

Imprécision du concept de milieux humides

Robert Daigneault*

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION | 71 |
| I- QUATRE JUGEMENTS, QUATRE REMISES EN QUESTION | 72 |
| 1. L'affaire du <i>Domaine Islesmere</i> | 75 |
| 2. L'affaire <i>André Méthé Transport inc.</i> | 78 |
| 3. L'affaire <i>Sainte-Croix</i> | 80 |
| 4. L'affaire <i>Héli-Excel inc.</i> | 85 |
| 5. Récapitulation | 87 |
| II- LES MILIEUX HUMIDES | 88 |
| 1. Une première source de confusion : la notion de milieu humide | 90 |
| 2. Une deuxième source de confusion : le concept de plante aquatique | 101 |
| 2.1 Qu'est-ce qu'une hydrophyte ? | 106 |
| CONCLUSION. | 114 |

* Biologiste, adm. a. et avocat principal, Daigneault, cabinet d'avocats.

Dans quelle mesure des travaux dans des milieux humides doivent-ils se conformer à des règles particulières ? Répondre à cette question suppose au préalable de clarifier ce qu'on entend par « milieux humides » et, parmi ceux-ci, lesquels font l'objet de telles règles. Il existe deux instruments juridiques de base à ce sujet, à savoir l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹ et la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*². En vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* et de la *Loi sur les compétences municipales*, les municipalités peuvent aussi régir les travaux en milieux humides. Mais aucun de ces instruments juridiques ne définit ce que sont ces milieux, ce qui entraîne de réelles difficultés d'application.

Hydrophyte : plante caractéristique des milieux humides ou aquatiques

Milieu humide : terres saturées d'eau assez longtemps pour favoriser les processus des milieux humides ou aquatiques

Plante aquatique : hydrophyte

INTRODUCTION

Le présent article aura une résonance quelque peu pamphlétaire aux yeux des spécialistes des milieux humides, en particulier des botanistes, les professionnels présentement les plus directement interpellés au moment de déterminer si des travaux ont été faits dans des milieux humides en contravention avec la L.Q.E. ou avec les dispositions de règlements d'urbanisme municipaux fondés sur celles de la Politique de protection des rives. Ce n'est pas qu'une impression. On comprendra, à la lecture de ces lignes, qu'une remise en question de l'approche actuellement privilégiée pour la caractérisation des milieux humides s'impose, du moins quant à l'application de la loi et de ses sanctions aux atteintes à ces milieux.

1. L.R.Q., c. Q-2, ci-après « L.Q.E. ».

2. Décret 468-2005, 2005 G.O. II, 2180 [Q-2, r. 17.3], ci-après la « Politique de protection des rives ».

En 2007, des confrères se sont penchés sur les règles régissant les cours d'eau et les milieux humides en vertu de la L.Q.E. et des lois municipales³. En détail et en soulevant à juste titre des questions encore à résoudre, ils en ont analysé la portée et ont aussi amorcé une démarche en vue de cerner les concepts sous-jacents à ces dispositions législatives. Vu ces écrits, il n'est pas dans l'objet du présent texte de revenir sur le détail des dispositions législatives régissant les interventions des municipalités relativement au littoral et à la rive des cours d'eau et plans d'eau ou encore aux milieux humides. Depuis la rédaction de leurs articles, quelques décisions en ce domaine devant trois instances différentes viennent toutefois alimenter la discussion quant à deux dispositions législatives fondamentales relativement aux milieux humides, à savoir le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. et l'article 2.1 de la Politique de protection des rives définissant la « ligne naturelle des hautes eaux ».

I- QUATRE JUGEMENTS, QUATRE REMISES EN QUESTION

Au cours des années 2007 et 2008, ce sont en effet quatre décisions qui sont venues enrichir la jurisprudence relative aux milieux humides et aux cours d'eau. Il s'agit de deux jugements de la Cour supérieure, un autre de la Cour du Québec et une décision du Tribunal administratif du Québec⁴. Ce qui frappe dans ces décisions, c'est que dans tous les cas sans exception les représentants du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs⁵, dont le ministre était partie au litige (ou encore le Procureur général du Québec), ont failli dans leur tentative de convaincre le tribunal de la justesse de leurs observations sur le terrain quant à la présence de marécages ou encore quant à la localisation de la ligne des hautes eaux au sens de la Politique de protection des rives. Que ces représentants, qu'ils aient été témoins ordinaires ou témoins experts, n'aient pas réussi dans un domaine qu'ils sont censés maîtriser a de quoi faire réfléchir. Cela suscite des questions sérieuses qu'on ne peut se

3. Daniel BOUCHARD, « Cours d'eau, plaines inondables, milieux humides, tourbières : un droit au milieu de la brume », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 393-429 ; Stéphane SANSFAÇON, « Quelques difficultés rencontrées en matière de règlements municipaux portant sur la protection de rives, du littoral et des plaines inondables », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 39-72.

4. Ci-après le « T.A.Q. ».

5. Ci-après le « MDDEP ».

permettre d'ignorer, à la fois dans l'intérêt de la protection de l'environnement et dans la préservation de la règle de droit.

Le coup d'envoi a été donné par la décision attendue dans l'affaire 9047-4784 *Québec inc.* dans le district judiciaire de Laval, affaire mieux connue sous le nom de *Domaine Islesmere*, alors que l'honorable Luc Lefebvre se prononçait le 22 février 2007 sur la portée du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. dans un cas d'application de cette disposition aux marais et aux marécages⁶. Un an plus tard, le Tribunal administratif du Québec suivait ce jugement dans le dossier *André Méthé Transport inc.*⁷. En mai 2008, dans le jugement *Sainte-Croix*⁸, la Cour supérieure se prononçait sur la ligne des hautes eaux selon la définition qu'en donne la Politique de protection des rives. Peu de temps après, dans un jugement en matière pénale, la cause *Héli-Excel inc.*⁹, la Cour du Québec se penchait sur la même définition.

Le fait marquant et le fil conducteur de ces décisions est que, dans tous les cas, le MDDEP a failli dans ses tentatives d'imposer sa délimitation d'un marécage ou de la ligne naturelle des hautes eaux à partir des observations faites sur le terrain par ses représentants. Tout au plus, a-t-il réussi dans un cas à faire valoir son interprétation de la notion de « plante aquatique » définie dans la Politique de protection des rives. Et même là, avec respect, l'interprétation qu'en fait le tribunal demeure discutable et nous en verrons les raisons ci-après.

Ces quatre décisions mettent aussi en relief l'existence de deux régimes distincts et très différents régissant les marécages selon qu'ils sont en bordure des cours d'eau ou plans d'eau ou non, régimes susceptibles toutefois de se superposer. Exposés dans le document intitulé *Identification et délimitation des écosystèmes aquatiques, humides et riverains*¹⁰, ce sont les régimes du deuxième alinéa de

6. 9047-4784 *Québec inc. c. Béchard* (22 février 2007), Laval, n° 540-17-001816-056 (C.S.), juge Luc Lefebvre, EYB 2007-115447, règlement hors cour en appel, n° 500-09-017617-077.
7. *André Méthé Transport inc. c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs* (6 février 2008), Montréal, Tribunal administratif du Québec, n° STE-M-121870-0608, AZ-50473108.
8. *Municipalité de Sainte-Croix c. P. G. du Québec* (22 mai 2008), 200-17-007992-076 (C.S.), juge Carl Lachance, 2008 QCCS 2366, EYB-134375.
9. *P.G. du Québec c. Héli-Excel inc.*, (4 juillet 2008), Baie-Comeau, n° 655-61-000004-070 (C.Q.), juge Julie Dionne, J.P.M., 2008 QCCQ 6147, EYB 2008-137282.
10. Publié par le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs en 2007, ci-après la « fiche technique ».

l'article 22 L.Q.E. et des dispositions de la Politique de protection des rives. Dans ce dernier cas, seuls les milieux humides riverains d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau sont visés. Dans l'autre, qu'ils soient isolés ou riverains, ils seront visés par la disposition, sauf en ce qui a trait à certains travaux, ouvrages et constructions régis par la réglementation municipale d'urbanisme. Les deux régimes font toutefois intervenir, du moins partiellement, un même concept, celui de marécage.

Le marécage est un des milieux que vise le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. :

Cependant, quiconque érige ou modifie une construction, exécute des travaux ou des ouvrages, entreprend l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ou augmente la production d'un bien ou d'un service dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, *un marécage* ou une tourbière doit préalablement obtenir du ministre un certificat d'autorisation. (italiques ajoutés)

La ligne naturelle des hautes eaux, définie à l'article 2.1 de la Politique de protection des rives, fait référence, dans une certaine mesure, au concept de marécage :

Cette ligne des hautes eaux se situe à la ligne naturelle des hautes eaux, c'est-à-dire :

a) à l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres, ou

s'il n'y a pas de plantes aquatiques, à l'endroit où les plantes terrestres s'arrêtent en direction du plan d'eau.

Les plantes considérées comme aquatiques sont toutes les plantes hydrophytes incluant les plantes submergées, les plantes à feuilles flottantes, les plantes émergentes et les plantes herbacées et ligneuses émergées caractéristiques des marais et *marécages ouverts sur des plans d'eau*. (italiques ajoutés)

Peut-on relier le concept de marécage à l'article 22 L.Q.E. avec celui de marécage dans la Politique de protection des rives ? Les conclusions de la présente analyse nous portent à croire qu'il doit s'agir

d'un même concept car procédant d'une part d'un même texte législatif, mais aussi d'autre part sur la base de l'interprétation de la portée respective de chacun des deux régimes.

1. L'affaire du *Domaine Islesmere*

Dans cette affaire, un promoteur avait entrepris les travaux préparatoires à une nouvelle phase d'un développement domiciliaire devant se réaliser sur d'anciennes terres agricoles sur le territoire de la Ville de Laval. Les travaux préparatoires consistaient en du défrichage, de façon à permettre l'arpentage des futurs lots en vue du lotissement de la propriété, et en l'enlèvement du sol arable (terre noire) en prévision des aménagements futurs. De son côté, la Ville de Laval avait fait procéder à des sondages géotechniques nécessaires à la préparation des plans et devis requis pour l'obtention d'une autorisation, en vertu de l'article 32 L.Q.E., pour les conduites d'aqueduc et d'égout.

Le promoteur avait été prévenu par le MDDEP que des milieux humides étaient présents sur le territoire couvert par cette nouvelle phase. De fait, le promoteur avait lui-même repéré deux marais qu'il estimait ne pas avoir touchés lors de ses travaux. Tout en effectuant les travaux préparatoires du terrain, il avait fait faire une caractérisation des milieux humides sur le territoire par une firme de consultants, laquelle localisait des milieux humides sur une superficie un peu plus étendue que les deux marais identifiés au départ, pour y intégrer une zone marécageuse en périphérie d'un des deux marais. La caractérisation avait pour but d'appuyer une demande de certificat d'autorisation en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. devant couvrir la portion des travaux à être réalisés dans des milieux humides.

C'est à la suite d'une inspection par des fonctionnaires du MDDEP que le promoteur recevait un avis d'infraction pour avoir fait des travaux dans des milieux humides en contravention avec le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. Comme sa demande de certificat d'autorisation était de toute manière en préparation (par l'entremise de la Ville de Laval), le promoteur la fit compléter et la fit soumettre au ministre après avoir reçu l'avis d'infraction. Mais vu l'infraction, le MDDEP refusa d'étudier la demande tant que la portion des milieux humides touchée par les travaux n'avait pas été remise en état.

S'ensuivirent des discussions qui n'aboutirent pas, jusqu'à ce que le promoteur reçoive, en pleines vacances de la construction, un avis préalable d'ordonnance où il découvrit que la quasi-totalité de sa propriété était considérée comme des marais et des marécages par le MDDEP, bien au-delà des milieux humides qu'on lui demandait initialement de restaurer. Un grand territoire, que le MDDEP désignait sous le vocable de « marécage forestier sur tourbe », était désormais inclus dans les superficies considérées milieux humides. Les autres portions étaient désignées sous les appellations de « marais sud », de « marais nord » et de « lien hydrique ». La superficie totale des milieux identifiés comme marais, marécages ou « lien hydrique » par le MDDEP dépassait les 40 000 mètres carrés.

Malgré la surprise de voir des superficies nouvelles gonfler l'étendue des milieux humides initialement localisés par le MDDEP et qui avaient fait l'objet des discussions entre le ministère et le promoteur durant la première moitié de l'année 2005, l'ordonnance fut émise sans modification et sans vraiment laisser au promoteur la possibilité de faire des représentations au ministre, à tout le moins quant à ces nouvelles superficies. L'ordonnance avait été émise en vertu de l'article 114 L.Q.E., une ordonnance qui n'est pas sujette à contestation devant le T.A.Q.¹¹, mais qui n'est pas non plus exécutoire à moins que le ministre ne se soit adressé à la Cour supérieure pour obtenir une ordonnance de cette cour.

