-42.

et préalable indemnité. Un article doit alors être ajouté pour préciser que l'expropriation est réalisée sans indemnité, malgré l'article 952.¹⁸

L'expropriation proposée ne changerait pas la qualification juridique de l'eau souterraine: elle serait encore un bien qui, au lieu d'appartenir aux propriétaires fonciers, deviendrait la propriété de l'État. Cette expropriation serait, bien sûr, inefficace dans l'analyse qui est la nôtre, où l'eau souterraine constitue actuellement une chose commune: en effet, l'État ne pourrait pas s'approprier la chose qui est, par sa nature, inappropriable. La voie de l'expropriation semble donc risquée, d'autant que l'expropriation généralisée et sans compensation envisagée ici par le M.E.F. pourrait apparaître comme une mesure inacceptable aux yeux du public. C'est sans doute la raison pour laquelle, dans un document plus récent, le M.E.F. se tourne vers une autre solution: la modification du statut juridique de l'eau pour en faire une chose commune.

La modification du statut juridique de l'eau souterraine pour en faire une chose commune. Voici la solution que propose le M.E.F. dans son projet de politique de juin 1997:

Il y a lieu d'envisager l'abolition du droit de propriété sur la chose commune qu'est l'eau souterraine, comme le proposait la Commission [Legendre]. Une telle réforme n'impliquera pas une indemnisation générale et elle ne constituera pas une expropriation ni une nationalisation. Elle n'opérera pas un transfert de propriété, mais seulement une abolition du droit de propriété sur la chose commune.¹⁹

Cette solution nous semble plus sage que la précédente; elle est cependant inutile dans la mesure où l'eau souterraine est déjà une chose commune! En fait, il suffirait de confirmer ou de clarifier le statut de l'eau souterraine, en inscrivant dans le Code civil le principe que l'eau, dans son état naturel, est une chose commune.

2 - *L'eau est une chose commune: vers une consolidation de son statut juridique actuel*

Il est de tradition, en droit civil, de considérer que l'eau et l'air sont des choses communes. Le droit québécois admet que les eaux courantes sont régies par ce principe: elles constituent dans notre droit l'archétype de la chose commune. Cependant, on prétend souvent que l'eau de source, qui n'est pas la tête d'un cours d'eau, et l'eau faisant partie d'un lac ou d'un étang situés sur un seul fonds échappent à la qualification de chose commune et appartiennent en propriété exclusive au propriétaire du fonds. Cette proposition est induite des articles 980 C.c.Q. ou 502 C.c.B.C. qui accordent l'usage exclusif de ces eaux au propriétaire du fonds. Certains vont plus loin encore et assimilent l'eau souterraine à la source: puisque la source appartient, selon eux, au propriétaire du fonds, il en irait de même de l'eau souterraine qui l'alimente²⁰.

¹⁸ Plan d'action, *supra* note 5 à la p. 25.

¹⁹ Politique, *supra* note 5 à la p. 14.

²⁰ Voir l'extrait du Plan d'action du M.E.F. reproduit au para. 8, ci-dessus.

Nous sommes en désaccord avec ces deux propositions. Premièrement, ce n'est pas parce que le Code accorde l'usage exclusif d'une source ou d'un étang au propriétaire du fonds qu'il le rend propriétaire de l'eau qui s'y trouve. Deuxièmement, ce n'est pas parce que le Code reconnaît l'usage exclusif d'une source qu'il reconnaît aussi l'usage exclusif d'une nappe souterraine, dès lors qu'elle se trouve sous le fonds de plusieurs propriétaires, soit l'hypothèse opposée à celle du lac ou de l'étang dont il est question à l'article 980 C.c.Q.

Abordons en premier lieu le cas des eaux de surface, avant de montrer que le même régime s'applique aux eaux souterraines.

2.1 - Les eaux de surface

La notion de chose commune. La chose commune (ou *res communis*) est, de sa nature, insusceptible d'un droit de propriété : elle est à la fois inappropriée et inappropriable. L'absence de droit de propriété de la chose commune vaut autant pour l'État que pour les particuliers. On avance plusieurs explications du fait que l'eau courante, la mer et l'air sont des choses communes. Certains disent que le régime d'inappropriation des choses communes est une conséquence de leur abondance, celle-ci enlevant tout intérêt à avoir sur elles un droit privatif. D'autres disent, au contraire, que c'est le caractère essentiel de l'eau et de l'air pour les espèces vivantes qui les rendent insusceptibles de propriété exclusive. À ces explications on ajoute souvent que la nature mobile et fluide de ces éléments les rendent physiquement insusceptibles d'appropriation dans leur état naturel²¹. Bien que la chose commune ne soit la propriété d'aucune personne (ou sujet de droit), il est admis que les particuliers peuvent user de la chose commune et que l'État a un pouvoir d'intervention fondé sur son obligation de veiller à la préservation de la ressource dans l'intérêt général.

