

ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, les lois fédérales sur l'eau font passer la faune avant les intérêts financiers

Des différends entre organismes fédéraux et entre États embrouillent la gestion de l'eau

Fédérations

18

JANVIER | FÉVRIER 2009



REUTERS/HO NEW

Une ourse polaire et ses oursons dans la mer de Beaufort. Sarah Palin, gouverneure de l'Alaska et ex-candidate à la vice-présidence des États-Unis, s'est opposée à l'ajout des ours polaires au nombre des espèces protégées par la loi sur les espèces en voie de disparition (*Endangered Species Act*). Des tribunaux américains ont tranché que les besoins d'une espèce dont la survie est menacée prennent le pas sur les activités économiques.

PAR GEORGE WILLIAM SHERK

IL Y A QUELQUES MOIS, UN DÉCRET DU GOUVERNEUR DE LA Californie, Arnold Schwarzenegger, proclamait la sécheresse dans l'ensemble de l'État.

Le décret du 24 juin 2008 prévoyait de l'aide financière pour la conservation de l'eau, la simplification des transferts d'eau, l'accélération de la recherche sur la sécheresse liée au climat et l'accroissement de l'assistance technique

GEORGE WILLIAM SHERK, avocat et chercheur dans le domaine de l'environnement, est professeur agrégé de recherche à la Colorado School of Mines. Il est également professeur adjoint à la faculté de droit de l'université de Denver et un associé du International Water Law Research Institute de l'université Dundee, en Écosse.

aux subdivisions politiques de la Californie. Le gouverneur a chargé quatre organismes étatiques de se pencher sur les effets de la sécheresse en cours et, si c'est possible, de les réduire.

Ces organismes, le Département californien des ressources en eau, le Département de la santé publique, le Département des aliments et de l'agriculture, et le Bureau des services d'urgence, ont du pain sur la planche.

Le gouverneur de la Georgie, Sonny Perdue a, quant à lui, choisi une autre route pour faire face à la sécheresse : il s'en est remis à une instance supérieure. Le 13 novembre 2007, le gouverneur Perdue a réuni un groupe de résidents au Capitole de l'État afin de prier pour de la pluie. La prière du gouverneur allait droit au but : « Nous ne sommes réunis que pour une seule raison : pour demander une tempête avec déférence et respect. »

Selon ABC News, Bob Riley, gouverneur de l'Alabama, aurait également demandé aux résidents de son État de prier pendant

toute une semaine pour que tombe la pluie.

Les sécheresses pluriannuelles qui ont touché leurs États expliquent les agissements de ces gouverneurs américains. Des sécheresses de cette nature sévissent de plus en plus couramment. La sécheresse du bassin fluvial du Colorado, par exemple, a duré plus de huit ans. Dans les lacs Mead et Powell de la rivière Colorado, les niveaux d'eau n'ont jamais été si bas. En fait, une étude du Scripps Institute of Oceanography suggère que, d'ici 15 ans, l'existence de ces deux lacs pourrait être à risque.

Une étude suggère également que les niveaux d'eau des Grands Lacs pourraient décliner de façon significative en raison des changements climatiques. Des déclinés similaires ont été constatés dans l'aquifère Ogallala, un réservoir naturel d'eau souterraine qui s'étend dans huit États, du Texas au Dakota du Sud. On considère que la diminution du niveau d'eau de cet aquifère, jusqu'à 5 pieds par an (environ 1,5 mètres) dans certaines régions, résulte davantage du pompage excessif (tirer plus d'eau que ce qui s'écoule dans l'aquifère) que des changements climatiques. D'un autre côté, on a également avancé que les changements climatiques constituent l'un des facteurs expliquant le pompage excessif de l'Ogallala. Selon une projection, cet aquifère serait à sec dans 25 ans.

La loi étatique l'emporte

On peut avoir physiquement accès à l'eau, sans pour autant y avoir légalement accès. Le gouvernement fédéral a invariablement maintenu une politique de « priorité étatique » pour ce qui concerne l'attribution et la gestion des ressources en eau. Mais, il a aussi régulièrement adopté des lois allant à l'encontre de l'autorité étatique. Il s'ensuit donc que les États ne peuvent utiliser que la quantité d'eau qui n'est pas nécessaire aux fonctions fédérales, ce qui soulève une question cruciale et sans réponse : quelle quantité d'eau est nécessaire aux fonctions fédérales ? Les lois fédérales se révèlent souvent vagues sur ce point.