Avant même le procès, à la suite d'une rencontre entre l'expert du promoteur et celui du MDDEP, le ministre se ravisa sur la moitié environ du territoire initialement frappé d'une ordonnance, incluant notamment une friche agricole qui faisait partie, selon l'ordonnance, du marécage forestier sur tourbe. Le tribunal prit acte du retrait de l'ordonnance de cette partie du territoire affecté et le débat au procès fut restreint aux portions restantes des milieux dits humides, des superficies malgré tout encore très étendues englobant toujours une partie de ce que le MDDEP avait appelé le « marécage forestier sur tourbe ».

Dans son jugement, l'honorable Luc Lefebvre a estimé que, quant aux secteurs désignés comme marais sud et nord et lien hydrique, le promoteur avait eu amplement l'occasion de faire valoir son point de vue au MDDEP bien avant l'avis préalable d'ordonnance.

11. Elle est expressément exclue d'une telle contestation par le premier alinéa de l'article 96 L.Q.E.

En conséquence, le tribunal n'a pas considéré l'ordonnance inéquitable sur ce point. Sa conclusion fut toutefois toute autre quant au secteur désigné comme marécage forestier sur tourbe, dont le promoteur n'avait jamais entendu parler de la part des représentants du MDDEP de l'été 2003 jusqu'à l'avis préalable d'ordonnance de juillet 2005. Pour le tribunal, les règles d'équité procédurale n'ayant pas été suivies, cela suffisait pour qu'il annule l'ordonnance pour ce secteur¹².

Cela étant, le Tribunal a tout de même voulu décider du fond de la question, à savoir déterminer si le secteur appelé par le MDDEP « marécage forestier sur tourbe » était un « marécage » au sens du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. Dans sa démarche, le tribunal s'est penché longuement sur le sens à donner au mot *marécage* au deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. pour conclure qu'un marécage suppose la présence d'eau. Le juge a entre autres cité le *Grand dictionnaire terminologique de l'Office de la langue française*, définissant un « marécage » comme étant une « [é]tendue de terrain imprégnée ou recouverte d'eau, occupée surtout par une végétation arbustive », ainsi qu'une note accompagnant cette définition :

La langue courante confond parfois les termes *marais* et *marécages* ; en fait, ces termes désignent deux réalités différentes. Le terme *marais* désigne une nappe d'eau stagnante de faible profondeur, envahie par la végétation aquatique. Le terme *marécage* renvoie à une étendue de terrain humide ayant un couvert arbustif sur une partie de sa superficie (ce qui n'exclut pas la présence d'un certain nombre d'arbres) et où s'étendent des marais.¹³

Le tribunal a aussi relevé que, dans d'autres textes réglementaires, le mot « marécage » était associé à la présence d'eau¹⁴.

Il a aussi fait siens les propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique ltée* : « est-ce que le citoyen moyen possédant une connaissance moyenne de la matière visée par l'interdiction en tirerait un avertissement adéquat de la conduite prohibée ? Les citoyens peuvent être déroutés s'il leur faut posséder des connais-

12. *Supra*, note 6, par. 104.

13. *Ibid.*, par. 116 et 117.

14. *Ibid.*, par. 132 et 133, citant le *Règlement sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État*, [F-4.1, r. 1.001.1], et le *Règlement sur les habitats fauniques*, [C-61.1, r. 0.1.5].

sances spécialisées pour être en mesure de comprendre une disposition législative. » Également, citant le même juge dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society* : « La 'théorie de l'imprécision' repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité ».

Le tribunal s'est appuyé quant aux faits tout autant sur les observations de témoins ordinaires, dont une inspectrice et une biologiste du MDDEP, notant qu'aucun de ces témoins n'avait relevé la présence du marécage forestier sur tourbe, rappelant aussi que sur un inventaire réalisé pour le compte de la Ville de Laval, un autre inventaire réalisé par le consultant du promoteur et un autre par le Conseil régional de l'environnement de Laval, eux non plus n'avaient pas identifié le secteur en question comme étant un marécage. Il a souligné que, jusqu'à ce que l'avis préalable d'ordonnance soit émis par le ministre, tous les experts et les représentants du MDDEP avaient conclu à la nécessité de la présence d'eau pour qu'il y ait un marécage au sens de l'article 22 L.Q.E. Enfin, le tribunal a souligné que la position du témoin expert du MDDEP avait varié dans le temps et qu'il était le seul à avoir vu un « marécage forestier sur tourbe ». Pour toutes ces raisons, le tribunal en vint à la conclusion que c'est erronément que le ministre avait conclu que le secteur était un « marécage » au sens du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., considérant une telle position comme « déraisonnable, voire manifestement déraisonnable »¹⁵.

En plus des parcelles que le ministre avait lui-même retirées de l'ordonnance avant le procès, l'ordonnance a été annulée pour tout le secteur désigné sous l'appellation de « marécage forestier sur tourbe », c'est-à-dire pour la majeure partie de la superficie visée par l'ordonnance. En fait, de plus de 40 000 mètres carrés dans l'ordonnance, les superficies à restaurer se sont retrouvées réduites à moins de 2000 mètres carrés, soit à peine 5 pour cent de la superficie initiale.

2. L'affaire *André Méthé Transport inc.*

Cette affaire décidée par le T.A.Q. en février 2008¹⁶ (et qui fait l'objet d'une requête en révision judiciaire encore pendante au

15. *Supra*, note 6, par. 137.

16. *Supra*, note 7.

moment d'écrire ces lignes)¹⁷ présente des similitudes avec l'affaire du *Domaine Islesmere*. Le T.A.Q. a d'ailleurs suivi ce jugement dans sa décision. C'est le refus du ministre de délivrer une autorisation en vertu de l'article 32 L.Q.E. pour la construction de conduites d'aqueduc et d'égout d'un projet domiciliaire qui est à l'origine du litige devant le T.A.Q. Comme dans le cas précédent, le MDDEP soutenait que le promoteur avait fait des travaux, en l'occurrence du remblayage, dans un milieu humide en contravention avec le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E.

Le milieu humide était, selon le MDDEP, constitué d'anciens méandres de la rivière du Sud, un affluent de la rivière Richelieu, méandres asséchés à cause de travaux d'endiguement, de déviation et de canalisation de la rivière effectués une vingtaine d'années plus tôt. Les méandres avaient été partiellement remblayés à l'époque et, avant que le promoteur n'en ait fait l'acquisition, le remblayage s'était continué au fil des ans dans un contexte où la réglementation municipale permettait un tel remblayage. Le nouvel acquéreur avait entrepris des travaux de nivellement qui ont provoqué le dépôt d'une plainte au MDDEP et la visite d'une inspectrice. L'avis d'infraction et le rapport d'inspection qui en ont résulté s'appuyaient sur une cartographie des anciens méandres de la rivière du Sud, disparus entre-temps.

Lors de l'audition de la cause par le T.A.Q., aucune preuve ni aucun argument n'ont été présentés par les parties sur les notions de marais et de marécage par ailleurs non définies à l'article 22 L.Q.E. ni dans la Politique de protection des rives. Le MDDEP de son côté n'avait pris aucune mesure ou échantillon sur le terrain ni identifié la végétation sur place. Toutefois, en se fondant sur la cartographie antérieure des lieux, le MDDEP considérait qu'une partie du projet était situé dans le littoral de la rivière du Sud, en lien avec le cours d'eau lui-même. Le MDDEP avait en conséquence demandé au promoteur de modifier son projet afin de tenir compte « de la réalité des lieux » sur la foi de cette cartographie. Comme une modification au projet aurait substantiellement réduit le nombre de terrains du projet domiciliaire, le promoteur s'est abstenu de donner suite à la demande du MDDEP.

17. *André Méthé Transport inc. c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs* (28 mars 2008), Montréal, Tribunal administratif du Québec, n° STE-M-121870-0608, 2008 QCT.A.Q. 03882.

Le promoteur n'ayant pas donné suite à cette demande, et les travaux de remblayage étant considérés illégaux par le MDDEP faute d'avoir fait l'objet d'un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., le ministre refusa de délivrer l'autorisation demandée pour la construction des conduites d'aqueduc et d'égout, d'où la contestation devant le T.A.Q. conformément à l'article 96 L.Q.E. Sur la question particulière de l'article 22 L.Q.E. et de la présence ou non de milieux humides régis par cet article, le T.A.Q. a repris le raisonnement de la Cour supérieure dans l'affaire du *Domaine Islesmere*, qui a retenu le sens commun des mots *marais* et *marécage* dans son interprétation du deuxième alinéa de l'article 22. Comme dans cette autre affaire, le T.A.Q. a souligné qu'aucun témoin connaissant l'état des lieux avant le nivellement n'a mentionné la présence d'eau stagnante non plus que d'une flore ou d'une faune caractéristiques des milieux humides. Selon eux, le site était un champ où poussait du foin coupé une fois par an¹⁸. Et le tribunal de conclure qu'il n'y avait aucune preuve crédible permettant d'affirmer que le site, en partie localisé dans les anciens méandres de la rivière du Sud, comporte des milieux humides.

3. L'affaire *Sainte-Croix*

Dans cette autre affaire, décidée en mai 2008, la municipalité de Sainte-Croix s'est adressée à la Cour supérieure par requête en jugement déclaratoire pour lui demander de fixer la ligne naturelle des hautes eaux sur trois lots en bordure du fleuve Saint-Laurent¹⁹. Il s'agissait de terrains relativement plats au pied d'une falaise. La municipalité avait délivré des permis de construction pour chacun des terrains mais, suite à une inspection par le MDDEP, elle avait été avisée par ce dernier que les projets résidentiels sur ces terrains étaient possiblement illégaux parce que situés sur le littoral du fleuve Saint-Laurent en deçà de la ligne des hautes eaux.

Apprenant par la suite que l'arpenteur-géomètre qui avait localisé la ligne des hautes eaux s'était fondé sur celle de l'article 919 du *Code civil* départageant le domaine public du domaine privé plutôt que celle de l'article 2.1 de la Politique de protection des rives, le responsable de l'urbanisme de la municipalité suspendait deux des trois

18. Il est intéressant de noter que les prairies humides servant de pâturage sont, pour le MDDEP, des marais assujettis à l'article 22 L.Q.E. et que l'arrêt du pâturage pourrait entraîner leur transformation en marécage (v. *infra*, p. 96).

19. *Supra*, note 8.

permis délivrés²⁰. De son côté, le MDDEP considérait que la ligne des hautes eaux se trouvait au pied de la falaise, au-delà d'une zone marécageuse et d'un cordon littoral longeant le Fleuve, sorte de barrière naturelle où se retrouvaient des arbres. À peu près au même moment, le troisième propriétaire se voyait intimer de cesser la construction de sa résidence et voyait son permis suspendu pour les mêmes raisons par le responsable de l'urbanisme.

Les propriétaires ont par conséquent et à l'invitation de la municipalité produit des expertises confirmant que la localisation de la ligne des hautes eaux permettait la construction de leurs résidences. La municipalité fit parvenir ces expertises au MDDEP qui maintint néanmoins sa position. D'où la requête en Cour supérieure pour trancher cette difficulté réelle entre le MDDEP et la municipalité.

Ce jugement jette un éclairage assez étonnant sur la notion de « plantes aquatiques » définie dans la Politique de protection des rives, un éclairage qui, avec respect, reste discutable et nous le verrons plus loin. La preuve est assez complexe mais il faut retenir que des témoins ordinaires sont venus attester que l'eau du Fleuve, même pendant les hautes marées, ne franchissait pas le cordon littoral, sauf en cas de fortes vagues, et que la nature marécageuse de l'amont des terrains était en fait attribuable aux eaux de précipitation dévalant la falaise et non aux eaux du Fleuve.

Du côté des experts, les témoignages les plus déterminants ont porté sur la notion d'« hydrophyte » qui apparaît dans la définition de « plantes aquatiques » à l'article 2.1 de la Politique de protection des rives. Les experts de la municipalité et des propriétaires ont cherché à distinguer les plantes entretenant des relations strictes avec l'eau des plantes des milieux qui s'assèchent périodiquement et qui se retrouvent dans des sites humides, mais pas de façon systématique, ce que le tribunal a rejeté en établissant une correspondance entre la cote d'inondation de récurrence de deux ans et la notion de plante aquatique. Pourtant, le tribunal a également rejeté les prétentions du MDDEP fondées sur une estimation du niveau de cette même cote, préférant se fier à cet égard sur les observations des témoins ordina-

20. Cette distinction entre la ligne dite « du Code civil » et la ligne des hautes eaux au sens de la Politique est faite dans le document suivant : MDDEP. *Guide d'interprétation, Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*. Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs du Québec, Direction des politiques de l'eau, 2007, 148 p., p. 30.

res qui, sur plusieurs années, ont confirmé n'avoir jamais vu les eaux du Fleuve recouvrir les terrains en cause.