L'usage de l'eau courante. Les droits individuels d'user ou de jouir de l'eau comprend la satisfaction des besoins dits ordinaires, soit les besoins alimentaires, les autres fins domestiques et l'exploitation agricole d'un fonds. Ces droits ne sont pas intrinsèquement liés à la propriété d'un fonds²². Toutefois, le propriétaire est dans une situation avantageuse dès lors que la propriété d'un terrain lui donne un accès immédiat à l'eau. L'article 503 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait que le propriétaire d'un terrain bordé ou traversé par un cours d'eau puisse s'en servir «pour l'utilité» de son fonds. L'article 981 du *Code civil du Québec*, censé le remplacer, autorise le propriétaire riverain à se servir de l'eau «pour ses besoins». Bien que ces textes relient le droit d'usage envisagé à la propriété d'un fonds de terre, leur portée véritable est, au contraire, de réglementer l'usage que peut faire le riverain de l'eau à laquelle il a un accès direct, afin que cet usage soit compatible avec son caractère de chose commune. Nul ne doute que le locataire d'un fonds ait le même droit d'utiliser l'eau et les

²¹ Voir l'extrait du 1^{er} rapport à la note 7.

²² Nous ne sommes donc pas en accord avec l'analyse de la Commission Legendre sur ce point.

mêmes obligations que le propriétaire du fonds. Par ailleurs, il est un devoir essentiel de l'État et de ses municipalités d'acheminer l'eau à ceux qui n'y ont pas un accès immédiat, ce qui constitue la reconnaissance que tous ont le droit d'user de la chose commune.

Il importe toutefois d'en distinguer les droits de pêche, de navigation, de flottage, d'exploitation des forces hydrauliques, qui sont des droits d'utilisation des cours d'eau, plutôt que de l'eau elle-même. Ces utilisations ne sont pas envisagées directement par le Code civil.

Le rôle de l'État. Il serait incompatible avec la nature de l'eau, chose commune, d'expliquer le rôle de l'État en termes d'un droit de propriété de l'eau. Son rôle est celui de protecteur de l'intérêt général. À ce titre, il a l'obligation de veiller, dans l'intérêt de l'ensemble des résidents du Québec, à ce que l'utilisation de l'eau ne mette pas en péril cette substance indispensable à la vie. Divers types d'interventions étatiques se sont succédés dans le temps. Les premières lois ont visé les droits d'exploitation des cours d'eau²³. Plus récemment l'État a mis en place une législation relative à la qualité de l'environnement dont l'un des objets est l'eau²⁴. Aujourd'hui, l'attention se porte du côté du droit des particuliers d'utiliser l'eau elle-même. Nul ne saurait douter que l'État ait le pouvoir de réglementer les usages que font les particuliers de l'eau. Ce pouvoir s'étend aux modes d'approvisionnement en eau et à la quantité d'eau extraite. En revanche, le pouvoir de réglementation des utilisations de la chose commune n'autorise pas l'État à reconnaître ou à attribuer à quiconque un droit de propriété de l'eau. À cet égard, l'eau a une nature fondamentalement différente de celle des ressources naturelles minérales avec lesquelles on a malencontreusement fréquemment tendance à l'assimiler²⁵. Les mines font l'objet d'un droit de propriété de l'État ou des particuliers. L'eau est une chose commune et, à ce titre, elle est assujettie à un régime juridique propre²⁶.

La notion d'eau courante. Il n'est pas contesté que la notion d'eau courante s'applique à l'eau de surface et qu'elle comprenne l'eau du fleuve, des rivières et des lacs. L'eau de ces cours d'eau a le statut de chose commune. Les particuliers peuvent s'y approvisionner en eau potable pour leurs besoins domestiques et l'exploitation de leur fonds. Les municipalités peuvent y puiser l'eau qui alimente leur service d'aqueduc.

²³ L'ensemble de cette législation est étudié dans *Le droit québécois de l'eau*, *supra* note 11.

²⁴ *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2.

²⁵ À titre d'exemple, voir le document de consultation publique, *supra* note 3 aux pp. 9 et 11.

²⁶ Pour une application de la notion de chose commune à l'eau, voir l'affaire *Dupuis c. St-Jean* (1910), 38 C.S. 204, où la Cour supérieure a invalidé le droit exclusif concédé à un particulier par l'État de couper la glace en un lieu donné de la rivière Gatineau et de la vendre. On a jugé que, bien que l'État soit propriétaire du lit et des rives d'une rivière navigable, il n'est pas propriétaire de l'eau : l'eau est une chose commune qui n'appartient à personne. La Cour d'appel a statué récemment que la notion de chose commune s'applique sans égards au caractère de navigabilité ou de non-navigabilité du cours d'eau : voir *Morin c. Morin*, [1998] R.J.Q. 23 (C.A.).

