CONSEIL D'ÉTAT

Rapport public 2010

L'eau et son droit

CONSEIL D'ETAT

La documentation Française

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René Cassin

Comité de direction

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.

Yves Robineau, Yannick Moreau, Bernard Stirn, Marie-Dominique Hagelsteen, Pierre-François Racine, Michel Pinault, Olivier Schrameck, présidents de section.

Christophe Devys, secrétaire général du Conseil d'État.

Frédéric Tiberghien, rapporteur général de la section du rapport et des études.

Jean-François Debat, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études.

Directeur de la publication : Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études

Secrétaire de rédaction : Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Rapports publics du Conseil d'État dans la Collection « Études et documents du Conseil d'État »

– *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
– *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
– *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
– *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004.
– *Responsabilité et socialisation du risque* (EDCE n° 56), 2005.
– *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE n° 57), 2006.
– *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?* (EDCE n° 58), 2007.
– *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* (EDCE n° 59), 2008.
– *Droit au logement, droit du logement* (EDCE n° 60), 2009.

Collection « Les études du Conseil d'État »

– Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
– Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
– L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
– Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
– La norme internationale en droit français, 2000.
– L'influence internationale du droit français, 2001.
– La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
– Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
– Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
– L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
– Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
– Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
– Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
– Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
– Le droit de préemption, 2008.
– L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
– La révision des lois bioéthiques, 2009.

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

– Années 1988 à 2002 (disponibles).
– Année 2003-2004, Documents d'études 6.21.

Collection « Les études de la Documentation française »

– Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

– La justice administrative en pratique, n^lle^ édition, 2001.
– Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, n^lle^ édition à paraître.

Sommaire

Éditorial
Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État 7

Liste des abréviations et des acronymes 15

L'eau et son droit 21

Introduction 23

Première partie
L'eau : son droit et sa gestion 27

Deuxième partie
Répondre aux nouvelles préoccupations 107

Conclusion 243

Annexes 245

Annexe 1
Flux annuels du cycle de l'eau 247

Annexe 2
Le droit international de l'eau 249

Annexe 3
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et droit de l'eau à travers la jurisprudence 263

Annexe 4
La directive-cadre sur l'eau et les autres domaines couverts par le droit communautaire de l'eau 271

Annexe 5
Évolution des principaux articles du code civil 283

Annexe 6
Le domaine public fluvial : d'un domaine par nature à un domaine par l'usage 287

Annexe 7
La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux 297

Annexe 8
Jurisprudence de la Cour de cassation relative aux articles 640 à 645 du code civil 319

Annexe 9
Droit de l'eau et grandes lois sur l'eau 331

Annexe 10
Grande loi sur l'eau et droit de propriété 339

Annexe 11
La nature juridique des différents services publics locaux 345

Annexe 12
Répartition des compétences par grand domaine entre les différents services départementaux de l'État avant leur réforme 353

Annexe 13
Flux financiers en 2006 – Services collectifs d'eau et d'assainissement ... 355

Annexe 14
Les guerres de l'eau : conflits interétatiques et infraétatiques 357

Annexe 15
Le régime juridique des associations syndicales autorisées (ASA) et des sociétés d'aménagement régional (SAR) 367

Annexe 16
La nature juridique de la concession d'énergie hydraulique 371

Annexe 17
Des procédures complexes et à haut risque juridique 377

Notes de fin de document 379

Contributions 477

Water and Sanitation as Human Rights 479
Catarina de Albuquerque

Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau 489
Laurence Boisson de Chazournes et Mara Tignino

Gestion privée de l'eau : où va le droit international ? 515
Vanessa Richard

Flood prevention and compensation in the Netherlands. Current practice, comparison with the French system and impact of climate change 525
Jennifer K. Poussin, Jeroen C.J.H. Aerts and Wouter J.W. Botzen

Science et élaboration du droit de l'eau 537
Patrick Lavarde et Alexis Delaunay

La trame verte et la trame bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit 551
Philippe Billet

Existe-t-il un droit de l'eau ? 567
Yves Jégouzo

Éditorial

Jean-Marc Sauvé
Vice-président du Conseil d'État

L'organisation et la maîtrise de l'eau sous l'égide d'une autorité centrale ont été, depuis des temps immémoriaux, au principe de plusieurs constructions politiques et administratives, de la Mésopotamie à l'Égypte en passant par la Chine.

La maîtrise des eaux et l'approvisionnement de la population en eau potable demeurent l'une des responsabilités principales reconnues de nos jours aux États et l'un des éléments de cohésion des sociétés. Et, en plusieurs points du globe, la pénurie d'eau accélère leur déliquescence[1]*, voire l'avènement de la guerre civile.*

Les premiers efforts pour maîtriser l'eau d'irrigation, nécessaire au développement de l'agriculture par une population qui s'est sédentarisée, datent de l'âge néolithique. Les réalisations les plus spectaculaires dont la trace nous est parvenue sont localisées en Mésopotamie et en Égypte.

C'est un peu plus tard, à l'âge du bronze, qu'apparaissent les premiers systèmes urbains d'adduction d'eau. Les Grecs, notamment durant la période hellénistique, leur apportent de nombreux perfectionnements, fondés sur l'étude des sciences et la métallurgie.

Les Romains, qui en recueillent l'héritage[2]*, les déploient à une très large échelle dans toutes les villes importantes de l'empire, grâce à une ingénierie sophistiquée. Rome elle-même, archétype de la ville, comporte de nombreuses fontaines publiques mais aussi un réseau d'assainissement, la* cloaca maxima*, et des thermes.*

---

1 - Delphine Dorbeau-Falchier *et al.*, « L'accès à l'eau potable dans les États fragiles », *in* Jean-Marc Châtaigner, Hervé Magro (sous la dir.), États et sociétés fragiles, Paris, Karthala, 2007, p. 407-418.

2 - Sur ce double héritage et son importance, on peut se reporter à Andreas N. Angelakis *et al.*, « Urban wastewater and storm water technologies in the Ancient Greece », *Water Resources*, 2005, 39 (1), p. 210 ; à Demetris Koutsoyiannis *et al.*, *Hydrologic and Hydraulic Science and Technology in Ancient Greece*, The Encyclopedia of Water Science, edited by B.A. Stewart and Terry A. Howell, 415-417, Dekker, New York, 2003 ; Demetris Koutsoyiannis *et al.*, « Urban water management in Ancient Greece: Legacies and lessons », *Journal of Water Resources Planning and Management-ASCE*, 134 (1), 45-54, 2008 ; Demetris Koutsoyiannis et Andreas N. Angelakis, *Agricultural Hydraulic Works in Ancient Greece*, Encyclopedia of Water Science, Second Edition, edited by S.W. Trimble, 24-27, CRC Press, 2007.

À la chute de l'Empire romain, ces technologies tombent dans l'oubli et, après le long intermède du Moyen Âge, ne ressurgissent en Occident qu'au moment où l'urbanisation repart, à la fin du XVIIe siècle. Le véritable décollage de l'adduction d'eau potable survient au XIXe siècle, au moment où l'exode rural précipite vers les villes une abondante population ; celui de l'assainissement se produit un peu plus tardivement, après la décimation opérée par le choléra dans les grandes villes européennes vers 1850. Les premières stations d'épuration font leur apparition au début du XXe siècle.

En France, la fourniture d'eau s'est développée à partir de cette époque comme un service public local et l'adduction d'eau potable, d'abord réservée aux grandes villes, n'est parvenue dans toutes les campagnes qu'à la fin du XXe siècle. Il aura donc fallu environ un siècle et demi pour que tous les Français ou presque aient, enfin, accès à l'eau potable à domicile.

L'accès à l'eau s'étant généralisé, le droit de l'eau reflète des préoccupations nouvelles. Une de ses particularités est en effet que ces préoccupations évoluent au cours du temps : assurer la fourniture de l'eau nécessaire à l'agriculture et à l'alimentation de la population, veiller à la santé publique en contrôlant la qualité de l'eau potable et en collectant et traitant les eaux usées, canaliser les voies navigables pour transporter des marchandises et favoriser le commerce, sécuriser la population contre les inondations, protéger l'environnement et lutter contre la pollution des milieux aquatiques… En ce début du XXIe siècle, ces préoccupations nouvelles concernent le réchauffement climatique et ses conséquences tant sur la disponibilité de l'eau en volume et sur sa qualité que sur les risques associés à des phénomènes d'inondation ou de sécheresse désormais plus intenses. Le maintien de la biodiversité suscite également des craintes, ce qui provoque des efforts pour restaurer la continuité des milieux aquatiques. Le droit leur fait écho : l'adoption en 2004 de la Charte de l'environnement et son insertion dans la Constitution, le Grenelle de l'environnement et les deux lois qui en sont issues marquent sans doute une rupture dont on discerne encore mal la nature. En tout cas, l'eau est désormais considérée comme une ressource rare et comme un milieu à préserver pour la biodiversité qu'il abrite. Cela implique sans doute une plus forte immixtion de la puissance publique dans la gestion de cette ressource et de ce milieu. Mais jusqu'où ?

En matière de gestion de l'eau, le retour à une gestion en régie de la distribution de l'eau potable dans certaines villes, et notamment à Paris, marque-t-il en 2010 une inflexion par rapport à la tendance séculaire qui voit le poids de la gestion déléguée augmenter ? La récurrence accélérée d'épisodes de sécheresse édaphique et d'inondations plus dévastatrices inaugure-t-elle une nouvelle répartition des ressources en eau ? Les condamnations récentes de la France par la CJCE en application de plusieurs directives communautaires – eaux résiduaires urbaines (ERU), nitrates… – témoignent-elles d'une répugnance de l'État et des collectivités territoriales à appliquer les normes communautaires, plus exigeantes en matière de lutte contre la pollution des eaux ? L'État a-t-il pris l'exacte mesure de phénomènes tels que la multiplication des algues vertes le long du littoral ou l'eutrophisation de certains cours d'eau ? Ces questions d'actualité, parmi bien d'autres, justifiaient que le Conseil d'État, dont la contribution à l'élaboration du droit de l'eau a été majeure au cours des dernières décennies, se saisisse de cet enjeu.

La première partie de ces considérations générales brosse un panorama des utilisations de la ressource en eau et dresse un état des lieux du droit qui lui est applicable, de l'organisation, de la gestion, du financement et de la gouvernance de l'eau. Le droit de l'eau est aujourd'hui majoritairement d'origine communautaire : la directive-cadre sur l'eau de 2000 notamment a renversé la perspective en fixant des objectifs à atteindre dès 2015 et institué des comptes rendus réguliers sur les résultats obtenus. Cette première partie insiste en particulier sur la surabondance des textes, des organismes et des institutions chargés de la gestion de l'eau qui appellent des simplifications. Les problèmes posés par le droit de l'eau sont d'abord des problèmes de disponibilité des moyens humains et budgétaires pour appliquer un droit foisonnant et complexe à l'excès et pour atteindre les objectifs fixés par l'Union européenne. Sont aussi recensés les nouveaux défis internationaux et les grands thèmes régulièrement débattus dans les enceintes internationales : si l'eau reste une affaire locale, d'où découle le rôle éminent des collectivités territoriales dans la gestion du service public de l'eau depuis le XIX^e^ siècle, elle est également devenue une question globale, étroitement liée à celle du réchauffement climatique. Elle met enfin en lumière un modèle français de gestion de l'eau qui s'est exporté et qui a largement inspiré la doctrine des grandes organisations internationales. Il reste à mieux l'appliquer en France même.

La seconde partie des considérations générales est consacrée aux réponses à apporter aux préoccupations nouvelles énumérées ci-dessus. Car, même si la situation de la France est dans l'ensemble satisfaisante quant à la disponibilité en quantité et en qualité de cette ressource et quant à son prix, de nombreuses améliorations peuvent encore être apportées.

En ce qui concerne la gestion quantitative et qualitative du grand cycle de l'eau, le Conseil d'État invite à mieux préciser les utilisations souhaitables et souhaitées des eaux pluviales et des eaux usées et les normes applicables à ces utilisations, à définir le modèle économique correspondant à l'utilisation des différentes catégories d'eaux et à conférer à ces différents services publics la nature d'un service public industriel et commercial si leur financement par l'usager s'avère possible.

S'agissant des eaux de surface et des eaux souterraines, il suggère également d'améliorer le rendement des techniques d'irrigation et de mettre en application les méthodes généralement suivies à l'étranger pour économiser l'eau en agriculture. Il invite à revoir le régime de propriété des eaux souterraines et à poursuivre l'entreprise d'intégration du droit de l'eau qui a débuté avec le code de l'environnement.

En ce qui concerne les cours d'eau et le transport fluvial, il propose de spécialiser les cours d'eau, les uns comme réservoirs de biodiversité, les autres étant consacrés au transport et à l'hydroélectricité. Il recommande aussi de donner à Voies navigables de France un rôle plus important et surtout de donner à cet établissement la maîtrise de ses moyens en personnel et du domaine qui lui est confié en gestion.

S'agissant de la production d'énergie hydroélectrique, il convient de clarifier rapidement le régime juridique de ce type de concessions et leur mode de passation et de sécuriser au plan juridique le processus d'ouverture à la concurrence, prévu au cours des prochaines années.

S'agissant du risque d'inondation, il faut dégager le financement nécessaire et prescrire l'élaboration de plans de prévention des risques en vue de couvrir toutes les zones vulnérables, de rendre le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles plus incitatif et d'élaborer une doctrine claire et partagée entre État et collectivités territoriales quant aux limites de l'urbanisation en zone inondable.

Le Conseil d'État invite aussi à poursuivre les efforts pour mettre en place au plus vite les réseaux et les bases de données sur l'eau afin de pouvoir gérer le grand cycle de l'eau. Pour mieux maîtriser les prélèvements d'eau brute pour l'irrigation, il recommande de privilégier la gestion collective de l'eau et des infrastructures d'irrigation plutôt que les solutions individuelles.

En ce qui concerne la gestion quantitative et qualitative du petit cycle de l'eau, le Conseil d'État recommande d'améliorer les outils de gestion de l'eau potable, de mettre en place les outils de maîtrise de la demande comme les compteurs individuels sous la réserve de l'habitat collectif ancien, de s'inspirer des expériences étrangères réussies pour lutter contre la mauvaise utilisation de l'eau et son gaspillage, de mettre la priorité sur la réduction des pertes dans les réseaux d'alimentation en eau potable et d'améliorer les outils et procédures de gestion des épisodes de sécheresse.

S'agissant de l'organisation et des modes de gestion du service, le Conseil d'État suggère des pistes de travail pour que les communes puissent sortir des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du service public d'assainissement non collectif. Il invite aussi à traiter franchement les difficultés rencontrées par de nombreuses régies et à recourir au contrat pour fixer à celles-ci des objectifs et mesurer leur performance par des indicateurs qui doivent être identiques quel que soit le mode de gestion. Ces indicateurs doivent être analysés et consolidés pour pouvoir mieux comparer les performances des différents modes de gestion. La recommandation essentielle sur ce point est de contribuer à créer les conditions d'un choix libre et éclairé entre gestion en régie et gestion déléguée.

S'agissant du droit à l'eau potable et à l'assainissement, il convient de garantir l'accès à l'eau des sans-abri et d'adopter une tarification sociale ou de créer une aide directe à la prise en charge de la facture d'eau des plus démunis. Au plan international, la France devrait promouvoir l'inscription et la définition de ce droit dans le droit interne des États, tout en maintenant le niveau de son aide publique au développement pour que puissent être atteints les « objectifs du Millénaire » dans ce domaine.

En ce qui concerne la qualité de l'eau et la lutte contre la pollution, le Conseil d'État invite à mieux distinguer entre normes de santé humaine et normes de protection du milieu, à réaliser des études d'impact sur les normes nouvelles et à intervenir très en amont dans la discussion internationale à leur sujet.

Pour mettre correctement en œuvre la directive ERU de 1991, il recommande de renforcer le caractère incitatif des redevances pour pollution et des aides accordées aux réseaux d'assainissement par les agences de l'eau.

Le Conseil d'État suggère de recourir davantage aux incitations économiques pour lutter efficacement contre les pollutions diffuses d'origine agricole et pour maîtriser les prélèvements d'eau d'irrigation. Dans le même esprit, il

recommande de relever le niveau minimal de certaines redevances perçues par les agences de l'eau pour prélèvement ou pour pollution. Il conseille enfin de poursuivre la réforme de la politique agricole commune dans le sens du découplage des aides et de l'instauration d'une meilleure articulation entre les logiques économique et écologique. Il suggère aussi de renforcer le régime d'assurance récolte afin de prévenir les prélèvements excessifs d'eau pour l'irrigation en cas de sécheresse et de ne pas inciter à l'emploi excessif d'engrais et de pesticides.

En ce qui concerne les institutions, le Conseil d'État recommande de renforcer le rôle du Comité national de l'eau, qui devrait en particulier jouer le rôle de forum où seraient débattues et préparées les grandes décisions publiques, celui des agences de l'eau dans la prévention des inondations et la gestion du grand cycle de l'eau et celui des établissements publics territoriaux de bassin comme maîtres d'ouvrage de droit commun au plan local.

En vue d'une meilleure application du droit communautaire, le Conseil d'État recommande d'ouvrir à l'État la faculté de se retourner contre les collectivités territoriales à l'origine des condamnations prononcées par la Cour de justice de l'Union européenne. Il estime aussi indispensable et possible une simplification du droit national dans le sens de l'unification qui devrait prioritairement porter sur les points suivants : les définitions juridiques comme celle de zone humide, les régimes de police de l'eau, les procédures pénales et les règles relatives à la protection des captages. Il convient aussi de ralentir l'inflation législative et de cesser de légiférer par adjonction ou superposition de textes. Enfin, la multiplication en cours des documents d'aménagement ayant une incidence sur la politique de l'eau doit conduire à mieux préciser leur articulation pour ne pas multiplier demain les risques de contentieux.

Sur la police et le droit pénal de l'eau, le Conseil d'État recommande d'évaluer régulièrement le phénomène de non-déclaration des installations, ouvrages, travaux et aménagements (IOTA) soumis à autorisation ou déclaration, de soumettre au régime de la déclaration tous les IOTA qui présentent des inconvénients sérieux pour l'environnement, d'augmenter la fréquence des contrôles, d'actualiser la liste des infractions environnementales et de revoir l'adéquation entre la gravité des infractions et les sanctions à l'occasion de la transposition de la directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

En ce qui concerne les recherches et les études amont ou appliquées, il est souhaitable d'intensifier notamment celles qui portent sur les conséquences du réchauffement climatique, sur le fonctionnement hydrologique des nappes phréatiques et l'inventaire du potentiel des aquifères ainsi que sur la modélisation du grand cycle de l'eau par bassin-versant et la mise au point des outils de gestion correspondants.

***

Comme chaque année, le rapport du Conseil d'État est complété par des contributions d'auteurs, qui sont en relation directe avec le thème retenu. Les scientifiques traitent de l'eau sans jamais prendre en considération sa dimension juridique et vice versa. Il existe une coupure regrettable entre science, économie et droit, alors que le droit de l'eau devrait reposer en premier lieu sur une

analyse scientifique du cycle de l'eau et sur de solides études portant sur la meilleure valorisation économique et environnementale de l'eau. Les contributions ici rassemblées voudraient nouer ce dialogue dont l'absence explique en bonne partie que le droit de l'eau soit régulièrement en retard sur l'état des connaissances scientifiques et l'état de l'art et des techniques. Elles portent sur les aspects internationaux et nationaux de la gestion de l'eau.

En ce qui concerne les sujets internationaux,

– M^me^ Catarina de Albuquerque, expert indépendant désigné en mars 2008 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies pour animer une consultation publique sur les obligations en matière de droits de l'homme concernant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, fait part de ses réflexions sur « Water and sanitation as human rights » ;

– M^me^ Laurence Boisson de Chazournes, professeur au département de droit international public et organisation internationale de la faculté de droit de l'université de Genève, et M^me^ Mara Tignino, maître assistant à la faculté de droit de l'université de Genève et visiting scholar, School of Law, George Washington University, abordent une question sensible et cruciale, « Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau », alors qu'une littérature volumineuse prédit des guerres de l'eau ;

– M^me^ Vanessa Richard, chargée de recherche au CNRS, CERIC (université Aix-Marseille-III), s'intéresse aux expériences internationales de gestion déléguée de l'eau et pose la question de savoir où va le droit international : « Gestion privée de l'eau : où va le droit international ? ;

– Jennifer K. Poussin, Jeroen C.J.H. Aerts, professeur à la Amsterdam Vrije Universiteit et Wouter J.W. Botzen décrivent les outils juridiques et la pratique de la prévention et de l'indemnisation des catastrophes naturelles aux Pays-Bas, ce pays étant le plus avancé en Europe quant à la prise en compte des conséquences du réchauffement climatique sur la montée des eaux.

En ce qui concerne les sujets nationaux,

– Patrick Lavarde, directeur général de l'ONEMA et Alexis Delaunay, directeur du contrôle des usages et de l'action territoriale de l'ONEMA, nouent le dialogue entre « Science et élaboration du droit de l'eau » ;

– Philippe Billet, professeur à l'université Jean-Moulin Lyon-III, président de la Société française pour le droit de l'environnement et directeur de la Revue juridique de l'environnement*, se livre quant à lui à un exercice stimulant de prospective en se demandant comment deux notions nouvelles, issues du Grenelle de l'environnement, vont prendre corps dans le droit : « La trame verte et la trame bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit » ;*

– Yves Jégouzo, professeur émérite à l'université Paris-I (Panthéon-Sorbonne) et directeur de l'AJDA, conclut cette série en se demandant quelle conclusion tirer du principe de la gestion intégrée par bassin hydrologique qui s'est peu à peu imposée au plan international comme une bonne pratique dans : « Existe-t-il un droit de l'eau ? ».

Je remercie tous ces auteurs pour l'enrichissement et l'ouverture internationale qu'ils apportent aux travaux du Conseil d'État. Tous les textes ici rassemblés forment un ouvrage de synthèse rare puisqu'il embrasse et met pour la

première fois en perspective les problèmes de quantité, de qualité et de risque posés par l'abondance ou l'insuffisance de l'eau. Écartant les faux problèmes et les faux débats, ces considérations générales, complétées par les contributions évoquées ci-dessus, identifient avec lucidité toutes les difficultés encore à résoudre en formulant des pistes de solution. Elles viennent combler un vide au moment où il faut apporter des réponses innovantes à de nouvelles problématiques. Je souhaite en particulier que le 6e Forum mondial de l'eau qui se tiendra à Marseille en 2012 puisse en apporter certaines et renforce au plan international l'envie de coopérer pour rendre plus effectif un droit d'accès à l'eau, dont une partie de l'humanité reste privée. Le Conseil d'État formule le vœu que ses travaux contribuent au succès de ce rendez-vous international.

Au-delà de cet événement, il ouvre plusieurs débats nationaux très sensibles sur l'application du principe pollueur-payeur, sur le rôle et les responsabilités des collectivités territoriales, sur les limites inhérentes en la matière du droit de propriété ou sur le modèle de développement agricole.

Même si l'État se heurte à de multiples difficultés dans la mise en œuvre du droit de l'eau (l'Union européenne légifère, les collectivités territoriales gèrent, la législation est mal appliquée, des informations stratégiques ne sont pas encore disponibles…) dont il est seul garant à l'égard de l'Union européenne, ces considérations générales l'invitent à ne pas se désengager : il demeure en effet un acteur stratégique de cette politique et de ce droit.

Tout en laissant la gestion du petit cycle de l'eau aux collectivités territoriales qui s'en acquittent plutôt bien, il lui revient de se saisir de la gestion de son grand cycle et de l'organiser. De nouvelles questions lui seront rapidement posées avec le réchauffement climatique, dont celle des modalités et des limites de la solidarité entre bassins-versants en matière de transfert d'eau sur une longue distance ou celle de la résolution de conflits d'usage plus nombreux et plus durs autour d'une ressource plus rare. Depuis les premiers âges de la vie en société et de la construction étatique, c'est logiquement vers l'État que se tournent tous les acteurs pour obtenir des réponses qu'il peut seul apporter. Il est permis d'espérer que ces considérations générales l'aideront à les formuler.

Liste des abréviations et des acronymes

ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AFD	Agence française de développement
AFSSA	Agence française de sécurité sanitaire des aliments
AFSSET	Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AJDA	Actualité juridique droit administratif
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMECE	Assemblée mondiale des élus et des citoyens pour l'eau
AMF	Association des maires de France
AMM	Autorisation de mise sur le marché
ANC	Assainissement non collectif
APD	Aide publique au développement
APL	Aide personnalisée au logement
ASA	Associations syndicales autorisées
BETCGB	Bureau d'étude technique et de contrôle des grands barrages
BIPE	Bureau d'information et de prévision économiques
BRGM	Bureau de recherches géologiques et minières
CAA	Cour administrative d'appel
CAF	Caisse d'allocations familiales
CCAS	Centre communal d'action sociale
CCR	Caisse centrale de réassurance
CCSPL	Commission consultative des services publics locaux
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CEMAGREF	Institut de recherche pour l'ingénierie de l'agriculture et de l'environnement (originellement Centre national du machinisme agricole, du génie rural, des eaux et des forêts)
CGAAER	Conseil général de l'agriculture, de l'alimentation et des espaces ruraux
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGEDD	Conseil général de l'environnement et du développement durable
CGI	Code général des impôts
CIADT	Comité interministériel pour l'aménagement et le développement du territoire
CICID	Comité interministériel de la coopération internationale et du développement

CIJ	Cour internationale de justice
CIPR	Commission internationale pour la protection du Rhin
CIRAD	Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CLCV	Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie
CNAM	Caisse nationale d'assurance maladie
CNARBRL	Compagnie nationale d'aménagement de la région du bas Rhône et du Languedoc
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNR	Compagnie nationale du Rhône
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
COP	Céréales, oléagineux et protéagineux
CORPEN	Comité d'orientation pour des pratiques agricoles respectueuses de l'environnement
CREDOC	Centre de recherches pour l'étude des conditions de vie
CSHPF	Conseil supérieur d'hygiène publique de France
CSP	Conseil supérieur de la pêche
DALO	Droit au logement opposable
DCE	Directive-cadre sur l'eau de 2000
DDAF	Direction départementale de l'agriculture et de la forêt
DDASS	Direction départementale de l'action sanitaire et sociale
DDEA	Direction départementale de l'équipement et de l'agriculture
DDPPCS	Direction départementale de la protection de la population et de la cohésion sociale
DDRM	Dossier départemental des risques majeurs
DDSV	Direction départementale des services vétérinaires
DDT	Direction départementale des territoires
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DGF	Dotation globale de fonctionnement
DGPR	Direction générale de la prévention des risques
DICRIM	Document d'information communal sur les risques majeurs
DIREN	Direction régionale de l'environnement
DISE	Délégations interservices de l'eau
DOM	Département d'outre-mer
DOS	Document d'orientation stratégique
DRASS	Direction régionale des affaires sanitaires et sociales
DREAL	Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement
DRIRE	Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement
DSP	Délégation de service public
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
DUP	Déclaration d'utilité publique
EJP	Effacement des jours de pointe

EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
EPIC	Établissement public à caractère industriel et commercial
EPTB	Établissement public territorial de bassin
ERU	Directive eaux résiduaires urbaines de 1991
ETP	Équivalents temps plein
FAO	Food and Agriculture Organization
FCTVA	Fonds de compensation pour la TVA
FFSA	Fédération française des sociétés d'assurances
FMI	Fonds monétaire international
FNCCR	Fédération nationale des collectivités concédantes et régies
FNDAE	Fonds national de développement des adductions d'eau
FNE	Fonds national de l'eau
FNGCA	Fonds national de garantie des calamités agricoles
FNSE	Fonds national de solidarité pour l'eau
FP2E	Fédération professionnelle des entreprises de l'eau
FPRNM	Fonds de prévention des risques naturels majeurs
FSL	Fonds de solidarité logement
GEC	Groupements eurorégionaux de coopération
GECT	Groupement européen de coopération territoriale
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GIRE	Gestion intégrée des ressources en eau
GRET	Groupe de recherche et d'échanges technologiques
HCR	Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés
IFEN	Institut français de l'environnement
IFREMER	Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer
IFT	Indicateur de fréquence de traitement
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
IGD	Institut de la gestion déléguée
IGE	Inspection générale de l'environnement
IIT	Indicateur d'intensité de traitement
IOTA	Installations, ouvrages, travaux ou activités
INERIS	Institut national de l'environnement industriel et des risques
INRA	Institut national de la recherche agronomique
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
IPPC	Integrated Pollution Prevention and Control : directive relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution de 1996
IRD	Institut de recherche pour le développement
IRIS	Institut de relations internationales et stratégiques
IRSN	Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire
ISO	International Standards Organization
LMR	Limites maximales de résidus
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
MEDAD	Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables

MEEDDAT	Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire
MIE	Mission interministérielle de l'eau
MINEFI	Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
MISE	Missions interservices de l'eau
MRH	Contrat multirisque habitation
NODU	Nombre de doses « unités »
OBA	Output-based aids
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFIVAL	Office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'aviculture
OFWAT	Office of Water Services
OIE	Office international de l'eau
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONCFS	Office national de la chasse et de la faune sauvage
ONEMA	Office national de l'eau et des milieux aquatiques
ONF	Office national des forêts
ONG	Organisation non gouvernementale
ONN	Office national de la navigation
ONU	Organisation des Nations unies
ONUDI	Organisation des Nations unies pour le développement industriel
OUI	Organisme unique de gestion de l'eau d'irrigation
PAC	Politique agricole commune
PAPI	Programmes d'action pour la prévention des inondations
PCB	Polychlorobiphényles
PCS	Plan communal de sauvegarde
PER	Plan d'exposition aux risques naturels prévisibles
PERR	Partnership for European environmental research
PFE	Partenariat français pour l'eau
PGRI	Plan de gestion des risques d'inondation
PIRRP	Plan interministériel de réduction des risques liés à l'utilisation des pesticides
PLU	Plan local d'urbanisme
PMBE	Plan de modernisation des bâtiments d'élevage
PMPOA	Plan de maîtrise des pollutions d'origine agricole
PNB	Produit national brut
PNSE	Plan national santé environnement
PNUD	Programme des Nations unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations unies pour l'environnement
POS	Plan d'occupation des sols
PPE	Périmètre de protection éloignée
PPI	Périmètre de protection immédiate
PPP	Partenariat public-privé
PPR	Périmètre de protection rapprochée

PPRN	Plans de prévention des risques naturels
PPRNi	Plans de prévention des risques naturels d'inondation
PPRNL	Plans de prévention des risques naturels littoraux
PSS	Plan de surface submersible
PVE	Plan végétal pour l'environnement
RFDA	Revue française de droit administratif
RGPP	Révision générale des politiques publiques
RIOB	Réseau international des organismes de bassin
RNDE	Réseau national des données sur l'eau
ROCA	Réseau d'observation de crise des assecs de cours d'eau
SAGE	Schéma d'aménagement et de gestion des eaux
SAGEP	Société anonyme de gestion des eaux de Paris
SANDRE	Service d'administration nationale des données et référentiels sur l'eau
SAR	Société d'aménagement régional
SATESE	Service d'assistance technique aux exploitants de stations d'épuration
SAU	Surface agricole utile
SCHAPI	Service central d'hydrométéorologie et d'appui à la prévision des inondations
SCOT	Schéma de cohérence territoriale
SDAGE	Schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux
SDAU	Service départemental d'aménagement et d'urbanisme
SDPC	Schéma directeur de prévision des crues
SEDIF	Syndicat des eaux d'Île-de-France
SEEE	Système d'évaluation de l'état des eaux
SEIS	Système de partage d'informations sur l'environnement
SEM	Société d'économie mixte
SIAAP	Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne
SIDEN	Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord
SIE	Système d'information sur l'eau
SIEG	Service d'intérêt économique général
SIG	Service d'intérêt général
SISE	Système d'information sur l'eau
SIVOM	Syndicat intercommunal à vocation multiple
SPA	Service public administratif
SPANC	Service public d'assainissement non collectif
SPC	Service de prévision des crues
SPDE	Syndicat professionnel des distributeurs d'eau
SPIC	Service public industriel et commercial
SRU	Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 décembre 2000
STEEGB	Service technique de l'énergie électrique et des grands barrages
STEP	Station de transfert d'énergie par pompage ou station d'épuration
TA	Tribunal administratif
TBT	Peintures antisalissures à base d'organostanniques

TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TGAP	Taxe générale sur les activités polluantes
TGI	Tribunal de grande instance
TUE	Traité sur l'Union européenne
TWh	Térawatt-heure
UDI	Unité de distribution
UE	Union européenne
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNICEF	United Nations Children's Emergency Fund
UNSGABWS	Conseil consultatif du secrétariat général des Nations unies pour l'eau et l'assainissement
VNF	Voies navigables de France
WOP	Water operators partnerships
WSC	Water and severage companies
ZNIEFF	Zone naturelle d'intérêt écologique, floristique et faunistique
ZRE	Zone de répartition des eaux

L’eau et son droit

Avertissement

Pour faciliter la lecture du document, les notes relatives aux considérations générales figurent en fin de document à la rubrique « Notes de fin de document ». En revanche, les notes relatives aux annexes figurent en pied de page dans chacune des annexes.