Dans son analyse, le tribunal a fait sienne la classification des plantes aquatiques établie par la Direction de la conservation et du patrimoine écologique du MDDEP qui a catégorisé les plantes en fonction de leur capacité d'adaptation à l'eau, classification exposée dans un document préparé par Benoît Gauthier, PHD, en 1997 et intitulé *Note explicative sur la ligne naturelle des hautes eaux*²¹.

[...] Le concept implique qu'une plante n'a pas nécessairement à être dans l'eau constamment pour être identifiée comme aquatique. Selon Benoît Gauthier, qui se réfère à des études du gouvernement américain, il y a quatre catégories de plantes associées aux milieux humides :

- 1) plantes obligées des milieux humides ;
- 2) plantes facultatives des milieux humides ;
- 3) facultatives ;
- 4) facultatives des milieux terrestres.

Selon Gauthier, les deux premières catégories sont des plantes aquatiques et servent à établir la prédominance des plantes aquatiques sur les plantes terrestres. [...] ²²

Pour le tribunal, le texte de la définition de plantes aquatiques à l'article 2.1 de la Politique de protection des rives est clair et ne lui laisse pas le choix d'inclure dans cette définition « les plantes herbacées et ligneuses émergées », dans la mesure où elles sont « caractéristiques des marais et marécages ouverts sur des plans d'eau ». Et pour cette raison, il souscrit à la classification proposée par le MDDEP, affirmant que « L'intention du législateur étant qu'un arbre peut devenir une plante aquatique s'il a occasionnellement les pieds dans l'eau. Ainsi, un érable argenté et des thuyas peuvent devenir des plantes aquatiques pour calculer la prédominance des plantes aqua-

21. Benoît GAUTHIER, *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables – Note explicative sur la ligne naturelle des hautes eaux*, Québec, ministère de l'Environnement et de la Faune, août 1997, 11 p. et 3 annexes.

22. *Supra*, note 8, par. 142 et 143.

tiques sur celles terrestres, même si ces essences arbustives se retrouvent parfois dans des sols où l'eau est peu présente ».

De son côté, l'expert des mis en cause (les propriétaires des terrains à bâtir), un ingénieur forestier, considérait qu'en incluant parmi les hydrophytes des plantes dites « hydrophiles » le MDDEP élargissait la portée de la définition de « plantes aquatiques ». Il fait notamment l'observation suivante dans son rapport :

on y retrouve à quelques endroits des plantes forestières pouvant supporter des conditions d'humidité passagère. Ces plantes ne sont pas caractéristiques du milieu aquatique et peuvent, pour la majorité d'entre elles, se retrouver dans l'ensemble de leur aire de distribution forestière.

À l'appui, il donnait comme exemple, entre autres, le thuya (communément appelé « cèdre ») qui pousse aussi dans des milieux secs comme le Cap Diamant à Québec. Le tribunal n'a toutefois pas retenu cette thèse. Il était clair pour lui que « les plantes identifiées aquatiques le long des transects par l'expert [botaniste du MDDEP] sont aquatiques, en autant qu'elles sont en lien avec le fleuve Saint-Laurent, même si ça va à l'encontre de « ce que communément l'on est habitué de comprendre », et malgré le jeu des définitions auquel s'est livré l'expert [des mis en cause] »²³.

Nous ouvrons ici une parenthèse. Avec égards, cette perception par le tribunal qu'il existe des plantes qui « peuvent devenir des plantes aquatiques pour calculer la prédominance », ici « parce qu'elles sont en lien avec le fleuve Saint-Laurent », est l'un des points de ce raisonnement qui posent une difficulté dans l'application de la définition comme si l'emplacement de la plante dans un marécage ouvert sur un plan d'eau la transformait en plante aquatique. Nous verrons plus loin que cette conclusion remet en question la méthode prônée par le MDDEP pour délimiter les marécages isolés et on se retrouve alors avec une contradiction dont il faudra débattre.

Revenons au jugement. Malgré l'application de la méthode botanique experte prévue au *Guide de bonnes pratiques* du MDDEP²⁴, à

23. *Ibid.*, par. 174.

24. Jean-Yves GOUPIL, *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables. Guide des bonnes pratiques*. Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, 2005, 168 p.

savoir par l'établissement de transects depuis le cours d'eau vers l'intérieur des terres pour déterminer l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres, le juge a rejeté de façon inattendue les constatations des botanistes et autres experts du MDDEP pour faire intervenir le critère de la cote d'inondation qui, pourtant, ne s'applique qu'à défaut, à savoir lorsque les autres méthodes ne peuvent être appliquées.

Cette cote est utile ici pour corroborer la méthode botanique de la Politique et, comme élément de preuve, pour tenter de déterminer si l'eau d'un cours d'eau pénètre ou non dans un marécage situé en bordure, pour faire de ce marécage un marécage ouvert ou non sur le cours d'eau.²⁵

Rejetant la preuve présentée par un des experts du MDDEP quant au niveau de la cote de récurrence de deux ans et s'appuyant sur les observations faites sur place par des témoins ordinaires, le tribunal en vient à la conclusion que la ligne où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres n'est tout simplement pas la bonne. Pour le tribunal, conformément aux recommandations de Benoît Gauthier, des preuves supplémentaires essentielles devaient aussi être recueillies avant de fixer la ligne des hautes eaux [ces preuves supplémentaires comprenant la cote d'inondation mais aussi les indices localisant la pénétration des inondations vers l'intérieur des terres].

Se fondant sur les observations de témoins ordinaires plutôt que sur une interpolation de la cote d'inondation à partir de données amont et aval sur le Fleuve assortie d'un arpentage des niveaux des terrains, le tribunal a rejeté la détermination de la cote de récurrence de deux ans localisée par l'arpenteur-géomètre qui agissait comme expert du MDDEP. Du même coup, il rejetait la localisation de la ligne des hautes eaux déterminée par les experts de ce ministère sous prétexte qu'elle était dans un secteur qui n'était pas atteint par les eaux du Fleuve lors des crues de récurrence de deux ans et n'était donc pas un « marécage ouvert » sur le plan d'eau. La ligne localisée par la municipalité a donc été retenue.

25. *Supra*, note 8, par. 168.

4. L'affaire *Héli-Excel inc.*

Il s'agit d'une affaire mettant en cause l'application du *Code de gestion des pesticides*²⁶, un des rares règlements faisant un renvoi à la Politique de protection des rives. Dans le Code, le dernier alinéa de l'article 1 énonce en effet ce qui suit :

L'expression « cours ou plan d'eau » comprend un cours d'eau à débit intermittent, un étang, à l'exception d'un étang d'aération municipal et d'un étang artificiel sans exutoire, un marais, un marécage ou une tourbière, à l'exception de la tourbière ou la partie de celle-ci qui est exploitée mais elle ne comprend pas les fossés ; toute distance relative à un cours ou plan d'eau est mesurée à partir de la ligne naturelle des hautes eaux telle que définie par le décret no 468-2005 du 18 mai 2005.

Dans cette affaire, une compagnie d'hélicoptère menait une campagne d'épandage de phytocides pour le compte d'Hydro-Québec dans les emprises des lignes de transport d'énergie électrique. L'épandage se faisait à moins de 5 mètres d'altitude. À la suite d'une inspection du MDDEP, la compagnie a été poursuivie pour une infraction au premier alinéa de l'article 80 du Code :

L'application d'un phytocide dans un milieu forestier ou à des fins non agricoles, autre qu'une application de phytocides sur les digues et les barrages, doit s'effectuer à plus de 30 mètres d'un cours ou plan d'eau ou d'un immeuble protégé, lorsque la hauteur du dispositif d'application, par rapport au sol, est inférieure à 5 mètres et à plus de 60 mètres d'un cours ou plan d'eau ou d'un immeuble protégé, lorsque la hauteur du dispositif d'application, par rapport au sol, est de 5 mètres ou plus.

L'inspecteur du MDDEP avait constaté ce qu'il estimait être des signes de pulvérisation de pesticides à l'intérieur d'une bande de protection, non pas de 30 mètres, mais de 45 mètres d'un plan d'eau, la bande de protection imposée dans le décret qui avait été délivré par le gouvernement en application de l'article 31.5 L.Q.E. Au moment de faire ses observations, l'inspecteur était toutefois du côté opposé du cours d'eau à environ 75 mètres du lieu de l'infraction alléguée et avait pris deux photos de la végétation affectée, dont l'une au télé-objectif.

26. [P-9.3, r. 0.01], ci-après le « Code ».

Ce n'est que quelques mois plus tard qu'un agronome du MDDEP s'est rendu sur les lieux pour mesurer les distances de pulvérisation et la bande de protection. N'ayant pu se rendre avant le mois de novembre sur les lieux (au nord de Baie-Comeau, faut-il souligner), il y avait alors une vingtaine de centimètres de neige au sol. Il lui fallait déterminer dans ces conditions hivernales la ligne naturelle des hautes eaux, la limite de pulvérisation et celle de la bande de protection.

En ce qui concerne la ligne des hautes eaux, vu les conditions hivernales, il choisit d'appliquer une méthode appelée la méthode botanique simplifiée. Il tint compte du niveau du couvert de glace, de la population d'aulnes en bordure du plan d'eau, arbuste souvent immergé au printemps, et des sapins qui eux poussent en milieu terrestre. Tout en reconnaissant que la méthode utilisée pour délimiter la ligne des hautes eaux n'était pas la méthode idéale, il vint à la conclusion que cette ligne avait été mal délimitée par Hydro-Québec et que la pulvérisation de phytocides avait empiété de 27 mètres dans la bande de protection de 45 mètres, ce qui signifiait que la bande de protection de 30 mètres avait été atteinte.

Outre la remise en question de la méthode employée pour délimiter la zone de pulvérisation (et partant, la distinguer d'une zone de simple « dérive »), point sur lequel il n'y a pas lieu de s'attarder ici, le tribunal a considéré que l'expert du MDDEP n'avait pas correctement localisé la ligne naturelle des hautes eaux. D'abord, plutôt que de s'en remettre à la Politique de protection des rives ainsi que le prévoit le règlement et se fonder sur la présence de plantes hydrophytes, il s'est fondé sur le guide interne du MDDEP, le *Guide des bonnes pratiques*²⁷ et n'a pas identifié les plantes hydrophytes. Le tribunal a souligné que la Politique de protection des rives ne fait aucune référence aux critères que l'expert a utilisés en appliquant la méthode botanique simplifiée. Et l'expert a reconnu que sa méthode n'était pas recommandable en présence d'une faible pente alors que c'était le cas. Le tribunal a ajouté que l'expert ne pouvait utiliser des guides n'ayant aucune valeur juridique pour déterminer d'une sanction pénale²⁸.

Il y avait donc, selon le tribunal, un doute raisonnable quant à la localisation de la ligne naturelle des hautes eaux au sens de la Poli-

27. *Supra*, note 24.

28. *Supra*, note 9, par. 91 et s.

tique de protection des rives. L'impossibilité de démontrer la localisation exacte de cette ligne a entraîné l'acquittement de la compagnie, acquittement également fondé sur d'autres lacunes dans la preuve, dont le fait que l'expert du MDDEP n'avait pas non plus établi hors de tout doute raisonnable la limite de pulvérisation ni fait de distinction entre une pulvérisation et le phénomène de dérive, et fondé aussi sur une preuve en défense qui établissait que le système de contrôle de la pulvérisation mis au point par Hydro-Québec avait fonctionné adéquatement et montrait l'absence de pulvérisation dans la bande de protection.

5. Récapitulation

Si l'on récapitule, dans l'affaire du *Domaine Islesmere*, le ministre n'a pas réussi à établir l'existence d'un marécage au sens de l'article 22 L.Q.E. dans le secteur désigné dans son ordonnance comme étant un « marécage forestier sur tourbe ». Il n'a pas réussi à convaincre le tribunal que le mot « marécage » au sens de cet article doit s'entendre en fonction des critères scientifiques utilisés par le MDDEP plutôt que dans le sens ordinaire des mots. Plus de 90 pour cent du territoire se sont ainsi retrouvés exclus de l'ordonnance.