Le statut de l'eau courante ne prohibe pas la reconnaissance de droits exclusifs de pêche, d'exploitation des forces hydrauliques, voire l'interdiction d'activités telles que le flottage. Ces activités ne comportent pas une appropriation de l'eau; elles ne font pas partie des usages que le statut de chose commune met à la disposition de tous les membres de la collectivité.

2.2 - Les eaux souterraines

L'eau souterraine ne fait l'objet d'aucune disposition législative qui la qualifie expressément. La question du statut de cette eau ne s'est véritablement posée que depuis une trentaine d'années. L'eau d'une source, cependant, faisait l'objet de l'article 502 du *Code civil du Bas Canada* que reprend l'article 980, alinéa 1, du *Code civil du Québec*. Bien que ces textes n'envisagent, au profit du propriétaire du fonds où se trouve la source, que le droit d'en user et d'en disposer, l'opinion dominante en a déduit la reconnaissance d'un droit de propriété de l'eau de la source. Se fondant sur cette analyse, plusieurs estiment que les eaux souterraines sont gouvernées par le même régime que la source, c'est-à-dire que le propriétaire d'un fonds serait propriétaire de l'eau sous son fonds. Par conséquent, l'eau souterraine et l'eau de la source ne seraient pas des eaux courantes et n'auraient pas le statut de choses communes. Cette eau serait un bien pouvant être vendu par le propriétaire du fonds²⁷. Nous ne souscrivons pas à ce raisonnement.

Le véritable statut de l'eau de source et des eaux souterraines. Pour les codificateurs qui ont proposé, en 1866, le texte de l'article 502 du *Code civil du Bas Canada*, la source désignait le phénomène naturel d'une eau qui jaillit ou émerge à la surface du sol²⁸. Il est implicite que cette eau a un faible débit car la source qui est à la tête d'un cours d'eau tombe sous le régime de l'eau courante. Lorsque le sol est la propriété d'un particulier, il ne serait pas possible de reconnaître aux tiers le droit d'utiliser la source sans autoriser une atteinte trop importante au droit de propriété du fonds. D'où la règle qui privilégie le propriétaire du fonds en excluant les tiers. Cette règle n'entraîne pas comme conséquence nécessaire que le propriétaire du fonds soit propriétaire de l'eau, comme on le dit généralement. L'exclusion des tiers qu'elle comporte est compatible avec la notion de chose commune; elle admet que, dans ces circonstances particulières, la source sert à satisfaire les besoins en eau du propriétaire du fonds. Le même raisonnement s'applique au lac ou à l'étang qui se situent sur un seul fonds.

Grâce au développement des connaissances et de l'expertise, en hydrologie notamment, nous savons aujourd'hui qu'il n'y a pas de base scientifique qui justifie une distinction juridique entre les eaux de surface et les eaux

²⁷ Pour un résumé des opinions exprimées, voir R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. II, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1986 aux pp. 116-18. Voir aussi Simoneau c. Berthiaume, [1998] R.D.I. 373 (C.A.) où il est intéressant de comparer l'opinion dissidente avec celle de la majorité.

²⁸ Le *Règlement sur les eaux embouteillées*, R.R.Q. 1981, c. P-29, r. 1.1, donne, à l'article 7, une définition particulière d'« eau de source » dont la portée est limitée aux fins de ce règlement.

souterraines²⁹. L'eau de source provient d'une nappe souterraine; les nappes souterraines sont en communication avec les eaux de surface; elles s'étendent sur de grandes étendues qui sont sans correspondance avec la division des terrains à la surface. Compte tenu de ces données et de l'absence d'une détermination légale expresse du statut des eaux souterraines, il serait inadmissible que l'analyse juridique ne se fonde pas sur la nature des choses. Cette nature dicte au droit de donner la même qualification de chose commune pour les eaux souterraines et les eaux de surface.

Conclusion de la Partie A

Vers une clarification du statut juridique de l'eau. Nous espérons avoir démontré que l'eau, dans son état naturel, doit être considérée comme une chose commune, quelle que soit sa forme: eau souterraine, eau courante, source, lac ou étang. Cette qualification est tout à fait compatible avec les dispositions du Code civil. L'article 913 C.c.Q. en reconnaît le principe; quant aux autres articles relatifs à l'eau, ils traitent des usages qu'il est permis d'en faire sans déroger au principe: nulle part est-il dit que l'eau, sous certaines de ses formes, est susceptible de propriété privée dans son état naturel.

Malheureusement, l'analyse que nous faisons du statut juridique de l'eau en droit actuel n'est pas celle à laquelle on se rallie présentement même si un consensus semble se dégager que le statut de chose commune serait la solution la plus souhaitable³⁰. Il est souhaitable que le droit actuel soit clarifié, notamment, en énonçant, dans le Code civil, que l'eau, dans son état naturel, est une chose commune³¹.

²⁹ Voir L. Teclaff, «Legal and Institutional Responses to Growing Water Demand», Food and Agriculture Organization of the United Nations, Legislative Study No 14 (Rome: UN, 1977). Le constat était fait par la Commission Legendre : voir le 1^{er} Rapport, *supra* note 6 à la p. 64.