Les considérations générales du Conseil d'État sur « L'eau et son droit » ont été rédigées par M. Frédéric Tiberghien, rapporteur général de la section du rapport et des études, avec le concours de M. Emmanuel Vernier, administrateur civil en détachement au Conseil d'État, Émilie Bokdam, Marie-Astrid Nicolazo de Barmon, Jean Lessi et Aurélien Rousseau, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État le 18 février 2010.

Capucine des Ligneris, Benoît Marejus et Thibaud Troublaiewitch, stagiaires au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Introduction

Située dans une zone de climat tempéré, occupant une superficie moyenne, bénéficiant d'une pluviométrie suffisante et bordée ou traversée par plusieurs grands fleuves, la France n'a jamais connu, hormis quelques épisodes de sécheresse locale ou passagère – comme en 1976, 1989, 1990, 1991 ou durant la canicule de l'été de 2003 –, de graves problèmes d'accès à l'eau. Il n'en va pas nécessairement ainsi sur tous les continents, y compris en Europe où plusieurs États rencontrent de sérieuses difficultés d'approvisionnement et où l'on constate une baisse du niveau des nappes phréatiques, un tarissement de certains fleuves et des inondations aux conséquences de plus en plus catastrophiques. Car l'eau pose partout, selon les moments ou les saisons, deux problèmes distincts mais liés entre lesquels il faut jongler en permanence, celui de sa quantité qui peut osciller entre le trop (inondation) et le trop peu (sécheresse) et celui de sa qualité, ces problèmes se posant à deux niveaux distincts, le global et le local, et selon deux logiques à différencier, la gestion de la ressource et celle du milieu.

Malgré cette situation *a priori* favorable, des inquiétudes croissantes s'expriment sur la disponibilité quantitative, présente et future, de la ressource en eau douce, et sur l'évolution de sa qualité. Plusieurs lois récentes ont d'ailleurs été soit entièrement, soit partiellement consacrées à ce sujet, signe de son rang élevé dans les préoccupations des pouvoirs publics.

Il semble en effet qu'une rupture normative se profile : si le droit communautaire s'est beaucoup densifié, la Charte de l'environnement et les lois ou projets de loi issus du Grenelle de l'environnement – lois dites Grenelle I et Grenelle II – reconnaissent un droit à un environnement sain, consacrent la valeur constitutionnelle de principes cardinaux du droit de l'environnement, comme le principe pollueur-payeur ou le principe de précaution, et introduisent une dimension programmatique plus affirmée dans la législation de l'eau.

L'eau fait également l'objet de débats d'actualité de plus en plus nombreux, qu'il s'agisse des condamnations prononcées par la CJCE contre la France pour application insatisfaisante de plusieurs directives européennes, de la récurrence – perçue comme plus fréquente alors que les statistiques ne l'établissent pas – des tempêtes et des inondations mais aussi des épisodes de sécheresse avec en arrière-fond l'impact éventuel du réchauffement climatique, des pollutions par les nitrates et du développement des algues vertes sur le littoral, de l'importance symbolique du contentieux né de l'application de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, en ce qui concerne les contrats de délégation relatifs à la gestion de l'eau potable, de la reprise en régie du service de distribution d'eau potable par les villes de Paris et de Rouen à rebours de l'évolution générale, de la prochaine remise en concurrence de nombreuses concessions hydroélectriques… Tous ces éléments convergent pour justifier que le Conseil d'État se saisisse de ce pan important du droit et s'interroge sur sa cohérence et son efficacité.

Il concerne tous les habitants dans leur vie quotidienne : les usages de l'eau sont multiples pour les êtres vivants, humains mais aussi plantes et animaux. Eux-mêmes composés d'eau dans une proportion élevée, les humains ne peuvent pas vivre et encore moins survivre sans elle : boisson, elle permet aussi la cuisson des aliments[1] ; facteur d'hygiène et de santé, elle est utilisée pour le lavage et le nettoyage ; elle est également source d'aménités dans des domaines aussi variés que le tourisme, le thermalisme[2], le paysagisme, le sport et les loisirs ou encore les pratiques rituelles, médicinales, culturelles ou religieuses[3]. L'eau sert aussi de vecteur à de nombreux échanges (énergie, transport sur des voies spécialement aménagées pour les rendre navigables, mais aussi maladies et pollutions). Et surtout l'eau est nécessaire à la fabrication de nombreux produits agricoles ou industriels, occasionnant les consommations les plus importantes en volume.

Bien indispensable à l'épanouissement de la vie mais aussi symbole de sa fragilité lorsqu'elle fait défaut, l'eau constitue également un milieu et un des éléments fondamentaux de l'écosystème. La prise de conscience de la fragilité et de la rareté de cette ressource ainsi que de la nécessité de protéger ce milieu pour sa biodiversité est très récente.

Eu égard à la place éminente qu'occupe l'eau dans la vie sociale, l'État est intervenu très tôt pour définir les règles du jeu relatives à son utilisation et organiser une alimentation suffisante en quantité et en qualité sur tout le territoire. Les textes applicables lui attribuent les principaux rôles suivants.

Il est chargé de définir la politique de l'eau, les différents documents, tels les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et les schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE), qui la traduisent ainsi que les orientations prioritaires des programmes pluriannuels d'intervention des agences de l'eau et, de manière générale, de tous les plans ou programmes d'action décidés au niveau national. Il veille au financement de la politique de l'eau et de tous ces programmes. Il évalue le degré d'atteinte des objectifs de cette politique et, grâce au système d'information sur l'eau, en rend compte auprès des autorités communautaires et du public.

L'État est comptable vis-à-vis de la population de l'accès à l'eau, de l'organisation de la disponibilité de la ressource et de la surveillance de sa potabilité.

L'État est également chargé de négocier le droit international de l'eau et notamment le droit communautaire, de transposer les directives communautaires, de définir le droit national, de réglementer l'usage de la ressource et d'organiser la conciliation entre ses différents usages.

En sa qualité de législateur et de régulateur du secteur, l'État détermine les modes de gestion les plus efficaces des différents services ainsi que leurs règles de financement et incite à leur mise en place effective.

L'État joue aussi un rôle essentiel dans la normalisation en matière de santé publique ou d'environnement, qu'il s'agisse de la qualité des eaux (filières de traitement et produits autorisés…) ou des rejets et des caractéristiques ou des performances des équipements.

Il contrôle la qualité des différentes eaux et exerce un nombre élevé de polices de l'eau.

Comme propriétaire des domaines public et privé, il lui revient de les entretenir, de les protéger et de les valoriser.

Comme garant de la sécurité publique, l'État est chargé de la prévention des risques naturels, de l'organisation des secours en cas de sinistre et de la détermination des conditions de leur indemnisation.

L'État est enfin chargé du contrôle juridique et budgétaire *a posteriori* de toutes les décisions prises et de tous les budgets exécutés par les gestionnaires de l'eau.

Sujet complexe par nature et par culture, le droit de l'eau interfère avec de multiples disciplines et concerne autant le droit public que le droit privé.

Pour faciliter l'entrée dans cet univers complexe, ces considérations générales commencent par décrire l'état du droit applicable et par dresser l'état des lieux de la gestion de l'eau douce en France. Elles abordent ensuite la manière dont l'État pourrait, compte tenu de ses responsabilités, répondre aux préoccupations nouvelles que le Conseil d'État a identifiées.

Première partie
L'eau : son droit et sa gestion

Avant de détailler le droit applicable à l'eau, il faut prendre la mesure des différents usages de cette ressource et examiner comment sa fourniture est organisée et financée.

1.1. Usages et usagers de l'eau

Dresser l'inventaire des différentes utilisations de l'eau nécessite de partir du volume de la ressource accessible et de décrire brièvement son cycle.

Le cycle de l'eau : des volumes constants et en perpétuel mouvement

Si sa quantité dans la nature ne varie pas, l'eau répond en effet à un cycle[4] au sein duquel l'évaporation joue un rôle essentiel et au cours duquel elle peut prendre l'un ou plusieurs de ses trois états, liquide, solide ou gazeux. Sous l'action du soleil, l'eau s'évapore de toutes les étendues d'eau et des végétaux pour se condenser sur des particules en suspension dans l'air formant des nuages que déplacent les vents. Précipitée à terre sous forme de pluie, de neige ou de grêle, elle s'évapore, est absorbée par les plantes ou par le sol où elle s'agrège aux nappes aquifères[5] ou ruisselle en formant des lacs et des cours d'eau qui regagnent l'océan où un nouveau cycle s'amorce.

Si quelques masses d'eau lui échappent – les nappes souterraines fossiles emprisonnées dans le sous-sol –, ce cycle englobe les eaux superficielles et souterraines et implique des masses considérables, qui se mesurent plutôt en flux qu'en stocks.

La durée du cycle varie fortement selon la nature de la masse d'eau concernée : l'eau séjourne environ deux semaines dans une rivière, quelques mois dans une nappe souterraine alluviale, plusieurs centaines d'années dans les nappes des bassins sédimentaires mais peut séjourner des milliers d'années dans la mer ou dans des nappes profondes ; dans les nappes fossiles, son temps de séjour tend vers l'infini.

Ce cycle connaît en outre des variations selon la saison ou les années, qui ne correspondent pas nécessairement à celles de la demande, caractérisée par l'existence d'un pic d'été.

Les volumes d'eau impliqués dans le cycle de l'eau

Le volume annuel total des eaux renouvelables atteint environ 200 Mds de m^3 en France métropolitaine (cf. annexe 1.1). Il correspond à l'apport pluvial

(503 Mds de m^3) additionné des débits entrants en provenance des pays voisins (11 Mds de m^3) et diminué de l'évapotranspiration réelle (314 Mds de m^3) : environ 60 % de l'eau pluviale repart dans l'atmosphère sous forme de vapeur d'eau.

Sur les 200 Mds de m^3 disponibles, 120 Mds s'infiltrent dans le sol et rechargent les nappes souterraines – dont le stock est évalué à 2 000 Mds de m^3 –, tandis que 80 Mds ruissellent vers les rivières et eaux stagnantes, dont le volume est estimé à 108 Mds de m^3.

La France enregistre une sortie de 18 Mds de m^3 vers ses voisins (Rhin, Rhône et Meuse principalement), ce qui laisse une ressource théorique de 182 Mds de m^3, dont 176 Mds de m^3 s'écoulent vers la mer et 6 Mds de m^3 s'évaporent.

1.1.1. Les principaux usages habituellement recensés

Au plan mondial, les usages de l'eau se répartissent ainsi, par ordre décroissant selon les secteurs de l'économie ou de la société : agriculture (70 %), industrie (20 %), ménages (10 %)[6]. Le poids de l'agriculture s'avère en réalité supérieur : si celle-ci opère 70 % des prélèvements, elle consomme 90 % de la ressource[7].

En France, les proportions correspondantes sont les suivantes concernant :
• les prélèvements : 57 % pour l'énergie, 18 % pour les usages domestiques, 15 % pour l'agriculture et 10 % pour l'industrie[8] ;
• la consommation en période ordinaire : 48 % pour l'agriculture irriguée, 24 % pour les usages domestiques, 22 % pour l'énergie, 6 % pour l'industrie ;
• la consommation estivale (pointe d'été) : 79 % pour l'agriculture irriguée, 10 % pour les usages domestiques, 9 % pour l'énergie, 2 % pour l'industrie.

Prélèvements et consommations sont à rapporter aux chiffres mentionnés ci-dessus qui caractérisent le cycle de l'eau en France métropolitaine.

Les prélèvements ont été estimés par l'IFEN à 34 Mds de m^3 en 2001, dont 28 dans les eaux de surface et 6 dans les eaux souterraines.

L'eau prélevée fait l'objet de restitutions à concurrence de 28 Mds de m^3 et la consommation finale ressort à 6 Mds de m^3. L'annexe 1.2 retrace ce flux en volume.

Toutes ces données, fréquemment citées, restent d'une fiabilité limitée, car certains usages de l'eau restent mal connus ou appréhendés : on évalue par exemple très sommairement les prélèvements opérés pour le transport fluvial et les prélèvements agricoles sont sans doute sous-estimés.

Les usages agricoles : croissance et saisonnalité des prélèvements

Ces prélèvements concernent principalement la culture irriguée et, dans une moindre mesure, l'élevage et la forêt.

La surface irriguée a été multipliée par trois entre 1970 et 2000 pour atteindre entre 1,5 et 1,8 million d'hectares, soit un peu moins de 6 % de la surface agricole utile (SAU)[9]. Dans *Objectif terres 2020. Pour un nouveau modèle agricole*, le ministère de l'Agriculture chiffre de son côté à 3 millions d'hectares la surface irriguée en France (soit 10 % de la SAU)[10]. Trois cultures représentent les deux tiers de la surface irriguée : le maïs grain et semence (50 % du total),

les légumes frais (8 %), les vergers et petits fruits (7 %), à égalité avec le maïs fourrage (7 %). Le taux de recours à l'irrigation ressort à 60 % pour les vergers, 53 % pour les légumes frais et 45 % pour le maïs. La culture irriguée est également très concentrée au plan géographique (18 % pour l'Aquitaine, 17 % pour Midi-Pyrénées, 13 % pour le Centre, 9 % pour les Pays de la Loire, 7 % pour Rhône-Alpes et Provence-Alpes-Côte-d'Azur)[11].

Trois modèles régionaux dominent : une irrigation ancienne et stable à dominante de culture de fruits (Rhône-Alpes, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Languedoc-Roussillon), une irrigation fortement croissante et récente à dominante de maïs (Aquitaine, Midi-Pyrénées, Poitou-Charentes), une irrigation récente à dominante de grande culture (maïs, betterave, protéagineux…) dans la moitié nord de la France. La consommation moyenne en culture irriguée est de 1 275 m^3/ha, avec de fortes disparités autour de cette moyenne (998 m^3 en Pays de la Loire et 5 366 m^3 en Provence-Alpes-Côte-d'Azur). Le poids de l'irrigation dans les prélèvements d'eau varie aussi fortement selon les régions : il se situe entre 79 % et 71 % pour six régions (Poitou-Charentes, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Aquitaine, Centre, Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon), principalement dans le sud de la France. Trois quarts de l'eau prélevée pour l'irrigation étant d'origine superficielle et un quart d'origine souterraine, la culture irriguée, spécialement celle du maïs, pose un problème dans la mesure où 80 % de ces prélèvements ont lieu durant l'été, période d'étiage des cours d'eau. Durant les années sèches, les volumes consommés par l'agriculture irriguée, qui se montent en moyenne à 79 %, peuvent en effet atteindre 85 % et même 95 % dans certains bassins-versants où l'irrigation occupe une grande place.

L'élevage bovin, porcin ou aviaire est également une activité fortement consommatrice d'eau, à la fois pour l'alimentation du bétail et l'élimination des effluents. La consommation d'eau par l'élevage connaît également un pic durant l'été en cas de sécheresse.

Certaines plantations forestières requièrent aussi d'importantes quantités d'eau.

Les usages industriels : la décrue

Ils concernent au premier chef la production d'énergie.

Comme en Allemagne, des prélèvements considérables – près de 60 % du total – sont opérés pour assurer le refroidissement des centrales de production d'énergie électrique, l'eau s'avérant un fluide propice aux transferts de chaleur ou au refroidissement. Cette eau prélevée en surface est le plus souvent immédiatement rejetée dans la nature et représente un peu plus de 20 % de la consommation totale du pays[12]. Les prélèvements sont stables depuis une dizaine d'années mais concentrés géographiquement là où sont installées les centrales nucléaires (régions Rhône-Alpes, Centre, Pays de la Loire, Alsace, Lorraine).

En revanche, la production d'énergie hydraulique – 11,2 % de la production totale d'électricité[13] – ne consomme pas d'eau : celle-ci est seulement turbinée, après avoir été stockée durant une ou plusieurs saisons.

Les prélèvements industriels proprement dits ont en revanche baissé de 27 % depuis 1997. Plusieurs secteurs industriels restent toutefois gros consommateurs d'eau : la chimie de base et la fabrication de fibres de synthèse, la pâte à papier et le carton, la métallurgie, la parachimie et l'industrie pharmaceutique,

l'agroalimentaire… Cette consommation est concentrée dans les régions industrielles traditionnelles (Est, Nord, vallée du Rhône et Sud-Ouest).

Les usages domestiques : une baisse récente

Ces usages sont définis à l'article R. 214-5 du code de l'environnement, lui-même pris en application de l'article L. 214-2 deuxième alinéa du même code. Il s'agit de prélèvements et de rejets « *destinés exclusivement à la satisfaction des besoins des personnes physiques propriétaires ou locataires des installations et de ceux des personnes résidant habituellement sous leur toit, dans les limites des quantités d'eau nécessaires à l'alimentation humaine, aux soins d'hygiène, au lavage et aux productions végétales ou animales réservées à la consommation familiale de ces personnes* ». Ce texte assimile à un usage domestique tout prélèvement inférieur ou égal à 1 000 m^3 d'eau par an.

Les usages domestiques de l'eau, hormis son utilisation pour les productions animales et végétales – qui sont difficiles à estimer –, se décomposent de la manière suivante : 6 % pour les usages extérieurs à l'habitation (arrosage du jardin et lavage de la voiture), 7 % pour l'alimentation et la boisson (6 % pour la préparation des aliments et 1 % pour la boisson proprement dite), 22 % pour le lavage (12 % pour le linge et 10 % pour la vaisselle), 59 % pour l'hygiène corporelle (39 % pour les bains et douches et 20 % pour les sanitaires), 6 % pour les autres usages. La consommation domestique par habitant a nettement reculé depuis vingt ans : elle est revenue de 200 l/jour en 1988 à 137 l/j en 2005. Elle est de 110 l/j en Allemagne.

Le thermalisme

108 stations thermales[14], principalement situées dans les régions Rhône-Alpes, Auvergne, Aquitaine, Languedoc-Roussillon et Midi-Pyrénées, ont en 2005 accueilli 547 070 curistes y ayant passé 9,052 millions de journées de soins. L'exploitation d'une eau minérale à des fins thérapeutiques est subordonnée à l'obtention d'une autorisation du ministre de la Santé après avis favorable du conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques et avis de l'Académie nationale de médecine (art. R. 1322-7 du code de la santé publique).

Les établissements thermaux emploient 13 800 personnes auxquelles s'ajoutent 1 100 médecins libéraux et environ 500 personnels paramédicaux.

Outre leurs frais de séjour au sein des établissements thermaux, les curistes ont dépensé, en 2003, 690 M€ principalement dans l'hôtellerie, la restauration locale, les activités de loisirs (casinos, sites de visite) et les commerces et services de proximité[15]. Ces dépenses contribuent à la création ou au maintien de 110 000 emplois[16]. Les retombées économiques du thermalisme sont d'autant plus importantes qu'elles bénéficient surtout à de petites communes en zone rurale ou de montagne[17] : 71 % des stations thermales comptent moins de 5 000 habitants. Au vu de tels bénéfices, les principales régions de thermalisme ont décidé de faire de la crénothérapie une de leurs priorités. L'Auvergne a ainsi inclus un volet « Thermalisme » dans son contrat de plan État-Région 2000-2006[18].

Les loisirs, le sport et la culture

Les usages de l'eau liés aux loisirs et à la culture sont nombreux et de nature variée (baignade en zone naturelle ou en piscine, pêche, sports nautiques, arrosage et entretien des parcs et jardins…). Ils ne s'accompagnent pas forcément d'une consommation élevée. Mais ils se diversifient à un rythme soutenu. Par exemple, de nombreuses villes ayant décidé de procéder à la reconquête de leurs berges et de les aménager, il s'ensuit une urbanisation des cours d'eau, de leurs abords et de leurs franchissements, alors que ces zones étaient plutôt consacrées jusque-là aux activités industrielles ou de transport.

D'autres utilisations posent davantage de questions, comme le stockage de masses d'eau chimiquement stabilisées pour fabriquer de la neige artificielle durant l'hiver : 325 stations fabriquent ainsi chaque année en moyenne 78 000 millions de m^3 de neige.

Les voies navigables

Sur 520 000 km de cours d'eau métropolitains d'une longueur supérieure à un kilomètre, le domaine public fluvial en comporte environ 16 000. Mais le réseau public fluvial comporte seulement 8 500 km de voies d'eau navigables, dont 6 700 ont été confiés en gestion à Voies navigables de France. Ces 6 700 km se subdivisent :
- en un réseau dit « magistral » de 4 100 km comportant lui-même 2 000 km de voies de grand gabarit accessibles aux bâtiments de plus de 650 t et 2 100 km de voies de petit gabarit accessibles aux bâtiments de moins de 650 t ;
- et un réseau régional de 2 600 km plutôt dédié au tourisme fluvial.

Le trafic véhiculé par la voie fluviale, après avoir fortement reculé jusqu'en 1997, croît à nouveau (+ 33 % en dix ans) : il se monte à 7,54 Mds de t/km en 2008, à comparer à 64 Mds de t/km en Allemagne, 42,3 Mds aux Pays-Bas et 9 Mds en Belgique. Les principales voies d'eau en termes de trafic sont la Seine (49 %), le Rhône et la Saône (15 %). Les principaux ports fluviaux sont Paris (21,5 Mt), Strasbourg (10 Mt), Mulhouse (6 Mt), Le Havre (5 Mt), Rouen (4 Mt) et Thionville (2,5 Mt).

Ce panorama des usages nombreux et variés de l'eau permet d'identifier leurs nombreux enjeux. Quatre d'entre eux émergent et sont particulièrement importants pour l'avenir : eau et alimentation ou la place de l'agriculture irriguée (cf. 2.4.1.3.) ; eau et ville ou la place de l'assainissement et de la prévention des inondations dans la protection de l'environnement et de la santé publique (cf. 2.4.2.) ; eau et énergie ou la place de l'énergie hydroélectrique dans le bouquet énergétique national (cf. 2.4.3.) ; eau et transport fluvial ou la place de la voie d'eau parmi les différents modes de transport (cf. 2.4.4.).

1.1.2. Un usage longtemps négligé : la préservation de l'environnement et de la biodiversité

Il a fallu attendre la loi du 3 janvier 1992 pour que la protection de la ressource en eau – expression apparue au début du XX^{e} siècle – et des milieux aquatiques soit reconnue d'intérêt général et prise en compte au titre des usages de l'eau. Jusque-là en effet, ce sont les usages humains et les usages économiques de la ressource qui l'ont emporté et les rapports de force qui se sont imposés au détriment de la nature.

Considérée comme un milieu au sens du droit de l'environnement, milieu en interaction avec d'autres milieux comme l'air, l'eau est nécessaire à la vie de toutes les espèces vivantes à la surface de la Terre (végétaux, animaux…). Sa bonne gestion implique donc d'évaluer les différents services écologiques rendus à l'homme et à la nature par ce milieu et les « pressions »[19] que les activités humaines ou l'espèce humaine elle-même, prédatrice, exercent directement ou indirectement sur lui, au risque de préjudicier aux autres espèces vivantes qui y habitent et à l'environnement en général[20]. Ces pressions portent sur la qualité de la ressource, sur sa quantité et sur la qualité des écosystèmes.

Les pressions sur la qualité

Elles découlent des différents usages de l'eau recensés ci-dessus et des rejets de nombreuses substances polluantes qui en sont inséparables. L'eau constituant un solvant de premier ordre, toutes les substances s'y retrouvent avec des concentrations plus ou moins fortes et plus ou moins dangereuses pour les espèces vivantes.

Les effluents d'élevage, par exemple, sont fortement chargés en engrais (ammonium, nitrates, phosphores…) et sont utilisés comme tels dans des conditions qui ne sont pas toujours maîtrisées. Ils le sont aussi en complément ou en concurrence avec des fertilisants d'autre nature comme les engrais organiques (composts, boues d'épuration…) ou chimiques, ces derniers plus coûteux mais plus faciles à mettre en œuvre, qui font l'objet d'une contrainte globale de fertilisation pour éviter un excès d'apport ou une fuite vers les cours d'eau et les nappes. Ils ont largement contribué, avec les produits phytosanitaires utilisés pour la culture, à la dégradation de la qualité des eaux potables dans des régions entières comme la Bretagne. Encore peu développée aujourd'hui, l'aquaculture[21], qui est déjà répertoriée comme une source majeure de problèmes écologiques en certains endroits d'Asie (présence massive d'antibiotiques et de médicaments vétérinaires…), pourrait poser, demain, une difficulté analogue. La présence excessive de phosphates et de nitrates dans l'eau a en outre pour effet d'accélérer le développement de végétaux qui, par leur consommation d'oxygène, peuvent asphyxier le milieu (phénomène d'eutrophisation de l'eau).

L'activité industrielle est également à l'origine d'effluents industriels directs ou indirects qu'il faut traiter. On distingue à cet égard la pollution organique de l'industrie agroalimentaire, la pollution chimique due à la présence de métaux lourds toxiques et non dégradables (cf. 1.4.2.), la pollution physique par des matières en suspension (mines et cimenteries principalement), la pollution radioactive par les installations nucléaires ou les établissements de santé et la pollution thermique.

S'agissant de cette dernière, l'eau non consommée par les centrales est rejetée dans les rivières en aval du point de prélèvement, avec une température supérieure de 1 à 10° – selon que le refroidissement s'effectue dans des tours (avec dans ce cas évaporation d'une partie de l'eau) ou par prélèvement direct dans le fleuve – et de 0,1 à 1° après dilution. Ce réchauffement peut entraîner des phénomènes de modification de la faune et d'eutrophisation et poser d'autres problèmes. Les eaux de refroidissement sont également souvent chargées de biocides, destinés à tuer les mollusques, et présentent souvent une plus grande teneur en oxygène dissous.

Les carences dans l'équipement des ménages ou dans la couverture ou le raccordement aux réseaux d'assainissement puis d'épuration contribuent également aux pressions exercées par les usages domestiques sur le milieu.

La dégradation de la qualité des eaux superficielles ou souterraines peut s'intensifier en cas d'inondations ou même de fortes pluies qui, chargées de polluants, se déversent dans les rivières sans avoir subi de traitement préalable.

Mais certains usages de l'eau en expansion, comme ceux liés au tourisme, au thermalisme ou aux loisirs, peuvent constituer un contrepoids utile aux pressions provoquées par les usages ci-dessus. Sous cet angle, les associations de pêcheurs à la ligne ont depuis les années 1970 probablement davantage pesé que la réglementation pour alléger les pressions sur les milieux aquatiques et faire prendre conscience à l'opinion des dangers encourus.

Les pressions sur la quantité

Moins connues que les précédentes, elles sont tout aussi importantes. Toute l'eau prélevée n'étant pas nécessairement rejetée au lieu exact de son prélèvement (on parle alors de rejet *ex situ*), il peut en résulter une modification des régimes de température ou d'écoulement des masses d'eau superficielles ou souterraines, voire tout simplement une baisse du niveau des nappes phréatiques qui alors, sur le littoral, se salinisent.