Dans l'affaire *André Méthé Transport inc.*, le MDDEP a failli dans sa prétention qu'il existait un milieu humide dans lequel des travaux auraient été entrepris en contravention à l'article 22 L.Q.E. Le MDDEP s'était fondé sur d'anciennes cartes et non sur la réalité du terrain.

Dans l'affaire *Sainte-Croix*, bien qu'ils aient convaincu le tribunal que les plantes aquatiques au sens de la Politique de protection des rives doivent s'entendre dans un sens très large, les experts du MDDEP ne l'ont pas convaincu que la localisation faite de la ligne naturelle des hautes eaux était la bonne, alors que la méthode botanique experte (transects) avait pourtant été appliquée par ces experts. L'expert du MDDEP n'a pas davantage réussi à localiser correctement la ligne naturelle des hautes eaux dans l'affaire *Héli-Excel*.

Des quatre décisions résumées plus haut, deux portaient sur l'application du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E.²⁹ et deux sur celle de la Politique de protection des rives³⁰. Et si ces décisions

29. Les affaires du *Domaine Islesmere* et *André Méthé Transport*, *supra*, notes 6 et 7.

30. Les affaires *Sainte-Croix* et *Héli-Excel inc.*, *supra*, notes 8 et 9.

concernaient l'application de deux dispositions très différentes tant dans leur objet que leur libellé, nous verrons qu'elles se rejoignent quant aux concepts sous-jacents (à savoir les concepts de « plantes aquatiques » et de « marécage »). Cette conjonction est peut-être à l'origine du flou entourant le concept de milieu humide et pourrait expliquer les échecs de l'Administration dans ses tentatives récentes devant les tribunaux.

En ce qui concerne les milieux humides, deux régimes juridiques et parallèles s'appliquent, à savoir celui de l'article 22 L.Q.E. et celui de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*³¹. Le premier s'applique dans un contexte de pouvoir discrétionnaire, l'autre principalement dans un contexte de pouvoir lié. Les confrères Daniel Bouchard³² et Stéphane Sansfaçon³³ ont d'ailleurs exposé cette dichotomie et les problèmes d'application qu'elle pose. Le présent texte approfondit un autre aspect, soit celui de l'arrimage entre les concepts scientifiques mis de l'avant par le MDDEP et l'interprétation juridique des dispositions auxquelles on cherche à appliquer ces concepts, pour conclure que cet arrimage est source de confusion et d'imprécision et peut expliquer le sort qui leur a été réservé dans les quatre jugements exposés plus haut.

II- LES MILIEUX HUMIDES

On parle beaucoup de « milieux humides » et ces termes sont régulièrement utilisés dans la documentation du MDDEP. C'est toutefois un concept qui est loin d'être clair. D'abord, la L.Q.E. ne parle nulle part de « milieux humides » et ce n'est que récemment que l'on voit apparaître ces termes dans sa réglementation³⁴. Ensuite, si dans la littérature on inclura dans certains cas dans le concept les milieux aquatiques, on opposera dans d'autres cas ces milieux aux milieux humides, tout comme il arrive que l'on oppose milieux humides et milieux terrestres. Lorsque l'on tente de définir les milieux humides ou de les décrire, il ne sera à peu près pas possible d'en donner une

31. L.R.Q. c. A-19.1.

32. *Supra*, note 3.

33. *Ibid.*

34. C'est ainsi qu'on voit apparaître ces termes dans le *Règlement sur l'enfouissement et l'incinération des matières résiduelles*, [Q-2, r. 6.02], au sous-par. d) du par. 2° de l'article 147 (règlement entré en vigueur en 2006) et dans le *Règlement relatif à l'application de l'article 32 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, Décret 635-2008, 2008 G.O. 2, 3600, au par. 4° de l'article 11 (règlement entré en vigueur en 2008).

description précise qui ne soit pas source de débat. En fait, seuls les scientifiques semblent véritablement se reconnaître dans ce concept.

Il est à la fois préoccupant et révélateur que dans chacune des causes décrites précédemment, les représentants ou les experts du MDDEP qui témoignaient aient systématiquement failli dans leur démonstration de la présence d'un milieu humide visé par le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. ou encore de la localisation de la ligne naturelle des hautes eaux au sens de la Politique de protection des rives et ce, même dans les cas où ils avaient suivi les méthodes qu'ils préconisent. Si ces personnes censées maîtriser les concepts qui émanent de leur propre ministère n'arrivent pas à faire la démonstration en cour de la justesse de leurs observations, on peut se demander comment le simple citoyen peut s'y retrouver, ou même les inspecteurs municipaux chargés d'appliquer la réglementation d'urbanisme qui, en bordure des cours d'eau, doit respecter la Politique de protection des rives. Les conséquences pour les justiciables sont considérables ainsi que le rappelle l'honorable Luc Lefebvre dans l'affaire du *Domaine Islesmere*³⁵. Une mauvaise délimitation de la ligne naturelle des hautes eaux s'est déjà traduite par une ordonnance de démolition de la partie d'un immeuble en copropriété empiétant d'1,37 mètre dans la bande riveraine de 10 mètres d'un cours d'eau³⁶.

Il est nécessaire de rechercher les causes possibles d'une telle situation qui, d'une part, compromet la préservation des milieux humides et, de l'autre, la liberté d'action des justiciables. L'imprécision a déjà été soulevée relativement aux hautes eaux et a été rejetée, les tribunaux considérant que la norme était suffisamment précise pour offrir une « base à l'interprétation », notamment dans une décision de la Cour d'appel³⁷ relative à la « ligne des hautes eaux printanières moyennes » prévue dans l'ancienne version du sous-paragraphe b) de l'article 2 du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*³⁸. Quelques années auparavant, une conclusion analogue avait été tirée par la Cour supérieure au sujet de la ligne des hautes eaux inspirée de l'ancienne version de la Politique

35. Par. 128.

36. *Ville de Ste-Catherine c. Gestion Seattle inc.* (12 septembre 1994), Longueuil, n° 505-05-000817-939 (C.S.), juge Paul Chaput, EYB 1994-73883.

37. *Entreprises M. G. de Guy ltée c. P.G. du Québec* (26 janvier 1996), Montréal, n° 500-10-000222-933 (C.A.), juges Morris J. Fish, André Brossard et Louise Mailhot, EYB 1996-65179, par. 89 à 107.

38. R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 9.

de protection des rives dans un règlement municipal³⁹. Il y a toutefois incontestablement un problème d'imprécision. Les jugements commentés plus haut en sont la démonstration. C'est une imprécision qui ne se situe toutefois pas dans les textes législatifs ou réglementaires, mais plutôt dans les concepts avancés au soutien de l'interprétation souhaitée par le MDDEP. Il faut donc s'interroger sur la valeur, la portée et, surtout, la validité des critères utilisés par le MDDEP à ces fins, non pas les critères tels qu'énoncés dans les textes législatifs ou réglementaires, mais ceux utilisés pour soit interpréter ces textes, soit relier sur le terrain les faits aux règles applicables.

1. Une première source de confusion : la notion de milieu humide

Le MDDEP fait constamment appel à la notion de « milieu humide » dans sa documentation, présentée comme un concept général englobant les divers types qui existent de tels milieux. Au fédéral, sans doute par l'effet d'un calque du terme « *wetland* », on parle de « terres humides », comme par exemple dans le *Système de classification des terres humides du Canada*⁴⁰, ou encore dans la réglementation relevant de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*⁴¹. Le choix du mot « humide » en français influence peut-être la confusion autour de la portée du terme. La question se pose. Le mot « wet » a en anglais un sens plus fort que le mot « humide » et rejoint des termes comme « mouillé » ou « trempé » en français. Parler d'un « milieu trempé » est certainement plus évocateur (et sans doute plus clair) que de parler d'un « milieu humide ».

Ce qui ajoute à l'imprécision est le « continuum végétal »⁴², cet « étagement graduel »⁴³ observable en s'éloignant des plans d'eau, en s'éloignant du milieu véritablement aquatique vers des conditions se terrain moins humides. Ce qui amène à se demander où s'arrête le caractère humide d'un milieu donné. Ce passage, tiré de la fiche technique⁴⁴, est éloquent :

La végétation d'un marécage est le reflet des conditions climatiques et des niveaux d'eau printaniers observés au fil des années.

39. *Ville de Ste-Catherine, supra*, note 36, par. 37.

40. GROUPE DE TRAVAIL NATIONAL SUR LES TERRES HUMIDES. *Système de classification des terres humides du Canada*. 2^e éd. B.G. Warner et C.D.A. Rubec. Waterloo, Université de Waterloo, 1997, 68 p.

41. L.C. 1992, c. 37, ci-après la L.C.É.E.

42. *Guide d'interprétation, supra*, note 24, p. 89.

43. *Ibid.*, p. 87.

44. *Supra*, note 10, p. 6.

Il faut cependant éviter de délimiter un marécage en se basant strictement sur les secteurs inondés à cette saison. Le caractère humide peut être également présent autour des parcelles inondées lors de la visite. Il faut alors se référer à la végétation en place ainsi qu'aux signes biophysiques permettant de confirmer le statut humide d'un emplacement. Ainsi, la *détermination de la limite supérieure du marécage, qu'il soit riverain ou isolé, doit s'établir à partir de plusieurs critères et non d'un seul.* (italiques dans le texte)

Et pour ajouter à la confusion, devant la Commission d'accès à l'information à propos d'un inventaire de milieux humides⁴⁵, un représentant du MDDEP affirmait que « la législation sur l'environnement portant sur les milieux humides ne protège que les étangs, les marécages et les tourbières. Les autres milieux humides n'y sont pas visés. » (on peut assumer que le mot « marais » est implicite dans cette énumération que fait la Commission dans sa décision). L'affirmation de ce représentant du MDDEP laisse donc entendre qu'il existe des milieux humides qui ne font pas partie de l'énumération des milieux ainsi protégés, du moins était-ce sa perception.

Les milieux humides sont définis et présentés de diverses manières. Dans un cas, on inclura dans ce concept les écosystèmes de transition entre les milieux aquatiques et terrestres. Dans un autre cas, on inclura dans le concept les biotopes aquatiques au même titre que les biotopes marécageux ou lagunaires. Pour d'autres, ce seront des milieux aquatiques de faible profondeur. En fait, il n'y a pas d'uniformité dans la façon de traiter de ce concept. La série de définitions suivantes le démontre⁴⁶ :

Dans la *Convention Ramsar*⁴⁷, la définition est fondée sur la présence d'eau :

Au sens de la présente Convention, les zones humides sont des étendues de marais, de fagnes, de tourbières ou d'eaux naturel-

45. *Paroisse de St-Colomban c. Ministère de l'Environnement* (4 juin 2003), CAI n° 12 1344, par. 8.

46. Ces définitions n'utilisent pas nécessairement l'expression « milieux humides » ; ce seront le plus souvent les expressions « zones humides » et « terres humides » qui seront utilisées.

47. Ramsar, Iran, 2 février 1971, telle qu'amendée par le protocole du 3 décembre 1982 et les amendements de Regina du 28 mai 1987.

les ou artificielles, permanentes ou temporaires, où l'eau est stagnante ou courante, douce, saumâtre ou salée, y compris des étendues d'eau marine dont la profondeur à marée basse n'excède pas six mètres.

Dans le *Programme biologique international*⁴⁸, on la limite aux plantes herbacées :

Une zone humide est une zone dominée par des plantes herbacées particulières, dont la production se situe surtout au-dessus du niveau de l'eau tandis qu'elles reçoivent des quantités d'eau qui seraient excessives pour la plupart des végétaux supérieurs présentant des organes aériens.

Dans le *Canadian Wetland Registry (1979)*, il est question de sols saturés d'eau et d'environnement « mouillé » :

[TRADUCTION] Une zone humide est définie comme un terrain ayant un sol soit avec la nappe phréatique proche ou à la surface, soit saturé pendant une période assez longue pour permettre le développement de processus caractéristiques de zones humides ou aquatiques se traduisant par la présence de sols hydromorphes, d'une végétation hydrophyte et d'activités biologiques variées adaptées à un environnement mouillé.

Pour l'Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources (UICN), il s'agit de milieux aquatiques de faible profondeur, mais incluant les tourbières tout juste imbibées :

[TRADUCTION] Milieux aquatiques, aussi bien marins que côtiers ou continentaux, pour autant qu'ils soient de faible profondeur, partant des terres temporairement inondées et de tourbières tout juste imbibées, sans surface d'eau permanente, elles vont jusqu'aux lacs et étangs d'une profondeur n'excédant pas six mètres.