³⁰ Voir la *Synthèse des commentaires reçus sur le Projet de politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, M.E.F., mars 1997 (document SOUT.8), n° 2.1.1.

³¹ Nos propositions de modification des articles 913, 951 et 980 du *Code civil du Québec* sont les suivantes :

Article 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'eau de surface et l'eau souterraine sont des choses communes.

Article 951 :

La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire, au-dessus et au-dessous, toutes les constructions, ouvrages et plantations qu'il juge à propos dans le respect des lois d'intérêt général et des droits de mines réservés à l'État.

Article 980 :

Le propriétaire qui a une source sur son fonds use de l'eau qui s'en écoule naturellement pour ses besoins, à l'exclusion des autres.

Il peut, pour ses besoins, user de l'eau des lacs et étangs qui sont entièrement sur son fonds, mais en ayant soin d'en conserver la qualité.

Part B - The Legal Status of Water in the Other Canadian Provinces

Québec is not the only province re-evaluating its water policies and questioning the legal status of water according to traditional private law principles. As evidenced by several documents made available by the Québec government to the Commission and the public, there is considerable interest, within the Government, in the legal status of water in other North American jurisdictions. In particular, documents issued by the Ministère de l'environnement et de la faune mention that the traditional common law rule is that of "absolute ownership", which gives a landowner unrestricted rights to the groundwater beneath his or her property³². These documents also state that a number of Canadian provinces have recently "expropriated" all groundwater resources on their territory by declaring water to be the property of the Crown³³. However, these two claims, as stated, are, in many respects, questionable.

Reference to other jurisdictions is a valuable exercise. Although Québec's system of law is unique within Canada, the common law provinces also have a somewhat varied way of approaching the question of groundwater regulation. In addition, all provinces are subject to a variety of international trade agreements. It is wise for the Québec government to consider the implications of any decision regarding water that might result in attracting the obligations of Québec and, indeed, the rest of Canada under these trade agreements.

As we shall see, the common law approach to water resources is far from uniform. Indeed, some writers claim that many common law jurisdictions in North America are moving towards a more civilian approach to water resources³⁴. Although the civil and common law have different ways of viewing the same problem, both systems of law, at least in North America, are facing the same issues surrounding water use and allocation. American property law regarding water resources has adopted, in many jurisdictions, civilian concepts and terminology in formulating their water law³⁵. Indeed, many of the recent developments in the water law of the rest of North America seem to reflect the ultimately civilian concept of *res communis*. As we shall see, looking to both the common law and other jurisdictions need not mean diluting the civil

³² The M.E.F.'s Politique, *supra* note 5, mentions that in Québec, "L'exploitation actuelle de la ressource eau souterraine est régie, en quelque sorte, par la doctrine de la «règle de la propriété absolue»". In a footnote, it is mentioned that according to the English rule of absolute ownership, the owner of the land has an absolute right to extract as much water as he wishes (p. 32). In a study prepared for the M.E.F. by Michèle Boulanger, it is said that groundwater is privately owned in the United States and the common law provinces of Canada, although this rule has been modified by Statute in several jurisdictions (*Étude comparative de quelques politiques Nord Américaines et Européennes de protection et de conservation des eaux souterraines*, 6 août 1998 aux pp. 30-31).

³³ See the M.E.F.'s Plan d'action, *supra* note 5 at 25.

³⁴ See J. S. Stevens, "The Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right" (1980) 14 U.C. Davis L. Rev. 195.

³⁵ See e.g. J. R. Wilder, "The Great Lakes as a Water Resource: Questions of Ownership and Control" (1983) 59 Ind. L. J. 463; Stevens, *supra* note 34 at 223, 231.

law with foreign concepts. On the contrary, such an exercise may serve to strengthen the civilian roots of Québec law.

The Questions: In response to the assertions regarding the common law found in the Québec documents referred to above, we will seek to determine the state of the common law with regard to water, both as an element in itself and in the form of groundwater: is the "absolute ownership" rule an accurate reflection of the common law? We will also examine the implications of the vesting of water rights in the Crown by several Canadian provinces: does this vesting have the same consequences in common law as it would in civil law?

1 - *The Traditional Common Law Rule*

Water: As Stevens reminds us, according to Justinian's restatement of the Roman law, "[b]y the law of nature these things are common to mankind - the air, running water, the sea and consequently the shores of the sea"³⁶. Similarly, in England, Bracton essentially repeated Justinian's rule, declaring "[b]y natural law, these are common to all: running water, the air, the sea, and the shores of the sea"³⁷. It is a common law principle that resources such as water and fish are not susceptible to ownership in their natural state³⁸. However, while the civil and the common law started from a similar premise regarding water, the particularities of the common law system and the needs of an emerging market economy resulted in a derogation and qualification of the initial premise. To clarify, this initial premise saw water in its natural state as, essentially, *res communis*.