Une autre question se pose également : combien d'eau est requise pour protéger les espèces végétales ou animales menacées ou en voie de disparition ? Les besoins en eau des espèces protégées par la loi sur les espèces en voie de disparition (*Endangered Species Act*) l'emportent sur les lois étatiques concernant l'utilisation de l'eau. Cette préséance a été démontrée dans *Riverside Irrigation District c. Stipo*, une cause concernant un projet de construction d'un réservoir au Colorado. En vertu de l'article 404 de la loi fédérale sur la qualité de l'eau (*Clean Water Act*), le corps des ingénieurs de l'armée américaine (*U.S. Army Corps of Engineers*) avait refusé d'accorder aux constructeurs du réservoir un permis qui les aurait autorisés à inonder une partie des rivières ou marécages existants.

Le corps d'ingénieurs a refusé d'accorder ce permis parce que l'exploitation du projet de barrage aurait des conséquences négatives sur l'habitat vital de la grue blanche, ce qui va à l'encontre de la loi sur les espèces en voie de disparition. Des cours supérieures ont tranché en faveur du corps d'ingénieurs, jugeant qu'il avait respecté les exigences tant de la loi sur la qualité de l'eau que de la loi sur les espèces en voie de disparition.

Dans une cause sur le pompage de l'eau souterraine, *Sierra Club c. Lujan*, un juge fédéral du Texas en est arrivé à la même conclusion. Cette cause examinait le lien entre le pompage de l'eau souterraine de l'aquifère Edwards dans l'est du Texas (autorisé par la loi de l'État) et la nécessité de conserver le débit des sources Comal et San Marco pour les espèces protégées par la loi sur les espèces en voie de disparition. Le juge fédéral a rendu sa décision en peu de mots : « La priorité doit être accordée aux espèces dont la survie entre en conflit avec des activités économiques comme le pompage de l'eau de l'[aquifère] Edwards ».

Le partage des eaux

DES BASSINS FLUVIAUX NON CONFINÉS AU SEIN D'UN SEUL ÉTAT peuvent entraîner des conflits entre les utilisateurs d'eau de divers États ainsi qu'entre les États eux-mêmes. Quelle est la quantité d'eau d'une rivière que chacun des États peut attribuer aux utilisateurs situés au sein de ses frontières ?

Ces différends sont parfois résolus au moyen de poursuites interétatiques : un État peut en poursuivre un autre pour éviter à ses citoyens des préjudices résultant de poursuites privées dans un autre État. Ces causes peuvent être portées directement devant la Cour suprême des États-Unis ainsi que devant des cours fédérales d'instance inférieure.

Une « entente interétatique » entre deux ou plusieurs États représente une autre façon de régler les différends liés à l'eau. En général, une entente de ce genre comporte trois étapes. Tout d'abord, le Congrès autorise la négociation de l'entente, en prévoyant d'ordinaire la présence d'un représentant fédéral lors des négociations. Puis, l'entente est négociée par les États. Enfin, le Congrès lui donne son aval. Ces ententes permettent d'éviter que les différends soient soumis à l'arbitrage de la Cour suprême. Jusqu'à présent, 25 ententes sur l'attribution des eaux interétatiques ont été conclues.

Les autorités fédérales prennent le contrôle

Combien faut-il d'eau pour générer de l'énergie hydroélectrique ? La loi fédérale exige que les promoteurs de la plupart des installations générant de l'énergie hydroélectrique se procurent un permis de la Commission fédérale de réglementation de l'énergie (*Federal Energy Regulatory Commission*). Pour obtenir ce permis, le demandeur doit se conformer aux « exigences des lois de l'État ou des États au sein duquel ou desquels le projet proposé serait réalisé pour ce qui concerne le lit et les rives ainsi que l'appropriation, le détournement et l'utilisation de l'eau à des fins énergétiques ».

À la suite de la promulgation de la Loi fédérale sur l'énergie hydroélectrique (*Federal Water Power Act*) en 1920, la Commission fédérale de l'énergie (*Federal Power Commission* – maintenant la *Federal Energy Regulation Commission*) s'en est remise aux lois étatiques sur l'eau pendant de nombreuses années. Mais les choses ont changé à partir de 1946, lorsque la Cour suprême a jugé, dans la cause *First Iowa Hydro-Electric Cooperative c. Federal Power Commission*, que les dispositions détaillées de la loi fédérale sur l'énergie « ne laissent aucun espace législatif dans lequel pourraient s'insérer des règlements étatiques contradictoires, et les rendent inutiles ». Cette décision a été confirmée en 1990 par un jugement de la Cour suprême dans la cause *California c. Federal Energy Regulation Commission*.