Mais même rejetées à l'endroit de leur prélèvement (*in situ*), des eaux massivement prélevées à un moment contre-indiqué comme l'étiage d'été, peuvent entraîner des conséquences dévastatrices pour le milieu (diminution du débit, concentration accrue des polluants et risques pour la salubrité, eutrophisation, menaces pour la vie piscicole…) : c'est l'un des graves problèmes posés par le recours croissant à l'irrigation.

Par ailleurs, l'installation au fil des siècles d'équipements de toute nature (moulins, ouvrages de navigation, centrales hydroélectriques, barrages…) peut avoir pour effet de modifier le régime d'écoulement des eaux en introduisant des variations brutales ou décalées du débit au regard du rythme naturel d'écoulement, d'accélérer la pollution de la ressource si les eaux deviennent stagnantes et de multiplier les discontinuités et, par là, les obstacles à la migration des espèces ou à leur reproduction. La législation essaie d'y remédier en réservant pour les cours d'eau un débit minimal qui permette en toute saison d'honorer les usages liés à la nature.

Les pressions sur les écosystèmes

À travers cette notion, on tente d'appréhender l'ensemble des perturbations, des fragilisations ou des améliorations subies par les milieux (écoulement des eaux, autoépuration…) et les espèces qui les habitent (atteinte au patrimoine biologique et à la biodiversité). Une définition des milieux aquatiques à partir des habitats et des espèces conduit aussi à s'intéresser aux fonctions écologiques ou aux services rendus par ce milieu.

Le développement des cultures agricoles peut favoriser une érosion des sols qui, combinée au ruissellement, peut avoir pour effet de contaminer l'écosystème d'un bassin-versant dans son ensemble, comme on peut le constater avec les pollutions agricoles d'origine diffuse.

Le développement urbain et l'artificialisation des sols peuvent aussi conduire à menacer des zones humides qui jouent un rôle important dans la prévention des inondations, l'épuration naturelle des eaux ou le maintien de la biodiversité[22].

Cette dernière peut également être menacée, lorsque la diminution de la quantité et la dégradation de la qualité se conjuguent de manière accidentelle ou permanente : on mesure alors la mortalité ou la disparition complète des sujets de différentes espèces animales ou végétales.

En France, les besoins des écosystèmes aquatiques, il est vrai difficiles à appréhender et à évaluer rigoureusement, ne sont pas encore comptabilisés dans les différents usages de l'eau. La comptabilité nationale sur ces usages demeure donc imparfaite et incomplète. C'est un champ qui reste à défricher par la recherche.

Les usages de l'eau présentent en outre un caractère évolutif qui ne demeure pas sans influence sur la perception qu'ont les citoyens des risques liés à la qualité de l'eau et des pressions exercées sur les milieux aquatiques. C'est ainsi par exemple que les pollutions diffuses d'origine agricole sont devenues un sujet de préoccupation majeure pour les Français. Cette perception évolutive exerce en retour une influence décisive sur les règles juridiques dont l'adoption est attendue des pouvoirs publics pour y répondre.

1.2. Le droit applicable

Trois sources d'importance inégale concourent à la définition des règles applicables à l'eau : un droit international surtout bilatéral, un droit communautaire en forte expansion et un droit national foisonnant.

1.2.1. Le droit international

Reconnaissant la souveraineté des États sur leurs ressources, le droit international de l'eau a accompagné le mouvement de libéralisation des échanges commerciaux et connu un fort développement depuis le XIX^e^ siècle, retracé en annexe 2.

Comportant surtout des accords bilatéraux, il réserve une place encore très limitée aux accords multilatéraux : élaborés sous l'égide des Nations unies avec le concours de la doctrine, la plupart ne sont pas encore entrés en vigueur, faute d'avoir obtenu un nombre suffisant de ratifications. La France ne fait pas exception, puisqu'elle vient seulement d'engager la procédure de ratification de la convention de New York du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que de navigation. Dans ce contexte, les principes généraux du droit jouent un rôle essentiel. Ils insistent sur l'utilisation équitable et raisonnable des cours d'eau transfrontaliers et invitent à cette fin les États riverains à coopérer, sans nuire aux voisins. Autrement dit, l'eau des cours d'eau internationaux est une ressource à partager en bonne intelligence avec ses voisins.

De nos jours, le droit international de l'eau est de plus en plus influencé par les préoccupations environnementales, telles que la participation du public à la décision environnementale comme la prévoit la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 ou la protection de la ressource au bénéfice des générations futures.

1.2.2. Droit européen et droit communautaire : une emprise croissante

L'Europe, qui a joué dès le congrès de Vienne un rôle déterminant dans la formation d'un droit international de l'eau ordonné autour des droits des États, demeure le continent le plus actif dans la recherche de la meilleure organisation pour gérer une ressource rare, de plus en plus partagée et de plus en plus menacée. L'Union européenne a par ailleurs donné naissance à une nouvelle approche de l'eau combinant la mise en œuvre des grandes libertés fondamentales avec la sauvegarde de l'environnement au bénéfice des citoyens.

1.2.2.1. Droit européen

Plusieurs conventions élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe traitent de l'eau. De même les différents organes du Conseil ont élaboré des textes non contraignants mais importants dans ce domaine. L'ensemble forme un corps de doctrine qui exprime la vision européenne du rôle social de cette ressource et de sa bonne gestion.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La convention du 4 novembre 1950 n'évoque directement ni le droit à l'eau et à l'assainissement ou le droit de l'eau ni des droits connexes tels que le droit à la protection contre les dégâts causés par les eaux. Elle est néanmoins susceptible de recevoir application au titre de ses quatre stipulations relatives au droit à la vie privée et familiale, au droit de propriété, au droit de ne pas être soumis à un traitement inhumain ou dégradant ou au droit à un procès équitable.

La Cour a été amenée, au début des années 1990, à statuer sur des affaires d'environnement, posant en particulier celle du droit à un environnement sain. L'arrêt *López Ostra c/ Espagne* (requête n° 16798/90) du 9 décembre 1994, § 51, rattache ce droit, sans le nommer, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 : «*des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale*». La Cour a néanmoins posé des limites à la protection de ce droit en affirmant dans l'arrêt *Kyrtatos c/ Grèce* (requête n° 41666/98) du 22 mai 2003, § 52, que «*l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement. Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier*».

En matière d'environnement, la Cour continue à faire preuve de prudence, certains de ses arrêts pouvant donner l'impression de l'affirmation imminente d'un droit à l'environnement, d'autres du report d'une telle perspective à une date indéterminée.

Si la Cour n'a jamais affirmé explicitement non plus un droit à l'eau et à l'assainissement, elle a rendu, depuis l'arrêt *Zander c/ Suède* (requête n° 14282/88) du 25 novembre 1993, quelques dizaines d'arrêts – sans compter ceux portant sur des procédures d'expropriation irrégulières suivies par l'État turc lors de la construction de barrages – ayant un rapport variable mais généralement faible, à quelques exceptions près, avec le droit à l'eau.

Ces affaires peuvent être regroupées en 4 catégories :
• celles où la Cour rattache le droit à une eau saine à l'article 8 qui protège la vie privée et familiale : il s'agit donc là d'une déclinaison au droit à l'eau du raisonnement appliqué au droit à un environnement sain ;
• celles où la Cour condamne les atteintes portées à des ressources en eau en les considérant comme des violations du droit de propriété garanti par l'article 1 du Protocole 1 ;
• celles où la Cour condamne des atteintes portées à l'accès à l'eau comme des traitements inhumains et dégradants proscrits par l'article 3 de la Convention ;
• celles où l'atteinte portée au droit à l'eau est mise en lumière par une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 et notamment 6 § 1, comme dans l'affaire *Zander c/ Suède*[23].

L'annexe 3 détaille la jurisprudence de la Cour sur chacun de ces points.

Le Conseil de l'Europe a également adopté le 4 novembre 1998 une convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal. Cette convention[24], qui n'est pas entrée en vigueur faute d'avoir recueilli trois ratifications, a néanmoins inspiré la législation communautaire postérieure sur ce sujet (cf. 2.5.4.).

Les autres composantes de la doctrine du Conseil de l'Europe

Les différents organes du Conseil de l'Europe ont également publié plusieurs textes qui énoncent des recommandations fortes dans le domaine de l'eau.

Proclamée le 26 mai 1967 par le Comité des ministres, la Charte européenne de l'eau du Conseil de l'Europe en date du 6 mai 1968 souligne que l'eau constitue un patrimoine commun, dont la valeur est reconnue par tous (art. 10), et vise à prévenir les conflits entre États partageant un même bassin hydrographique. Révisée en 2001[25], elle énonce 19 recommandations ou principes, parmi lesquels la reconnaissance d'un droit à l'eau et la prévention des coupures d'eau pour les plus démunis[26], une gestion intégrée et durable de la ressource, un encadrement strict des concessions spécialement quant à leur durée et à leur réexamen périodique, le paiement de l'eau, hormis pour les besoins essentiels, à un prix qui couvre les coûts de production et d'utilisation de la ressource[27], la maîtrise des consommations agricole et industrielle.

L'Assemblée parlementaire du Conseil a également adopté plusieurs recommandations importantes sur l'eau et sa gestion : les recommandations 1222 (2000) *Agriculture et insuffisance des ressources en eau*[28], 1668 (2004) *Gestion des ressources en eau en Europe*, 1669 (2004) *Bassins-versants transfrontaliers en Europe*[29] et 1731 (2006) *Contribution de l'Europe pour l'amélioration de la gestion de l'eau*[30]. La dernière de ces recommandations rappelle que les États

doivent garantir un droit à l'eau et décentraliser la gestion des eaux au profit des collectivités territoriales.

Le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux a également adopté le 3 mars 2009 une recommandation 259 (2009) *Les Services publics de l'eau et de l'assainissement pour un développement durable*[31].

Tous ces textes et la jurisprudence de la CEDH constituent des références précieuses, car ils expriment la vision européenne du rôle social de l'eau et des règles de sa bonne gestion.

1.2.2.2. Droit communautaire

Ayant identifié la fourniture d'eau potable comme un service d'une nature spécifique[32], l'Union se montre réservée sur la question du droit à l'eau mais elle a développé un corps de règles très abondant sur tous les aspects de la gestion de l'eau et de l'assainissement.

Un service d'intérêt économique général

Sans détailler les notions de SIG et de SIEG ni les conséquences qui en découlent, l'Union européenne a reconnu à l'approvisionnement en eau le caractère d'un service d'intérêt économique général[33] au sens des articles 14 et 106 § 2 du TFUE et du protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé au TFUE ainsi que la double neutralité du traité quant à la définition et au mode d'organisation et de fourniture des SIEG par les États membres et quant au mode de propriété des opérateurs (art. 345 TFUE).

La fourniture de l'eau potable et du service d'assainissement peut donc relever indifféremment, au choix des États membres, en tout ou partie du marché, d'un SIG ou d'un SIEG, pourvu que les règles d'organisation et de financement retenues ne méconnaissent pas les dispositions des articles 14 et 106 du TFUE et de son protocole 26[34].

Prudence sur le droit à l'eau…

S'agissant de la reconnaissance éventuelle d'un droit à l'eau, seul le Parlement européen s'est singularisé sur cette question au sein des institutions européennes. Dans deux résolutions adoptées avant les Forums mondiaux de l'eau de Mexico[35] et Istanbul, il s'est nettement prononcé en faveur de sa reconnaissance internationale. La résolution relative au Forum d'Istanbul déclare ainsi aux considérants L. 1 que «*l'eau est un bien commun de l'humanité et que l'accès à l'eau potable devrait être un droit fondamental et universel*» et L. 2 que «*l'eau est considérée comme un bien public et qu'elle devrait être placée sous contrôle public, qu'elle soit ou non gérée, en partie ou en totalité, par le secteur privé*». Et le Parlement «*souhaite que des négociations soient engagées dans le cadre des Nations unies pour aboutir à un traité international reconnaissant ce droit d'accès à l'eau potable*». La Commission considère pour sa part que le problème essentiel réside dans le financement de l'accès à l'eau et sa sécurisation (cf. 1.4.4.) et non pas dans la reconnaissance d'un droit justiciable en l'absence d'offre suffisante.

… et abondance du droit de l'eau

L'Union européenne a fait assez tôt[36] du droit de l'eau l'un des éléments centraux de sa politique de l'environnement prévue à l'article 174 § 2 TCE (192

§ 2 TFUE)[37]. Témoignage de son importance, une bonne trentaine de directives, adoptées selon la procédure de codécision[38], sont en outre spécifiquement intervenues dans ce domaine depuis 1975[39]. Certaines d'entre elles étant encore en cours de transposition, tandis que d'autres ont été abrogées avec un effet différé, elles forment aujourd'hui un corps de règles complexe, difficile d'accès et particulièrement hermétique.

Non sans rappeler la démarche française qui a privilégié l'approche hygiéniste à la fin du XIXe siècle, les premières directives, prises entre 1975 et 1980, ont visé à protéger la santé des Européens[40]. Ayant privilégié une approche de l'eau par milieu[41] ou selon ses différents usages (alimentation, pêche, baignade…), elles se sont donné comme objectif de réduire sa pollution organique et chimique. À ce titre, l'Union a fixé des normes d'émission (eau de baignade, conchylicole, potable, souterraine…) et d'immission (interdiction de fabriquer de l'eau potable à partir de l'eau de surface, si le milieu est contaminé).

Trois directives, annoncées en 1989 après la tenue en 1988 à Francfort d'un séminaire ministériel consacré à l'eau, ont marqué une deuxième étape en abordant la protection de la ressource comme bien public et plus franchement les questions de la pollution et de l'assainissement.

La directive-cadre 91/271 du 21 mai 1991 relative aux eaux résiduaires urbaines (ERU), transposée par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, a imposé à toutes les villes de plus de 2 000 habitants (h) de disposer d'un réseau de collecte et d'assurer un traitement des eaux usées à une échéance fixée à fin 2005 au plus tard et dépendant de la taille de l'agglomération (fin 1998 pour les agglomérations de plus de 10 000 h rejetant leurs eaux usées dans des zones sensibles, fin 2000 pour les agglomérations de plus de 15 000 h les rejetant en zone non sensible et fin 2005 pour les villes de moins de 15 000 h les rejetant en zone non sensible). Si le coût de sa mise en œuvre est jugé élevé – 12 Mds€ pour la France seule, sans compter les investissements de maîtrise de la pollution de temps de pluie –, on lui attribue l'amélioration de la qualité des eaux des rivières et le retour des poissons dans leurs eaux.

La directive 91/676 du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles[42], modifiée par la directive 96/676/CEE, entendait protéger les eaux de la pollution par les nitrates d'origine agricole et lutter contre l'eutrophisation des eaux maritimes côtières. Elle a fait obligation aux États de désigner des zones vulnérables (eaux superficielles et eaux souterraines dont la teneur dépasse 50 mg/l de nitrates ou 40 mg/l avec une tendance à l'augmentation supérieure à 5 mg/l sur cinq ans)[43] où des programmes d'action[44] et un code des bonnes pratiques agricoles doivent être appliqués[45].

La directive 96/61/CEE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (directive dite IPPC), à laquelle s'est substituée la directive 2008/1/CE du 15 janvier 2008 ayant le même objet[46], définit les obligations que doivent respecter les activités fortement polluantes (agriculture et industrie) et institue à cet effet une procédure d'autorisation de rejet des substances polluantes.

Récemment adoptée, la directive 2009/128/CE instaure un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation durable des pesticides[47].

Une troisième étape de la politique de l'eau s'amorce avec la directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000, transposée en France par la loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 et détaillée en annexe 4, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau[48], d'où son nom et son sigle (DCE). Considérant l'eau non pas comme « *un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel* », elle dépasse l'approche antérieure axée sur la maîtrise des différents usages de la ressource en eau et des rejets en faisant de la protection du milieu aquatique et de sa qualité un objectif autonome de l'Union. Faisant clairement prévaloir la dimension milieu sur la dimension gestion de la ressource, elle affiche une ambition en apparence déraisonnable, celle de la reconquête de la qualité des différentes catégories de masses d'eau à l'horizon 2015 ou de la reconstitution du capital écologique de l'Europe, en soumettant les États à une obligation de résultat – le bon état chimique et écologique, tout en leur laissant la faculté d'adapter la définition du « *bon état* » chimique et biologique à atteindre[49] et des possibilités de dérogation dont une utilisation assez ample pourrait entraîner à l'avenir quelques difficultés avec la Commission[50]. Elle retient une approche combinée pour instaurer un contrôle des rejets d'effluents : pour les sources ponctuelles de pollution, des valeurs limites sont définies, tandis que pour les sources diffuses il est recouru aux meilleures pratiques environnementales.

La directive, s'inspirant des bonnes pratiques mises en œuvre pour la gestion des fleuves transfrontaliers, impose par ailleurs aux États d'identifier avant 2003 les bassins hydrologiques, de mettre en place des plans de gestion avant 2009 et d'associer les usagers et le public à l'élaboration des documents de programmation.

Cette directive définit un cadre juridique pour la protection de toutes les eaux : eaux de surface non marines, eaux côtières, eaux de transition et eaux souterraines. S'agissant de ces dernières, les rejets directs sont prohibés et une obligation de surveillance de leur qualité est introduite.

Cadre[51] d'où découlent des directives « filles », la directive de 2000 retient quatre grandes orientations pour la gestion de l'eau parmi celles qui étaient débattues à l'époque dans les enceintes internationales (cf. 1.4.) : la gestion intégrée de l'eau au plus près des réalités locales, la reconquête de la qualité du milieu aquatique, la participation du public et la couverture appropriée des coûts par les prix d'ici à 2010 (cf. 1.3.5.2.3.) pour les différents secteurs économiques (industrie, ménages et agriculture)[52]. Elle traite aussi des moyens d'assurer l'approvisionnement pour les différents usages marchands de l'eau et de diminuer l'impact des inondations et sécheresses. Sa transposition, qui n'est pas achevée partout, a été source de nombreuses difficultés pour la quasi-totalité des États membres, la France ayant connu en 2008 un litige limité aux conséquences à tirer des définitions incluses à l'article 2 de la directive. Cette directive ne sera pas revue avant 2019 : les bilans de son application seront examinés entre 2016 et 2018 au vu des rapports fournis par les États membres. Rien aujourd'hui ne justifie une remise en cause de ses objectifs.

La quatrième étape consiste, dans la droite ligne des conclusions du sommet de Cardiff de juin 1998 et conformément à l'article 11 du TFUE mais avec un succès pour le moment limité, à tenter de mettre les autres politiques sectorielles de l'Union en harmonie avec la politique de l'environnement. La PAC

est particulièrement concernée avec la mise en place de l'écoconditionnalité, du découplage et de la modulation des aides agricoles.

La cinquième étape, à peine entrouverte, vise à compléter l'approche antérieure, fondée sur la qualité, par une approche quantitative, c'est-à-dire à optimiser l'utilisation de la ressource, à lutter contre son gaspillage et à promouvoir des économies d'eau.

Indépendamment des questions relatives à l'eau, l'Union s'est également saisie de nombreux sujets qui y touchent directement ou indirectement, notamment les transports par voies navigables intérieures[53], les ports, l'énergie hydroélectrique et les inondations. Les principaux textes applicables sont présentés en annexe 4.

Un impact puissant

En une trentaine d'années, le droit communautaire s'est imposé comme la principale source du droit de l'eau pour les membres de l'Union européenne. De ce fait aussi les programmes d'action relatifs à l'eau reflètent les priorités communautaires : pratiquement 40 % des ressources financières des agences de l'eau sur la période 2003-2006 ont été consacrées à la mise en œuvre des directives communautaires. D'autres domaines comme celui du transport fluvial sont maintenant entièrement régis par le droit communautaire.

L'intervention de l'Union a été largement bénéfique. Dans un double souci de santé publique et de préservation de la ressource, elle a en permanence durci les critères de qualité de l'eau et introduit à cet effet de nouveaux paramètres à prendre en compte. Surtout, elle a retenu des objectifs ambitieux à long terme, sans s'aligner sur les moins-disants.

Il lui reste encore à assurer une transposition homogène de l'ensemble de ces textes dans toute l'Union et à veiller à une application uniforme des directives et notamment de la directive-cadre de 2000 qui, laissant beaucoup de souplesse, n'est pas encore appliquée de manière cohérente sur l'ensemble du territoire communautaire. Il lui faudra aussi rendre davantage compatibles entre elles les approches purement sectorielles de l'eau et hiérarchiser entre des priorités contradictoires, car, comme le législateur national, l'Union poursuit tous les objectifs à la fois : des masses d'eau en bon état, une proportion croissante d'énergies renouvelables, une agriculture productive mais respectueuse de la qualité des eaux, le report d'une partie du transport routier sur le transport fluvial, combiné ou non, une prévention plus efficace des inondations et de la sécheresse, des plans d'adaptation au réchauffement climatique, un littoral protégé… sans fournir le mode d'emploi pour les combiner harmonieusement et à un coût acceptable.

L'Union s'efforce enfin d'articuler son droit avec le droit international en adhérant à certains traités. Si elle a par exemple édicté un règlement concernant les polluants organiques persistants (règlement (CE) n° 850/2004 du 29 avril 2004), elle a également approuvé la convention de Stockholm du 22 mai 2001 au nom de la Communauté (décision du Conseil du 14 octobre 2004) ou encore le protocole de 1998 à la convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979 relatif aux polluants organiques persistants, dans la mesure où ces textes contribuent à la réalisation des objectifs de la politique communautaire dans le domaine de l'environnement. Ratifié par l'Union, un traité devient partie intégrante du droit communautaire en vertu de l'article 216 § 2 du TFUE.

Une autre conséquence positive de son intervention a été de renforcer la responsabilité des États membres quant à la quantité et à la qualité de l'eau accessible : ceux-ci sont devenus garants de l'atteinte des objectifs et des normes fixés par l'Union. Cette dernière n'hésite pas à poursuivre ceux qui ne respectent pas ses directives et à les faire condamner par la CJCE, dont la jurisprudence en la matière est de ce fait même devenue substantielle.

1.2.3. Le droit national

Malgré son développement spectaculaire, le droit communautaire n'a pas encore eu pour effet d'éclipser le droit national. Si le droit à l'eau n'a pas rang de principe à valeur constitutionnelle en droit interne, la législation nationale de l'eau demeure en effet très abondante.

1.2.3.1. Les sources constitutionnelles

Peu d'États ont consacré un droit à l'eau dans leur Constitution. Et, parmi ceux qui l'ont fait[54], plusieurs l'ont aussitôt atténué en le ramenant à une obligation de moyens ou de meilleurs efforts, en rapport avec les ressources du pays[55].

En tout cas, le droit à l'eau n'a pas, en tant que tel, rang de principe ou d'objectif à valeur constitutionnelle, que l'on considère les normes appartenant au bloc de constitutionnalité ou la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette situation tient peut-être à ce que les grandes lois relatives à l'eau n'ont jamais été déférées à ce Conseil au titre de l'article 61 de la Constitution.

L'accès à l'eau met indirectement en œuvre des objectifs ou principes constitutionnels

Un droit-créance d'accès à l'eau pourrait être indirectement rattaché à deux normes constitutionnelles : le droit au logement et à la protection de la santé publique.

Le droit à l'eau potable est inséparable du droit au logement décent, progressivement affirmé par le législateur à partir des années 1980 et reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel en 1995[56].

Le Conseil constitutionnel a en effet déduit des 10e et 11e alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine que «*la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle*» (décision no 94-359 DC du 19 janvier 1995, rec. p. 176, cons. 6). La même formulation a été reprise dernièrement dans la décision rendue par le Conseil sur le projet de loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion du 25 mars 2009 (décision no 2009-578 DC du 18 mars 2009, cons. 12).

Le droit à l'eau potable pourrait également être indirectement rattaché à la protection de la santé publique, autre élément du bloc de constitutionnalité procédant explicitement du 11e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel la nation «*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs*». Le Conseil constitutionnel a conféré à la protection de la santé publique le statut d'objectif à valeur constitutionnelle (décision no 93-325 DC du 13 août 1993, rec. p. 224, cons. 69 et 70).

Accès au logement décent et protection de la santé étant de simples objectifs à valeur constitutionnelle, ils ne créent pas directement de droits subjectifs dans le chef des particuliers et supposent une intervention du législateur en vue de préciser les modalités de leur mise en œuvre, cette intervention devant elle-même tenir compte d'autres règles constitutionnelles.

La Charte de l'environnement modifie les règles constitutionnelles encadrant la définition et la mise en œuvre de la politique de l'eau

L'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement est susceptible de modifier sur plusieurs points le cadre juridique applicable au droit de l'eau comme aux autres branches du droit situées dans le champ d'application de ce texte. L'eau entre incontestablement dans les prévisions de l'article 1er de la Charte proclamant le droit de chacun « *de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

Dans la logique du renvoi à la Charte opéré par le Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel a estimé que l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement avait valeur constitutionnelle (décision no 2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 18 et 49), valeur également reconnue par le Conseil d'État dans sa décision d'Assemblée *Commune d'Annecy* du 3 octobre 2008 (req. 297931).

Si les dispositions de la Charte présentent toutes une même valeur constitutionnelle, leur portée juridique varie selon l'intention du constituant et le degré de précision de chacun de ses articles. Il revient ainsi à la loi de définir les « conditions » ou « les conditions et les limites » des obligations que les articles 3, 4 ou 7 de la Charte prévoient (voir par exemple la même décision no 2008-564 DC pour l'application des articles 5 et 7 de la Charte).

Lorsque des dispositions législatives sont intervenues pour mettre en œuvre les principes énoncés par la Charte, la légalité des actes administratifs contestés devant le juge administratif s'apprécie d'abord par rapport à ces dispositions, « *sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette Charte* » (CE, 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, Leb. t. p. 703). Le Conseil d'État est ainsi conduit à apprécier le respect des impératifs qui découlent de la Charte au regard des lois qui les mettent en œuvre, sous réserve, pour les lois antérieures à cette Charte, que leurs dispositions ne soient pas incompatibles avec celle-ci. Si tel était le cas, l'entrée en vigueur de la Charte les aurait implicitement abrogées[57].

La jurisprudence développée depuis 2005 par les juges constitutionnel et administratif tend de ce point de vue à déplacer les équilibres du pouvoir normatif en matière de droit de l'environnement pris au sens large, incluant le droit de l'eau. Le Conseil constitutionnel a précisé, s'agissant du droit d'accès aux informations relatives à l'environnement prévu à l'article 7, qu'il n'appartient désormais qu'au législateur de préciser les « conditions et les limites » d'exercice de ce droit, tandis que « *ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur* » (décision no 2008-564 DC). À la suite de cette décision, le Conseil d'État a annulé pour incompétence le décret no 2006-993 du 1er août 2006 relatif aux lacs de montagne pris pour l'application de l'article L. 145-1 du code de l'urbanisme en tant qu'il intervenait dans des matières désormais réservées au législateur.

La répartition des compétences entre loi et règlement doit tenir compte du principe de libre administration des collectivités territoriales

Sans que l'on dispose d'une jurisprudence fournie appliquée au droit de l'eau, le principe de libre administration des collectivités territoriales, posé par l'article 72 de la Constitution et précisé par les jurisprudences constitutionnelle et administrative, emporte, eu égard aux responsabilités locales en matière d'alimentation en eau potable ou d'assainissement, plusieurs conséquences sur la répartition du pouvoir normatif dans la mise en œuvre de la législation sur l'eau.

Le principe à valeur constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales limite l'intervention du pouvoir réglementaire dans la fixation des modalités d'organisation et de fonctionnement du service public local à caractère industriel et commercial de distribution de l'eau. À l'occasion de l'examen de la loi relative au prix de l'eau en 1984, le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que seule la loi pouvait imposer «*une sujétion nouvelle aux collectivités locales*[58]».

Ce même principe pourrait, le cas échéant, borner également l'intervention du législateur si la politique publique de l'eau entendait mobiliser les instruments dont disposent les collectivités territoriales. La loi peut en effet mettre à la charge des collectivités territoriales des obligations et des dépenses sans pour autant porter atteinte à l'article 72 de la Constitution, pourvu «*que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée*[59]».

Le Conseil constitutionnel a contrôlé à ce titre l'absence d'«*entrave*» à la libre administration et le respect des «*compétences propres*» des collectivités territoriales (décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, rec. p. 61, cons. 16). La création des fonds de solidarité pour le logement – chargés notamment de l'aide aux familles éprouvant des difficultés pour payer leur facture d'eau – conduisait en effet à la création d'une nouvelle dépense obligatoire à la charge des budgets départementaux.

Conformément à sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil constitutionnel serait en toute hypothèse amené à concilier le principe à valeur constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales avec les autres principes et objectifs de valeur constitutionnelle énumérés ci-dessus. Il serait également conduit, du fait de la révision constitutionnelle de 2003, à vérifier que les principes de liberté de gestion (utilisation libre de leurs ressources) et de compensation financière des transferts de compétences entre État et collectivités territoriales précisés par la loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 ne sont pas méconnus.

La fourniture d'eau est le support et l'objet d'une mission de service public

Bien que ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'État n'aient eu à se prononcer sur ce point, la gestion de l'eau ne semble pas devoir entrer dans les prévisions du 9e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en vertu duquel : «*Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.*»

La distribution d'eau potable et les services d'assainissement étant qualifiés par le code général des collectivités territoriales de services publics locaux, ils ne sauraient *a priori* relever ni des services publics constitutionnels dont la nécessité «*découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle*[60]», ni de ceux dont le caractère de service public national procède de la volonté du législateur[61], manifestée par l'organisation géographique de ce service au niveau national et par la décision de le confier à une seule entreprise sur tout le territoire.