In order to understand traditional common law's approach to the question of water rights and ownership it is important to keep in mind two concepts. The first is the place of the concept of ownership in the common law. The second is the piecemeal evolution of the common law that often reflects favouring on-going solutions to problems, particularly in the area of water law, over strict adherence to any larger principles that may exist.

Ownership: It has been said that "common law abhorred ownerless things"³⁹. This explains why the erstwhile common property of water was declared to be vested in the Crown. In the common law, the Crown represents the residual "owner" of all property and also the original grantor of private title in land. Thus, the Crown's notional proprietary relationship to any common property, such as water, does not necessarily mean that the common law recognizes that water is, per se, susceptible to ownership. Indeed, in England,

³⁶ Justinian's restatement as cited in Stevens, *ibid.* at 196-97.

³⁷ Bracton as cited in Stevens, *ibid.* at 197.

³⁸ S.A. Kennett, *Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis* (Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1991).

³⁹ Stevens, *supra* note 34 at 195-96.

"[t]he public uses were recognized as public rights, and are often referred to in judicial decisions as a "public trust" which must be protected"⁴⁰. The common law would require that such a public trust be vested in the Crown. This does not mean that the Crown has any ownership rights *vis à vis* the water such as would allow the Crown to divest itself of the water. As Bracton remarks, "[i]t is another rule of law that public rights, and such things as are materially related to them, are inalienable" and thus "all things which relate peculiarly to the public good cannot be given over or transferred to another person, or separated from the Crown"⁴¹.

Evolution: Traditionally, in both the civil and common law, the law relating to water resources classified water according to the form, location, and movement of the water. There are practical reasons why this was the case. This classification reflected the relevant characteristics of water, according to water utilization patterns of the time. The civil and common law respecting flowing water developed alongside the emergence of a market economy and an increasing number of individual landowners. Unlike today, during this time, no market for water existed *per se*. The similar socio-economic situation, coupled with a relatively abundant supply of water, resulted in the civil and common law developing remarkably similar approaches to water law. Issues relating to water arose, in law, around two broad topics: landowners rights regarding water located on or flowing over their property and more general rights, or public rights, regarding water as it was used for navigation and, later, for power. Many of the provisions in our present-day *Civil Code of Québec* are mirrored in the restatement of the water law found in the English *Home Brewery* case⁴².

With the industrial revolution and the growing demand put on water resources, the English courts became increasingly called upon to adjudicate on the issues surrounding water, including water for energy-generating purposes. By the end of the nineteenth century, courts had settled many of the rights and duties people had with respect to water⁴³. One area of law regarding water resources that remains troublesome, however, for both the civil and common law, is the status of groundwater resources.

Groundwater: ownership v. use: The court in *Chasemore v. Richards*, 1843-60 All E.R. 77, 81-82 (H.L. 1859) defines groundwater as "water percolating through underground strata, which has no certain course and no

⁴⁰ United States of America, "Water Policies for the Future" in *Final Report to the President and to the Congress of the United States by the National Water Commission* (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1973).

⁴¹ Bracton as cited in Stevens, *supra* note 34 at 198.

⁴² For a detailed discussion of this case, and modern English water law, see P. Hutchesson, ed., «*Stephens v. Anglican Water Authority*» (1987) 137 New L. J. Law Reports, 829.

⁴³ H.W. Wilson, Solicitor, «Rights to Extract Pure Water» (1988) 138 New L. J. 812 [hereinafter *Extract*], citing Piers Ashworth QC (Deputy High Court Judge) in *Home Brewery Company Limited v. William Davis & Company (Leicester) Limited*, [1895] AC 587 [hereinafter *Home Brewery*].

defined limit, but oozes thought the soil in every direction in which the rain penetrates"⁴⁴. The court went on to say that "[a]t common law the owner of land has no right at all in respect of subterranean water running in undefined channels, except to sink wells and so obtain a supply of water, although a neighbour by exercising the same right may deprive him of his supply." This decision was followed by the court in *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] AC 587 [hereinafter *Pickles*]. In *Pickles*, "[t]his absolute right to appropriate groundwater was upheld even in cases where the groundwater was taken for a malicious purpose"⁴⁵.

These decisions are based on what has been referred to as the "absolute ownership" principle in common law⁴⁶. It is important to note that the term "absolute ownership" does not necessarily correspond to a literal understanding of these terms. The common law, in fact, stops short of granting the landowner any proprietary right in the water itself. It is the *absence* of a neighbour's proprietary interest in the groundwater, rather than any proprietary interest held by the landowner himself, on which the courts base their decisions. For example, the court in *Popplewell v. Hodkinson*, [1869] L.R. 4 Ex. 248 held that "the owner of land does not have, as an incident of this ownership at common law, the equivalent right to have the surface of his land supported by water"⁴⁷. If the owner of the land had any proprietary right in the water below his land, one would imagine a different result.