48. MAB UNESCO, 1974 ; au sujet des définitions qui suivent, voir Richard B. SHEPHARD, *Wetlands : An Introduction for the Non-Scientist*, Troutdale (Oregon), Applied Ecosystems Services, 2006, 12 p., p. 2 et *infra*, note 74, p. 2.

Le site Internet de Environnement Canada présente la saturation en eau comme le facteur dominant :

Terres où la saturation de l'eau est le facteur dominant, qui détermine la nature des activités de mise en valeur du sol et les types des communautés végétales et animales vivant dans l'environnement adjacent. Autres noms courants : bogs, étangs, estuaires et marécages.

Dans la réglementation fédérale relevant de la L.C.É.E., le gouvernement fédéral avait choisi d'être plus précis :

Marécages, marais ou autres terres qui sont couverts d'eau durant au moins trois mois consécutifs au cours de l'année.⁴⁹

Cette définition, qui avait l'heur de fournir une balise précise, la durée de l'inondation, a été remplacée dans une refonte récente du *Règlement sur la liste d'exclusion*, par une définition plus floue (définition qui n'a toutefois pas été modifiée dans les autres règlements relevant de la même loi) :

Marécages, marais, tourbières ou autres terres qui sont couverts d'eaux peu profondes de façon saisonnière ou permanente, y compris les terres où la nappe phréatique est située à la surface ou près de la surface.⁵⁰

La définition sans doute la plus déroutante, parce que le concept s'y réfère à lui-même, est la définition donnée dans le *Système de classification des terres humides du Canada* :

Une terre humide se définit comme étant *une terre saturée d'eau pendant une période assez longue pour que naisse des processus de terre humide ou aquatiques, qui se caractérisent par un faible drainage des sols, des hydrophytes et différentes sortes d'activités biologiques adaptées aux milieux humides.* (italiques dans le texte)

49. *Règlement sur la liste d'exclusion*, DORS/94-637, *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-638, *Règlement sur la liste d'exclusion*, DORS/94-639 (à l'article 2 dans tous les cas).

50. *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*, DORS/2007-108.

De son côté, voici ce que nous dit le MDDEP à propos des milieux humides⁵¹ :

Expression qui couvre une large gamme d'écosystèmes, tels que les étangs, les marais, les marécages et les tourbières. Ils constituent l'ensemble des sites saturés d'eau ou inondés pendant une période suffisamment longue pour influencer la nature du sol et la composition de la végétation. Ces sols minéraux ou organiques sont influencés par de mauvaises conditions de drainage alors que la végétation se compose essentiellement d'espèces ayant une préférence pour des lieux humides ou d'espèces tolérant des inondations périodiques.

Ou encore⁵² :

Les milieux humides sont avant tout des milieux de transition entre les milieux terrestres et aquatiques. Ils sont soit riverains de lacs, de cours d'eau, d'estuaires ou de la mer, soit isolés dans des dépressions mal drainées. La majorité d'entre eux sont d'origine naturelle alors que d'autres sont le résultat d'aménagements directs ou indirects de l'homme.

Sur le site Internet du MDDEP, ils sont ainsi décrits :

Ces écosystèmes constituent l'ensemble des sites saturés d'eau ou inondés pendant une période suffisamment longue pour influencer la nature du sol et la composition de la végétation.

Tel que mentionné plus haut, la L.Q.E. et la réglementation qui en relève, de même que la Politique de protection des rives, utilisent rarement l'expression « milieux humides ». En fait, ces termes sont absents de la L.Q.E. qui se borne à énumérer divers milieux précis (à savoir les cours d'eau à débit régulier ou intermittent, les lacs, les étangs, les marais, les marécages et les tourbières), tandis que la Politique est centrée autour du concept de ligne naturelle des hautes eaux. Dans le *Règlement sur l'enfouissement et l'incinération des matières résiduelles*, les cours ou plans d'eau (ce qui semble ici com-

51. Martin JOLY, S. PRIMEAU, M. SAGER et A. BAZOGE, *Guide d'élaboration d'un plan de conservation des milieux humides*, 1^{re} éd., Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, Direction du patrimoine écologique et des parcs, 2008, 68 p., p. 52 ; pour la définition qui précède, voir *supra*, note 40, p. 1.

52. *Ibid.*

prendre les étangs) sont énumérés séparément des milieux humides, qui se résument aux marais, marécages et tourbières, eux-mêmes distincts des plaines de débordement⁵³. Dans le nouveau *Règlement sur l'application de l'article 32 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, il n'est question que de « milieux humides » sans les définir⁵⁴.

Si les textes recensés plus haut qui ont tenté de définir les zones, terres ou milieux humides ne sont pas uniformes, il en est de même des textes qui définissent, parmi les milieux humides, ces trois classes que sont les marais, marécages et tourbières. Voici quelques exemples :

Marécage :

Nappe d'eau stagnante ou à écoulement lent, teneur élevée en éléments nutritifs, habituellement occupé par des arbres ou des bosquets.⁵⁵

Habitat dominé par une végétation ligneuse, arborescente ou arbustive, croissant sur un sol minéral ou organique, soumis à des inondations saisonnières ou caractérisé par une nappe phréatique élevée et une circulation d'eau enrichie en minéraux dissous. Il peut être isolé ou ouvert sur un lac ou un cours d'eau.⁵⁶

Type de terre humide dominé par une végétation boisée, où ne s'accumule pas une quantité appréciable de tourbe. Les marécages peuvent contenir des eaux douces ou des eaux salées, et être ou non soumis aux marées.⁵⁷

Marais :

Inondé périodiquement ou de façon permanente, absence d'arbre, végétation émergée, teneurs en éléments nutritifs habituellement élevées.⁵⁸

53. *Supra*, note 34.

54. *Ibid.*

55. *Atlas des terres humides du Canada*, <http://www.qc.ec.gc.ca/faune/AtlasTerresHumides/html/AtlasTerresHumides_f.html>.

56. *Guide d'élaboration d'un plan de conservation des milieux humides*, *supra*, note 51, p. 52.

57. Site Internet de Environnement Canada.

58. *Ibid.*

Habitat dominé par des plantes herbacées sur substrat minéral partiellement ou complètement submergé au cours de la saison de croissance. Dans la majorité des cas, les marais sont riverains, car ils sont ouverts sur un lac ou un cours d'eau, mais ils peuvent également être isolés. Il existe des marais d'eau douce et des marais d'eau salée.⁵⁹

Type de terre humide où ne s'accumulent pas de quantités appréciables de dépôts de tourbe et où domine une végétation herbacée. Les marais peuvent contenir des eaux douces ou des eaux salées, et être ou non soumis aux marées.⁶⁰

Le MDDEP assimile aux marais les « prairies humides » :

Les *prairies humides* constituent également des milieux humides. Elles sont parfois incluses dans les marais ou le continuum des marécages. Elles s'en distinguent par la durée plus courte de la saison de croissance, qui correspond au moment où le substrat est saturé ou recouvert d'eau, et par une végétation généralement dominée par des graminées ou des cypéracées. Ces milieux sont parfois situés à un stade d'évolution vers le marécage arbustif ; des arbustes comme la spirée (*Spiraea latifolia*), le cornouiller stolonifère (*Cornus stolonifera*Salix) ou des saules arbustifs (sp.) peuvent y être présents. Ils sont souvent maintenus de façon artificielle par du pâturage ou du brûlage. ***Aux fins d'application de l'article 22 de la L.Q.E., les prairies humides sont associées aux marais et donc, au même titre, assujetties.***⁶¹ (italiques ajoutés)

On peut toutefois y retrouver de la végétation terrestre :

Zone de prairie située en eau une partie de l'année pendant laquelle les végétations terrestre et émergente cohabitent. Ces prairies humides peuvent évoluer vers des marécages en absence de maintien « artificiel », par le pâturage par exemple ou par les feux réguliers.⁶²

Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il n'est pas évident pour le profane de se retrouver dans cette nomenclature particulière et encore moins, sur le terrain, de savoir dans les faits s'il se trouve dans

59. *Supra*, note 56.

60. *Supra*, note 57.

61. *Supra*, note 10, p. 4.

62. *Supra*, note 51, p. 52.

un marécage ou un marais au sens de la L.Q.E., selon l'interprétation qu'en fait le MDDEP. D'ailleurs cette difficulté est mise en relief dans la fiche technique du MDDEP sur l'identification et la délimitation des écosystèmes aquatiques, humides et riverains⁶³. Il s'agit d'un document qui, d'abord, définit les termes marais, marécage et tourbière pour ensuite expliquer comment les identifier et les délimiter. Il met en relief le régime parallèle qui s'applique à ces milieux selon qu'ils sont « isolés » ou « riverains », précisant que les premiers ne sont pas régis par la Politique de protection des rives tout en puisant dans les concepts de cette politique aux fins de les délimiter.

Cette apparente dichotomie, cependant, est trompeuse, puisque le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. s'appliquera indistinctement à ces milieux, à l'exception de ce qui aura été autorisé par une municipalité conformément à un règlement d'urbanisme (zonage, lotissement, construction) mais à l'exclusion de ce qui est exécuté à des fins d'accès public ou à des fins municipales, industrielles, commerciales ou publiques. Dans tous ces derniers cas, l'article 22 reçoit pleine application dans un cours d'eau, un lac, un marais, un marécage ou une tourbière. On voit mal pourquoi, au moment de la délimiter aux fins de l'application du même article de loi, le MDDEP renvoie à la Politique de protection des rives pour les uns et non pour les autres.

Avec la même politique et le même article de loi, on en arrive pourtant du côté du MDDEP à délimiter ainsi différemment ce qui, en principe, devrait être un même milieu, par une curieuse interprétation des concepts propres à la Politique de protection des rives en tentant de les adapter aux milieux autres que riverains. Ainsi, selon le guide en question, la limite supérieure d'un marais riverain est déterminée par la ligne des hautes eaux, c'est-à-dire l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres. Le guide fait aussi intervenir pour ces milieux les autres moyens de déterminer la ligne des hautes eaux prévue à la Politique de protection des rives⁶⁴. Pour les marais isolés, toutefois, le critère est différent. Cette fois, c'est la limite supérieure des herbacées aquatiques qui permet de délimiter un marais⁶⁵.

Pour ce qui est des marécages, le même document avertit le lecteur, en caractères gras, que la « détermination de la limite supérieure du marécage, qu'il soit riverain ou isolé, doit s'établir à partir

63. *Supra*, note 10, p. 4.

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

de plusieurs critères et non d'un seul »⁶⁶. En effet, tout en décrivant le « cortège de végétation » permettant d'identifier un marécage, on y précise que, « [b]ien que fréquemment présentes dans ces milieux humides, ces espèces possèdent de très bonnes capacités d'adaptation et poussent parfois en dehors de ces milieux. Cette observation souligne l'importance d'utiliser d'autres indicateurs pour délimiter adéquatement un marécage. »

Il en résulte qu'assez étonnamment, le document ne fait de la ligne des hautes eaux au sens de la Politique de protection des rives qu'un des moyens servant à identifier un marécage riverain, c'est-à-dire un marécage situé en bordure d'un cours d'eau ou d'un plan d'eau visé par la Politique, et ce, en contradiction avec les termes mêmes de la Politique. Le tableau ci-après élaboré à partir de la fiche technique⁶⁷ expose ces différences.

TABLEAU COMPARATIF
CRITÈRES DE DÉLIMITATION D'UN MARÉCAGE
SELON QU'IL EST RIVERAIN OU ISOLÉ

| Marécage riverain | Marécage isolé |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| La définition de la limite supérieure du marécage riverain s'établit à partir des critères suivants : | La définition de la limite supérieure du marécage isolé s'établit à partir des critères suivants : |
| Critères botaniques : <ul style="list-style-type: none"> • Notion de prédominance d'espèces : il s'agit d'identifier la ligne des hautes eaux (LHE), c'est-à-dire l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres (Guide des bonnes pratiques, 2005). • Notion de prédominance de plants ou d'individus d'une même espèce : il s'agit d'identifier la limite supérieure de la ou des plantes hydrophiles dominantes en nombre tels les frênes noirs, les érables argentés ou les saules arborés et arbustifs. | Critères botaniques : <ul style="list-style-type: none"> • Notion de prédominance d'espèces : il s'agit d'identifier la ligne des hautes eaux (LHE), c'est-à-dire l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres (Guide des bonnes pratiques, 2005 ou sa mise à jour). • Notion de prédominance de plants ou d'individus d'une même espèce : il s'agit d'identifier la limite supérieure de la ou des plantes hydrophiles dominantes en nombre. |

66. *Ibid.*, p. 6.

67. *Supra*, note 10.