Les services publics locaux liés à l'eau – et notamment sa distribution – sont néanmoins soumis aux principes constitutionnels gouvernant le fonctionnement des services publics, notamment au principe de l'égalité des usagers devant les services publics (Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, rec. p. 74, cons. 15). Toutefois, ce principe, dont il convient de s'assurer s'il est observé ou méconnu dans des situations concrètes, se prête mal au contrôle abstrait exercé *a priori* par le Conseil constitutionnel. C'est donc principalement à la juridiction administrative qu'il revient d'appliquer ce principe général du droit administratif au secteur de l'eau.

1.2.3.2. Les sources législatives

Abondante et fragmentée, la loi régit aussi bien le droit à l'eau que le droit de l'eau. Elle a en particulier organisé la répartition des droits de propriété ou d'usage de cette ressource et modifie périodiquement, par de grandes lois sur l'eau, le droit applicable.

1.2.3.2.1. Des sources multiples et fragmentées

Dès les années 1990, les commentateurs qui rendent compte du droit de l'eau insistent sur son caractère à la fois compartimenté, éclaté, hétérogène, stratifié, enchevêtré, incomplet et appellent de leurs vœux une remise en ordre qui passe notamment par une codification[62]. Si celle-ci a été en partie menée à bien avec le code de l'environnement, elle n'a pas pour autant mis un terme à la stratification, à la compartimentation, à la parcellisation et à la complexité : le droit de l'eau ressemble toujours à une construction baroque, fruit de la sédimentation de législations disparates traitant séparément les catégories d'eaux (eaux stagnantes, eaux closes, eaux courantes, eaux pluviales, eaux superficielles, eaux souterraines, eau potable ou alimentaire, eau minérale et eau de source, eau navigable ou flottable, eau domaniale et non domaniale, eau d'irrigation, eau des chutes, eaux usées ou polluées, eaux de baignade, eaux piscicoles ou conchylicoles…) ou leurs usages respectifs en cherchant à répondre aux préoccupations du moment ou en poursuivant des finalités distinctes.

Le code civil de 1804, rédigé à une époque où l'usage agricole de l'eau dans les campagnes prédomine et où l'on n'a pas encore établi scientifiquement de lien entre les eaux superficielles et les eaux souterraines, détermine l'ampleur des droits de propriété ou d'usage sur les différentes catégories d'eaux et précise les règles applicables aux cours d'eau non domaniaux et, à ce titre, les obligations des propriétaires riverains. Depuis l'édit de Moulins de 1566, le code civil est le texte le plus important dans le processus multiséculaire de parcellisation du droit de l'eau : il consacre la dualité du régime juridique applicable aux eaux de surface et aux eaux souterraines et, à l'intérieur des premières, une autre dualité entre les cours d'eau domaniaux, soumis au droit public, et les cours d'eau non domaniaux, soumis au droit privé. D'autres pays empruntent un chemin

analogue au XIXe siècle : en Espagne, par exemple, la *Ley de aguas* du 13 juin 1879 range les eaux de surface dans la catégorie des eaux domaniales, tandis que les secondes relèvent de la propriété privée[63].

L'agriculture opérant les prélèvements d'eau les plus importants en volume, le droit rural comporte depuis le XIXe siècle de nombreuses dispositions tendant à mobiliser les masses d'eaux stagnantes inertes et à favoriser l'exploitation de tout le potentiel de cette ressource au service du développement agricole : c'est l'objet principal de la loi du 8 avril 1898 décrite en annexe 7. Ce code réglemente aussi la pêche, les règles applicables aux cours d'eau non domaniaux, à leur entretien et aux travaux qui peuvent y être entrepris. On trouve également des dispositions sur l'eau dans le code forestier, notamment celles relatives à leur protection contre le risque d'incendies.

Dans la seconde partie du XIXe siècle, les découvertes scientifiques de Pasteur modifient la perspective : les préoccupations de santé publique et de protection contre la maladie l'emportent[64]. Les dispositions relatives à la sécurité sanitaire des eaux destinées à la consommation humaine sont insérées dans des lois de santé publique – aujourd'hui aux articles L. 1321-1 et s. du code de la santé publique – et, survivance de cette époque, le contrôle de la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, y compris des eaux minérales et des eaux de source[65], demeure assuré par les services départementaux de l'État chargés de la santé publique. Le code de la santé publique comporte également, parmi bien d'autres, des dispositions relatives à l'assainissement non collectif ou au déversement des eaux usées autres que domestiques dans les égouts publics (art. L. 1331-10), en instituant une autorisation préalable de rejet à solliciter auprès de la collectivité propriétaire des ouvrages empruntés ou des dispositions qui permettent au préfet d'ordonner l'exécution immédiate des mesures prescrites par les règlements sanitaires (CE, 23 juin 2000, *Agence des foyers et résidences hôtelières privées*, Leb. p. 244)[66]. Ce code contient aussi les règles applicables aux eaux de source[67], aux eaux minérales[68] ainsi qu'aux établissements thermaux (art. L. 1322-1 et s.). L'exploitation des eaux minérales à des fins thérapeutiques suppose une reconnaissance d'intérêt public et une protection de leur périmètre par décret en Conseil d'État.

L'exploitation des mines, des carrières puis des hydrocarbures nécessitant de grandes quantités d'eau, le droit minier s'y intéresse également au XIXe siècle (loi de 1810, loi du 21 juin 1865). Le code minier comporte des dispositions relatives aux dégâts des eaux causés par une mine à une autre mine (art. 75), énumère les contraintes à respecter lors des travaux de recherche ou d'exploitation, notamment les intérêts énumérés à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau (art. 79) ou prévoit en fin de concession la remise obligatoire aux collectivités intéressées des installations hydrauliques nécessaires ou utiles à l'assainissement, à la distribution de l'eau ou à la maîtrise des eaux pluviales, de ruissellement et souterraines (art. 92). Il précise les conditions de réalisation des forages en vue d'une exploitation géothermique (art. 98 à 102 du code) et de réinjection des fluides calorifères en tenant compte des intérêts mentionnés à l'article 79, ce régime n'étant pas applicable aux eaux utilisées à des fins thérapeutiques (art. 103). Disposition essentielle, son article 131 soumet aussi à déclaration auprès de l'ingénieur en chef des mines tout sondage, ouvrage souterrain, travail de fouille dont la profondeur dépasse dix mètres au-dessous de la surface du sol.

Comme ce sont les villes qui ont dès le XIXe siècle pris en charge l'organisation du service public de l'alimentation en eau potable, la loi municipale de 1884 contient des dispositions relatives à cette organisation qui se retrouvent aujourd'hui dans le code général des collectivités territoriales (CGCT). La gestion de ces services pouvant être déléguée ou impliquer la conclusion de contrats ou de marchés, les règles applicables à cette délégation relèvent de plusieurs législations distinctes : du CGCT mais parfois aussi du code des marchés publics et du droit de la concurrence et de la consommation.

À la fin du XXe siècle, la perspective se modifie à nouveau : les préoccupations de gestion raisonnable et de préservation de la ressource mais aussi de sauvegarde du milieu semblent devoir l'emporter sur toutes les autres. Le droit public, jusque-là principalement consacré à l'utilisation locale de la ressource, s'ouvre alors aux exigences de la protection du milieu aquatique. Les règles qui l'organisent sont, pour l'essentiel, insérées dans le code de l'environnement où figure maintenant une partie importante de la législation sur l'eau : le régime de déclaration ou d'autorisation des installations, ouvrages, travaux ou activités (art. L. 214-1 et s. du code) ; le régime des installations classées (art. L. 511-1 et s. du code) ; le régime des déchets (art. L. 541-1 et s. du code) ; les dispositions applicables à la lutte contre les pollutions… Les dispositions relatives aux cours d'eau non domaniaux et à leur police, autrefois insérées au code rural, y ont été transférées. La confection de ce code n'a pas pour autant mis fin à la dispersion des sources législatives : en témoigne le maintien de textes anciens et distincts telle la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydroélectrique – même si une partie des dispositions contenues dans ses décrets d'application a été insérée dans le code, celles relatives aux autorisations des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique (art. R. 214-71 et s.), mais pas celles relatives aux concessions[69].

Si les transports intérieurs sont régis par la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, certains secteurs y échappent, comme la navigation de plaisance (CE, 21 mars 2001, *Comité de liaison pour la vie des étangs montpelliérains*, Leb. t. p. 1206). La police de la navigation intérieure demeure régie par un texte particulier, le décret no 73-912 du 21 septembre 1973 portant règlement général de police de la navigation intérieure, en cours de refonte. Le droit du transport fluvial n'est donc pas encore codifié : il devrait l'être dans le livre IV d'un code des transports en cours d'examen par le Conseil d'État.

Le domaine public fluvial est pour sa part régi par le code du même nom, dont le volet domanial a été incorporé au code général de la propriété des personnes publiques. Il définit le régime juridique de ce domaine, auquel se rattache la règle de l'inaliénabilité (art. L. 3111-2 du code) ainsi que les conditions de son utilisation et de sa conservation, en particulier la liste des contraventions de grande voirie.

Le code de l'urbanisme comporte également des dispositions importantes sur l'eau : les documents de planification urbaine doivent préserver les espaces naturels sensibles, les espaces affectés aux activités agricoles ainsi que la quantité et la qualité de l'eau[70], prévenir les pollutions et les nuisances ou prendre en compte les risques de catastrophes naturelles, notamment les inondations en zone submersible. L'article L. 111-1 de ce code, qui n'exclut pas de son champ d'application le lit des cours d'eau, a été interprété par le Conseil d'État comme fournissant une base légale pour l'édiction d'une réglementation relative au

stationnement à titre permanent des bateaux, comparable à celle portant sur le stationnement des caravanes. L'article L. 123-1 du code permet aussi aux plans locaux d'urbanisme de prévoir de telles règles sur les cours d'eau situés dans la zone qu'ils couvrent (avis de la section des travaux publics du 15 avril 1980, n° 326.691). Les dispositions du code de l'urbanisme régissent également le raccordement des constructions aux différents réseaux publics, dont ceux d'eau potable, d'assainissement ou de collecte des eaux pluviales. L'insuffisance de leur desserte peut justifier un refus de permis de construire (art. L. 111-4), de même qu'une localisation qui porterait atteinte à la sécurité de la construction (art. R. 111-2) ou exposerait à des nuisances graves (art. R. 111-3).

On trouve aussi maintes dispositions applicables à l'alimentation en eau et à l'assainissement dans le code de la construction et de l'habitation et dans les différentes lois qui ont précisé les droits des locataires, et notamment les règles applicables aux branchements ou à l'interruption de l'alimentation en eau.

Le droit social n'est pas avare non plus de dispositions touchant à l'eau : les aides au logement et à la prise en charge de la facture d'eau figurent au code de l'action sociale et des familles, dans des lois relatives aux collectivités territoriales comme la loi n° 2004-809 ou dans des grandes lois sociales sur le logement (loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à mettre en œuvre le droit au logement, loi n° 2006-87 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable). Le code de la sécurité sociale comporte quant à lui les règles de prise en charge des aides personnelles au logement ou des cures thermales. Le code du travail comporte aussi des dispositions nombreuses qui touchent à l'alimentation en eau ou à l'assainissement sur le lieu de travail : l'article R. 4225-2 prévoit que l'employeur doit fournir de l'eau potable et fraîche aux salariés, l'article R. 4228-22 qu'il doit mettre à la disposition des salariés un local de restauration équipé d'un robinet d'eau potable, fraîche et chaude, les articles R. 4228-1 et s. qu'il doit y aménager des installations sanitaires (lavabos, douches, cabinets d'aisances) dont les caractéristiques sont définies avec précision, l'article R. 4227-30 que les locaux doivent si nécessaire être équipés de robinets d'incendie armés…

L'indemnisation des catastrophes naturelles est régie par le code des assurances où ont été codifiées (art. L. 125-1 à L. 125-6 et L. 431-9 du code) les règles issues de la loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. Le régime à péril non dénommé[71] dit « Cat nat » couvre aujourd'hui les risques liés aux inondations[72], à la sécheresse (tassements différentiels[73]) et aux événements cycloniques[74], la couverture des risques de tempête-grêle-neige, de foudre, de gel et de dégâts des eaux relevant du champ des garanties contractuelles de l'assurance ordinaire[75]. L'extension des dommages couverts par ce mécanisme de solidarité nationale[76] et l'information du public sur ces risques résultent de très nombreuses lois successives (1987, 1990, 1992, 1995, 2000, 2002, 2003, 2004, 2006, 2007, 2008, 2009). Les lois du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques naturels et technologiques et à la réparation des dommages, en renforçant le bassin-versant comme niveau pertinent pour élaborer et conduire une politique de prévention, et du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile ont en particulier cherché à améliorer la prévention et la gestion de ces risques, avec des résultats pour le moment mitigés.

Les lois de finances comportent également chaque année leur lot de taxes nouvelles sur l'eau, ses prélèvements[77] ou ses usages.

Cette diversité des textes applicables à l'eau montre que la législation n'est jamais parvenue à surmonter l'éclatement qui caractérise le droit de l'eau depuis ses origines. Si l'élaboration d'un code de l'eau fut envisagée au début des années 1960, le gouvernement y renonça et la loi du 16 décembre 1964, dont le Sénat estima qu'elle manquait du substrat juridique et philosophique qui fait les grandes lois, s'attira les critiques pour cette raison. Comme elle, la loi du 3 janvier 1992 a renoncé à substituer aux lois éparses antérieures une législation nouvelle et unifiée : estimant la tâche impossible et irréalisable, elle a pris le parti plus modeste de compléter les législations préexistantes et de les corriger à la marge.

Cette fragmentation législative n'est plus en cohérence avec le principe de la gestion intégrée de la ressource qui, au cœur du modèle français de gestion de l'eau depuis 1964, cherche à faire prévaloir son unité physique à l'état naturel au-delà de la segmentation de ses usages. L'ancienneté, la diversité et la multiplicité des sources de ce droit, leur caractère segmenté ou redondant découlent sans aucun doute de la diversité des usages de l'eau, qui touchent à tous les aspects de la vie sociale. Mais ils rendent leur articulation délicate et parfois même contradictoire[78] et leur application difficile par l'administration.

1.2.3.2.2. Le droit à l'eau et à l'assainissement

Si tout citoyen peut se fournir en eau dans la nature, à une fontaine publique ou dans un puits qu'il a foré sur sa propriété, le droit à l'eau potable est d'affirmation très récente.

S'agissant de mettre en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle, le législateur a joué un rôle déterminant dans sa reconnaissance progressive, à l'issue d'un long processus qui a touché plusieurs pans du droit.

Le droit à la santé et à un environnement sain

La protection de la santé publique, surtout depuis l'intervention de la Charte de l'environnement, implique que la fourniture d'eau potable soit d'une qualité telle qu'elle ne présente aucun danger pour la santé. *A contrario*, un accès insuffisant à l'eau potable et une évacuation déficiente des eaux usées sont deux des éléments de caractérisation de « *l'habitat insalubre* », notion du droit de la santé publique antérieure et plus ciblée que celle de « *logement décent* », qui lui est postérieure.

Le droit au logement

La définition du logement décent, donnée par l'article L. 111-4 du code de la construction et de l'habitation et résultant de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, implique l'accès à l'eau et à l'assainissement puisqu'une habitation comprend, au nombre des pièces de service, une cuisine, une salle d'eau et des cabinets d'aisances. Le droit fondamental à un logement décent emporte, d'après le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002, l'obligation pour le propriétaire d'équiper le logement de canalisations ne présentant pas de risques manifestes pour la santé des locataires, d'équipements de production d'eau chaude conformes aux normes de sécurité, d'une installation d'alimentation en eau potable assurant à l'intérieur

du logement la distribution avec une pression et un débit suffisants pour l'utilisation normale de ses locataires, d'installations d'évacuation des eaux ménagères – les eaux dites grises –, d'une cuisine ou d'un coin cuisine comprenant un évier raccordé à une installation d'alimentation en eau chaude et froide et à une installation d'évacuation des eaux usées, d'une installation sanitaire intérieure comprenant un WC et un équipement pour la toilette corporelle comportant une baignoire ou une douche, alimenté en eau chaude et froide et muni d'une évacuation des eaux usées. En somme, le logement décent est alimenté en eau potable et raccordé à un réseau d'assainissement[79] afin de permettre à ses occupants de s'alimenter et de se laver.

D'autres textes imposent de telles normes pour d'autres formes de logement ou d'hébergement : les lois n° 90-449 du 31 mai 1990 et n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relatives à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage ainsi que leur décret d'application n° 2001-569 du 29 juin 2001 obligent à la création de points d'eau dans les aires d'accueil et prévoit que chaque place de caravane est dotée d'un accès aisé aux équipements sanitaires ainsi qu'à l'alimentation en eau potable. Mais ces équipements ne sont pas toujours réalisés.

La lutte contre les exclusions

La législation relative à la lutte contre l'exclusion a parallèlement organisé l'aide de la collectivité au profit des personnes en situation précaire afin de maintenir leur accès à l'eau par la prise en charge de l'impayé d'eau et de prévenir la coupure de leur alimentation en eau potable, ce qui constitue la manifestation la plus tangible et la plus aboutie du droit à l'eau (cf. 1.3.5.3.).

Les droits à l'eau et à l'assainissement découlent en définitive des politiques de santé publique, du logement, de lutte contre l'exclusion et de l'environnement conduites par l'État depuis des décennies et de la convergence de dispositions législatives qui, éparses dans plusieurs codes distincts (code civil, code de la santé publique, code de l'action sociale et des familles, code de la construction et de l'habitation, code général des collectivités territoriales, code de l'environnement…), visent à garantir l'accès à l'eau et la continuité de son usage.

Un droit tardivement reconnu par la loi

Le droit à l'eau potable n'a été expressément reconnu qu'au terme d'une longue évolution : il découle de l'article 1er de la loi du 30 décembre 2006, codifié à l'article L. 210-1 du code de l'environnement, aux termes duquel : « *Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous, et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiques acceptables par tous.* »

Pour être parfaitement cohérent, ce droit créance suppose en effet que soient parallèlement désignés avec précision par les lois et règlements les responsables de sa mise en œuvre et de son financement. Tardivement reconnu et strictement limité à l'usage de la ressource à des fins personnelles d'alimentation et d'hygiène, ce droit l'a été – il faut le noter – par référence aux travaux du 4e Forum mondial sur l'eau de Mexico en mars 2006 (cf. 1.4.) plutôt qu'aux textes internationaux en vigueur (cf. 2.6.1.). Ses implications sont aujourd'hui limitées à l'existence d'une aide à la prise en charge de la facture d'eau et à une interdiction limitée de la coupure d'eau, sous le contrôle du juge, l'accès à l'eau potable

demeurant un service payant. De plus en plus lié à la disposition d'un logement, le droit à l'eau laisse de fait à l'écart les sans-abri qui, faute d'être logés dans un logement décent, ne peuvent pas, malgré les termes de la loi, accéder à l'eau pour assurer leur alimentation et leur hygiène.

Des obligations de raccordement à géométrie variable

Aucun texte n'oblige un particulier à se raccorder à un réseau collectif d'alimentation en eau potable[80]. Toutefois de l'article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) découle pour tout particulier, dans les zones desservies en vertu du schéma de distribution d'eau potable, un droit au branchement sur le réseau. Mais de nombreuses communes n'ayant pas adopté ce schéma avec l'indication des zones d'extension future du réseau, les personnes non encore desservies peuvent difficilement se plaindre de leur absence de raccordement.

Quant au droit à l'assainissement, son fondement en droit interne est plus incertain, puisque les communes ne sont pas tenues de réaliser partout un réseau d'assainissement collectif. Dans les zones où ce type d'assainissement existe, les immeubles doivent obligatoirement être raccordés dans un délai de deux ans à compter de la mise en service du réseau (art. L. 1331-1 du code de la santé publique)[81] ; l'usager y dispose aussi d'un droit payant au raccordement en vertu de l'article L. 2224-8 du CGCT et au déversement de ses effluents, mais s'y trouve également soumis à une obligation de raccordement. Ailleurs, c'est au propriétaire, bailleur ou occupant, qu'il appartient de procéder à l'installation d'un assainissement non collectif.

La loi du 30 décembre 2006 a enfin facilité la résiliation du contrat d'alimentation en eau potable en prévoyant que l'usager peut la demander à tout moment et qu'elle prend effet dans un délai qui ne peut excéder quinze jours (art. L. 2224-12 CGCT).

1.2.3.2.3. Droit de l'eau et droit de propriété

Le statut de l'eau et son régime juridique font l'objet de travaux ou de débats trop rares qui servent surtout à alimenter deux autres controverses passionnées, portant respectivement sur la gratuité de l'eau et sur les mérites respectifs de la gestion privée et de la gestion publique[82]. La vraie question pour les juristes est ailleurs : le droit de l'eau est tributaire d'une (ré) partition des droits de propriété ou d'usage sur la ressource qui a été figée par le code civil.

Des droits de propriété ou d'usage hérités du droit romain

« *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec : aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris* » (« Et par droit naturel sont le bien commun de tous : l'air, l'eau s'écoulant, la mer et, pour cela, les rivages de la mer », *Institutiones*, 529)[83].

Lointain écho de cet article, lui-même repris du droit romain antérieur qui fait – parmi les choses soumises à la juridiction humaine – de l'eau une chose commune dont chacun est libre d'user et qui, non appropriable, se trouve *extra commercium*, l'article 714 du code civil, promulgué en 1804, dispose que : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir* »[84]. Y fait également écho

l'article L. 210-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi nº 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques : « *L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. […] Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous…* »[85].

L'eau, dont l'une des caractéristiques physiques réside dans l'extrême mobilité à l'état liquide, est un objet ou un milieu difficilement cernable par le droit. Au fil de son cycle immuable et sans cesse recommencé (cf. annexe 1), elle tombe en pluie, ruisselle, rejoint les nappes souterraines ou les cours d'eau, bref emprunte ou traverse successivement différents lieux eux-mêmes soumis à un droit de propriété. Par commodité, car le droit civil n'a pas su s'y prendre autrement, c'est par le prisme des droits de propriété attachés aux divers lieux empruntés qu'a été défini le régime juridique des différentes catégories d'eaux : les eaux ne sont pas traitées par ce code, hormis à l'article 714, comme une ressource en tant que telle ou comme un milieu mais plutôt comme l'accessoire du fonds que leur cours borde ou traverse. L'article 552[86] du code civil dispose que : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous […]* » et son article 546[87] que la propriété englobe, par le « *droit d'accession* », ce qui « *s'y unit accessoirement, […] naturellement* ». Mais l'eau du dessus et du dessous, qui complète et « *s'unit* » si naturellement à la propriété du sol, parce que seul le propriétaire de ce sol peut facilement accéder au sous-sol, peut tout aussi bien s'en échapper aussitôt.

Ce bien fugitif, dont les qualités ne répondent guère aux dispositions de l'article 544[88] du code civil (« *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue…* »), est-il facilement susceptible d'appropriation ? Sage est la réponse apportée par l'article 543[89] de ce code aux termes duquel : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.* » Lorsque l'eau est immobile ou au repos, son régime juridique est attrait par le régime de propriété du lieu qui l'accueille. Lorsque en revanche elle ruisselle d'une propriété à une autre ou « court », le droit de propriété ne peut plus appréhender un fluide qui ne fait que passer et prend, en étroite relation avec la propriété des lieux traversés, la forme atténuée d'un droit d'usage – relatif – ou d'une servitude de « passage »[90].

La simplicité apparente de ces principes, quoique difficiles à mettre en pratique, explique sans doute l'extraordinaire stabilité des articles 640, 644 et 645 du code civil – demeurés inchangés depuis 1804 – qui traitent de l'eau courante et de son usage, selon la ligne tracée par le droit romain[91]. Les articles 641 à 643, les seuls à consentir une propriété tempérée sur certaines eaux – les eaux pluviales et l'eau de source –, ont en revanche été modifiés en 1898, même si, pour l'essentiel, il s'est agi de prendre en compte la jurisprudence, elle-même fort stable, ou de renouer avec des principes plus anciens (l'annexe 5 retrace l'historique des différents articles du code civil et l'annexe 8 la jurisprudence de la Cour de cassation à leur sujet).

Le régime juridique des eaux courantes : un droit d'usage tempéré par le droit de propriété

L'eau qui s'écoule ou l'eau courante, régie par les articles 640, 644 et 645 du code civil, peut se présenter sous deux grandes formes : les eaux de ruissellement et l'eau des cours d'eau.

Le régime des eaux de ruissellement est défini par l'article 640 en vertu duquel : « *Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.* » De portée très générale, cet article enserre les propriétaires voisins dans des obligations réciproques au regard des eaux qui s'écoulent d'un fonds à l'autre.

L'eau des cours d'eau, très convoitée dans la France métropolitaine du XIXe siècle, fait l'objet de l'article 644 : « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public (par l'article 538 au titre « De la distinction des biens »)*[92]*, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.* »

L'article 645 s'efforce de prévenir les conflits d'usage que la mention de l'irrigation pourrait susciter à l'intérieur du monde agricole ou avec lui : « *S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété…* »

La rédaction de ces trois articles est toute d'équilibre : si un droit sur l'eau semble reconnu, une obligation en découle immédiatement pour le voisin, pour le propriétaire du fonds supérieur, pour celui du fonds inférieur ou à l'égard de celui à qui l'eau peut être utile… Excluant tout droit de propriété[93], ces dispositions, qui ne concernent pas les cours d'eau appartenant au domaine public fluvial de l'État, composé à l'époque des fleuves et rivières navigables[94], ne consentent qu'un droit d'usage enserré dans des obligations réciproques entre les personnes concernées[95].

L'article 644, qui n'accorde au propriétaire riverain qu'un droit d'usage sur les eaux courantes des rivières, avait-il pour effet de ranger les cours d'eau non domaniaux dans la catégorie des biens privés[96] ? En d'autres termes, fallait-il lier le sort du lit aux eaux et ranger les cours d'eau non domaniaux dans les biens « *qui n'appartiennent à personne* »[97] ? Ou, au contraire, séparer le sort des eaux du sort du lit qui les accueille et reconnaître au riverain la possession de ce dernier ?

Si cette question a été très débattue par la doctrine[98] tout au long du XIXe siècle, la Cour de cassation a rangé le lit et l'eau au rang « *des choses qui n'appartiennent à personne* » (art. 714 du code civil)[99], sans jamais manifester d'hésitation[100].

Elle aurait pu également songer à soutenir que le code civil avait toujours implicitement reconnu au riverain la propriété du lit, puisque les articles 556 à 562[101] règlent en sa faveur la question de la propriété des alluvions, atterrissements, îles et autres « *produits* » issus de la vie des cours d'eau. Ces articles, qui figurent au

chapitre relatif au « *droit d'accession relativement aux choses immobilières* », se combinent néanmoins aisément avec les articles 552 et 546 du code civil : le riverain possède un droit sur l'alluvion dans la mesure où celle-ci s'agrège à son fonds [102]. La propriété de l'alluvion présupposerait donc implicitement mais nécessairement la propriété du sol et du lit. Ce raisonnement n'était toutefois pas convaincant puisque le code civil ne donne la faculté de « *disposer* » du lit du cours d'eau que lorsque les eaux ont définitivement abandonné leur lit.

Débarrassé par l'article 3 de la loi du 8 avril 1898 (« *Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives* » [103]) de la mention des cours d'eau non domaniaux à l'article 563 du code civil, ce pan du droit frappe par sa stabilité et sa cohérence : les riverains propriétaires du lit des cours d'eau non domaniaux disposent d'un droit d'usage sur l'eau [104], tandis que les personnes publiques propriétaires des cours d'eau domaniaux ont seules l'usage de l'eau.

Une différence subsiste néanmoins entre les deux catégories de propriétaires : les personnes publiques propriétaires des cours d'eau domaniaux ne sont pas soumises aux mêmes restrictions d'usage que les riverains, en particulier aux dispositions du 2e alinéa de l'article 644 (« *Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire* »). L'État y échappe dans la mesure où il agit dans l'intérêt général. La loi des 12-20 août 1790 a ainsi chargé l'administration de « *diriger, autant qu'il serait possible, les eaux vers un but d'utilité générale d'après les principes de l'irrigation* » [105]. Cet intérêt général est également sauvegardé par la protection accordée au domaine : dès l'ordonnance sur les eaux et forêts d'août 1669 (Titre XXVII, articles 42 et 43), le roi a interdit de faire aucune construction dans les fleuves et rivières navigables. Cette disposition a été reprise par un arrêté du Directoire exécutif du 19 ventôse an VI, puis l'article 40 de la loi de 1898 a figé cette règle en prévoyant que : « *Aucun travail ne peut être exécuté et aucune prise d'eau ne peut être pratiquée dans les fleuves et rivières navigables ou flottables sans autorisation de l'administration.* » Cette disposition figure aujourd'hui à l'article L. 2124-8 du code général de la propriété des personnes publiques [106].

Autrement dit, le droit d'usage de l'eau appartient, sur les cours d'eau domaniaux, aux personnes publiques propriétaires, et les personnes intéressées, n'y ayant aucun droit, qui souhaitent en prélever ne peuvent le faire qu'en vertu d'une autorisation précaire et révocable, assortie du paiement d'une redevance [107]. Et si l'article 10 de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 [108] (articles L. 214-1 et s. du code de l'environnement) a ultérieurement institué un régime général d'autorisation et de déclaration des prélèvements en eau, également applicable à l'ensemble des cours d'eau, cette police de l'eau ne préjuge en rien du droit d'accès à l'eau de ces cours d'eau qui demeure réglé par les droits de propriété sous-jacents.

Eaux pluviales et eau de source : un droit de propriété tempéré par les usages

Au sein des articles 640 à 645 du code civil, seuls les articles 641 et 642 concèdent une propriété sur l'eau au sens de l'article 544 du code. Ils visent le premier les eaux pluviales (« *Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds* » [109]), le second l'eau de source (« *Celui qui*

a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage »).

Ces deux articles n'ont pas la même origine ni la même histoire.