Our brief examination of some of the leading common law cases regarding water law shows that while courts may declare that certain persons have a right to use a water resource, rarely is this right said to extend to a right in the water itself. In fact, it is only when water is appropriated that it has any danger of becoming someone's property⁴⁸. Although there was once perhaps some doubt, recent Anglo Canadian jurisprudence has placed restrictions on whether a groundwater user can sell or waste the water⁴⁹. It seems that, to a large extent, water in the common law has not lost its essential characteristic of *res communis*. Rights to use water do not represent rights to the water itself. Although the common law gives the least restrictive rights to use water to owners of the land under which lies groundwater, these rights are balanced by the absence of rights of the owner of the land to demand, or perhaps even be compensated for the disappearance of, this same groundwater.

Perhaps we can find an answer to the common law approach to ground water in the common law definition of groundwater itself. As stated above,

⁴⁴ A.J. Roman & D. Ferris, "Symposium on Prevention of Groundwater Contamination in the Great Lakes Region: Regulation of Groundwater Contamination in Canada" (1989) 65 Chi.-Kent. L. Rev. 519.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ K.K. Orie, *Legal Aspects of Groundwater Quantity Allocation and Quality Protection in Canada*, D.C.L. Thesis (1992) [unpublished McGill Law School] at 117-18.

⁴⁷ *Supra* note 42.

⁴⁸ *Supra* note 38 at 24-15.

⁴⁹ *Supra* note 46 at 120-21.

groundwater, amongst other characteristics has "no certain course and no defined limit"⁵⁰. If modern geological methods could chart a course for groundwater, or define a limit for this water, would the common law rules cease being applicable to what was once considered groundwater? Put another way, it was arguably the inability of the common law to truly know the characteristics of the underground water, as evidenced by the definition, that led to the non-interventionist approach courts took to groundwater.

2 - Modifications to the common law

2.1 - Judicial Modifications

England: Although England, most states in the United States, and the common law provinces of Canada all share the same common law roots regarding water law, many jurisdictions have modified the underlying common law. For example, many courts in the United States adopted the "reasonable use" rule as a modification of the absolute ownership rule⁵¹. The English courts used the American doctrine of reasonable use (sometimes called the "American rule") as a stable basis for resolving the increasingly frequent disputes over waterpower that English courts were required to resolve in the middle of the nineteenth century⁵². The interpretation American courts give to the American rule varies "from State-to-State and from case-to-case, since the resolution of each controversy is *ad hoc*"⁵³.

United States: Almost all of the modifications regard changes to the rules governing the use of water, and do not, or rarely admit to, a right in the water itself. Where the law does admit to an "owner" of water, this is more for constitutional reasons, involving the relative jurisdiction of the federal government vis-à-vis the states or provinces, than any ownership in the private law sense of the word. For instance, American jurisprudence, including decisions of the United States Supreme Court, has held that water may not be owned until or unless it has been appropriated⁵⁴. The question then becomes if and how this appropriation can take place. According to Julia Wilder, in the United States,

The fiction of water ownership is manifested by the exercise of legally sanctioned usufructuary rights. These rights originate in the valuable right of a party, state or private, to withdraw water from a waterbody. The right to withdraw water from a waterbody is accompanied by the right to reasonable use or beneficial use of the water which has been diverted. These basic features of usufructuary rights have been

⁵⁰ *Supra* note 44.

⁵¹ E.H.P. Brans, E.J. De Haan, A. Nollkaemper & J. Rinzema, eds., *The Scarcity of Water, Emerging Legal and Policy Responses*, International Environmental Law and Policy Series, Sanders Institute (London: Kluwer Law International, 1997) at 186.

⁵² C.M. Rose, "Energy and Efficiency in the Realignment of Common-Law Water Rights" (1989-90) 18-19 *J. of Legal Studies* 261 at 277.

⁵³ *Supra* note 40 at 231.

⁵⁴ *Supra* note 35.

formulated under the aegis of two common law doctrines, the riparian and prior appropriation doctrines.⁵⁵

Canada: Both of these doctrines also exist in Canadian jurisprudence. The riparian doctrine generally relies on the concept of “reasonable use” in order to allocate water amongst competing users. The appropriation doctrine allocates water amongst competing users more on a “first come, first served” basis. Depending upon the jurisdiction, both of these doctrines are used either separately or in conjunction with one another or in conjunction with statutory provisions. Factors that may contribute to the application of one or the other of the two doctrines include implicit consideration, on the part of the court, as to whether the use of the water is ultimately consumptive or not⁵⁶. Another consideration, and one which I largely ignore in this paper, is whether the use to which the water, abstracted under the absolute ownership doctrine, is put could arguably be limited to domestic or land-related use as the doctrine is not always clear on this point. The prior appropriation doctrine is a use-based system of property rights, whereas the riparian doctrine is a land-based system. This is perhaps one of the reasons why the law of prior appropriation “is better adapted to the creation of water markets [i.e. consumptive use] because its primary object has been to create firm private rights”⁵⁷.