TABLEAU COMPARATIF (suite)

| Marécage riverain | Marécage isolé |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Critères biophysiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les encoches d'érosion dans le sol résultant d'un affouillement régulier des eaux. • La limite supérieure de la ligne de débris délaissés par les crues (laisse de crue). • La limite supérieure des marques d'usure sur l'écorce des arbres. Cette usure est due à une érosion lente et continue de l'écorce, consécutive à des inondations régulières. Elle ne doit pas être confondue avec des marques profondes causées par les glaces résultant d'inondations plus importantes et moins fréquentes. • Limite supérieure de la présence de litière noirâtre à la surface du sol. • Limite supérieure des arbres dont les racines demeurent clairement hors du sol. | <p>Critères biophysiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Limite supérieure de la présence de litière noirâtre à la surface du sol. • Limite supérieure des arbres dont les racines demeurent hors du sol. • Limite supérieure de marques de stagnation de l'eau sur l'écorce des arbres. • Présence d'une couche relativement importante d'argile ou de loam dense. |
| <p>Critère hydrologique :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le niveau de l'eau au printemps ou la limite de la crue de récurrence deux ans. | <p>Critère hydrologique :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Présence d'eau pendant une période relativement prolongée à la suite de l'accumulation des précipitations ou de la résurgence de la nappe phréatique. |

Alors qu'il s'agit dans les deux cas de marécages (et les mêmes observations pourraient être faites pour les marais), il est curieux qu'ils ne puissent pas être identifiés de la même manière selon qu'on est en milieu riverain ou en milieu isolé, le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. ne faisant aucunement une telle distinction.

Cette hésitation se confirme dans le *Guide d'interprétation*, qui pourtant réitère que « les marais et marécages sont des milieux humides à nette prédominance de plantes aquatiques ». Malgré tout, on y rappelle que :

Pour un marécage ouvert sur un plan d'eau, la ligne des hautes eaux peut constituer un critère pour délimiter son étendue. D'autres critères biophysiques sont cependant nécessaires pour caractériser ce milieu. Dans certains cas particuliers, en effet, le marécage peut s'étendre au-delà de la ligne des hautes eaux [...]

[...] on peut délimiter l'étendue du marais ou du marécage isolé en recherchant l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres. Encore une fois, ce seul critère ne peut suffire à délimiter un marécage isolé ; d'autres critères biophysiques doivent être pris en considération.⁶⁸

Et ce n'est là que la pointe de l'iceberg. En effet, repérer « l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres » n'est pas non plus une sinécure au point où, selon les guides du MDDEP, on ne peut le faire que si l'on est un spécialiste en la matière, à moins de devoir valider les observations en faisant intervenir ces autres critères, botaniques, biophysiques ou hydrologiques. La méthode botanique est ainsi décrite :

La méthode botanique, basée sur l'utilisation de critères floristiques. La LHE correspond à l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres ou, s'il n'y a pas de plantes aquatiques, à l'endroit où les plantes terrestres s'arrêtent en direction du plan d'eau. Deux techniques permettent d'identifier la LHE :

- La méthode botanique experte, destinée aux spécialistes en botanique et réservée aux cas nécessitant une grande précision dans la délimitation. Elle est basée sur la notion de prédominance d'espèces aquatiques et permet d'établir l'endroit où le nombre d'espèces (et non le nombre de plantes) à caractère obligé ou facultatif de milieux humides est supérieur à 50 % du nombre total d'espèces recensées.

68. *Supra*, note 20, p. 99.

- La méthode botanique simplifiée, destinée aux non-spécialistes et permettant de délimiter la LHE avec une précision acceptable. Elle s'appuie sur la présence de végétaux indicateurs et de repères physiques.⁶⁹

Et l'on s'étonnera de l'échec de ces démonstrations devant les tribunaux ?

2. Une deuxième source de confusion : le concept de plante aquatique

Comme on peut le voir par les extraits qui précèdent, on s'appuie au départ sur des critères botaniques et ces critères font intervenir un concept particulier, celui de « plantes aquatiques ».

En lisant la documentation produite par le MDDEP, que ce soient les guides publiés par ce ministère ou les rapports qu'il a commandés (bien que réalisés par des spécialistes à l'externe), un choix a manifestement été fait pas en faveur d'une sélection de plante qui va au-delà de ce que la personne ordinaire aurait qualifié d'aquatique. On s'appuie pour cela sur la définition de « plante aquatique » dans la Politique de protection des rives, énoncée comme suit :

Les plantes considérées comme aquatiques sont toutes les plantes hydrophytes incluant les plantes submergées, les plantes à feuilles flottantes, les plantes émergentes et les plantes herbacées et ligneuses émergées caractéristiques des marais et marécages ouverts sur des plans d'eau.⁷⁰

On le voit par cette définition, pour savoir si une plante est une plante aquatique, il faut en fait déterminer s'il s'agit d'une hydrophyte. C'est là l'équivalence. Et telle qu'ainsi énoncée, on comprend aisément de cette définition qu'elle comprend des plantes qui poussent dans l'eau du simple fait qu'elle fait mention de plantes submergées, à feuilles flottantes ou émergentes. Cela va de soi à la simple lecture de cette énumération, même pour le profane. La difficulté survient lorsque l'on arrive, dans l'énumération, aux plantes herbacées et ligneuses émergées car ce sont ces autres plantes qui sont à l'origine de l'expansion donnée par le MDDEP à la notion d'hydrophyte, telle que mise en lumière dans l'affaire *Sainte-Croix*⁷¹.

69. *Supra*, note 10, p. 3.

70. *Supra*, note 2, à l'article 2.1.

71. *Supra*, note 8.

Faisons abstraction pour l'instant de l'interprétation faite de cette définition par le MDDEP pour n'en faire qu'une interprétation fondée sur des termes compris de la personne ordinaire. Hormis les plantes qui, de toute évidence selon la définition, poussent dans l'eau, on veut inclure d'autres plantes, qu'elles soient herbacées ou ligneuses (selon le *Petit Robert*, il s'agit de deux termes en opposition, le premier désignant les plantes ayant la consistance de l'herbe et les autres celle du bois), paramètre qui n'est pas discriminant. Ces autres plantes doivent toutefois répondre à deux critères :

- 1) elles doivent être émergées :
- 2) elles doivent être caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau.

Le verbe *émerger*, selon le *Petit Robert*, veut dire « Sortir d'un milieu où l'on est plongé de manière à apparaître à la surface ». Le mot « émergent », quant à lui, signifie simplement « qui émerge ». Ces mots sont presque synonymes et nous indiquent encore une fois que ces plantes sont intimement liées à l'eau. Quant au mot marécage, l'affaire du *Domaine Islesmere* nous en donne le sens ordinaire, cité plus haut⁷² : « [é]tendue de terrain imprégnée ou recouverte d'eau, occupée surtout par une végétation arbustive ». Le mot « imprégné », ici, nous rapproche du sens du mot anglais « *wet* » qui compose le mot « *wetland* ». Il est concordant avec ce que la personne ordinaire perçoit comme étant un marécage, une « *swompe* » ou « *swampe* » dans la langue populaire⁷³. Et ce ne sont pas les plantes de tout marécage qui sont incluses ici, mais celles qui sont caractéristiques de ceux qui sont ouverts sur les plans d'eau. Enfin, on remarquera qu'il n'est nullement question d'arbres, si l'on prend cette définition sur la base des termes ordinaires qui la constituent.

Le MDDEP, pour sa part, appuie son concept d'hydrophyte sur les milieux humides en général et non sur l'écotone riverain. Dans sa documentation, les espèces considérées comme obligées ou facultatives des milieux humides ne sont pas désignées telles en fonction de milieux humides riverains.

La Politique fait référence aux plantes aquatiques et aux plantes terrestres. Cependant, comme la flore des espèces vasculai-

72. *Supra*, note 13, par. 116.

73. Léandre BERGERON, *Dictionnaire de la langue québécoise*, Montréal, TYPO, 1997, 572 p., p. 475 et 476.

res est connue pour le Québec, on a considéré qu'il serait suffisant de dresser la liste complète des plantes aquatiques. En effet, connaissant les espèces aquatiques, on convient que toutes les autres espèces, non signalées dans la liste, seront par défaut terrestres.⁷⁴

L'écotone riverain, du moins dans le seul texte réglementaire où l'on retrouve ce terme (et qui n'est pas un règlement relevant de la L.Q.E., doit-on préciser), est le « milieu de transition entre le milieu aquatique et la végétation arborescente, caractérisé par la végétation muscinale, herbacée ou arbustive des milieux humides et comportant parfois quelques arbres épars »⁷⁵. Cette définition est tout à fait concordante avec celle de marécage dans le sens ordinaire du terme, où il est plutôt question d'arbustes que d'arbres. Mais ce n'est manifestement pas celle retenue par le MDDEP qui place la rive au-delà des arbres qui peuvent faire partie, selon ses spécialistes, des hydrophytes ; qui peuvent être, selon eux, des plantes aquatiques.

Et c'est là que, dans la démarche d'interprétation législative, se trouve vraisemblablement la faille à l'origine des difficultés éprouvées, en termes de preuve, dans les quatre dossiers exposés plus haut. Comme on l'a vu, la fiche technique explique que la limite supérieure du marécage riverain (donc le marécage ouvert sur le plan d'eau) est la ligne des hautes eaux au sens de la Politique de protection des rives⁷⁶. Il faut donc, pour localiser ce marécage, repérer les plantes aquatiques.

« [L]es marais et marécages sont des milieux humides à nette prédominance de plantes aquatiques ». C'est ce que nous enseigne le *Guide d'interprétation*⁷⁷. Mais que sont ces plantes aquatiques ? Ce sont les hydrophytes. Parmi celles-ci, si l'on s'en tient à la définition de la Politique, il y a bien sûr les plantes « nettement aquatiques » dont on a vu que ce sont les plantes submergées, celles à feuilles flottantes et celles émergentes. Clairement, des plantes ainsi décrites sont nécessairement dans l'eau et nul besoin de recourir à un bota-

74. Benoît GAUTHIER, *Note explicative sur la ligne naturelle des hautes eaux : la méthode botanique experte*. Révisé par Jacques LABRECQUE et Mireille SAGER. Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, 2008, 8 p. et 4 annexes, p. 2.

75. *Règlement sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État*, [F-4.1, r. 1.001.1], à l'article 1.

76. Voir le tableau à la page 98.

77. *Supra*, note 20, p. 99.

niste pour en saisir le sens. La définition de la Politique précise cependant que les plantes aquatiques sont « toutes les plantes hydrophytes » et elle étend cette notion au-delà des seules plantes qui sont « dans l'eau ». À condition, faut-il souligner, qu'elles soient des « hydrophytes ». Pour plus de clarté, on y précise que cela inclut aussi les plantes ligneuses, du moment qu'elles sont émergées et caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau.

La difficulté, pour délimiter un marécage comme le fait le MDDEP à partir de sa conception des hydrophytes, que ce marécage soit ouvert ou non sur un plan d'eau, c'est que le marécage est lui-même nécessaire à la détermination de son déterminant. En d'autres termes, on caractérise un marécage avec des plantes qui, pour être sélectionnées, pour être désignées hydrophytes, doivent être caractéristiques de ce qui sera caractérisé par celles-ci. En fait, si les marécages n'étaient pas des milieux humides à nette prédominance de plantes aquatiques, il y aurait un problème, puisque les plantes aquatiques sont justement désignées comme telles parce qu'elles sont caractéristiques des marécages. C'est une tautologie⁷⁸. Et ce n'est pas le seul raisonnement en boucle que l'on observe en matière de milieux humides. Rappelons-nous la définition de terres humides proposées par le *Groupe de travail national sur les terres humides* :

Une terre humide se définit comme étant une terre saturée d'eau pendant une période assez longue pour que naisse [sic] des processus de terre humide ou aquatiques, qui se caractérisent par un faible drainage des sols, des hydrophytes et différentes sortes d'activités adaptées aux milieux humides.⁷⁹

Ou encore ce passage de la *Note explicative* qui s'appuie sur un concept semblable :

Au Canada, les experts définissent ces lieux propices aux plantes des milieux humides « comme des terres saturées d'eau assez longtemps pour favoriser les processus des milieux humides ou aquatiques » (Comité canadien de la classification écologique du territoire, 1987).⁸⁰

78. Selon le *Petit Robert* : « Vice logique consistant à présenter, comme ayant un sens différent, une proposition dont le prédicat ne dit rien de plus que le sujet ».

79. *Supra*, note 40.

80. *Supra*, note 74, p. 2.