– Aucune disposition du code civil dans sa version de 1804 ne traitait de la question de la propriété de l'eau de pluie. L'importance pratique de cette question a cependant nourri une importante jurisprudence[110] tout entière dictée par le principe simple selon lequel chacun a la pleine propriété des eaux de pluie qui tombent sur son fonds en vertu du droit d'accession[111], combiné au droit de propriété du sol. Cette construction jurisprudentielle a été reprise par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, qui est à l'origine de la rédaction précitée et toujours en vigueur de l'article 641[112].

Mais si cette loi consacre la jurisprudence attribuant la pleine propriété des eaux de pluie au propriétaire du fonds, elle précise immédiatement que cette eau retrouve le droit commun dès lors qu'elle sort du terrain et que, si elle bénéficie d'une servitude naturelle d'écoulement, l'usage qui en est fait ne doit pas l'aggraver. L'article 641 dispose à cet égard que : « *Si l'usage de ces eaux [pluviales] ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur.* » Cette disposition fait écho à l'article 640 précité du code relatif aux servitudes mutuelles qui découlent du passage naturel des eaux d'un terrain à l'autre.

– Le droit de propriété sur les eaux de source figure en revanche à l'article 641 du code civil dès sa version de 1804 : « *Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription*[113]. » S'agissant d'un véritable droit de propriété selon la Cour de cassation, le propriétaire du fonds sur lequel elle jaillit peut aveugler la source, la détruire, la détourner, la vendre ou la donner. Un maire ne peut pas, pour cette raison, ouvrir à certains habitants d'une commune l'usage d'un puits privé (CE, 8 juillet 1936, *Millot*, rec. p. 744)[114]. Le législateur de 1804, sans doute conscient des réalités de la vie rurale avant l'arrivée de canalisations d'eau potable dans les campagnes, a toutefois ménagé une priorité pour l'alimentation humaine en eau potable : selon l'article 643, dans sa rédaction alors applicable : « *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire* » [115]. Ce droit demeure néanmoins relatif, puisque ce même article le circonscrit immédiatement : « *mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts* ». Le maître du fonds conserve en tout état de cause la propriété de l'excédent d'eau de source non utilisé par les habitants.

Sous ces réserves, la captation d'une eau de source par son propriétaire n'entraîne aucun dommage indemnisable pour les usagers situés en aval[116]. Et si les litiges relatifs à l'exploitation d'une source sont en principe soumis au juge judiciaire, la juridiction administrative est compétente pour connaître d'un litige de travaux publics portant sur le captage d'une source par une collectivité publique (CE, 5 août 1892, *Ville de Poitiers*, rec. p. 690 ; CE, Sect., 26 mars 1976, *Colboc c/ commune de Saint-Bonnet-Elvert*, p. 183 ; CE, 15 février 1989, *Mignot*, Leb. p. 53), hypothèse dans laquelle les articles 640 et 642 du code civil ne s'appliquent pas, ou impliquant une communauté de communes ayant décidé de

construire une unité de production d'eau de source pour contribuer au développement et à l'emploi (TC, 8 juin 2009, *Communauté de communes Jura Sud c/ Soc. Safege Environnement et autres*, req. nº 3678, AJDA, 2009, p. 1175).

– L'article 552 du code civil dispose que : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. […] Il [le propriétaire du fonds] peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.* » Respectant le caractère absolu du droit du propriétaire du sol sur les eaux de source, la jurisprudence a étendu ce droit aux eaux souterraines, c'est-à-dire aux eaux n'ayant pas encore émergé à la surface[117] selon un raisonnement parfaitement vertical : le propriétaire du fonds possède l'eau de source de ce fonds, une eau nécessairement issue du dessous.

Le droit de propriété de la source s'étend donc aux eaux souterraines, ce qui contraste singulièrement avec l'étendue limitée des droits sur l'eau courante. Les rédacteurs du code, et leurs inspirateurs romains, n'avaient sans doute pas envisagé, à une époque où l'état des techniques ne permettait ni de forer profondément dans le sol ni d'en extraire de grands volumes, la postérité de cette question.

Si le caractère absolu de ce droit emporte le « *droit du propriétaire du sol d'intercepter les veines d'eaux souterraines*[118] » (« *Il peut faire au-dessous toutes les […] fouilles […]* »), il ne s'exerce, néanmoins, qu'à hauteur de ce que ce propriétaire peut capter (« *[…] et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir* ») et ce dernier n'a droit à aucune indemnité si la source se tarit par suite de travaux effectués sur un fonds voisin.

Un tel droit s'est heurté au XIXe siècle au régime minier, institué par une loi de 1810 qui a été codifiée au code minier en vertu de la loi nº 56-838 du 16 août 1956. Selon cette loi, des ressources du sous-sol limitativement énumérées ne peuvent être exploitées que si l'État l'autorise sous la forme d'une concession minière, conférant, dans ce cas, un droit immobilier distinct de la propriété de la surface et un droit exclusif d'exploitation au profit du concessionnaire. Deux droits de propriété se sont alors opposés et le propriétaire de la source d'eau douce en est sorti vainqueur : jamais le code minier n'a inclus cette dernière dans son champ d'application[119] et si l'exploitation d'une mine tarit une source dans le périmètre de la concession, la jurisprudence retient la responsabilité du concessionnaire de la mine[120]. Mais comme l'article 552 du code civil réserve l'application de la loi minière et des lois de police, les concessions déclarant comporter toute propriété du sol et du sous-sol sont soumises à la restriction de l'article 552 du code civil si ce dernier a été rendu applicable sur le territoire non métropolitain visé par la concession (avis de la section des finances du 23 mai 1934, nº 211782 pour une concession accordée en Côte d'Ivoire en 1897).

Confronté à l'évolution des techniques, le législateur, sans clore le débat en faveur de l'un ou l'autre des intérêts en présence, s'est efforcé de concilier les principes et intérêts antagonistes auxquels il était confronté par des législations sectorielles et a progressivement tempéré le caractère initialement absolu du droit de propriété de la ressource en eau tirée du sol. La loi du 17 juin 1840 pour la recherche et l'exploitation des eaux salées prévoit que les propriétaires du dessus perdent la propriété des eaux salées du dessous, sauf concession minière[121].

De même, la loi de 1856 relative à la protection et à la conservation des sources d'eau minérales restreint le droit du propriétaire d'exploiter pour son compte les eaux souterraines dans des périmètres fixés autour de ces sources à proportion de leur intérêt public. Il en va de même de la loi du 27 juillet 1880 pour la protection des eaux minérales et des sources servant à l'alimentation des villes, villages, hameaux et établissements publics.

Dans l'intervalle, les législations relatives aux eaux destinées à l'alimentation humaine ont été sans cesse maintenues et modernisées, pour figurer finalement dans les différents codes correspondants, au premier rang desquels le code de la santé publique[122].

La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux modifie, pour une première et unique fois, les articles 641 et 642 du code civil qui encadrent le droit de propriété sur les eaux souterraines sans, pour autant, en bouleverser l'équilibre. La garantie accordée aux «*habitants d'une commune, village ou hameau*» est reprise à l'article 642 dans une rédaction plus ouverte («*user*» remplace «*changer le cours*») et devient «*Il [le propriétaire de la source] ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire.*» Cet article se combine à l'article 643 dans sa nouvelle rédaction où apparaît la notion de «*cours d'eau*» : «*Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs.*»

Cette loi limite aussi le droit de celui qui possède une source dans son fonds : s'il «*peut toujours user des eaux à sa volonté*», ce droit s'inscrit «*dans les limites et pour les besoins de son héritage*» (article 642 1er alinéa du code civil). Cette atténuation n'a toutefois pas modifié l'équilibre général des droits de propriété : eau de source et eau souterraine relèvent de la propriété privée. La jurisprudence le réaffirme de manière constante[123].

En revanche, les pouvoirs de police, après des débuts timides comme en témoignent, par exemple, le décret-loi du 8 août 1935 relatif à la protection des eaux souterraines[124] et son décret d'application du 4 mai 1937, qui ont soumis à autorisation les prélèvements à plus de 80 m de profondeur effectués dans les départements de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne[125], n'ont pas cessé de s'élargir. Les dispositions de ce décret ont été étendues aux départements du Nord, du Pas-de-Calais et de la Gironde. Puis l'article 113 du code rural et la loi du 16 décembre 1964 ont institué des procédures d'autorisation pour les captages d'eau superficielle, de source ou souterraine pour respectivement l'alimentation en eau potable des agglomérations et les usages non domestiques de l'eau.

Toute cette évolution législative trouve son parachèvement avec l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992, qui institue un régime général d'autorisation et de déclaration des prélèvements en eau.

En résumé, tirant les conséquences des possibilités offertes par les instruments scientifiques de mesure ou une technique toujours plus efficace et prenant conscience de l'importance grandissante des prélèvements effectués dans les sources et les eaux souterraines – on est passé en moins de deux siècles de l'eau du puits à l'eau de pompage –, le droit de l'eau, sans remettre en cause l'économie générale des articles 641 à 643 du code civil, s'est efforcé de concilier

de manière nouvelle les intérêts en présence. Cette évolution pourrait être justifiée de la façon suivante : sauf à s'évaporer ou à être absorbée par un organisme vivant, l'eau puisée a toujours vocation un jour à devenir courante et, à l'issue de sa course, à retrouver son milieu ainsi que le droit commun.

Finalement, la propriété de l'eau reconnue au propriétaire du fonds est étroitement circonscrite à l'eau de pluie et à l'eau du puits, eau de source ou eau souterraine. Elle est en outre incomplète, partielle et contrainte et, en tout état de cause, très éloignée de la propriété au sens de l'article 544 du code civil. Elle est également provisoire et fugitive puisque l'eau, y compris stagnante (mares, étangs, enclos, retenues…) finit, tôt ou tard, par ruisseler ou reprendre son cours naturel[126] : cette eau courante est enserrée dans un réseau étroit d'obligations réciproques entre propriétaires de fonds voisins et l'eau des cours d'eau se trouve soumise soit à un droit d'usage restreint au bénéfice du riverain pour ce qui concerne les cours d'eau non domaniaux, soit à la garde de l'État, garant de l'intérêt général, ou des collectivités territoriales pour ce qui concerne les cours d'eau domaniaux.

L'eau, chose *qui n'appartient à personne* au sens de l'article 714 du code civil, voit donc son usage, qui appartient bel et bien à tous, borné par les droits que chacun tire de son droit de propriété immobilière, publique ou privée. Si la police administrative de l'eau permet d'assurer un partage de la ressource en eau conforme à l'intérêt général, elle demeure impuissante face aux droits de propriété de chacun. Aussi, c'est à la puissance publique seule, investie des pouvoirs les plus étendus pour faire prévaloir l'intérêt général sous le contrôle du juge[127], qu'il incombe d'assurer un égal accès de tous à l'eau.

1.2.3.2.4. Droit de l'eau et grandes lois sur l'eau

Élaboré par touches successives, le droit de l'eau est pour la doctrine le fruit d'une succession de « grandes lois » ayant défini, en fonction de circonstances ou d'objectifs propres à chaque époque, le régime juridique applicable aux principales catégories d'eaux. L'annexe 9 passe en revue leurs apports respectifs.

Légiférer sur l'eau s'avère en réalité une entreprise délicate, lorsque la norme nouvelle doit s'inscrire dans le partage préexistant des droits de propriété ou d'usage rappelé ci-dessus. La loi du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles, dont certaines dispositions examinées en annexe 10 ne sont jamais entrées en vigueur, illustre ces difficultés.

La notion de « grande loi sur l'eau » doit dès lors être relativisée. Le modèle français de l'eau est un modèle de gestion de l'eau (cf. 1.3.1.) ou plutôt de discours rationnel sur l'organisation et le financement de sa gestion – car la pratique diffère souvent de l'épure théorique – et pas du tout un modèle de législation sur l'eau.

Depuis la loi du 8 avril 1898, aucune loi n'a réussi à saisir la matière dans sa globalité et à traduire ce modèle de gestion en une législation cohérente et aisément applicable dans la longue durée. La loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique n'a pas été intégralement appliquée. La loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique suscite toujours des difficultés d'application. La loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et la lutte contre leur pollution n'a pas été intégralement appliquée et son esprit a été rapidement perdu de vue sur plusieurs

points essentiels. La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, qui ne s'est pas attaquée au problème essentiel, celui du droit de propriété, a également connu des échecs amplement soulignés en doctrine, tels celui du service public d'assainissement non collectif (cf. 2.3.1.2.) ou le nombre très faible des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE) élaborés. La loi du 29 juin 1984 n'a pas non plus été appliquée dans ses dispositions essentielles. Le projet de loi sur l'eau adopté en Conseil des ministres le 27 juin 2001 a fait long feu…

Objet extrêmement difficile à saisir pour et par le droit, l'eau pose un problème de méthode d'élaboration et de cohérence d'ensemble de la norme juridique qui n'a pas encore trouvé de solution satisfaisante en France. Finalement, la norme juridique récente qui surplombe toutes les autres et va structurer ce droit dans la longue durée est la directive-cadre sur l'eau de 2000. Elle contribue à réintroduire, non sans douleur pour tous les États membres, une cohérence dans le droit de l'eau en ayant changé d'approche : cessant de sédimenter les textes, elle part des résultats à atteindre à long terme et instaure à intervalles réguliers des comptes rendus sur leur atteinte. Avec ce renversement de perspective, l'ampleur des moyens mis en œuvre et la qualité des systèmes d'information disponibles pour appliquer le droit deviennent la question centrale pour les États. La complexité juridique autoentretenue du droit national ne peut, de ce dernier point de vue, que retarder le moment où la France atteindra les objectifs fixés au niveau communautaire et contribuer à un gaspillage de ses moyens.

1.3. Gestion, organisation, financement et gouvernance de l'eau

La France s'est dotée d'un modèle original de gestion de l'eau. La fourniture du service y repose sur une complémentarité voulue entre les rôles de l'État et des collectivités territoriales et sur une multitude d'administrations et d'institutions. La gestion locale de l'eau peut indifféremment être assurée directement par ces collectivités ou par le biais d'une délégation de service public. Le financement et la gouvernance de l'eau présentent de ce fait, par rapport aux autres domaines de l'action publique, des caractéristiques spécifiques.

1.3.1. Le modèle français de gestion de l'eau

À la faveur de la loi du 16 décembre 1964 sur l'eau, un modèle ou une école française de la gestion de l'eau a définitivement pris forme. Cinq traits dominants le caractérisent[128] :

• une gestion intégrée de toute la ressource – superficielle et souterraine – par grands bassins hydrographiques[129], avec dans chacun d'eux une agence financière ; si cette gestion intégrée est en passe d'être étendue à la gestion du littoral (art. 35 de la loi du 3 août 2009 et conclusions du « Grenelle de la mer » réuni en juillet 2009)[130], elle n'est cependant jamais allée jusqu'à provoquer l'homogénéisation en métropole du régime juridique des eaux superficielles et des eaux souterraines (cf. 1.2.3.2.3. et 2.5.2.5.) ;

• la planification et la fixation d'objectifs par grands bassins, celles-ci prenant depuis la loi de 1992 la forme d'un SDAGE, accompagné de programmes de mesures et d'investissements pluriannuels ;
• l'association des collectivités territoriales et de tous les usagers à la définition des politiques de l'eau dans les bassins-versants et leurs sous-bassins ;
• une gestion décentralisée du service public local de l'eau par les collectivités territoriales qui fait largement appel à la délégation ;
• le financement du service public de distribution d'eau potable et d'assainissement non pas sur des crédits budgétaires mais par l'usager et de la dépollution par le pollueur (principe du pollueur-payeur) ; ces dernières ressources étant réutilisées – sans loi de juste retour – au profit de ceux qui consentent des efforts pour préserver la quantité et la qualité de l'eau.

Le secteur de l'eau employait selon l'IFEN 125 000 personnes en 2006 (33 000 dans la production et la distribution et 92 000 dans la gestion des eaux usées)[131], les emplois correspondants étant diffus sur l'ensemble du territoire. Et la France compte parmi ses entreprises non seulement les deux premières multinationales de l'eau (les groupes Veolia Eau, ex-Compagnie générale des eaux, et Lyonnaise des eaux, filiale de Suez Environnement, devant Aguas de Barcelona et Thames Water), mais encore de nombreuses sociétés d'ingénierie, adhérant au SYNTEC-Ingénierie, ou de fabrication de matériels ou d'équipements, adhérant à l'Union des industries de l'eau, qui gagnent de nombreux contrats à l'étranger. Il ne faut pas oublier non plus les laboratoires d'analyse ni tous les experts en hydrologie. Toutes ces entreprises soutiennent ou font avancer la recherche privée[132]. Le bassin-versant Seine-Normandie constitue de ce point de vue un laboratoire vivant pour l'amélioration des technologies : à la fin des années 1990, la moitié des travaux de recherche publiés en anglais dans le monde étaient relatifs aux expérimentations et améliorations conduites sur ce bassin. Des instituts de recherche publics tels le CNRS, le CEMAGREF[133], l'INRA, le BRGM, l'IFREMER, l'IRD ou le CIRAD sont également présents, avec plus de 3 000 chercheurs, sur cette thématique avec des travaux dont la réputation dépasse les frontières de l'Hexagone. Toutes les institutions actives dans le secteur (agences de l'eau, sociétés d'aménagement régionales, syndicats intercommunaux, organismes de formation, organismes de coopération internationale…) reçoivent en outre de nombreuses délégations étrangères venant se familiariser avec le modèle français de la gestion de l'eau ou se former.

Un modèle de gestion qui s'est exporté

Ce modèle, même s'il n'a jamais été appliqué en France dans toutes ses composantes, s'est largement exporté[134].

La gestion de l'eau par bassin-versant a été mise en œuvre par une cinquantaine de pays dans le monde, à la réserve près que peu ont institué des agences financières pour financer leur politique de l'eau. Reprise par l'Union européenne et notamment la directive-cadre sur l'eau de 2000, elle est maintenant systématiquement recommandée par les organisations internationales (cf. 1.4.).

Les multinationales françaises de l'eau ont par ailleurs largement profité de la déréglementation du statut et du financement des opérateurs en Europe et de ce que certains ont appelé la « marchandisation » ou la « privatisation » de l'eau à la fin des années 1980[135]. Les mots ne doivent cependant pas abuser : la gestion de l'eau dans le monde demeure à plus de 95 % une affaire publique et

le nombre d'usagers desservis en eau potable par des compagnies privées n'a jamais dépassé le chiffre de 350 millions. Et le pourcentage de l'eau facturée par les compagnies privées ne dépasse pas 3 % de la consommation domestique mondiale. En France même, les infrastructures demeurent toutes une propriété publique. Cette « marchandisation » a pris selon les pays plusieurs formes : privatisation des réseaux (Royaume-Uni en 1989)[136], mise en place à partir des années 1980 au Chili, en Californie et en Australie de marchés de droits et montée en puissance des contrats de délégation ou BOT (*build, operate and transfer*) dans les grandes agglomérations du tiers-monde. Alors que 90 millions d'usagers de l'eau ou de l'assainissement étaient desservis par des compagnies privées dans le monde en 1988, dont 40 millions en France, ce chiffre grimpe à 200 millions en 1998 et les trois principales compagnies françaises revendiquent en 2000 250 millions d'abonnés sur les 278 millions desservis au plan mondial[137]. Devenues actives sur les cinq continents, ces dernières ont largement bénéficié de cette vague porteuse, soutenue par les institutions financières internationales. En 2006, elles réalisaient à l'étranger un chiffre d'affaires deux fois plus élevé que celui réalisé en France et y employaient près de 100 000 personnes, soit deux fois plus qu'en France[138]. En 2008, près de 350 millions d'usagers restent desservis par une firme privée dans le monde, dont 160 millions dans les pays en développement ; sur ce total, 235 millions le sont par des entreprises françaises.

Après une vague d'expansion, les vents ont tourné dans les années 2000[139]. Un signal important fut « la guerre de l'eau[140] » qui eut lieu à Cochabamba (Bolivie) en 1999 et surtout entre janvier et avril 2000 entre usagers agricoles et domestiques, d'une part, et la société américaine Bechtel, titulaire d'une concession d'une durée de quarante ans, et l'État bolivien, d'autre part. Ce conflit s'acheva par la résiliation de la concession. D'autres suivirent : Atlanta et Manille en 2003, Buenos Aires en 2006[141] et La Paz en 2007 ; en Afrique subsaharienne une dizaine des vingt-cinq principaux contrats rencontrèrent également des difficultés à cette époque[142]. La Banque mondiale relativise après coup le phénomène en relevant que 8 % seulement des contrats conclus depuis 1990 ont été annulés avant l'échéance prévue. Depuis cette vague de résiliations, le partenariat public-privé s'est recentré sur l'Europe centrale, l'Asie et l'Océanie. Et la Banque mondiale a modifié sa doctrine, prônant le multipartenariat et le renforcement des compétences (les « *water operators partnerships* » ou WOP) ainsi que le partage des risques entre public et privé[143], au lieu d'un transfert intégral du risque du public au privé. L'expérience ayant montré que les habitants des grandes métropoles étaient réticents à payer dans leur facture d'eau le financement de l'extension des réseaux[144], les nouveaux contrats sont également de taille plus modeste et d'une durée plus courte et les principes de tarification ont dû être réajustés (cf. 1.4.3.).

Quoi qu'il en soit, les entreprises françaises ont appris en quelques années, parfois au prix fort, à gérer l'eau sous toutes les latitudes, sous tous les climats, sur toutes les variétés de sols et dans tous les types de sociétés et renforcé leur potentiel de recherche et d'adaptation aux environnements les plus variés. Même si elles ont dû faire des choix et n'investissent plus partout, c'est un atout à l'heure où la demande d'eau reste à la hausse au plan mondial et où les préoccupations liées au changement climatique prennent partout de l'importance.

1.3.2. Un rôle sans cesse accru pour les collectivités territoriales

Composante essentielle du modèle français de gestion de l'eau, la complémentarité des rôles de l'État, dont les responsabilités dans ce domaine ont été rappelées en introduction au présent rapport, et des collectivités territoriales est ancienne et voulue. Une grande question n'a pas cessé de prédominer à ce sujet, celle de savoir où placer le curseur entre centralisation et décentralisation. Depuis les lois de décentralisation adoptées au début des années 1980, le poids des collectivités territoriales a été constamment renforcé, en particulier celui des communes en matière d'eau et d'assainissement.

1.3.2.1. Une affaire essentiellement communale

Une idée est communément répandue depuis le XIXe siècle : la distribution de l'eau potable constituerait une affaire communale par nature[145]. Mais la loi du 5 avril 1884 ne l'affirme pas expressément.

Eau potable : une affaire communale par nature ?

Dans le silence de la loi, la doctrine[146] a rattaché cette compétence à l'article 97 de la loi de 1884 qui énumère, au nombre des pouvoirs de police du maire, ceux qui concernent le nettoiement des voies publiques ainsi que la prévention des accidents et fléaux calamiteux, tels que les incendies, les inondations et les maladies épidémiques ou contagieuses. Le fondement juridique de la compétence communale résiderait ainsi principalement dans la police de l'hygiène et de la salubrité confiée au maire par la loi de 1884[147] et accessoirement dans les autorisations d'occupation du domaine public impliquées par la réalisation en sous-sol de réseaux d'adduction d'eau potable par les délégataires du service[148].

La loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique a conforté cette compétence communale en matière d'hygiène et de salubrité.

Mais la compétence communale n'a jamais été exclusive pour le Conseil d'État, puisque celui-ci a jugé qu'« *aucun texte de nature législative ne confère l'exclusive compétence aux seules communes* » en matière d'organisation de la distribution de l'eau et qu'en application du décret du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique les départements peuvent décider d'intervenir dans les domaines économiques et sociaux si un intérêt départemental le justifie (CE, 13 mars 1985, *Ville de Cayenne*, Leb. p. 76)[149].

Il a donc fallu attendre la loi du 30 décembre 2006, soit près d'un siècle et demi, pour que la compétence communale soit enfin indiscutablement affirmée en matière d'eau potable (art. L. 2224-7 et L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales), sous réserve des compétences exercées par les départements et les associations syndicales autorisées[150] à la date de publication de cette loi.

La compétence communale obligatoire se limite toutefois à la distribution de l'eau potable, les autres services – production, transport et stockage – demeurant

facultatifs. Finalement, la compétence communale, obligatoire ou facultative, recouvre aujourd'hui les missions suivantes :
• l'élaboration d'un schéma de distribution d'eau potable déterminant les zones desservies par le réseau de distribution ;
• la production de cette eau, qui comprend l'établissement des périmètres de protection des captages de l'eau destinée à la consommation humaine ;
• le traitement de l'eau ;
• son transport et son stockage dans des réservoirs ;
• sa distribution au moyen d'un réseau de canalisations jusqu'au branchement individuel et aux compteurs des usagers.

L'ambiguïté longtemps entretenue sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités territoriales n'a pas été sans conséquence sur la mosaïque institutionnelle qui prévaut aujourd'hui.

L'assainissement, service communal par détermination de la loi

L'assainissement, apparu plus tardivement, a été assimilé à la distribution d'eau potable et considéré comme un service public communal par le législateur depuis la loi du 3 janvier 1992 (art. L. 2224-8 du CGCT)[151].

L'article L. 2224-8 du code général des collectivités territoriales distingue toutefois deux types de services : l'assainissement collectif et l'assainissement non collectif. Le premier consiste à collecter les eaux usées pour les amener vers une station d'épuration où elles sont traitées avant d'être rejetées dans le milieu naturel. L'assainissement non collectif consiste à contrôler les installations individuelles privées non raccordées au réseau public et, facultativement, à les entretenir en vue d'assurer la salubrité publique[152] (avis de la section de l'intérieur du 10 avril 1996, n° 358.783, Études et documents n° 48, p. 295). Les conditions de transfert de cette dernière compétence à un EPCI sont complexes et impossibles à expliquer brièvement[153]. 13 000 communes sur 36 000 ne sont pas équipées d'un assainissement collectif, 84 % d'entre elles comptant moins de 400 habitants.

La collecte des eaux pluviales

Cette compétence communale est souvent rattachée à l'assainissement, car la moitié des réseaux d'assainissement sont unitaires, c'est-à-dire collectent dans le même réseau eaux usées et eaux pluviales. Dans cette hypothèse, elle comporte la réalisation et la gestion des réseaux de canalisations, des ouvrages de stockage (déversoirs d'orage et/ou bassins à ciel ouvert ou enterrés) et des installations de traitement et d'épuration de ces eaux. Et elle doit être transférée globalement, avec la compétence assainissement, à un EPCI lorsqu'un transfert est obligatoire. Mais cette liaison entre collecte des eaux pluviales et assainissement n'est ni générale ni absolue[154]. Et le financement de ce service facultatif fait l'objet de dispositions spécifiques. Car, complication supplémentaire, la nature juridique de ces trois services n'est pas identique : au terme d'une évolution sinueuse retracée en annexe 11, les services de distribution d'eau potable et d'assainissement sont considérés comme des services publics industriels et commerciaux (SPIC), quel que soit leur mode d'exploitation, tandis que le service de collecte des eaux pluviales est resté un service public administratif (SPA).

1.3.2.2. Les départements : le financement du raccordement en milieu rural

Les départements ont joué un rôle prépondérant dans le financement des équipements d'adduction d'eau potable et d'assainissement dans les zones rurales[155]. Ils continuent à financer l'équipement dans trois domaines – eau, électricité et aménagement rural[156]–, jouent le rôle de maître d'ouvrage dans l'aménagement hydraulique, apportent une assistance technique, maintenant devenue obligatoire et encadrée par la loi, aux communes rurales[157] et financent les aides permettant le maintien de l'accès à l'eau pour les plus démunis (cf. 1.3.5.3.). Ils sont également chargés de préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels. Ils contribuent aussi, sur une base volontaire, à améliorer et à faire fonctionner les outils de connaissance, de planification (SAGE et schéma départemental d'eau potable et d'assainissement) et de coordination nécessaires à la mise en œuvre de la politique de l'eau. Entre 1996 et 2002[158], la part de l'environnement dans le budget des départements (environ 3,2 %) est restée stable. Ils consacrent environ deux tiers de leurs dépenses environnementales à l'eau, les deux postes principaux étant la gestion des eaux usées (39,2 % du budget environnement, soit 494 M€ en moyenne par an) et celle de la ressource en eau (19,1 % du budget, soit 241 M€ en moyenne par an).

1.3.2.3. Les régions : une implication récente mais grandissante

L'implication des régions est traditionnellement plus faible mais a vocation à s'intensifier[159]. Elles sont susceptibles d'intervenir par l'intermédiaire des contrats de projet conclus avec l'État, en participant à des syndicats mixtes, à des syndicats d'aménagement hydraulique ou aux établissements publics territoriaux de bassin et dans le cadre de compétences telles que la gestion des espaces ou parcs naturels régionaux. En vertu de l'article 31 de la loi du 3 janvier 1992, les régions sont également habilitées à entreprendre l'étude, l'exécution et l'exploitation de tous travaux, ouvrages ou installations présentant un caractère d'intérêt général et visant l'approvisionnement en eau[160].

La part de l'environnement dans le budget des régions a fortement augmenté depuis 1999, essentiellement en raison des dépenses pour l'environnement urbain en Île-de-France et dans une moindre mesure dans l'Ouest, et atteint 4,3 % en 2002.

L'eau en représente le deuxième poste : 18,2 % de ce budget y sont consacrés, dont 11,20 % aux eaux usées – soit 52 M€ en moyenne par an – et 3,9 % à la protection des eaux de surface, continentales et marines – soit 18 M€ en moyenne par an. Calculées hors Île-de-France, ces moyennes donnent une physionomie différente : avec plus de 10 % des dépenses, la protection des eaux de surface devient le troisième poste le plus important, suivi par les eaux usées en quatrième position. Mais l'investissement des régions – 77 M€ selon l'Institut français de l'environnement (IFEN) en 2002 – demeure nettement plus faible que celui des départements.