In *Pugliese v. National Capital Commission* (1979) 97 DLR (3d) 631 [hereinafter *Pugliese*] the Supreme Court of Canada was seized with the question of whether the owner of land has a right to support from percolating water and whether any lack of support, due to a neighbour’s abstraction, could give rise to an action in negligence or nuisance. In *Pugliese*, the Court found that the absolute right did not include an absolute right to support, provided the abstractor acted in a reasonable fashion. Furthermore, the Court held that any infringement of the statutory provisions in place in Ontario at the time constituted *prima facie* unreasonable use and therefore could support an action in nuisance. It is worth noting the court did not consider the validity of the “English rule” (i.e. absolute ownership) and was content to decide on the basis of Statute that the Court considered to have modified or overridden this rule⁵⁸. Consequently, it is unclear what role the absolute ownership doctrine plays in Canadian common law.

2.2 - Statutory Modifications

England: England has modified the common law of water resources through several pieces of legislation. The *Water Act* of 1945 and the *Water Abstractions Regulations*, 1947 imposed restrictions of ownership rights and use of ground water⁵⁹. More recently, the 1963 *Water Resources Act* (slightly

⁵⁵ *Ibid.* at 475.

⁵⁶ *Supra* note 52 at 290.

⁵⁷ *Supra* note 51 at 195.

⁵⁸ *Pugliese* at 637.

⁵⁹ *Groundwater Legislation in Europe*, Food and Agriculture Organization of the United Nations (Rome: UN, 1964).

amended by the 1986 *Water Resources Act* and the 1973 *Water Act*) creates a "duty of the water authority for each area to take action to conserve, redistribute or otherwise augment water resources for the area"⁶⁰. These statutory provisions have the effect of superceding any natural rights the owner of land might have with regard to the groundwater, as the owner of the land would not be able to extract the water without the appropriate permit⁶¹.

United States: For present purposes it is not necessary to consider American statutory alterations to the traditional common law.

Canada: Similar legislation exists in Canada. Statutory schemes, varying from province to province, alter or supplement the traditional common law regarding water in general and groundwater in particular. Under the Canadian Constitution, provinces derive their right to legislate regarding water resources from the proprietary rights of the provinces in the natural resources contained within their boundaries/territories⁶². It is said that "[t]he ownership of the land and, hence, of the water lies with the Crown in the right of a province except for specified federal interests"⁶³.

Both Ontario and Alberta, for example, have enacted comprehensive statutory regimes in order to regulate water usage within the province. Under the *Ontario Water Resources Act* (OWRA) the "absolute ownership" rule of the common law "is not a defense in respect of any pumping exceeding the quantity authorized under [the Act]"⁶⁴. The OWRA uses the reasonable use concept in regulating water use within the province as a modification of the original riparian rights that was prevalent in Ontario⁶⁵. Ontario joins New Brunswick and Prince Edward Island in not vesting the property in and the right to use water in the provincial crown⁶⁶. Following a pattern similar to that found in the United States, the relatively water-rich Ontario, and several Atlantic provinces, have been slow to move away from the more traditional riparian doctrine when developing their water law⁶⁷.

In Alberta, the cornerstone of the 1894 *North-West Irrigation Act* was "a declaration that the property in and the right to the use of all water was vested in the Crown"⁶⁸. In doing so, Alberta was able to develop a rights-based, as opposed to the original land-based, system for water use rights allocation.

⁶⁰ Extract, *supra* note 43.

⁶¹ Extract, *ibid.*

⁶² R.C. Dixon, "Constitutional Aspects of Water Export" in Gibson, ed., *Constitutional Aspects of Water Management*, Agassiz Center for Water Studies Research Report, vol. 2 (Manitoba: University of Manitoba, 1969).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Supra* note 44.

⁶⁵ D.R. Percy, *The Framework of Water Rights Legislation in Canada* (Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1988) at 72 [hereinafter *Framework*].

⁶⁶ *Supra* note 46 at 149.

⁶⁷ *Framework*, *supra* note 65 at 72-73.

⁶⁸ D.R. Percy, "Seventy-five Years of Alberta Water Law: Maturity, Demise and Rebirth" (1996) 35 Alta. L. Rev. 221 at 223 [hereinafter *Alberta*].

Alberta is not alone in this, and the right to use and property in water is also vested in the crowns of the provinces of Saskatchewan, Manitoba, Nova Scotia, Newfoundland and British Colombia⁶⁹. In an attempt to rectify some of the problems with water management in the province, in 1996 the Alberta Legislature passed the *Water Act*⁷⁰. It remains to be seen whether this reform, following several years of public consultation, will be judged to have been successful.