Selon ces concepts, une terre humide sera donc une terre humide si on y observe des processus de terre humide ou aquatiques ou encore, dans le premier exemple, si, en plus du faible drainage et des hydrophytes, on y observe différentes sortes d'activités adaptées aux milieux humides. La définition renvoie à elle-même.

Un tel processus a toutes les apparences d'une démarche d'initiés qui, connaissant déjà les concepts avec lesquels ils jonglent régulièrement se comprennent entre eux et n'ont pas besoin de définir davantage ce qui pour eux est une évidence. Cela se défend sans doute fort bien dans la communauté scientifique, où d'essayer de préciser davantage le b.a.-ba des milieux humides serait sans aucun doute perçu comme un manque de respect à l'égard d'un lecteur déjà bien informé et rompu aux concepts en question. Ce n'est pas le cas du citoyen ordinaire. Si les scientifiques se retrouvent dans ces concepts aux vagues contours, les justiciables eux ne le peuvent pas. Les tribunaux guère davantage. Inscrits dans un texte de loi ou de règlement, de tels concepts risqueraient fort de ne pas satisfaire aux exigences d'une norme constitutionnellement précise⁸¹.

Lorsqu'ils font appel à leurs connaissances et leur expertise dans l'interprétation de textes législatifs ou réglementaires de portée générale comme le sont la L.Q.E. et la Politique de protection des rives, les auteurs du *Guide d'interprétation*, du *Guide de bonnes pratiques*, de la fiche technique et de la *Note explicative* doivent composer, non pas avec les seuls concepts qui leur sont familiers, mais avec des concepts juridiques, ils doivent composer avec le droit, avec des énoncés qui sont des règles qui doivent être comprises par les personnes à qui elles s'adressent. Ils doivent se garder d'importer sans un minimum de prudence et de retenue des concepts scientifiques compris d'eux seuls dans un contexte où les définitions choisies par le législateur ne le permettent pas. Autrement, à leur grand dam, comme la série des quatre jugements commentés plus haut le démontre, les tribunaux ne feront hélas pas la même lecture des textes juridiques que ces scientifiques. De surcroît, ces scientifiques se trouvent à substituer leur lecture du droit à celle faite par ceux qui ont justement pleine compétence pour interpréter ces textes, à savoir les tri-

81. Il est intéressant de lire la réserve exprimée par l'honorable André Brossard, au paragraphe 6 de son jugement, et celle exprimée par l'honorable Morris J. Fish, au paragraphe 106 de son jugement, dans l'affaire *M.G. de Guy*, *supra*, note 37, bien que tous deux considèrent que la norme qu'ils commentent n'est pas inconstitutionnellement imprécise.

bunaux. Comme le soulignait avec justesse l'honorable Luc Lefebvre dans l'affaire du *Domaine Islesmere*⁸² :

D'ailleurs, l'interprétation d'une loi est une question de droit et est du ressort des tribunaux. Ainsi, dans *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*⁸³, le juge Bastarache écrit :

[par. 150] « Étant donné que la réponse à la question de savoir si une forme de vie supérieure est une invention au sens de la *Loi sur les brevets* est « une conclusion revêtant une grande importance, voire une importance déterminante, pour les décisions qu'auront à prendre juges et avocats », moins de retenue s'impose (*Southam*, précité, par. 36-37 ; *Pushpanathan*, précité, par. 37). De plus, bien que le commissaire ait une expertise considérable dans les domaines de la science, de la médecine et du génie, son expertise doit être appréciée en fonction du problème examiné. À mon avis, cette formation spécialisée ne fait pas en sorte que le commissaire est mieux placé que les tribunaux pour déterminer si la création en cause est une « fabrication » ou une « composition de matières », puisqu'il s'agit d'expressions très générales qui peuvent recevoir une interprétation très restreinte ou très large, selon l'intention du législateur. (le juge souligne)

2.1 *Qu'est-ce qu'une hydrophyte ?*

Ce concept de plantes hydrophytes fait lui-même l'objet d'une grande variabilité. Le MDDEP en dit ceci, l'hydrophyte étant présentée comme une « plante hydrophile », tout en réitérant les termes de la définition de la Politique de protection des rives :

Plante qui croît dans l'eau et les sols saturés d'eau. On dit aussi qu'une plante est hydrophile quand elle croît dans l'eau ou dans un substrat qui est périodiquement déficient en oxygène à cause de la saturation du sol en eau. Les hydrophytes, ou plantes hydrophiles, sont considérées comme des plantes aquatiques ; elles comprennent les plantes submergées, les plantes à feuilles flottantes, les plantes émergentes et les plantes herbacées et

82. *Supra*, note 6, par. 134.

83. [2002] 4 R.C.S. 45.

ligneuses émergées, caractéristiques des marais et des marécages ouverts sur des plans d'eau.⁸⁴

Ou encore :

[citant un auteur scientifique, Daubenmire (1968)] « plantes qui croissent dans l'eau ou sur un substrat qui est, au moins périodiquement, anaérobie dû à un excès d'eau ».⁸⁵

Mais pour qui veut savoir ce que veut dire le terme *hydrophyte* dans son acception générale et entreprend une démarche de recherche propre à la personne ordinaire, alors sauf exception le caractère franchement aquatique transparaîtra.

Ainsi, dans le *Webster's Unabridged Dictionary*, une hydrophyte est donnée comme « *An aquatic plant ; an alga* ». Le *Dictionnaire simplifié de géographie*⁸⁶ les définit comme des « [p]lantes dont les seules parties immergées restent vivaces pendant la mauvaise saison ». Le *Concise Oxford English Dictionary* : « a plant which grows only in or on water ». Le *Littré* définit une hydrophyte simplement comme une « [p]lante qui vit dans l'eau ». Dans le *Random House Unabridged Dictionary*, on trouve : « a plant that grows in water or very moist ground ; an aquatic plant ». Le *Merriam-Webster* considère une hydrophyte comme « a plant that grows either partly or totally submerged in water ; also : a plant growing in waterlogged soil [détrempé] ».

Pour sa part, le site de l'*Encyclopedia Universalis*⁸⁷ nous donne une définition qui s'éloigne un peu du concept strict de « plante aquatique » en faisant allusion aux habitats « fortement humides », un peu comme dans la dernière définition qui précède : « On appelle hydrophytes ou hydrophiles les plantes qui vivent dans des habitats fortement humides, ou même mouillés (fossés, marécages, étangs, lacs, rivières, etc.) ». Toutefois, une description détaillée de la morphologie et de la biologie de ces plantes, dans la même rubrique, fait nettement référence à des plantes qui vivent dans l'eau.

84. *Supra*, note 51, p. 52.

85. *Supra*, note 74, p. 2.

86. Pascal SAFFACHE, *Dictionnaire simplifié de géographie*, Editions Publibook, 2003. 345 p., p. 187.

87. <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/T322058/HYDROPHYTES.htm>>.

Cela se rapproche néanmoins de ce que l'on trouve dans le réputé ouvrage de botanique du Frère Marie-Victorin, dans sa troisième édition mise à jour par les botanistes Luc Brouillet et Isabelle Goulet, où l'on distingue les plantes « nettement aquatiques » des plantes « terrestres ou croissant sur la vase »⁸⁸. Cet ouvrage contient par ailleurs une définition de l'adjectif *hydrophile* et du substantif *hydrophyte*, le premier voulant dire « [q]ui se plaît dans les lieux très humides » et le second désignant une « [p]lante des lieux très humides »⁸⁹.

Lorsqu'on lit les textes à l'origine de cette évolution de sens à l'intérieur des officines ministérielles, on se rend compte que le concept de plante hydrophyte, qui pourtant est loin d'être monolithique, a été circonscrit de manière à devenir une simple cote de récurrence, s'éloignant par là de sa finalité de base, à savoir de faire intervenir des critères de végétation pour localiser la ligne des hautes eaux. Cette démarche transparaît à la lecture de divers textes, notamment une étude voulant établir une corrélation entre la ligne naturelle des hautes eaux, à savoir celle délimitée par des critères botaniques, avec la cote d'inondation de récurrence de deux ans⁹⁰, corrélation qui semble pourtant avoir échoué dans l'affaire *Sainte-Croix*.

Dans la première version de la Politique de protection des rives, en 1987⁹¹, la ligne naturelle des hautes eaux se définissait déjà en fonction de la prédominance entre plantes aquatiques et plantes terrestres, mais ne les définissait pas :

La ligne naturelle des hautes eaux se situe, selon le cas :

- à l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres ;
- à l'endroit où la végétation arbustive s'arrête en direction du plan d'eau.

88. Frère MARIE-VICTORIN, *Flore laurentienne*. 3^e éd. Montréal, P.U.M., 1995, 1083 p., p. 96 et 97.

89. *Ibid.*, p. 988.

90. La *Note explicative, supra*, note 74, fait référence aux recherches réalisées par Gauthier (1979) et Gilbert (1995) ; il s'agit des ouvrages suivants : Benoît GAUTHIER, *Présentation du phytobenthos limnétique – Mémoire présenté à la Société linnéenne de Québec*. Québec, Société linnéenne de Québec, 1979, 78 p., et Hélène GILBERT, *Corrélation entre la cote de récurrence des inondations de deux ans et la limite botanique – Rapport final*, Québec, ministère de l'Environnement et de la Faune, 1995, 56 p. et 4 annexes.

91. Décret 1980-87 du 20 janvier 1988, 1988 *G.O.* II, 365 [Q-2, r. 17.1].

Dans sa version subséquente de 1996, le critère de la prédominance est demeuré mais celui de la végétation arbustive est disparu au profit d'une définition de « plantes aquatiques » s'étendant aux plantes ligneuses émergées caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau. Les deux critères de l'ancienne politique étaient contradictoires dans la mesure où certaines plantes ligneuses en bordure des cours d'eau poussent en fait dans l'eau⁹². En l'absence de telles plantes le long du cours d'eau, la ligne naturelle des hautes eaux, dans cette nouvelle définition devient alors « l'endroit où les plantes terrestres s'arrêtent en direction du plan d'eau ». Ce mode de délimitation s'est vu augmenté de deux cas particuliers :

- dans le cas où il y a un ouvrage de retenue des eaux, la ligne des hautes eaux se situe à la cote maximale d'exploitation de l'ouvrage hydraulique pour la partie du plan d'eau situé en amont ;
- dans le cas où il y a un mur de soutènement légalement érigé, elle se situe à compter du haut de l'ouvrage.

On se retrouve donc avec les cas où il n'y a pas d'ouvrages et c'est alors la limite botanique qui s'applique et celle où il y a des ouvrages et, selon qu'il s'agisse d'un ouvrage de retenue ou d'un mur de soutènement, la Politique indique comment se détermine alors la ligne des hautes eaux.

Ce qui semble avoir créé une confusion, c'est l'introduction, par la même occasion, d'un mode de détermination additionnel, à savoir la cote d'inondation de récurrence de deux ans.

À défaut de pouvoir déterminer, la ligne des hautes eaux à partir des critères précédents, celle-ci peut être localisée comme suit :

d) si l'information est disponible, à la limite des inondations de récurrence de 2 ans, laquelle est considérée équivalente à la ligne établie selon les critères botaniques définis précédemment au point *a*.

Bien que les mots « À défaut » indiquent qu'il s'agit d'un mode de détermination applicable lorsqu'on ne peut pas déterminer la ligne

92. *Guide d'interprétation, supra*, note 20, p. 30.

des hautes eaux à partir des critères précédents, les jugements commentés plus haut et la documentation du MDDEP dont il est fait état ici nous montrent que la cote de récurrence est devenue pour le MDDEP un mode de validation de la limite botanique en faisant complètement abstraction des critères de cette limite, à savoir d'une part les plantes nettement aquatiques, c'est-à-dire les plantes submergées, à feuilles flottantes ou émergentes, et de l'autre les plantes herbacées et ligneuses, mais à la condition qu'elles soient caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau. Or, le raisonnement du MDDEP aboutit au postulat qu'un terrain qui peut probablement être inondé une fois tous les deux ans (et encore, on prend pour ce calcul la moyenne quotidienne la plus haute, ce qui ne signifie pas que ce niveau se soit maintenu au-delà d'une journée⁹³, et le phénomène peut se produire deux années de suite puis ne pas se produire pendant deux ans) est un marécage. Il n'est pas besoin de notions poussées en hydrologie pour savoir que la réalité est tout autre. Un endroit où les eaux peuvent s'étendre une fois tous les deux ans pendant une seule journée ou quelques jours n'est pas nécessairement un marécage au sens ordinaire du terme.