En résumé, la fourniture d'eau s'est développée à partir du XIX^e^ siècle comme un service public local et, d'abord réservée aux grandes villes, l'adduction d'eau potable n'est parvenue dans toutes les campagnes qu'à la fin du XX^e^ siècle[161]. Il

aura donc fallu environ un siècle et demi pour que pratiquement tous les Français bénéficient à domicile d'un accès généralisé et continu[162] à l'eau potable sous pression. La France est également relativement bien couverte par des dispositifs d'assainissement, même si leur fonctionnement ne donne pas encore entière satisfaction. La diffusion de ces services est le résultat d'une politique d'aménagement du territoire volontariste, largement financée par des subventions dans la seconde partie du XX^{e} siècle, mais aussi et surtout d'une mobilisation des collectivités territoriales sur le sujet.

1.3.3. Les administrations étatiques et les institutions du secteur de l'eau

Comme la législation qui la régit, la gestion de l'eau par l'État s'est toujours caractérisée par un paysage administratif extrêmement morcelé au niveau tant central que régional ou départemental.

Des administrations centrales multiples et insuffisamment coordonnées

De nombreux ministères sont chargés de cette gestion au niveau central : il en existe autant que d'usages de l'eau. Les compétences au sein de l'État sont donc réparties de longue date entre les ministères de la Santé, de l'Agriculture, de la Forêt et de la Pêche, de l'Industrie et des Mines, de l'Intérieur et des Collectivités locales, de l'Aménagement du territoire, de l'Urbanisme et du Logement, des Transports, de la Marine marchande, du Tourisme, des Sports et des Loisirs, de la Mer… sans parler des ministères à compétence transversale, qui ont également à traiter ces affaires (Justice, Finances, Environnement, Affaires étrangères…). De nombreux établissements publics ou services à compétence nationale interviennent également : l'Office national des forêts (ONF) pour la gestion forestière et la lutte contre les incendies de forêt, l'Institut national de l'environnement industriel et des risques (INERIS) pour l'évaluation des risques sanitaires, le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) pour l'hydrogéologie et les eaux souterraines, Météo France pour les données pluviométriques et la prévention des inondations, le CEMAGREF pour de nombreuses recherches appliquées de toute nature sur l'eau et des appuis à l'action publique, l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) pour la surveillance du niveau de radioactivité des eaux, le Bureau d'étude technique et de contrôle des grands barrages (BETCGB) et le Service technique de l'énergie électrique et des grands barrages (STEEGB) pour le contrôle des barrages, l'Institut français pour l'exploitation de la mer (IFREMER) en zone littorale…

En application de la loi sur l'eau de 1964, un comité interministériel assure la coordination entre les treize ministères compétents. Présidé par le ministre du Plan et de l'Aménagement du territoire, ses travaux sont préparés par la mission interministérielle de l'eau (MIE), dont les attributions ont été fixées en dernier lieu par l'article 2 du décret n^{o} 2005-636 du 30 mai 2005 relatif à l'organisation de l'administration dans le domaine de l'eau et aux missions du préfet coordonnateur de bassin.

La création par décret du 2 février 1971 d'un ministère de l'Environnement amorce un mouvement de regroupement progressif de bon nombre de ces services mais pas de tous. Le ministre de l'Environnement préside la MIE, qui coordonne elle-même l'activité des agences de bassin. La police des eaux entame une

unification partielle au profit de ce ministère en 1976 (cf. 2.5.3.). Une direction de l'eau et de la prévention de la pollution et des risques est créée en 1987. La loi du 3 janvier 1992 accélère ce mouvement de regroupement des compétences au sein du ministère de l'Environnement et prévoit notamment la constitution d'une base de données sur l'eau[163]. Mais la mise en place de la direction de l'eau est longue et laborieuse : les moyens des agences de bassin sont vingt fois supérieurs à ceux de l'État et sont mis en place deux fonds de concours[164] alimentés par les agences de bassin pour financer les services ou les programmes de l'État, puis en 2000 le Fonds national de solidarité pour l'eau alimenté par un prélèvement de solidarité pour l'eau opéré sur les agences de l'eau et dont le montant est fixé par la loi de finances[165]. La direction de l'eau et de la biodiversité supervise en définitive la protection de la ressource et son exploitation.

La prévention et la gestion des risques lui ont toutefois été récemment retirées pour être confiées à une direction générale de la prévention des risques (DGPR), créée par le décret n° 2008-680 du 9 juillet 2008, désormais chargée de la coordination interministérielle des politiques de prévention des risques majeurs, la direction de la sécurité civile demeurant chargée, en vertu du décret n° 2008-682 du 9 juillet 2008, de la préparation, de la coordination et de la mise en œuvre des mesures de protection des populations ainsi que de la prévention des risques civils et de la planification des mesures de sécurité civile[166].

Une administration originale au niveau du bassin

Un regroupement analogue s'opère à compter de 1964 au niveau des agences de bassin et de la région.

Un préfet coordonnateur de bassin, mentionné à l'article L. 213-7 1er alinéa du code de l'environnement et dont les attributions sont précisées dans le décret déjà mentionné du 30 mai 2005, garantit la cohérence entre les orientations décidées au niveau de l'agence de bassin et l'action quotidienne des préfets de région et de département. Ses pouvoirs ont été renforcés par ce décret, qui le désigne également comme l'autorité compétente pour la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau.

Une mission déléguée de bassin[167] placée auprès de chacune des agences coordonne l'action des administrations concernées ; un délégué de bassin assure le secrétariat de la mission à partir de 1981. En 1987, les pouvoirs des préfets de région coordonnateurs des agences de bassin et du délégué sont renforcés.

L'élaboration des SDAGE sous l'autorité des préfets de région à compter de 1992 contribue également à assurer une plus grande cohérence dans l'utilisation et la préservation de la ressource.

Un comité technique régional de l'eau coordonne l'action des différents services régionaux, sous l'impulsion de la direction régionale de l'environnement (DIREN), dont les compétences sont renforcées au fil du temps. Les DRIRE jouent également un rôle primordial dans le contrôle des installations classées pour la protection de l'environnement. Le décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) réorganise les services régionaux de l'État en fusionnant la DIREN et la DRIRE. La création des DREAL, qui comptent 876 ETP dédiés à l'eau, devrait se traduire par une réduction d'ici à 2011 du nombre des services traitant des affaires relatives à l'eau.

Trois administrations départementales de premier rang

Les administrations départementales chargées de l'eau sont aussi nombreuses que les administrations centrales, avec trois administrations particulièrement actives : les directions départementales de l'agriculture, de l'équipement et des affaires sanitaires et sociales (DDASS)[168], les deux premières ayant été récemment réunies au sein des directions départementales de l'équipement et de l'agriculture (DDEA).

En vue de surmonter la dispersion des services et l'éclatement des responsabilités, l'action des services est coordonnée par une mission interservices de l'eau (MISE)[169], qui regroupe les directeurs des principaux services déconcentrés et des établissements publics locaux, et repose sur la mise en place de délégations interservices de l'eau (DISE). Depuis 2005, un service unique de l'eau, qui peut varier selon le département, assure la police de l'eau. La coordination entre les différents services extérieurs de l'État et de ses établissements publics s'est donc améliorée.

De nouveaux regroupements de services sont en cours, avec la constitution de deux pôles importants pour traiter des affaires d'eau : la direction départementale de la protection des populations et de la cohésion sociale (DDPPCS), qui regroupera la DDASS et la direction départementale des services vétérinaires (DDSV) chargée du contrôle des installations classées, et la direction départementale des territoires qui réunira notamment les DDEA et les services « environnement » des préfectures. L'annexe 12 dresse, pour le département de Loir-et-Cher, la liste des services compétents par grands domaines avant la réforme en cours des services extérieurs de l'État.

Des réorganisations inachevées : multiplication des établissements publics et opacité budgétaire

Le regroupement des services centraux ou déconcentrés demeure inachevé si bien que l'administration de l'eau demeure complexe et peu lisible[170].

Il s'accompagne aussi de la multiplication du nombre des établissements publics[171] ou des agences, avec une distinction croissante entre la conception des politiques et leur mise en œuvre par des opérateurs dotés de la personnalité morale. Ce schéma, qui fonctionne depuis longtemps pour l'ONF ou pour les ports maritimes et fluviaux, a été étendu aux agences de l'eau, à leurs établissements publics territoriaux (art. L. 213-12 du code de l'environnement), au Conseil supérieur de la pêche, à l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS), aux parcs nationaux, au Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, à l'IFREMER, à Voies navigables de France (VNF) en 1991[172] puis en dernier lieu à l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), établissement public administratif créé par l'article 88 de la loi du 30 décembre 2006. Cet établissement a reçu comme mission principale de mener et de soutenir des actions nationales favorisant une gestion globale, durable et équilibrée de la ressource en eau et des écosystèmes aquatiques. Il est donc appelé à jouer un rôle de premier plan en sa triple qualité d'agence d'objectifs, d'agence de moyens mais aussi d'opérateur de recherches sur certains thèmes[173]. L'ONEMA met ainsi en place les bases de données sur l'eau (cf. 2.3.7.), contribue à la transparence sur le prix de l'eau (2.3.5. et 2.3.6.) et conserve un rôle important en matière de police de l'eau (cf. 2.5.3.2.3.). Chargé

de missions assez hétérogènes, il est demandé à cet établissement d'être présent sur beaucoup de fronts à la fois.

Selon le Sénat, l'organisation budgétaire ne permet pas davantage, même en mode LOLF, de donner une vision d'ensemble des interventions de l'État, très dispersées dans onze programmes dépendant de quatre missions, ni des effectifs consacrés à cette politique. L'essentiel du financement de la politique de l'eau a d'ailleurs été débudgétisé et transféré aux agences de l'eau ou à des fonds spécialisés comme le fonds de prévention des risques naturels majeurs. L'organisation budgétaire reste donc à mettre en harmonie avec le principe de la gestion intégrée, associée au modèle français de gestion de l'eau.

Des missions faisant appel à l'ensemble des services et des moyens : l'exemple de la prévision des crues pour informer sur les inondations

Pour assurer ses différentes missions, l'État utilise indifféremment ses services centraux ou locaux et mobilise tous les types de moyens en sa possession. L'organisation, en vertu de l'article L. 564-1 du code de l'environnement, de la surveillance, de la prévision et de la transmission de l'information sur les crues en fournit un bon exemple.

Il s'appuie, dans ce domaine, sur plusieurs administrations ou services : le centre météorologique Météo France de Toulouse qui publie quotidiennement une carte de vigilance à quatre niveaux, le Service central d'hydrométéorologie et d'appui à la prévision des inondations (SCHAPI)[174], les 23 services de prévision des crues (SPC) issus des 52 services d'annonce de crue[175] et régis par les articles R. 564-1 et s. du code de l'environnement, les DIREN, Météo France qui transmet aux SPC des avertissements «*précipitations*» et «*vigilance*» ainsi que des bulletins de précipitations, les commissions départementales des risques naturels majeurs…

En métropole, environ 20 000 km de cours d'eau traversant le territoire de 6 300 communes font l'objet d'une surveillance par les services de l'État grâce à 1 500 stations hydrométriques qui mesurent en temps réel les niveaux et débits de ces cours d'eau. Les services chargés de la prévision des crues utilisent les données pluviométriques qu'ils acquièrent directement mais aussi des informations météorologiques, observées et prévues, fournies par Météo France afin de détecter et anticiper les événements pluvieux susceptibles de faire réagir les cours d'eau. Le rassemblement de toutes ces données permet au ministère de l'Environnement, en lien avec les 22 SPC de l'Hexagone, de produire quotidiennement une carte de vigilance «crues» diffusée sur le site www.vigicrues.ecologie.gouv.fr qui présente en temps réel les données mesurées, le niveau de vigilance et le risque potentiel de crues sur le réseau surveillé par l'État. La vigilance pour les crues est destinée à informer tous les publics intéressés, particuliers ou professionnels, sous une forme simple et claire. Elle s'adresse notamment aux autorités publiques chargées de la sécurité civile (préfets et maires), qui déclenchent l'alerte si nécessaire et mobilisent les moyens de secours.

90 % de la population habitant en zone inondable bénéficie de ce système d'annonce qui, de l'avis général, fonctionne de mieux en mieux, la seule lacune identifiée demeurant l'insuffisant effort de prévision des phénomènes de ruissellement urbain.

L'État s'appuie aussi sur des documents de nature très diverse : des schémas comme le schéma directeur de prévision des crues (SDPC) établi dans chaque bassin-versant, des plans comme les plans de prévention des risques naturels (PPRN) et des programmes comme les programmes d'action pour la prévention des inondations (PAPI), des règlements comme les règlements de surveillance, de prévision et de transmission de l'information sur les crues (art. L. 564-3 du code de l'environnement), des atlas des zones inondables, des inventaires des repères de crues[176]…

Il reste toutefois très difficile d'identifier les moyens humains et financiers que l'État consacre à la gestion des risques naturels, car ceux-ci sont, à l'image de la gestion de l'eau en général, très dispersés[177] : les crédits consacrés à cette gestion et à cette prévention atteindraient 759 M€ par an, dont 135 M€ au titre des inondations. La direction de l'eau estime pour sa part à 400 personnes les effectifs des services d'hydrométrie et de prévision des crues.

Des instances consultatives nombreuses

La plus notoire est le Comité national de l'eau, créé par l'article 15 de la loi du 16 décembre 1964, mentionné à l'article L. 213-1 du code de l'environnement et régi par le décret n° 2007-833 du 11 mai 2007 modifié par le décret n° 2008-74 du 23 janvier 2008. Ce dernier décret (art. D. 213-8) a en particulier précisé la composition du comité consultatif chargé en son sein de donner un avis sur le prix de l'eau facturé aux usagers et la qualité des services publics de distribution d'eau et d'assainissement.

1.3.4. La gestion du petit cycle de l'eau 178 par les collectivités territoriales

Deux débats principaux ont émaillé l'histoire du secteur depuis le début du XIXe siècle[179] : la place respective de la gestion publique et de la gestion privée d'une part[180], la dissociation entre la fourniture d'eau et celle des autres services publics locaux (énergie…) par les communes, d'autre part. Un autre débat s'est récemment superposé à ceux-là : celui de la place de l'intercommunalité.

Un tableau indescriptible

Le service de l'eau destinée à la consommation humaine se décompose en quatre prestations principales : la production de l'eau potable, sa distribution, la collecte des eaux usées, puis leur traitement en station d'épuration avant leur rejet dans la nature.

Ces quatre prestations peuvent être dissociées ou regroupées en tout ou partie chez le même opérateur, ce qui ouvre la voie à de nombreuses configurations[181]. Elles peuvent en outre être exercées directement par la commune ou transférées à un EPCI. Elles peuvent de plus être exercées directement en régie ou déléguées[182].

Des situations mixtes se rencontrent, aussi bien pour la fourniture d'eau que pour l'assainissement : une commune peut produire l'eau en régie et déléguer sa distribution ou collecter les eaux usées et ne pas les traiter. On sait ainsi par exemple que :

- 14 000 communes, rurales surtout, assurent la production et la distribution de l'eau, en régie le plus souvent ;

• 20 000 communes assurent la distribution de l'eau potable, la collecte des eaux usées et leur traitement[183], mais, parmi celles-ci, 3 610 achètent à un tiers les volumes d'eau potable qu'elles distribuent ;
• 2 500 communes assurent la collecte des eaux usées sans en assurer le traitement, qui peut être confié, en vertu d'un marché public de gestion, à une station extérieure à la commune. Il s'agit pour l'essentiel de petites communes, car, depuis le 1er janvier 2006, les agglomérations de plus de 2 000 habitants sont tenues de collecter et de traiter les eaux usées en vertu de la directive eaux résiduaires urbaines de 1991 et beaucoup ont fait le choix de la gestion en régie.

Complication supplémentaire dans ce paysage morcelé mais facteur de souplesse, la délégation du service, possible depuis 1853[184], peut prendre plusieurs formes : l'affermage, la concession et la régie intéressée. Le contrat de partenariat est venu s'ajouter à cette liste, mais, assez logiquement si l'on considère que l'usager doit financer l'eau potable, très peu de contrats de ce type ont été signés pour l'instant[185].

Brosser un tableau précis des modes de gestion qui résultent d'un tel éventail de possibilités, d'un tel émiettement et d'une telle complexité est devenu impossible.

Des choix de gestion différents pour l'eau et l'assainissement mais une facture liée

La délégation gagne régulièrement du terrain pour l'alimentation en eau potable[186] et occupe la place prépondérante (52 % des communes, mais 72 % de la population sont desservies par un délégataire)[187]. Pour l'assainissement, la régie municipale reste prédominante (62 % des communes mais 45 % seulement de la population desservie)[188].

Alors que les redevances pour l'alimentation en eau potable et l'assainissement sont facturées ensemble à l'abonné, en fonction de sa consommation d'eau potable, minoritaires sont finalement les collectivités ou entités qui exploitent ensemble les deux services : la région parisienne illustre cette situation de dissociation entre distribution de l'eau potable et épuration des eaux (cf. note 151) même si le retour, à Paris, de la distribution d'eau potable en régie en 2010 se traduit par une simplification du paysage du côté de la distribution en ramenant le nombre d'opérateurs de trois à un.

L'Italie a pris le problème à bras-le-corps avec la loi Galli du 5 janvier 1994 en décidant d'unifier au profit d'une même collectivité territoriale la gestion de l'eau potable et de l'assainissement, qu'il faut bien analyser comme les mêmes eaux à deux stades différents de leur cycle. L'Angleterre et le pays de Galles ont fait de même à l'occasion de la privatisation de 1989 : les dix plus grandes des 21 *Regional Water Authorities* transformées en compagnies privées sont intégrées et couvrent toute les opérations allant du captage de l'eau jusqu'à l'assainissement des eaux usées – ce sont des *Water and Sewerage Companies* (WSC) dont le nombre s'est réduit à treize par suite de fusions-acquisitions, les 11 *Water Only Companies* ne jouant plus qu'un rôle local marginal.

La montée en puissance de l'intercommunalité…

Le cadre communal s'avérant, ainsi que le soulignait la Cour des comptes dès son rapport public de 1997 (*La Gestion des services publics locaux d'eau et*

d'assainissement), souvent inadapté pour organiser la fourniture de ces quatre prestations[189], de nombreuses communes se sont regroupées pour les offrir[190].

L'intercommunalité, sous ses différentes formes[191], a de manière constante été encouragée par l'État et par la jurisprudence[192]. Elle progresse : 70 % des communes desservant 60 % de la population appartiennent actuellement à un syndicat à vocation unique[193], à un syndicat à vocation multiple ou à une intercommunalité en vue d'assurer la production ou la distribution d'eau potable. Son poids est moindre en matière d'assainissement[194].

… avec des régimes dissemblables

S'agissant des communautés urbaines et des communautés d'agglomération (articles L. 5215-20, L. 5215-20-1 et L. 5216-5 du CGCT), la loi fait des compétences eau et assainissement un bloc homogène. Dès lors, les communautés urbaines, à titre obligatoire, et les communautés d'agglomération, lorsque ces compétences ont été choisies à titre optionnel, sont intégralement substituées aux communes pour exercer en leurs lieu et place ces deux compétences. Leur transfert ne peut donc pas être modulé puisque la loi n'a pas prévu pour ces EPCI qu'elles soient sécables.

Pour les communautés d'agglomération en revanche, un transfert peut être limité à une partie des missions recouvrant les compétences eau et assainissement présentées ci-dessus dans le cas où, ayant déjà transféré trois des six compétences prévues, elles se dotent de ces missions à titre facultatif.

S'agissant des communautés de communes, des syndicats de communes et des syndicats mixtes (articles L. 5214-16, L. 5212-1, L. 5711-1 et L. 5721-2 du CGCT), plusieurs situations sont à distinguer. Pour les communautés de communes, celles qui ne sont pas éligibles à la DGF bonifiée, soumises aux règles de l'article L. 5214-16, sont autorisées à être investies de tout ou partie des compétences en matière d'assainissement. Elles peuvent donc exercer l'assainissement collectif ou non collectif ou opérer une scission fondée sur d'autres critères au sein du bloc assainissement collectif ou du bloc assainissement non collectif. Les communautés de communes éligibles à la DGF bonifiée, soumises aux règles de l'article L. 5214-23-1 du CGCT, sont pour leur part tenues d'exercer intégralement l'assainissement collectif et non collectif lorsque ce bloc de compétences est choisi à titre optionnel.

Pour les syndicats de communes et les syndicats mixtes, les compétences eau et assainissement ne sont pas spécifiquement désignées par la loi. Par conséquent, lorsque les communes décident de les transférer, elles peuvent le faire soit de manière globale, soit en ne transférant qu'une partie de ces compétences.

Ces EPCI doivent définir de manière précise dans leurs statuts le contenu des compétences exercées, sans faire référence à la notion d'intérêt communautaire. En effet, cette notion ne s'applique que pour certaines compétences obligatoires et optionnelles. Les compétences eau et assainissement ne sont jamais d'intérêt communautaire selon la loi, même lorsqu'elles sont obligatoires pour une communauté urbaine et optionnelle pour une communauté d'agglomération. Cette disposition facilite l'exercice des compétences eau et assainissement par les syndicats et donc indirectement leur exercice intercommunal.

Il résulte de cette montée en puissance de l'intercommunalité, conjuguée avec la consécration récente par la loi d'une compétence communale pour la

distribution d'eau potable, une complexité et un enchevêtrement des compétences amplement soulignés par tous les auteurs et tous les acteurs.

En pratique, le transfert de la compétence en matière de distribution d'eau potable à un EPCI a, dans deux tiers des cas, été suivi dans le passé d'une délégation du service. C'est moins vrai aujourd'hui : la ville centre a de plus en plus tendance à imposer son mode de gestion aux autres membres de l'EPCI.

Le resserrement récent du régime juridique de la délégation et de passation des contrats

Le développement de la délégation n'aurait pas été possible sans une définition précise par le juge administratif de la notion de service public et sans un cadre juridique clair et stable délimitant les droits et devoirs respectifs de l'autorité délégante et du délégataire.

Mais ce cadre juridique, principalement d'origine jurisprudentielle, a subi de substantielles modifications depuis les années 1990. D'une part, la loi nationale a introduit, avant même que le droit communautaire ne se saisisse du droit des concessions, des règles de transparence plus strictes que celles imposées ultérieurement par le droit communautaire : elle a limité la durée des contrats de délégation de manière à favoriser la rotation de leurs titulaires[195], organisé un référé précontractuel en cas de méconnaissance des règles de mise en concurrence (art. 50 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques)[196] puis a interdit le paiement par le délégataire de tout droit d'entrée au délégant (art. 76 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 sur l'environnement). D'autre part, le droit communautaire (jurisprudence *Telaustria*), en renforçant ensuite les exigences de publicité et de mise en concurrence[197], a réduit la liberté de choix *intuitu personae* du prestataire, qui a longtemps caractérisé le droit français de la concession.

La jurisprudence a également fortement restreint, par référence à la loi du 29 janvier 1993, la possibilité autrefois largement ouverte aux parties de modifier substantiellement le contrat après sa signature et donc la souplesse inhérente au contrat de délégation (TA Grenoble, 7 août 1998, *Bernard Betto*, req. n° 962133, BJCP, 1999, n° 2, p. 181, concl. Christian Cau ; Dr. adm., octobre 1998, p. 12, comm. 303 ; CE, section des travaux publics, avis du 19 avril 2005, n° 371.234, rapport public 2006, p. 197), solution qui est également celle retenue par la CJCE en matière de marchés publics (CJCE, 19 juin 2008, Pressetext *Nachrichtenagentur c/ Autriche*, C 454/06). Elle a en revanche maintenu la possibilité de conclure des contrats à durée indéterminée pour les contrats organisant le service public de l'eau potable ne relevant ni des marchés publics (CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, Leb. t. p. 878 pour un traité de gérance requalifié en marché public) ni de la délégation[198].

La jurisprudence découlant de cette législation récente – notamment de la loi du 29 janvier 1993 et de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement – continue à évoluer. Le Conseil d'État vient ainsi de juger qu'une convention de délégation signée pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans avant l'intervention de ces lois et dont la durée d'exécution restant à courir à compter de février 1993 est supérieure à la durée maximale autorisée ne pouvait plus, quand cette durée maximale est atteinte, continuer à être régulièrement exécutée ; dans le cas particulier

d'une délégation portant sur la distribution d'eau potable, s'ajoute à cette exigence celle de ne pas dépasser, en tout état de cause, une durée d'exécution de vingt ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, sauf justifications particulières soumises au TPG (CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, AJDA, 2009, p. 1090, chron. Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi, *Contrats et marchés publics*, n° 5, mai 2009, comm. 164 par Gabriel Eckert ; Fleur Pellerin et Laurent Olléon, *Caducité des délégations de service public dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets : comment aborder l'échéance 2015 ?*, BJCL, 2009, n° 9, p. 586). La justification retenue par le Conseil d'État pour appliquer, malgré son silence sur ce point, la loi nouvelle aux contrats en cours repose sur un impératif d'ordre public, « *qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* ». Le Conseil d'État a donc écarté deux solutions : d'une part, la constatation de la nullité des contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pour une durée incompatible avec elle, d'autre part, l'obligation pour les parties de modifier par avenant leur durée afin de rendre les contrats conformes aux exigences de la loi nouvelle. La solution retenue consiste à juger que les avenants éventuellement conclus après l'intervention de la loi nouvelle ne peuvent la méconnaître et surtout que les clauses d'un contrat antérieur permettant la poursuite de son exécution pour une durée résiduelle supérieure à celle prévue par la loi ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle la durée maximale prévue par la loi est atteinte. Les conséquences pratiques qu'il convient de tirer de cette jurisprudence pour les quelque 500 contrats en cours concernés par cette jurisprudence sont évoquées plus loin (cf. 2.3.5.).

L'eau et les autres services locaux : gestion unifiée ou séparée

Selon les pays, leur législation et leurs traditions, les différents services locaux (électricité, gaz, enlèvement des déchets…) sont gérés séparément ou par les mêmes entités. Leur gestion commune présente des économies d'envergure (accès à un financement moins coûteux, entretien conjoint des installations, unification des relevés de consommation et facturation au même client final, etc.).

En France, les nationalisations effectuées en 1946 ont abouti à la séparation entre la fourniture d'eau et d'électricité et la loi impose aujourd'hui l'attribution et la gestion séparées de ces services. Dans la réalité, leur gestion est souvent le fait des mêmes opérateurs : des communes ou des intercommunalités assurent fréquemment la fourniture simultanée de plusieurs services. Et les grands groupes privés délégataires du service public de l'eau exercent aussi, la plupart du temps, un spectre large d'activités : outre l'eau potable, l'enlèvement et le traitement des déchets[199], la fourniture d'énergie, l'exploitation de services de transport, la fourniture de services de télécommunications ou de communication… En Allemagne, tous ces services sont rendus localement par des entreprises multiservices, les *Stadtwerke*, aujourd'hui sociétés de droit privé détenues par les collectivités territoriales et dans lesquelles leurs représentants exercent une influence déterminante. Ces sociétés bénéficient de conditions avantageuses pour la mise à disposition du domaine public communal ou d'équipements publics. Elles mutualisent la fourniture des divers services locaux, notamment entre électricité, eau potable et transports publics, et prati-

quent entre eux une péréquation financière que le droit communautaire tend à prohiber[200].

S'agissant de l'organisation et la gestion des services d'eau potable, la France présente en définitive une configuration singulière en Europe : elle n'a connu récemment ni les mouvements de concentration des services locaux survenus dans certains des pays voisins[201] ni la centralisation de la gestion aux mains de l'État[202].

Dans un pays où la gestion de l'eau a depuis le XIXe siècle plutôt été de fait considérée comme une affaire communale et où prévaut la liberté de choix du mode de gestion par la collectivité territoriale, les parts respectives de la gestion publique et de la gestion privée tout autant que les modalités privilégiées de la gestion publique et de la gestion privée ont beaucoup fluctué. Brossées à grands traits, les évolutions ont été les suivantes : à la prépondérance de la gestion privée dans la seconde partie du XIXe siècle succède une période de remontée de la gestion publique qui dure jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, puis s'amorce un lent déclin[203] ; au sein de la gestion publique, il est de moins en moins recouru à la régie simple, la réglementation ayant par étapes imposé entre la fin des années 1930 et le début des années 1990 l'individualisation du service et le recouvrement des coûts[204] ; au sein de la gestion privée, alors que la concession a largement dominé au XIXe siècle, ce sont l'affermage et la régie intéressée qui ont pris le dessus, lorsque la gestion privée a recommencé à croître à la fin des années 1980[205].

Et si le paysage reste très fragmenté du côté public avec quelques conséquences néfastes bien répertoriées[206], il l'est moins du côté de la gestion déléguée dont le développement a contribué, avec l'intercommunalité, à dépasser la maille communale : trois groupes privés réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 5 Mds€ sont dominants et le savoir-faire qu'ils ont acquis en France leur a permis de s'internationaliser dans les années 1990.

1.3.5. Le financement du petit cycle de l'eau

Deux questions essentielles se posent au sujet du financement de ce service : celle du financement des investissements et celle de sa tarification. Les contraintes communautaires obligent également à se demander si les tarifs pratiqués permettent ou non de couvrir l'intégralité des coûts.

1.3.5.1. Les investissements : leur financement et leur renouvellement

Le financement des investissements et des extensions de réseaux peut en théorie être assuré par l'usager ou par le contribuable ou par un mixage entre ces deux types de financement. Les investissements, une fois réalisés, sont également à entretenir et à renouveler.

Des investissements lourds et de très longue durée

Les métiers de l'eau se caractérisent par des investissements lourds et de longue durée qui en font une activité à prépondérance de coûts fixes, lesquels représenteraient, selon les experts, de 80 à 85 % des charges d'un exploitant.

L'alimentation en eau potable reposait en 2001 sur 32 000 installations de captage, souterraines pour la plupart[207], 12 000 installations de fabrication de l'eau potable[208], 16 000 installations de distribution[209] et sur des réseaux[210] comportant environ 560 000 km de conduites enfouies[211] par lesquelles ont transité 5,8 Mds de m^3 et 120 000 km de branchements entre les différents sites de captage, de fabrication, de distribution ou de stockage (30 000 réservoirs ou châteaux d'eau)[212].