Conclusion of Part B

There is an absence of a clear and unified approach to allocating water rights within the common law. As we have seen, the so-called common law rule of "absolute ownership" is not representative of the common law approach to ground water resources. It is important to note that, despite the myriad of different rules regarding water resources in the common law, there seems to be an over-arching effort to avoid classifying water as susceptible to private ownership. Even rights to use water are not easily characterized. For example, in the United States, "[a]ll water rights are generally described as real property rights and are constitutionally protected against police power regulations which take property without due process of law, but technically they are incorporeal rather than corporeal because one cannot possess the flow of a stream; one can only use the water"⁷¹. Prior legal classifications of water based on the form, location, and movement of water no longer reflect our current socio-economic reality, nor do they reflect our superior knowledge of hydrology. Statutory modifications of common law water law, on the part of the legislatures, are perhaps implicit recognition of this fact. Whether this statutory regulation emulates a riparian or an appropriation approach, or some combination thereof, will have economic consequences. There is, after all, "a significant difference between the sale of water and the sale of a usufructuary right to water. Sale of water indicates that water is a commodity to be used consumptively, that is, used in a manner so as never to be available for use by another"⁷².

Whether the provinces have declared the use or the right in the water to be vested in the crown is more a function of the management of the statutory regime put in place than the creation of any right to water itself. These statutory regimes are in place largely to protect and equitably distribute the water resource, through supplementing or over-riding more traditional common law allocations of rights. As we have seen, in the common law, vesting an interest in a resource in the crown is perhaps one way to prevent or limit private appropriation of that resource. Such a vesting represents a return to, or a reaffirmation of, the original starting position; water is *res communis*, irrespective of origin or destination.

⁶⁹ *Supra* note 46 at 148.

⁷⁰ R.S.A. 1996, c. W-35.

⁷¹ *Supra* note 51 at 185.

⁷² *Supra* note 35.

Conclusion générale: Compatibilité de la qualification de chose commune avec les différents usages de l'eau

La qualification de chose commune entraîne des conséquences qui nous paraissent des plus souhaitables d'un point de vue éthique et politique. D'abord, l'eau, chose commune est insusceptible d'appropriation juridique dans son état naturel: il est donc exclu que quiconque puisse être propriétaire d'une nappe souterraine, d'une rivière, d'un lac et même d'une source. Par ailleurs, la qualification de chose commune ne s'oppose pas à une appropriation physique de l'eau lorsqu'elle est utilisée à des fins domestiques, agricoles ou industrielles⁷³. Une telle appropriation physique ne signifie pas qu'il y ait appropriation juridique de l'eau, l'usager n'en devenant pas propriétaire. La plupart de ces usages supposent d'ailleurs qu'on la rende à son milieu naturel substantiellement dans le même état qu'on l'y a trouvée. Enfin, la qualification de chose commune reconnaît à l'État le rôle crucial de veiller à la conservation tant qualitative que quantitative de l'eau dans l'intérêt général.

Le captage de l'eau et sa vente comme marchandise (*commodification*) est un usage qui entre directement en conflit avec la qualification de chose commune. Il semble bien, par exemple, que la vente d'eau embouteillée ou encore sa transformation en boisson gazeuse impliquent une appropriation juridique de la chose commune et sa transformation en bien. Doit-on, par conséquent, rejeter l'idée de chose commune pour ouvrir la voie à la commercialisation, comme certains pressent le Gouvernement de faire?

S'il devait ressortir des consultations publiques menées au Québec, et ailleurs, qu'une distribution commerciale de l'eau est dans l'intérêt de l'ensemble de la société, il serait primordial que cette mise en marché soit conçue comme un service public afin de respecter le mieux possible sa nature essentielle de chose commune. Dans cette optique, il nous semblerait impératif que trois principes soient suivis: 1) la distribution commerciale de l'eau ne doit jamais entrer en concurrence avec les usages traditionnels de l'eau, particulièrement les usages domestiques et agricoles: ainsi, le captage d'eau souterraine pour la vente ne doit être autorisé que sur les plans d'eau entièrement libres, c'est-à-dire qui ne sont affectés à aucun autre usage; 2) la distribution commerciale doit être faite par la collectivité et pour la collectivité; ainsi, elle doit être confiée aux municipalités, voire à une société d'État, plutôt qu'à l'entreprise privée; 3) l'État doit veiller à ce que le prélèvement de l'eau ne dépasse jamais la capacité de renouvellement d'un plan d'eau.

⁷³ Nous avons trouvé intéressants les développements du 3^e rapport de la Commission Legendre (*supra* note 6) sur l'inappropriabilité juridique de l'eau et la distinction qu'elle établit entre appropriation physique et appropriation juridique: voir les pp. 301-02. La Commission Legendre recommande de donner à l'eau un statut juridique *sui generis* de ressource collective. Pourtant, cette notion nous semble identique à la notion de chose commune! La Commission écarte cependant la notion de chose commune, pour des raisons plutôt énigmatiques, la principale étant qu'elle ne rend pas compte adéquatement de la valeur économique de l'eau.