Si ces limites étaient les mêmes, pourquoi le législateur aurait-il cru nécessaire de préciser que la cote d'inondation de récurrence de deux ans « est considérée équivalente à la ligne établie selon les critères botaniques » ? Le mot « considérée » indiquerait plutôt qu'elle ne l'est pas nécessairement mais que, lorsqu'on ne peut déterminer la première, on peut se rabattre sur la seconde. Ce que l'on voit plutôt et qui n'est pas prévu dans la Politique, c'est qu'on se sert de la seconde pour valider la première, voire la remplacer, ou alors on voit la première comme un simple moyen d'aboutir à la seconde. Le choix des espèces végétales par le MDDEP s'en trouve influencé et se trouve fait systématiquement en vue d'aboutir à la cote de récurrence de deux ans⁹⁴.

[...] ces plantes servent à déterminer la ligne des hautes eaux correspondant normalement à la limite des inondations de récurrence de 2 ans. Les indicateurs physiques [...] servent à valider la ligne des hautes eaux obtenue à partir des indicateurs biologiques.

93. *Ibid.*, p. 98.

94. Louise GRATTON *et al.* *Délimitation de la ligne des hautes eaux : méthode botanique simplifiée*, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs. Québec, Publications du Québec, 2007, 61 p., p. VI.

Or, dans la Politique, c'est exactement l'inverse. La ligne qu'il faut utiliser est la limite botanique et la récurrence de deux ans n'est qu'une détermination par défaut « considérée » équivalente (ce qui sous-entend qu'elle peut ne pas l'être)⁹⁵. On peut comprendre toutefois que l'on ait senti ce besoin de se rabattre sur la cote de récurrence de deux ans et d'utiliser, comme on l'a fait dans l'affaire *Sainte-Croix*, à la fois la limite botanique et la cote de récurrence. En effet, la détermination de la limite botanique selon les méthodes préconisées par le MDDEP comporte son lot de complexité et d'imprécision :

Afin d'établir très précisément la ligne des hautes eaux, on aura recours à la méthode dite « experte ». Elle exige que toutes les plantes présentes soient recensées le long d'un transect perpendiculaire au littoral ou à la rive et que soit calculé, par segment de transect, le pourcentage de plantes aquatiques, afin de distinguer le passage d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres (50 % et plus).⁹⁶

La méthode botanique experte est une méthode complexe qui nécessite des connaissances importantes en botanique : son application exige par conséquent la participation d'un spécialiste en botanique. L'emploi de cette méthode sera réservé surtout aux cas où la détermination de la ligne des hautes eaux présente des difficultés particulières ou lorsqu'elle doit être délimitée avec une grande précision (projet spécifique ou ayant des répercussions environnementales importantes).⁹⁷

Les indications fournies par les lichens et les mousses sont d'un grand secours lorsque la pente du littoral est très faible, puisque, dans de tels cas, la répartition des plantes (arbres, arbustes et herbacées) aquatiques et terrestres se chevauche souvent et rend difficile la délimitation de la ligne des hautes eaux.⁹⁸

[...] plus la pente est faible, plus il y a risque que les espèces aquatiques et terrestres se chevauchent sur une bande de terrain assez large (horizontalement) ; il devient difficile, dans ces conditions, de trouver la limite.⁹⁹

95. Selon le *Petit Robert*, « considérer » dans ce sens veut dire « estimer », « juger ».

96. *Supra*, note 90, p. VII.

97. *Guide d'interprétation*, *supra*, note 20, p. 89.

98. *Supra*, note 90, p. 27.

99. *Guide d'interprétation*, *supra*, note 20, p. 90.

Pour un marécage ouvert sur un plan d'eau, la ligne des hautes eaux peut constituer un critère pour délimiter son étendue. D'autres critères biophysiques sont cependant nécessaires pour caractériser ce milieu. Dans certains cas particuliers, en effet, le marécage peut s'étendre au-delà de la ligne des hautes eaux [...] ¹⁰⁰

Ce dernier passage est éloquent. Alors que la définition de « plantes aquatiques » dans la Politique de protection des rives est censée inclure les plantes caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau, voilà qu'une limite fondée sur ce critère ne permet pas de délimiter l'étendue d'un tel marécage. Il est difficile d'imaginer que le législateur ait voulu qu'une disposition d'application de portée aussi générale que celle du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., aussi grave de conséquences pour le justiciable que de l'exposer à une ordonnance de démolition ou à des sanctions pénales, soit fondée sur des concepts aussi hermétiques et aussi peu définis, ou carrément indéfinis. Il est difficile d'imaginer que ce même législateur ait voulu que ces critères servent à l'élaboration des règlements municipaux et, ensuite, à leur application par des fonctionnaires municipaux censés exercer un pouvoir lié dont le rôle est de délivrer des permis pour des constructions dont on pourra exiger la démolition si elles sont mal localisées par rapport à la ligne naturelle des hautes eaux, nonobstant le permis délivré.

Pourtant, lorsqu'un terme n'est pas défini dans la Politique, le MDDEP préconise le sens ordinaire :

La Loi et la Politique ne définissent pas les termes *lacs* et *cours d'eau*. C'est donc le sens large que l'on attribue aux notions de lac et de cours d'eau. ¹⁰¹

La Politique ne définit pas les termes « construction » « ouvrage » et « travaux » ; on doit donc se reporter aux définitions usuelles des dictionnaires pour leur interprétation. [...] il faut savoir que définir, c'est réduire. ¹⁰²

De la même manière, dans son *Guide d'interprétation et d'application du Règlement sur l'enfouissement et l'incinération des matières*

100. *Ibid.*, p. 99.

101. Fiche technique, *supra*, note 10, p. 2.

102. *Guide d'interprétation, supra*, note 20, p. 43.

résiduelles, dans la version qui existait avant le procès dans l'affaire du *Domaine Islesmere* (il s'agissait alors d'un document de travail), le MDDEP préconisait aussi le sens ordinaire pour les mots *marais* et *marécage*. En 2007, il se ravisait et modifiait le guide pour se référer à la fiche technique¹⁰³.

On peut soutenir que les dispositions d'un texte législatif ou réglementaire s'interprètent les unes par rapport aux autres et que la référence à la cote de récurrence de deux ans à la section 2.1 de la Politique de protection des rives laisse entendre que la limite botanique devrait aussi correspondre à cette limite. Mais interpréter les dispositions de la Politique, c'est interpréter toutes ses dispositions et, plus spécialement, celles qui sont intimement liées à la délimitation de la ligne des hautes eaux, dont l'utilité est de servir de démarcation entre la rive et le littoral d'un cours d'eau.

Les sections 3.1 et 3.2 de la Politique énumèrent une série de travaux, constructions et ouvrages autorisés soit sur la rive, soit dans le littoral des cours d'eau. Leur énumération montre que, dans l'esprit du législateur, la rive et le littoral se rapprochent davantage du sens commun de tels termes que d'un quelconque sens scientifique. À titre d'exemple, c'est un fait notoire que, de part et d'autre du lac Saint-Pierre, chaque année, les eaux du Saint-Laurent pénètrent de plusieurs centaines de mètres, voire de plus d'un kilomètre à l'intérieur des terres et, sur le littoral, l'exploitation agricole, la pose de clôture et la coupe d'arbres n'est pas permise si l'on s'en tient à la Politique à la section 3.2. À l'inverse, construire un aménagement permettant de se rendre à un quai qui, vraisemblablement, serait en bordure du lac lui-même et non à l'intérieur des terres, ne serait pas permis sur le littoral. On aboutirait de la sorte à des résultats impraticables sur le terrain.

À cette démonstration, on peut ajouter qu'au paragraphe g) de l'article 3.1 de la Politique, sont autorisées « les activités d'aménagement forestier dont la réalisation est assujettie à la *Loi sur les forêts* et à sa réglementation sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État ». Or, nous l'avons vu, le *Règlement sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État* définit l'écotone riverain comme le milieu de transition entre le milieu aqua-

103. *Guide d'interprétation et d'utilisation. Règlement sur l'enfouissement et l'incinération des matières résiduelles*, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, Direction des politiques en milieu terrestre, 2007.

tique et la végétation arborescente¹⁰⁴, ce qui contredit le fait que la végétation arborescente (sauf pour des arbres épars, selon la définition d'écotone riverain) pourrait faire partie des plantes aquatiques, mais ce qui est néanmoins concordant avec le sens ordinaire de marécage indiquant que la végétation qu'on y trouve est arbustive¹⁰⁵.

CONCLUSION

Les critères utilisés par le MDDEP pour interpréter la Politique de protection des rives et sa définition de « plantes aquatiques » ont pour effet de faire basculer cette définition dans le domaine des dispositions frappées d'une imprécision qui risque d'en entraîner l'invalidité. Il y a lieu de rappeler ici les propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée*¹⁰⁶, à propos de l'imprécision et l'on constatera que l'exercice d'interprétation auquel le MDDEP convie non seulement les administrés mais les administrations municipales appelées à appliquer à travers leur réglementation d'urbanisme les règles de la Politique de protection des rives est une source patente d'imprécision qui serait inconstitutionnelle et qui commande une autre lecture des textes.

Si une interdiction législative exige du citoyen qu'il ait une formation poussée en chimie pour être en mesure de déterminer qu'une activité donnée libère un contaminant particulier en quantité suffisante pour entraîner son application, cette interdiction ne donne guère un meilleur avertissement qu'une loi plus générale. Le volet avertissement de l'analyse de l'imprécision doit être abordé d'un point de vue objectif : est-ce que le citoyen moyen possédant une connaissance moyenne de la matière visée par l'interdiction en tirerait un avertissement adéquat de la conduite prohibée ? Les citoyens peuvent être déroutés s'il leur faut posséder des connaissances spécialisées pour être en mesure de comprendre une disposition législative.

Ou encore, dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*¹⁰⁷ :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à

104. *Supra*, note 75.

105. *Supra*, note 13.

106. *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1074.

107. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, par. 43 à 45.

sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

Les quatre jugements dont nous avons fait état plus haut sont la démonstration des difficultés réelles que pose l'interprétation donnée par le MDDEP aux dispositions de l'article 22 L.Q.E. et de la Politique de protection des rives. Dans ces dossiers, le MDDEP s'est retrouvé en quelque sorte piégé par ses propres critères et a fait la démonstration de leur côté difficilement praticable, voire impraticable. Comment d'une part exiger du justiciable qu'il sache exactement quelles sont les normes qu'il doit respecter et d'autre part, pour le savoir, exiger de lui qu'il recoure à des spécialistes de façon systématique ?

Le MDDEP a tenté d'alléger ses exigences en prônant une méthode botanique dite « simplifiée » permettant, selon les termes de cette méthode, de délimiter la ligne des hautes eaux avec une précision qu'il prétend « acceptable »¹⁰⁸. La question est de savoir ce qu'est une précision « acceptable ». Dans l'affaire *Ville de Ste-Catherine*¹⁰⁹, la Cour supérieure a indiqué qu'elle aurait pu accepter une erreur de quelques centimètres tout au plus pour éviter d'ordonner la démolition d'une infrastructure empiétant sur la bande riveraine de 10 mètres. Encore que dans ce dossier, tout porte à croire que c'est la limite atteinte par l'eau qui a servi de critère de délimitation de la ligne des hautes eaux sans faire intervenir de critères botaniques. La réalité était peut-être encore pire que ce qu'a laissé transparaître la preuve retenue par le tribunal.

Si l'on peut faire une recommandation à la fois aux administrés et aux fonctionnaires municipaux chargés d'appliquer la réglementation d'urbanisme en bordure des cours d'eau, c'est d'abandonner la méthode botanique simplifiée à moins que ce qui constitue une précision « acceptable » ne soit davantage documenté par le MDDEP, sans doute par une étude aussi détaillée que l'étude de Gilbert de 1995, mais cette fois établissant la corrélation entre la limite fixée par la méthode botanique simplifiée et celle fixée par la méthode botanique experte.

108. *Supra*, note 94, p. V.

109. *Supra*, note 36.

Quant à la méthode botanique experte, elle ne devrait pas s'appuyer sur un classement valant pour tout milieu humide, eux-mêmes définis de manière pour le moins imprécise, mais s'en tenir aux plantes caractéristiques d'un marécage au sens retenu dans l'affaire du *Domaine Islesmere*, c'est-à-dire au sens ordinaire de ce mot, et uniquement pour les marécages riverains, c'est-à-dire « ouverts sur les plans d'eau ». On peut supposer en effet qu'il pourrait y avoir une différence entre la flore de tels marécages par rapport à des marécages qui échappent à la fluctuation de l'eau ou ceux dont les eaux sont stagnantes, démonstration qui n'est pas faite dans les textes que le MDDEP met à la disposition des administrés.