L'assainissement reposait à la même époque sur des réseaux de collecte des eaux usées comportant plus de 250 000 km de canalisations[213] et sur 16 000 installations d'épuration.

Tous ces équipements sont en France, comme dans la plupart des pays du monde, le plus souvent la propriété de collectivités publiques[214]. Ces dernières finançaient d'ailleurs 69 % des investissements en 2006 (58 % pour les collectivités territoriales organisatrices du service et les intercommunalités, 11 % pour les départements et les régions), le solde étant pris en charge par les agences de l'eau (18 %) et les délégataires privés (13 %)[215].

En 2003, le montant des investissements a été selon l'IFEN de 5,12 Mds€, se décomposant en 3,51 Mds€ pour l'assainissement (66 % dans les réseaux et 33 % dans les stations) et 1,61 Md pour l'eau potable (75 % dans les réseaux et 25 % pour les autres équipements). Avec 70 % du total, l'assainissement, qui a démarré plus tard et qui reste en phase de rattrapage, occupe une place prépondérante dans les investissements.

Un renouvellement insuffisant des infrastructures ?

Leur durée de vie étant variable[216], il faut renouveler les réseaux constitués dans la longue durée avec le soutien de subventions publiques[217]. Il importe donc de vérifier régulièrement si chaque pays consent l'effort d'entretien mais surtout d'investissement nécessaire pour assurer la pérennité de ses différents réseaux. L'uniformisation et le relèvement des normes communautaires en matière d'eau et d'assainissement ont ici un impact considérable et posent une question simple à formuler : les pays membres dégagent-ils suffisamment de moyens financiers pour assurer à la fois la complétude des réseaux, l'amélioration de la qualité, la préservation et le renouvellement de la ressource en eau et le remplacement des installations existantes ? Certains en doutent sérieusement s'agissant de la France[218], en particulier parce que les règles de la comptabilité publique ont, jusqu'à la loi du 30 décembre 2006, empêché les collectivités territoriales de provisionner normalement le remplacement de leurs immobilisations.

La valeur du réseau était estimée à 85 Mds€ en 2001[219], ce qui donne une annuité d'amortissement de 850 M€ pour une durée de vie estimée de cent ans et de 1,7 Md€ si cette dernière est de cinquante ans. Mais la valeur à neuf ressort plutôt à 200 Mds€[220], auxquels il faut ajouter les 25 Mds€ représentant la valeur à neuf des 5 millions d'installations privées d'assainissement. L'investissement annuel total réalisé en France se monte à 4,7 Mds€[221], se décomposant en 1,7 Md pour l'eau, 2,4 Mds pour l'assainissement[222] et 0,6 Md pour l'investissement autonome en assainissement. Si ce chiffre correspond à 2 % de la valeur à neuf des installations et donc à un renouvellement de l'équipement tous les cinquante ans, soit à un rythme satisfaisant, il inclut des investissements de capacité. Le Conseil économique, social et environnemental estime pour sa part que

le taux de renouvellement du réseau se situe entre 0,6 % et 1 % par an[223], taux qui lui semble insuffisant eu égard à l'ancienneté de ce réseau.

1.3.5.2. Le prix du service facturé à l'usager

Présente dans la nature, l'eau constitue une ressource libre d'accès et de nombreuses civilisations ont pratiqué, avant la prise de conscience récente de sa valeur économique au plan international et communautaire, la gratuité de l'eau ou, plus exactement, du service de l'eau[224]. La législation française en porte toujours la trace : l'article L. 1321-1 du code de la santé publique dispose que : « *Toute personne qui offre au public de l'eau en vue de l'alimentation humaine, à titre onéreux ou à titre gratuit et sous quelque forme que ce soit, […] est tenue de s'assurer que cette eau est propre à la consommation.* »

La France n'échappe pas au paradoxe : 13 % seulement des prélèvements donnent lieu à facturation, les plus importants s'accompagnant uniquement du paiement à l'agence de l'eau d'une redevance pour prélèvement dans le milieu.

Si la facturation touche surtout les consommateurs domestiques et industriels, tous les volumes mis à disposition des abonnés domestiques ou industriels ne donnent pas lieu à paiement : sur les 5,8 Mds de m^3 d'eau potable distribués en 2001, seuls 4,2 milliards ont été payés ; 3 % des volumes livrés n'ont pas été facturés (nettoyage de la voirie, lutte contre les incendies[225], etc.) tandis que 24 % des volumes produits et non payés correspondent aux fuites des réseaux[226]. En 2006, les volumes ayant donné lieu à facturation sont les suivants : 4,5 Mds de m^3 d'eau potable et 3 Mds de m^3 d'eaux assainies sur les 7 Mds de m^3 d'effluents traités.

1.3.5.2.1. Le prix de l'eau potable

L'accès à l'eau potable peut s'accompagner de différents paiements de la part de l'usager : des frais de raccordement ou de branchement au réseau[227], un dépôt de garantie (90 € en moyenne) ou une demande de caution solidaire ou une avance sur consommation lors du raccordement[228] ; puis, au cours de la vie du contrat, un abonnement[229] et une facturation au volume indexée sur certains paramètres[230], le rythme d'émission de la facture dépendant du niveau de consommation[231] ; et en fin de contrat des frais de résiliation d'abonnement ou de coupure du branchement (30,8 € en moyenne en France selon l'OIE).

Les différents types de tarification

Trois types de tarification sont pratiqués dans le monde, dont certains peuvent être combinés.

Nombre de pays développés (Royaume-Uni, Irlande, Norvège, Danemark, Pays-Bas, États-Unis, Canada, Nouvelle-Zélande, etc.) appliquent une tarification volumétrique, c'est-à-dire proportionnelle au volume consommé, après service rendu. La France, où est pratiquée une tarification binôme non obligatoire, peut se rattacher à ce groupe dans la mesure où la tarification est principalement liée au volume consommé.

On prête à ce type de tarification la vertu d'inciter à limiter les pertes et les fuites dans les parties cachées des réseaux et des installations privées, mais sa mise en œuvre présuppose la généralisation de compteurs individuels pour les usages

domestiques. À défaut, on se réfère à la valeur foncière du logement ou à ses caractéristiques de confort (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande, Colombie…).

D'autres pays développés (Royaume-Uni, région des Flandres en Belgique, Luxembourg, Australie) ou en développement (Colombie, Mexique, Afrique du Sud) ont en outre introduit une tarification sociale ou solidaire, qui tient compte de la capacité à payer des différentes catégories sociales et qui avantage certaines d'entre elles (familles nombreuses, personnes à faible revenu ; malades). Cette tarification comporte une réduction sur l'abonnement lorsqu'il existe et/ou la fourniture d'une quantité d'eau à prix réduit. Elle repose donc sur une péréquation entre groupes d'usagers et parfois de contribuables (Chili)[232].

Un autre groupe de pays (Espagne, Portugal, Italie, Grèce, Turquie, Iran, Maroc, Tunisie, Algérie, Bolivie, Brésil, Pérou, Venezuela, Indonésie, Sénégal, Mali, Mauritanie…) pratique la tarification progressive, c'est-à-dire la vente de tranches successives de volumes d'eau à prix croissant. La première tranche – dont le volume varie selon les pays – est parfois cédée à un tarif nul (Afrique du Sud) ; le plus souvent, elle l'est à tarif réduit. L'existence d'une première tranche à tarif réduit ou nul concrétise le droit d'accès à l'eau et est censée prévenir les phénomènes de discrimination dans cet accès[233]. Le tarif des autres tranches augmente avec la consommation. Ce type de tarification, qui fait également appel à des phénomènes de péréquation entre groupes d'usagers, est censé inciter ceux-ci à réduire leur consommation globale d'eau. Et, en l'absence de compteurs individuels, la tarification varie selon la taille du logement et ses caractéristiques de confort.

Des prix qui varient fortement d'une localité à l'autre

Le plus souvent produite sur place, l'eau est un service dont le prix fluctue selon les endroits[234]. Son prix est d'ailleurs fixé librement[235] et localement, soit tous les ans par la collectivité qui exploite le service en régie[236], soit approuvé pour cinq ans par la collectivité concédante. Responsabilité locale, gouvernance locale, ressource locale, service local et prix local[237] vont donc de pair dans le modèle français de gestion de l'eau, qui exclut pour ce service toute péréquation géographique. Associé à la complexité de l'organisation et à l'enchevêtrement des compétences, il débouche sur une absence de tout référentiel national de coût pour l'eau et sur la dénonciation de l'opacité de son prix. Les niveaux de tarification semblent en effet à première vue entachés d'incohérence, même s'il ne s'agit pas dans les trois cas du même produit : avec 1 €, le consommateur achète 11 000 litres d'eau brute d'irrigation en Provence, 600 litres d'eau du robinet à Paris mais seulement 5 litres d'eau de source et 2 litres d'eau minérale du Massif central.

Pour répondre à cette critique récurrente, la loi du 30 décembre 2006 a prévu deux grands types de mesures. D'une part, elle prévoit un effort national de transparence en confiant à l'ONEMA une mission de rassemblement des données sur l'eau[238] (cf. 2.3.7.), dont son prix, et une appréciation sur le rapport qualité/prix par le Comité national de l'eau. D'autre part, au plan local, elle impose l'intervention d'un règlement de service (art. L. 2224-12), acte réglementaire adopté par l'assemblée délibérante et applicable quel que soit le mode de gestion retenu, qui doit définir, en fonction des conditions locales, les prestations assurées et les obligations respectives de l'exploitant, des abonnés, des usagers et des propriétaires, et toute fourniture d'eau fait l'objet d'une facturation au

tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante (art. L. 2224-12-1 nouveau du CGCT). Ce règlement est obligatoirement communiqué à tout nouvel abonné et mis à la disposition des usagers. Si ces dispositions permettent d'assurer localement le respect de l'égalité de traitement entre usagers appartenant à une même catégorie, elle n'apporte aucune réponse aux disparités de tarif ou de règlements de service entre communes[239].

Des différentiels de coût bien identifiés

Les éléments de coût entrant dans la détermination du prix de l'eau sont les suivants[240] : la nature de la ressource[241] et de son utilisation[242], les traitements nécessaires pour la rendre potable[243], la longueur des réseaux[244] et l'ampleur des infrastructures techniques, la distribution plus ou moins coûteuse selon la configuration des lieux et l'agglomération ou la dispersion de l'habitat[245], la récupération des eaux usées et leur assainissement et la plus ou moins grande sensibilité du milieu où ces eaux sont rejetées, le poids des taxes. La consommation sert en effet aussi d'assiette à la perception de taxes, de droits et de redevances[246], qui renchérissent le prix de l'eau. 18 % de la facture correspond actuellement à des redevances et taxes[247] : résultat d'une sédimentation historique, elles font peser sur le consommateur d'eau potable des charges qui ne relèvent pas à l'évidence de son budget (le traitement des eaux pluviales et la lutte contre les inondations, l'entretien des voies fluviales, la coopération décentralisée…). L'annexe 13 synthétise les flux financiers entre les différents acteurs.

Selon l'Institut français de l'environnement, le prix de l'eau variait selon les départements entre 1,8 et 3,8 € le m^3 en 2001[248] et entre 1,9 € (Hautes-Alpes) et 4 € en 2004 (Morbihan). Il est le plus élevé en Bretagne, en Île-de-France et en Nord-Pas-de-Calais et le moins élevé dans le quart sud-est qui bénéficie de l'eau abondante provenant des Alpes.

Le prix hors taxes se décomposait en deux parties : 49 % pour l'alimentation en eau potable (captage, traitement, transport, contrôle qualité, entretien des réseaux, amortissement des installations et gestion des clients) et 51 % pour l'assainissement[249] (collecte, dépollution, entretien et amortissement des installations).

La partie du prix correspondant à l'alimentation en eau varie peu selon la taille de la commune, alors que celle correspondant à l'assainissement croît selon cette taille (0,70 € dans les communes de moins de 400 habitants et 1,53 € dans les communes de 2 000 à 50 000 habitants).

Le prix de l'eau dans les communes assurant l'assainissement collectif est plus faible lorsque le service est assuré en régie (1,12 € le m^3) plutôt qu'en délégation ou en gestion mixte (1,46 € le m^3)[250] ; il en va de même pour l'assainissement collectif (1,28 € et 1,58 € respectivement). Pour ces deux services, le prix est plus élevé lorsque la fourniture est assurée non par la commune mais par une organisation intercommunale ou mixte[251].

Autre donnée importante qui échappe le plus souvent aux usagers mais qui résulte de l'enchevêtrement des gestions décrit précédemment, le chiffre d'affaires qui leur est facturé (11,8 Mds€ en 2007, dont 4,8 Mds pour l'assainissement) revient aux différents acteurs de l'eau selon les proportions suivantes : 42 % pour les collectivités territoriales, 40 % pour les délégataires et 18 % pour l'État et les agences de l'eau[252].

Des accélérations momentanées de prix liées à l'impact des normes communautaires

Le prix de l'eau a augmenté deux fois plus vite que l'inflation entre 1998 et 2001 : + 8 % par an se décomposant en + 5 % pour l'alimentation en eau potable et + 10 % pour l'assainissement[253]. Entre 2001 et 2007, il a crû au même rythme que l'inflation (+ 2 % par an), ce qui constitue une performance honorable puisqu'il a fallu financer, durant cette période, la mise aux nouvelles normes communautaires des réseaux dans un contexte de baisse en volume de la demande. Et, tout compte fait, le prix de l'eau a progressé plutôt moins vite que le coût des matières premières internationales (+ 50 % entre 1999 et 2007).

Les prix de l'eau sont plus élevés en Europe que sur les autres continents[254] : l'Europe a les standards et les exigences de qualité les plus élevés.

Des usagers généralement ignorants du prix

Un des paradoxes révélés par les enquêtes d'opinion[255] est que deux tiers des Français ignorent le prix moyen du mètre cube d'eau[256], la moitié de ceux qui reçoivent une facture, leur consommation annuelle en volume et un tiers des mêmes, le montant de leur dépense annuelle d'eau[257]. L'eau est encore considérée par une bonne partie des Français comme un bien abondant et dont le prix n'a pas de véritable signification économique[258]. Mais l'état de l'opinion évolue : depuis 2004, la majorité des Français estime que l'eau est une denrée rare alors que la majorité la trouvait précédemment abondante. Trois quarts d'entre eux déclarent faire davantage attention à leur consommation domestique. La quasi-totalité pense également qu'il est fondamental de préserver l'eau pour les générations futures.

Si la crainte d'une pénurie à court ou long terme reste très minoritaire, la préoccupation essentielle est celle de la qualité de l'eau, de sa provenance, de son contrôle régulier et du maintien de sa qualité à l'avenir. La perception sur le niveau du tarif est stable depuis dix ans : 30 % des usagers estiment l'eau potable plutôt bon marché et 58 % plutôt chère. Cette perception découle sans doute du fait que le poids de l'eau dans le budget des ménages est resté stable depuis 1996. Et le prix ne vient qu'au quatrième rang des attentes des ménages à l'égard de ce service[259].

1.3.5.2.2. Le prix de l'assainissement

Le service d'assainissement fait l'objet, comme celui de l'alimentation en eau potable, de frais de branchement – parfois élevés[260]–, d'une participation au raccordement que peuvent instituer les collectivités territoriales et qui peut aller jusqu'à 80 % du coût d'un assainissement autonome[261], et d'une redevance proportionnelle à la consommation de l'usager. Si la jurisprudence a admis très tôt la possibilité de facturer une partie fixe[262], cette faculté, rappelée par le décret n° 2000-237 du 13 mars 2000, est peu utilisée. La redevance figure sur la même facture que celle relative à la consommation d'eau potable puisque l'assainissement est facturé au prorata de l'eau potable consommée. Trois quarts des Français, d'après les enquêtes d'opinion, approuvent le paiement de la dépollution des eaux usées par les consommateurs proportionnellement à la consommation d'eau potable.

Une majoration, qui a le caractère d'une sanction[263], peut être appliquée pour inciter les usagers à s'acquitter dans les délais impartis du paiement des redevances mises à leur charge.

Quant aux propriétaires non raccordés mais raccordables au réseau d'assainissement, l'article 35-5 du code de la santé publique (devenu l'article L. 1331-8 du code) les assujettit à une taxe[264].

1.3.5.2.3. La couverture des coûts par l'usager

Le Conseil économique, social et environnemental a estimé qu'en l'an 2000 les subventions n'entraient que pour 900 M€ dans des flux financiers estimés pour l'eau à 13,5 Mds€. Autrement dit, la couverture des coûts par les recettes propres dépassait 93 %, pourcentage qui satisfait aux exigences communautaires[265].

Ce principe du recouvrement des coûts auprès de l'usager participe du bon fonctionnement du service : pour que ce dernier soit de bon niveau, il faut dégager des ressources financières stables par le biais du tarif acquitté par l'usager, comme cela se pratique pour les autres grands services d'infrastructure dont la consommation est individualisable (électricité, gaz, téléphone…).

Au total, le prix du service d'eau potable acquitté par l'usager est dans l'ensemble raisonnable en France. Mais il reste méconnu par lui et peu lisible : c'est la conséquence d'une organisation balkanisée des différentes prestations et d'une option politique qui a consisté, par commodité, à surcharger la facture d'eau potable avec des éléments qui lui sont étrangers.

1.3.5.3. L'eau dans le budget des ménages

Une dépense de 1 € par jour et stabilisée à 0,8 % du revenu des ménages

Selon les différentes agences de bassin, le coût annuel de l'eau et de l'assainissement pour un ménage français varie de 276 € (Rhin-Meuse) à 380 € (Artois-Picardie) ; il était en moyenne de 334 € en janvier 2005 selon l'INSEE[266]. Pour l'eau potable seule, la facture était de 177 € en moyenne en 2004 pour une consommation de 165 litres par jour : le maximum était atteint dans le Sud (272 € en Provence-Alpes-Côte-d'Azur), où l'on intègre la consommation touristique, et le minimum en Franche-Comté (142 €).

En Europe, c'est en Allemagne et au Danemark que la dépense est la plus élevée pour les ménages (533 € par an au Danemark) ; c'est en Italie et au Luxembourg (143 €) qu'elle est la plus basse. Le Royaume-Uni se situe à 369 €[267].

Dans de nombreux pays européens, le prix de l'eau augmente plus vite que l'inflation depuis le début des années 2000. Cette tendance devrait se poursuivre en vue d'assurer la conservation de la ressource et la reconquête de la qualité de l'approvisionnement avec des normes sans cesse plus élevées.

Il en irait de même en France où les disparités de prix entre les villes auraient tendance à se résorber dans le cadre d'un processus d'alignement vers le haut[268]. Des réseaux vétustes ou ne répondant plus aux normes sanitaires européennes ou nationales (présence d'amiante, interdiction du plomb pour le raccordement des particuliers à compter de 2013) seraient à remplacer. La plupart des experts tablent donc sur une poursuite de l'augmentation des prix, dans une fourchette de 3 à 5 %, au cours des prochaines années. Cette augmentation devrait à son tour avoir pour effet de renforcer les incitations à économiser l'eau.

Malgré cela, le poids de l'eau dans le budget des ménages s'est stabilisé à 0,8 % depuis 1996. Ce pourcentage demeure très inférieur à la norme retenue par les

institutions internationales : pour elles, le poids de la dépense en eau et assainissement ne devrait pas dépasser 3 à 5 % du budget des ménages (l'OMS par exemple ventile ces 5 % en 3,5 % pour l'alimentation en eau potable et 1,5 % pour l'assainissement)[269]. L'Europe, qui se situe très en dessous de cette norme, apporte ainsi la preuve que les ménages peuvent disposer d'une eau abondante, de qualité et relativement bon marché. L'eau pèse peu dans le budget des ménages français comparativement à d'autres services de base dont le prix, nettement plus élevé, soulève moins de débats politiques : les télécommunications représentent 2,4 % de leur budget et l'électricité 3,8 % selon l'INSEE.

Les impayés d'eau

La France recouvrant auprès de l'usager du service l'essentiel des coûts sans avoir prévu jusqu'ici de tarification sociale, il fallait apporter une réponse à ceux qui ne peuvent pas acquitter l'intégralité de leur facture[270] et risquent ainsi de se trouver privés de l'alimentation en eau potable.

La première réponse relève des fournisseurs qui utilisent les différents moyens en leur possession : relances par téléphone puis par courrier ; étalement des paiements[271] ; orientation vers les services sociaux et les fonds de solidarité logement (FSL) ; menaces de réduction ou de suspension de la fourniture[272] ; et *in fine* provisionnement des factures restées impayées[273]. Dans le prolongement de ces actions, la Fédération professionnelle des entreprises de l'eau (FP2E) vient, en association avec l'Association des maires de France (AMF), l'Association des communes de France et une douzaine d'associations de consommateurs volontaires, de désigner en octobre 2009 un médiateur de l'eau, chargé de favoriser au maximum le règlement amiable des litiges entre les consommateurs et les distributeurs privés d'eau potable. Installé en janvier 2010, il a reçu 250 dossiers durant ses cinq premières semaines d'activité (56 % concernent une consommation inhabituelle, 35 % le relevé du compteur et 9 % la qualité, dont une pression insuffisante), dont 6 % concernent des services en régie : le médiateur accepte de s'en saisir si l'exploitant public donne son accord.

La deuxième réponse consiste à prendre en compte les coûts de l'approvisionnement en eau potable dans les charges locatives pour calculer les barèmes des aides au logement. Mais il est difficile de prendre en compte des consommations individuelles d'eau de profil varié dans un barème incluant des charges de type très différent et applicable à tous les allocataires, et les textes en vigueur, fondés sur des forfaits de moins en moins réalistes[274], n'apportent plus la solution adéquate.

La troisième réponse consiste à avoir recours au profit des plus défavorisés à une aide publique pour prendre en charge la facture d'eau et prévenir la coupure d'eau. Si la mise en place d'un tel dispositif a été laborieuse, il permet de traiter aujourd'hui un nombre important de situations.

Les aides privées et publiques aux impayés d'eau

La Lyonnaise des eaux a demandé à ses services, dès la fin des années 1990, de ne plus couper l'eau des familles en difficulté et le syndicat professionnel des distributeurs d'eau (SPDE) a formulé la même recommandation à ses membres.

Sur la base de la « Charte solidarité eau » signée le 6 novembre 1996 par l'État, l'Association des maires de France, le syndicat professionnel des entreprises de services d'eau et d'assainissement et la Fédération nationale des collectivités

concédantes et régies, devaient être mis en place des fonds départementaux d'aide aux impayés d'eau dont le financement, facultatif, reposait sur l'État, les communes et les entreprises du secteur.

Très peu de fonds ayant été mis en place, la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (art. 136) puis la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion (art. 43-5) ont confirmé l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans le domaine du logement et rappelé que : « *Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau […] dans son logement. En cas de non-paiement des factures, la fourniture […] d'eau ainsi que d'un service téléphonique restreint est maintenue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. Lorsqu'un consommateur n'a pas procédé au paiement de sa facture, […] le distributeur d'eau l'avise par courrier du délai et des conditions, définis par décret, dans lesquels la fourniture peut être réduite ou suspendue à défaut de règlement* » (art. L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles). Cet article organise ainsi, mais uniquement en cas d'impayé de facture d'eau, c'est-à-dire pour ceux qui disposent d'un compteur individuel, le maintien de la fourniture, éventuellement réduite, tant qu'il n'a pas été statué sur la demande d'aide et son maintien tout au long de l'année au profit d'un certain nombre de ménages.

Le législateur a retenu à cet effet le principe de la création de fonds d'aide aux impayés d'eau, organisés au plan départemental sur une base conventionnelle, selon des modalités qui ont été précisées dans la circulaire DAS-DSFE/LCE n° 2000-320 du 6 juin 2000 relative à la mise en place d'un dispositif départemental d'aide aux personnes et familles qui éprouvent des difficultés à acquitter leur facture d'eau (conventions départementales solidarité eau)[275]. Dans l'intervalle, la convention nationale solidarité eau du 28 avril 2000 avait actualisé la charte de 1996[276], prévu le maintien du service public de l'eau durant l'instruction de la demande d'aide par le fonds, qui doit durer moins de trois mois, et interdit toute coupure pour les familles avec nourrissons ou les personnes âgées dépendantes. Les factures impayées étaient alors partiellement ou totalement prises en charge dans certaines limites par les différents signataires des conventions (distributeurs d'eau, collectivités territoriales, État…). Un accompagnement social était également préconisé pour permettre aux intéressés de mieux maîtriser leur budget « eau ». Soixante-deux fonds seulement étaient opérationnels en 2003, ayant accordé environ 20 000 aides d'un montant compris entre 40 et 800 €.

En vue de simplifier et d'unifier le dispositif[277], l'article 65 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a prévu la fusion des fonds solidarité eau et énergie dans le fonds de solidarité logement (FSL)[278] et transféré aux départements la responsabilité de la gestion de ce fonds[279]. Le financement des FSL étant depuis lors assuré sur une base paritaire par le département et par l'État, les distributeurs d'eau ne contribuent plus à la prise en charge directe des factures d'eau restées impayées mais sont associés à l'élaboration des plans départementaux d'action pour le logement des personnes défavorisées et aux actions de prévention et de formation qui en découlent. Ils ont également été invités à conclure des conventions locales en vue de réduire les coupures d'eau.

Depuis la fusion en 2005 au sein des FSL des différents fonds préexistants, le règlement intérieur de chaque FSL, élément du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées, fixe les critères de prise en charge des factures d'eau impayées. Ces critères sont exclusivement liés aux ressources du demandeur et à l'importance et à la nature des difficultés rencontrées. Aucune condition de résidence préalable dans le département ne peut être imposée. Ce dispositif ne s'applique toutefois ni aux résidences secondaires ni aux usages non domestiques de l'eau. Et plusieurs départements n'ont jamais adopté le volet eau de ce règlement intérieur.

La procédure de saisie des FSL a été fixée en dernier lieu par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 qui est entré en vigueur le 1er décembre 2008 et a abrogé le décret n° 2005-971 du 10 août 2005 et les articles R. 261-1 et R. 261-2 du code de l'action sociale et des familles. Pris en application de l'article L. 115-3 de ce dernier code, il s'agit d'un décret d'application de la loi DALO du 5 mars 2007. Il détermine en particulier les obligations d'information et de transmission confidentielle des données entre les fournisseurs d'eau potable et les services sociaux.

La procédure à suivre avant d'envisager la coupure d'eau, interdite pendant la période hivernale, repose sur l'envoi de deux lettres de relance pour impayé par le fournisseur[280].

Fin 2008, 73 départements avaient signé des conventions avec les opérateurs adhérents de la FP2E et des négociations étaient en cours avec 18 autres départements. Et 33 500 dossiers d'aide ont été traités par ces opérateurs en 2008. Aucun chiffre n'est fourni du côté des opérateurs publics.

Impayés et coupures d'eau : des statistiques peu fiables

Les statistiques sur les impayés d'eau et sur les coupures d'eau sont partielles et difficiles à consolider. On connaît par l'INSEE et par les enquêtes sur les budgets des ménages les difficultés de paiement des loyers et des charges ainsi que de façon plus précise le nombre des impayés de loyers et de charges[281]. Ces difficultés, après avoir fléchi jusqu'au début des années 2000, se sont à nouveau accrues depuis lors, reflétant le poids croissant du loyer et des charges dans le budget des ménages[282].

Mais les dépenses d'eau ne constituent qu'une petite partie des charges locatives et ne font pas l'objet d'un suivi distinct. On sait aussi que les FSL consacrent bon an mal an de l'ordre de 2,5 % de leurs ressources aux impayés d'eau et que les entreprises adhérant à la FP2E ont traité 33 500 dossiers FSL en 2008 (avec abandon de créance à hauteur de 2,2 M€) contre 30 800 en 2007. Les enquêtes de la Banque de France sur le surendettement des ménages ne distinguent pas non plus parmi les arriérés de charges courantes celles qui sont spécifiquement liées à l'eau, au gaz ou à l'électricité. Mais les arriérés de charges locatives (électricité, gaz, eau, téléphone) forment en 2004 le premier poste d'endettement, devant les dettes publiques et les loyers[283]. Le Secours catholique, qui publie tous les ans des chiffres sur les difficultés rencontrées par les personnes secourues – 1 600 000 –, souligne que les impayés d'eau se rencontraient dans 17 % des situations en 2003 contre 42 % pour les impayés de loyer, 37 % pour ceux d'électricité[284] et de gaz et 13 % pour ceux de téléphone.

S'agissant des coupures d'eau, la FP2E, qui dessert 72 % des habitants, évalue par sondage à environ 100 000 les coupures d'eau effectuées chaque année par ses adhérents mais ces coupures ont des causes multiples (oubli de paiement, déménagement, faillite d'établissement…), ce qui donnerait un chiffre de 125 000 pour l'ensemble du pays. Dans ses rapports de 2004 et 2008 à l'Académie de l'eau, Henri Smets a également estimé à 120 000 le nombre des coupures pour impayé en 2003 – dont 17 000 pour incapacité avérée à payer et 2 000 ayant duré plus de vingt-quatre heures – et à 100 000 en 2005 ; 20 000 coupures environ affecteraient les ménages, dont 2 000 en situation de précarité.

Le décret du 13 août 2008 ne réglant pas la question, indépendante, du recouvrement par le fournisseur des sommes restées impayées, leur prise en charge est le plus souvent partagée entre les différents créanciers selon les dispositions du règlement intérieur du FSL ou en application de conventions conclues avec lui. Chacun d'eux (État, agence de bassin, collectivité territoriale, opérateur privé[285]) abandonne ainsi sa part de la créance, étant souligné que peu de régies ont signé de telles conventions ; 47 296 aides auraient été accordées à ce titre en 2005 par soixante départements pour un montant total de 6,3 M€[286], ce qui représente 130 € par bénéficiaire ou 40 % de la facture moyenne. Par ailleurs, les centres communaux d'action sociale peuvent également prendre en charge tout ou partie des impayés relatifs aux factures d'eau en application de article L. 123-5 du code de l'action sociale et des familles. L'ampleur de ces aides, inférieures à celles accordées par les FSL, est mal connue.