Combien faut-il d'eau pour préserver la qualité de l'eau ? La loi sur la qualité de l'eau a octroyé aux États la compétence d'assigner un usage aux rivières situées au sein de leur État. En 1994, la Cour suprême s'est penchée sur la portée de cette autorité dans *Public Utility District No. 1 c. Washington Department of Ecology*. Selon le jugement de la cour, cette assignation doit concerner soit des normes sur la qualité de l'eau devant être maintenue dans la rivière ou encore les usages permis. Les normes de qualité de l'eau, a noté la Cour, « concernent les



Les marques laissées par le niveau d'eau antérieur (*flèche ci-haut) tout autour de ce lac du Nevada illustrent l'importante diminution du niveau de ce cours d'eau qui traverse la Californie du Sud et Las Vegas. La baisse des niveaux d'eau a poussé les gouverneurs de la Georgie et de l'Alabama à organiser des prières publiques pour implorer le ciel d'envoyer de la pluie.

usages assignés des voies navigables en question, et les critères de qualité de l'eau pour ces eaux considérant ces usages ».

La Cour a également fait observer que la loi sur la qualité de l'eau autorisait les États à établir « des limites sur les effluents et d'autres limites » nécessaires au respect des exigences prévues par la loi. Ces limites sont énoncées dans les permis du Système national d'élimination des rejets de polluants (*National Pollutant Discharge Elimination System* - NPDES). Ces permis, requis pour le rejet de polluants, comportent des dispositions précises sur le type et la concentration de matériaux pouvant être rejetés.

Les dispositions des permis NPDES sont en partie établies en fonction du volume de polluants assimilable par chacun des cours d'eau. Le volume assimilable par un cours d'eau pourrait, par exemple, être altéré par la réduction du débit des ruisseaux résultant de détournements autorisés par les lois étatiques. Dans ce cas, les exigences de certains permis NPDES doivent être resserrées afin de réduire le type et la concentration des matériaux pouvant être rejetés, sinon, les usages autorisés par la loi étatique pourraient être limités.

Limites à l'autorité étatique

Il existe une foule d'autres exemples d'exigences fédérales allant à l'encontre de la « priorité étatique » pour ce qui concerne l'attribution et la gestion des ressources en eau. Pendant plusieurs décennies, diverses lois fédérales sur le contrôle des inondations ainsi que sur les rivières et les ports ont limité l'autorité des États. D'autres contraintes peuvent être imposées par des lois sur la protection d'autres espèces (comme la *Marine Mammal Protection Act*), par des lois sur la gestion des ressources (par exemple, la *Wild and Scenic Rivers Act*) et par des lois sur la protection des ressources (comme la *Safe Drinking Water Act*).

L'article IV de la Constitution des États-Unis (la « disposition de suprématie ») indique clairement comment les conflits entre les lois fédérales et étatiques doivent être réglés : « La présente Constitution de même que les lois des États-Unis, édictées conformément à la présente Constitution, ainsi que tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des États-Unis représentent la loi suprême du territoire; et les juges de chacun

des États devront la respecter nonobstant tout élément ou toute loi étatique contradictoire ».

Règlement des différends

Par conséquent, lorsque des lois fédérales et étatiques concernant la gestion et l'attribution des ressources en eau se révèlent contradictoires, les exigences de la loi fédérale l'emportent. En 1941, le juge de la Cour suprême William O. Douglas a statué, dans la cause *Oklahoma ex rel Phillips c. Guy F. Atkinson Co.* que « chaque fois que les compétences du gouvernement fédéral et celles d'un État entrent en conflit, ce dernier doit céder ».

Pour ce qui concerne un conflit entre des exigences fédérales et un programme étatique de conservation et de mise en valeur de l'eau, le juge William O. Douglas a conclu que le « programme étatique devait céder le pas aux "compétences supérieures" du Congrès ». En somme, cela signifie que les États ne sont pas souverains en matière d'attribution et de gestion de l'eau au sein de leurs frontières.

La résolution de l'impasse concernant la politique sur l'eau est entravée non seulement par des conflits entre le fédéral et les États, mais également par des conflits au sein même du gouvernement fédéral. En effet, chacune des lois fédérales mentionnées est mise en œuvre par un ou plusieurs organismes fédéraux, et chacun de ces organismes dispose de ses propres politiques sur l'eau ainsi que d'intervenants pour plaider en leur faveur. Depuis l'abolition du Conseil sur les ressources en eau (*Water Resources Council*) par le gouvernement de M. Reagan, il n'existe plus de mécanisme efficace de résolution de conflits entre les organismes fédéraux concernant les politiques sur l'eau.

Si le Conseil sur les ressources en eau n'avait pas été aboli en 1981, cette autorité aurait sans doute pu résoudre les différends liés à l'eau au sein du gouvernement fédéral américain. Aucun organisme n'est en mesure de prendre la place du Conseil et tant que ce vide n'aura pas été comblé par quelqu'un d'aussi influent que M. Alexander – ou d'aussi astucieux que Machiavel – ce nœud gordien ne saura être coupé et les diverses compétences fédérales qui se recourent en matière de politiques sur l'eau ne sauront être ordonnées. 