Une législation qui n'interdit pas les coupures d'eau

Si des associations de consommateurs militent pour une interdiction totale et complète des coupures d'eau, les distributeurs affirment tout faire pour les éviter, car elles nuisent à leur image, mais ils estiment indispensable de pouvoir brandir la menace de cette coupure pour forcer les ménages mauvais payeurs (fuites d'eau non réparées, consommation manifestement excessive, dégradation volontaire du réseau, contradiction manifeste entre le train de vie et la déclaration de précarité, etc.), qu'ils estiment plus nombreux que les ménages en situation de précarité, à payer leur facture.

Les maires sont également divisés sur la question : un tiers des maires déclarent s'opposer à toute coupure s'agissant des ménages pauvres. Certains ont d'ailleurs pris à cet effet des arrêtés ou fait adopter par le conseil municipal des délibérations dites « anti-coupure », dont la légalité a fréquemment été contestée devant le juge administratif soit en référé, soit sur le fond[287].

Attendu depuis longtemps par les associations de défense des consommateurs et de lutte contre la précarité, le décret du 13 août 2008 a déçu celles qui attendaient un dispositif plus ambitieux et plus clairement favorable aux consommateurs, destiné à rendre *de facto* impossible toute coupure d'eau. Beaucoup ont souligné que ce décret n'apportait rien de foncièrement nouveau par rapport aux dispositifs existants à l'échelle locale et qu'il n'était pas plus protecteur que certaines décisions de justice émanant de tribunaux administratifs ou de juges de référés des tribunaux de grande instance ordonnant soit le rétablissement de la distribution d'eau en cas de paiement partiel ou de non-paiement de la facture, soit le branchement provisoire en cas de trouble manifestement illicite, dans les cas où la gêne ou le risque pour la santé sont très importants ou plus simplement pour ne pas priver les abonnés d'un élément essentiel à la vie

ou, formulation similaire, des commodités des services publics essentiels à la vie ou à la dignité humaine.

Des parlementaires qui estiment le problème non réglé continuent donc à déposer régulièrement des propositions de loi tendant à « l'abolition des coupures d'eau ».

Plusieurs pays les ont interdites (Irlande, Autriche, Norvège, Suède) ou assortissent la coupure de la fourniture d'un volume d'eau minimal correspondant aux besoins vitaux (Suisse, Afrique du Sud). D'autres la subordonnent à une procédure particulière (*Water Industry Act* de 1999 au Royaume-Uni[288]) faisant intervenir les services sociaux et/ou le juge (Belgique, Luxembourg, Allemagne, Espagne[289]), la jurisprudence se montrant partout de plus en plus réticente à l'autoriser.

1.3.6. La gouvernance de l'eau

La gouvernance de l'eau résulte des interactions entre les principaux acteurs de l'eau : les collectivités territoriales et leurs groupements, l'État, les agences de l'eau, des établissements publics nationaux, régionaux ou locaux, les entreprises privées délégataires et les usagers ou leurs représentants. Trois traits la caractérisent : le rôle primordial joué par les agences de l'eau, l'association des usagers à la gestion de l'eau et l'importance de la coopération avec les États riverains pour la gestion des fleuves internationaux.

1.3.6.1. Le rôle des agences de l'eau, des comités de bassin et des documents de planification

Dans le modèle français de la gestion de l'eau, les agences de l'eau jouent un rôle primordial. Les comités de bassin, institutions qui regroupent tous les acteurs, concourent en effet à l'élaboration des documents de planification et de programmation qui encadrent ensuite l'action des agences.

Les agences de l'eau

Les agences financières de bassin, instituées par la loi du 16 décembre 1964, sont garantes de la gestion durable de la ressource en eau et, pour lutter contre sa pollution, mettent en œuvre des mécanismes d'incitation environnementale qui reposent théoriquement sur le principe pollueur-payeur[290]. Contrairement à la plupart de leurs homologues étrangères, les agences financières de bassin, renommées agences de l'eau fin 1991 suite à l'arrêté du 14 novembre 1991 (*JO* du 24 décembre 1991) modifiant l'arrêté du 14 septembre 1966 relatif aux circonscriptions des agences financières de bassin, exercent à l'origine uniquement une fonction financière, exclusive de tout pouvoir de police ou de sanction et de toute fonction de maîtrise d'ouvrage[291], de maîtrise d'œuvre ou de gestion[292]. Ce sont des établissements publics de l'État à caractère administratif en vertu de l'article L. 213-5 I du code de l'environnement placés sous la tutelle du ministère de l'Environnement, et leur directeur est nommé par le gouvernement. Elles emploient 1 900 agents.

Pour financer leurs missions fixées à l'article L. 231-9-2 du code de l'environnement, elles lèvent des taxes[293] assises sur les volumes d'eau prélevés[294] et sur les activités économiques qui modifient le régime des eaux[295] ou perturbent sa qualité (pollutions, modification des écoulements) selon un mécanisme de solidarité et de mutualité que d'aucuns vont rapidement estimer d'un niveau trop faible pour que le principe pollueur-payeur soit pleinement appliqué. Le produit de ces taxes (1,83 Md€ en 2009) est – sauf les 10 % de leur montant consacrés aux frais de fonctionnement et aux études – intégralement recyclé au bénéfice du secteur de l'eau[296] et des acteurs qui améliorent l'état de la ressource ou investissent à cet effet[297]. Parmi les recettes des agences figurent également les remboursements des avances qu'elles ont consenties.

Les agences avaient été dotées par la loi de 1964 de deux leviers d'intervention : les redevances et les aides financières. Leur levier principal, de nature incitative, était la redevance, mais leur assimilation rapide à des impositions leur a rapidement fait perdre le caractère incitatif qui en faisait la spécificité et la France s'est trouvée de ce fait dépourvue d'un outil efficace de fiscalité environnementale. L'élément prédominant, conforté par la peur des agences d'avoir à fixer des taux de redevance trop élevés, est rapidement devenu l'aide distribuée. Devenues au fil du temps un moyen de collecter de l'argent en fonction des programmes d'intervention prévus et non pas pour assurer l'application effective du principe pollueur-payeur, qui aurait dû se traduire à terme par une disparition de l'assiette des redevances, ces dernières ont largement perdu leur caractère incitatif.

Les agences de l'eau, qui ont repris en 2004 les attributions du FNDAE, financent aujourd'hui la quasi-totalité de la politique de l'eau et notamment la mise à niveau de l'assainissement collectif imposé par la directive ERU de 1991. L'État a profité de la requalification de leurs redevances en impositions affectées et de leur pérennisation pour, en toute occasion, mettre à leur charge des missions nouvelles et se désengager presque complètement au plan budgétaire du financement de cette politique publique.

Les comités de bassin

Le bon fonctionnent des agences de bassin repose dès l'origine sur deux instances distinctes : une agence financière, qui perçoit les redevances et en redistribue le montant, et un comité de bassin, organe consultatif où siègent principalement des usagers[298] et qui donne son avis sur un certain nombre de décisions[299], dont un avis conforme sur les programmes de mesures ainsi que sur le taux des redevances prélevées mais pas sur leur assiette[300]. L'implication dans les travaux et les délibérations de ces instances a permis à leurs membres une bonne appropriation des enjeux liés à la gestion de l'eau.

Ce schéma imparfait[301] a subi d'amples modifications depuis 1964.

Une planification et une programmation…

La loi du 3 janvier 1992 confère aux agences une mission de planification et de définition des orientations pour la gestion et la protection des eaux dans leur bassin. Elle se traduit par l'élaboration de deux types de documents, le SDAGE et le SAGE[302], le premier étant accompagné d'un programme pluriannuel déterminant les mesures à prendre et les actions à entreprendre pour réaliser les objectifs fixés (art. L. 212-2-1 du code de l'environnement) et prévoyant le montant des dépenses et recettes nécessaires à leur mise en œuvre (art. L. 213-9-1 du même

code) délibéré par le conseil d'administration. Parallèlement, l'autorité administrative établit un programme de surveillance de l'état des eaux (art. L. 212-2-2 de ce code).

Le SDAGE[303], prévu aux articles L. 212-1 et s. du code de l'environnement, élaboré et adopté par le comité de bassin puis approuvé par le préfet coordonnateur de bassin, exprime et détaille les orientations fondamentales favorisant une gestion équilibrée et économe de la ressource en eau et des milieux aquatiques, l'alimentation en eau potable, la régulation des crues et le développement durable des activités économiques selon les termes de l'article L. 213-8-1 du même code. Il présente un caractère impératif à l'égard des SAGE et des décisions administratives prises par l'État dans le domaine de l'eau. En effet, toutes ces décisions ainsi que tous les programmes intervenant dans ce domaine doivent être compatibles avec lui et avec ses orientations[304] ; quant aux autres décisions administratives, notamment celles qui sont prises par les collectivités territoriales, elles doivent prendre en compte ses dispositions ou ses orientations, sauf motif tiré, sous le contrôle du juge, de l'intérêt de l'opération envisagée. Les SDAGE et programmes de mesures approuvés en 1996 viennent d'être remplacés par douze nouveaux schémas et programmes 2010-2015 dont les arrêtés d'approbation ont été publiés au *Journal officiel* du 17 décembre 2009 (art. R. 212-25 du code). Ils devront être à nouveau revus en 2015 et en 2021 en application de la directive-cadre sur l'eau. Les professionnels estiment ce rythme de révision trop fréquent[305] : il a fallu au minimum quatre ans, incertitudes sur les implications de la DCE et contraintes de la concertation aidant, pour préparer un SDAGE et ses documents d'accompagnement dont la durée de vie est limitée à six ans avec beaucoup de temps passé à élaborer des comptes rendus non coordonnés adressés à différentes autorités et peu de contrôle sur leur exécution pratique. Même si la direction de l'eau considère que la prochaine révision des schémas sera plus rapide et plus simple, **le Conseil d'État suggère d'espacer davantage ces révisions sauf si elles se limitent effectivement à une actualisation des objectifs par masses d'eau et des programmes de mesures associés**.

Le SAGE, prévu aux articles L. 212-3 et s. du code de l'environnement, détaille ces mêmes orientations pour un bassin-versant[306]. Facultatif[307], il est élaboré par une commission locale de l'eau où siègent des élus locaux (50 %), des usagers (25 %) et des représentants de l'État (25 %)[308]. La loi du 30 décembre 2006 a renforcé leur rôle, en particulier quant aux priorités d'usage de la ressource et à la répartition des volumes globaux de prélèvement par usage. Le SAGE se compose d'un plan d'aménagement et de gestion durable qui détaille les conditions de sa mise en œuvre, notamment financières, et d'un règlement, opposable aux tiers, dont le contenu est limitativement défini par la loi. Les programmes et les décisions prises par l'administration dans le domaine de l'eau doivent être compatibles avec le SAGE.

… désormais étroitement encadrées par le législateur…

L'article 83 de la loi du 30 décembre 2006 a également encadré l'action des agences de l'eau en définissant, dans la perspective communautaire du respect de la directive de 1991 sur les eaux résiduaires urbaines à l'horizon 2011 et d'un retour au bon état des eaux en 2015, les douze orientations prioritaires de leurs programmes pluriannuels sur la période 2007-2012 (9e programme des agences de l'eau) et leurs modalités d'intervention. Leurs délibérations doivent être

compatibles avec ces orientations. De fait, les agences sont quasiment devenues à cette occasion, malgré leur autonomie financière et la représentation minoritaire de l'État au sein de leur conseil, un outil aux mains de l'État, qui les utilise pour appliquer sa politique de l'eau et pour financer les actions qu'il décide[309], ces actions pouvant être le cas échéant purement locales (art. L. 213-9-2 du code de l'environnement).

… et faisant appel au contrat pour leur mise en œuvre

La mise en œuvre de ces programmes emprunte souvent la voie contractuelle. L'élaboration et le financement des contrats de rivière, de baie, de nappe ou de bassin-versant, qui figurent au nombre des douze priorités fixées aux agences par la loi de 2006, en fournissent une illustration. Ce sont les plus importants des dispositifs contractuels de planification et des outils opérationnels de gestion intégrée des masses d'eau[310].

Le code de l'environnement (art. D. 211-10 et s.) implique d'assigner des objectifs de qualité aux cours d'eau, sections de cours d'eau, canaux, lacs ou étangs et aux eaux de la mer dans les limites territoriales[311] et ces objectifs doivent être pris comme référence dans les documents de programmation et de planification ainsi que dans les décisions prises par l'État, les établissements publics et les autres personnes morales de droit public[312].

Instaurés en 1980 par un comité interministériel pour la qualité de vie, les contrats de rivière ont d'abord été régis par la circulaire CAB/DPP du 5 février 1981. La loi sur l'eau du 3 janvier 1992 ayant introduit une dynamique de planification et de fixation d'objectifs, le contrat de rivière se voit alors reconnaître comme finalité « *de programmer et réaliser les études et travaux pour les atteindre*[313] ». Un arrêté du 30 janvier 2004, précisé par une circulaire du même jour, a abrogé tous les textes antérieurs et fixe le cadre juridique actuel de cette famille de contrats. Instruments de réalisation des cartes départementales d'objectifs de qualité sur certaines rivières, ils visent une amélioration rapide de la qualité des eaux et une mise en valeur intégrée de la rivière.

En fait, ces contrats arrêtent, au niveau d'un sous-bassin-versant, les programmes de travaux et d'actions à réaliser sur une durée de cinq ans pour atteindre une gestion équilibrée de la ressource ainsi que leurs modalités de financement. Ils portent sur :

- des travaux de lutte contre la pollution d'origine agricole, ménagère ou industrielle en vue de la restauration de la qualité des eaux (superficielles, souterraines et, le cas échéant, de la mer) ;
- des travaux de restauration, de renaturation, d'entretien et de gestion des berges, du lit, du littoral et des zones inondables, de mise en valeur des milieux aquatiques, marins et des paysages, de protection des espèces piscicoles, nécessaires pour la restauration du bon état écologique des cours d'eau ;
- des travaux d'amélioration de la gestion quantitative de la ressource (optimisation de la gestion des prélèvements, soutien des étiages, débits réservés) ainsi que la protection des ressources en eau potable ;
- des actions de prévention des inondations et de protection contre les risques.

Ils contribuent dans cette mesure à la réalisation des dispositions définies dans le cadre des SAGE.

L'instruction des contrats, souvent présentés par un EPCI ou un syndicat mixte, est confiée à la DIREN, devenue DREAL. Le dossier préalable, accompagné de l'avis des services intéressés et de certains établissements publics (agence de l'eau, délégation régionale de l'ONEMA et de VNF), est transmis par le préfet au président du comité du bassin qui, comme pour le SAGE, agrée le projet après consultation et lui confère le label « contrat de rivière ou de baie ».

Après l'agrément, le préfet de département constitue le comité de rivière ou de baie et signe le contrat au nom de l'État. Le contrat définit aussi l'organisme ou la collectivité qui sera chargée de la gestion ultérieure de la rivière, par exemple une communauté locale de l'eau.

L'arrêté du 30 janvier 2004 a décroisé les financements de l'État et des agences de l'eau : les agences définissent les travaux éligibles, l'État limitant son concours aux travaux de prévention des risques d'inondation[314] et de restauration ou de protection des zones humides. Sur les 2 640 M€ consacrés depuis 1981 à ces contrats, le financement de l'État se limite à 80 M€. Près d'une centaine de contrats de rivière étaient achevés en 2008, 55 étaient en vigueur et 59 en cours d'élaboration. Ils couvrent environ 10 % du territoire national. Les contrats de baie, de vallée, de nappe, de bassin, de restauration d'étangs fonctionnent selon les mêmes principes.

1.3.6.2. L'information et l'association des usagers à la gestion de l'eau

La participation des usagers et plus largement de la société civile à la gestion de l'eau renvoie à des choix politiques quant au modèle de gestion de l'eau qu'entend privilégier une société donnée. Riccardo Petrella, secrétaire général du Comité international pour un contrat mondial de l'eau, oppose de ce point de vue le modèle technocratique et le modèle démocratique. La France et l'Europe appliquent aujourd'hui[315] le modèle démocratique, en confiant la gestion de l'eau aux collectivités territoriales et en y associant les usagers[316].

En France, l'association des usagers et de la société civile prend plusieurs formes.

Un droit à l'information

Un droit à l'information a été progressivement reconnu à leur profit. La loi du 22 juillet 1987 a instauré au profit des citoyens un droit à l'information sur les risques majeurs (art. L. 124-2 du code de l'urbanisme) et sur les mesures de sauvegarde qui en découlent[317]. Les usagers peuvent également consulter dans les mairies les résultats des analyses pratiquées sur l'eau, un droit que l'article 30 troisième alinéa de la loi du 3 août 2009 consolide en prévoyant que les résultats des réseaux de surveillance des milieux aquatiques seront mis à disposition des partenaires concernés et du public dans un délai d'un an après la réalisation de la campagne de mesure. De très nombreux sites Internet, notamment publics, permettent d'accéder à toutes les données sur l'eau. L'article 52 de la loi du 3 août 2009 met en outre à la charge de l'État la réalisation d'un portail pour aider les internautes à accéder aux informations environnementales détenues par les autorités publiques ou à participer à l'élaboration de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Après la convention d'Aarhus ratifiée par la France et la directive 2004/4/CE qui prévoit un accès large à l'information environnementale, la Charte de l'environnement est un texte porteur de nouveaux progrès pour le secteur de l'eau et bien au-delà : son article 7 consacre un droit à l'information environnementale et à la participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

La participation aux instances de décision des agences de l'eau

La participation des usagers est par ailleurs de droit aux comités de bassin des agences de l'eau où ils détiennent 40 % des sièges en vertu de l'article 82 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 213-8 et R. 213-17 du code de l'environnement)[318] et au conseil d'administration des agences de l'eau. Les taux des redevances fixés par les agences de l'eau sont publiés au *Journal officiel* et tenus à la disposition du public (art. L. 213-9-1 du code de l'environnement).

De ce fait, les usagers sont associés à l'élaboration des SDAGE par les comités de bassin (art. L. 212-2 II du code de l'environnement) – cette consultation durant six mois au moins – et des SAGE par les commissions locales de l'eau. L'élaboration des SDAGE a en particulier donné lieu en 2005 et 2008[319] à de nombreuses consultations auprès d'eux[320], conformément à l'article 14 de la directive-cadre sur l'eau du 23 octobre 2000[321].

La participation aux instances consultatives locales

Dans les communes de plus de 10 000 habitants et les EPCI de plus de 50 000 habitants[322], les usagers participent aux travaux des commissions consultatives des services publics locaux (CCSPL), créées par la loi du 6 février 1992 et rendues obligatoires en 2003 en vertu de la loi dite « démocratie de proximité » du 27 février 2002 (art. L. 1413-1 CGCT)[323]. Elles émettent un avis sur les rapports présentés par le maire et les gestionnaires des services, sur tout projet de recours à la délégation et sur le règlement de service récemment rendu obligatoire (cf. 1.3.5.2.1.).

30 % des collectivités concernées n'avaient toutefois pas mis en place ces commissions fin 2008[324]. Et leur fonctionnement n'est pas perçu comme pleinement satisfaisant par les usagers. Pour améliorer leur participation aux dispositifs de consultation et de concertation relatifs aux services publics locaux, l'Institut de la gestion déléguée a organisé en 2009 une conférence de citoyens sur les services publics locaux[325]. Les participants ont formulé de nombreuses pistes intéressantes, par exemple celle qui consiste à alimenter, comme en Suisse, leurs travaux par des enquêtes ou sondages locaux de satisfaction.

En bref, si l'association des usagers est largement prévue par les textes, c'est leur application effective qui continue à poser des problèmes. Une implication plus grande des élus locaux est nécessaire pour que ces institutions trouvent leur place dans le paysage et leur rythme de croisière.

1.3.6.3. La coopération avec les États riverains pour la gestion des fleuves internationaux

Du fait de la géographie, la France a été assez tôt obligée de partager la gestion de certains de ses grands fleuves, canaux ou lacs[326] avec des États riverains au sein de commissions internationales aux travaux desquelles participent les agences de l'eau concernées.

La gestion du Rhin, berceau de la coopération transfrontalière en Europe

L'exemple le plus emblématique de cette gestion transfrontalière demeure celui du Rhin[327], principale artère fluviale européenne avec 70 % de ce trafic (soit 320 millions de tonnes de marchandises[328], dont 2 millions de conteneurs). Cette gestion partagée du fleuve entre les riverains (Suisse, Allemagne, Pays-Bas, Luxembourg…) a permis de mettre au point des méthodes et des outils de coopération et de régler des situations potentiellement conflictuelles.

La Commission centrale pour la navigation du Rhin, active depuis 1831, est dotée d'un pouvoir réglementaire[329] pour assurer la mise en œuvre des objectifs et principes[330] figurant dans le traité qui l'a instituée (cf. annexe 2.2) et d'un pouvoir de statuer sur les plaintes auxquelles son application donne lieu. Elle gère aussi l'accord commun de sécurité sociale applicable aux bateliers rhénans. Le traité ayant institué des juridictions nationales de première instance, au nombre d'une douzaine, et un tribunal supérieur chargés de statuer sur les contraventions aux prescriptions de navigation et de police fluviale et sur les litiges relatifs aux entraves ou aux dommages causés par la circulation, la commission dispose enfin, à travers sa chambre des appels[331], d'un pouvoir juridictionnel.

Les États riverains ont également été conduits à aborder la question de la pollution du fleuve. Dès l'après-guerre, les Pays-Bas, situés à l'embouchure du fleuve, se plaignent des effets catastrophiques occasionnés par sa pollution chimique (phénol et potasse) sur leur agriculture et leur horticulture ainsi que sur leur alimentation en eau potable, puisque celle-ci est produite à partir de l'eau du Rhin. C'est néanmoins la Suisse qui accueille à Bâle le 11 juillet 1950 la première Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution. Il y est acté que « *seule une coopération sur le plan international permettra de trouver une solution pratique aux tâches qui s'imposent* ». Un programme de travail est immédiatement décidé qui porte sur les principales actions suivantes : compte rendu par chaque État de l'état de la pollution sur chaque portion du fleuve ; information réciproque sur les mesures nationales déjà prises ; constitution d'une bibliographie sur la pollution du fleuve ; définition des principes devant présider à la coordination des travaux à entreprendre ; établissement d'un programme de travaux en distinguant ce qui est extrêmement urgent et ce qui peut attendre ; désignation par chaque pays d'un spécialiste de l'analyse des eaux en vue de participer à une conférence dont le but sera de coordonner les méthodes d'investigation pour les recherches à mener dans les eaux du Rhin ; ces méthodes coordonnées, on envisagera de procéder à une taxation de l'eau, qui en fait ne verra jamais le jour. La coopération concrète pour résoudre un problème de bon voisinage et d'environnement a ainsi précédé la négociation d'un accord international qui est finalisé bien plus tard : l'accord concernant la commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution du 29 avril 1963 (CIPR), signé par la Suisse, la France, le Luxembourg, l'Allemagne et les

Pays-Bas, rejoints en 1976 par l'Union européenne. Une fois créée, l'institution a élargi le champ de son intervention.

Focalisé au départ sur la lutte contre la pollution, l'accord débouche sur l'édiction par voie conventionnelle de normes maximales de rejet substance par substance, qui préfigure l'approche communautaire ultérieure, dont le 3 décembre 1976 une convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures[332], traité qui concerne particulièrement la France, à l'époque forte émettrice de chlorures du fait de l'exploitation de plusieurs usines chimiques en Meurthe-et-Moselle ou en Alsace. Mais cette approche, qui nécessite beaucoup de temps avant de produire des effets et qui oblige en pratique à se limiter à quelques substances, a produit peu de résultats. Elle échoue aussi dans quelques-unes de ses tentatives, par exemple la signature de conventions destinées à lutter contre la pollution thermique du fleuve. La commission s'intéresse ensuite à l'écologie (protection des abords, du milieu et des espèces qui y vivent) après la catastrophe survenue le 1er novembre 1986 à l'usine Sandoz de Schweizerhalle qui provoque la mort de nombreux poissons. Un programme Rhin 2000, qui contrairement aux accords n'a pas de valeur juridique, est lancé en 1987 avec un objectif symbolique : le retour du saumon en 2000. Ce mode d'action produit en revanche des résultats rapides[333]. Les inondations de 1993 entraînent un nouvel élargissement de la mission à la prévention des crues et à la protection contre les inondations : un plan d'action est adopté à ce sujet en 1998. Une nouvelle convention signée à Berne le 12 avril 1999 abroge les conventions précédentes et intègre cet élargissement des missions. À partir de 2000, une nouvelle inflexion est apportée aux travaux de coopération. Le Rhin étant le principal fleuve intérieur de l'Union, la commission du Rhin se cale, à compter de 2000, sur les exigences de la directive-cadre sur l'eau (DCE) : elle associe les riverains non signataires à ses travaux, adopte les outils de travail imposés par la DCE et contribue à l'élaboration des documents qu'elle prévoit (état des lieux, programme de surveillance, plan de gestion), s'intéresse à des questions comme le rétablissement de la continuité écologique et devient une plate-forme de coordination vis-à-vis de l'Union.

Une coopération étendue aux collectivités territoriales

Cette coopération internationale s'est étendue à d'autres types d'infrastructure que les voies navigables et englobe depuis peu les collectivités territoriales[334]. Des conventions ponctuelles ont d'abord été signées opération par opération, par exemple la convention de Paris relative à l'alimentation en eau de la commune de Menton en date du 28 septembre 1967 signée entre la France et l'Italie, l'accord conclu par des échanges de lettres des 18 janvier et 24 mars 1983 entre l'Espagne et la France pour la livraison d'eau potable à la ville d'Irún, ou encore l'arrangement conclu le 9 juin 1977 entre le Conseil d'État de la République et canton de Genève et le préfet de la Haute-Savoie relatif à la protection, à l'utilisation et à la réalimentation de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois. Puis, pour définir les conditions de participation à la gestion en commun d'équipements, la France a signé plusieurs traités-cadres avec ses voisins : l'accord franco-italien signé à Rome le 26 novembre 1993, l'accord franco-espagnol signé à Bayonne le 10 mars 1995, l'accord franco-germano-helvético-luxembourgeois signé à Karlsruhe le 23 janvier 1996[335] et l'accord franco-belge du 16 septembre 2002. Le législateur a également prévu différents supports juridiques pour la coopération entre collectivités territoriales

françaises et étrangères : la participation à une SEM locale, l'adhésion à un organisme public de droit étranger ou la participation au capital d'une société étrangère dans un cadre transfrontalier ou interrégional, la création d'un district européen ou d'un groupement européen de coopération territoriale (GECT)[336] en application du règlement communautaire du 5 juillet 2006.

1.4. Les nouvelles préoccupations internationales et leurs incidences sur le modèle français de gestion de l'eau

Longtemps considérée comme un enjeu ou une ressource locale, l'eau a occupé peu de place sur l'agenda international. Ce n'est plus le cas : la communauté internationale se penche régulièrement sur tous les aspects de la gestion de l'eau. On ne peut dès lors plus réfléchir à l'avenir du modèle français de gestion de l'eau ni sur le statut juridique de cette ressource sans analyser les interactions, désormais fortes, entre les niveaux local, national, régional et mondial.

L'affirmation de principes internationaux de bonne gestion de la ressource

La première conférence des Nations unies sur l'eau tenue à Mar del Plata en 1977 adopte une déclaration finale qui insiste sur l'évaluation et la bonne utilisation de la ressource. Les Nations unies décrètent peu après la Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement (1981-1990) : si les résultats atteints sont jugés, lors de la conférence de New Delhi en 1990, en deçà des objectifs, les connaissances ont progressé dans l'intervalle et remettent au goût du jour la notion de gestion intégrée[337], incluant l'alimentation en eau saine et l'assainissement, notion reprise lors du sommet de la Terre de Rio en 1992[338]. La même année, la conférence internationale sur l'eau et l'environnement de Dublin réunie à l'initiative de la conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) énonce quatre principes sur la gestion durable de l'eau[339], en particulier l'association des usagers, des planificateurs et des décideurs à la gestion et à la mise en valeur des ressources en eau à tous les échelons et surtout le principe selon lequel «*l'eau, utilisée à de multiples fins, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme bien économique*[340]*. En vertu de ce principe il est primordial de reconnaître le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate pour un prix abordable. La valeur économique de l'eau a été longtemps méconnue, ce qui a conduit à gaspiller la ressource et à l'exploiter au mépris de l'environnement. Considérer l'eau comme un bien économique et la gérer en conséquence, c'est ouvrir la voie à une utilisation efficace et à une répartition équitable de cette ressource, à sa préservation et à sa protection*». Cette conférence constitue le point de départ pour toutes les nouvelles approches de l'eau au plan international : reléguant la technique au second plan, elle identifie les principaux leviers pour développer l'accès à l'eau, à savoir des institutions et de la gouvernance, du financement – incluant une participation de l'usager –, l'association de cet usager à la gestion, du droit et des institutions… Le Sommet mondial de l'alimentation tenu en 1996 à Rome insiste sur les questions de sécurité alimentaire – lutte contre la sécheresse et la désertification – et la reconstitution de

la ressource en eau là où elle est surexploitée ou épuisée. La conférence des Nations unies sur les établissements humains (Habitat II) tenue à Istanbul met la même année l'accent sur l'approvisionnement des habitations en eau salubre et en quantité suffisante[341] et sur la gestion efficace des déchets.

L'organisation du débat international sur l'eau

Après cette série de conférences, le débat international sur l'eau tend à se structurer à l'initiative d'acteurs non gouvernementaux en l'absence d'une gouvernance internationale clairement établie dans ce domaine. Un Secrétariat international de l'eau est créé en 1990, le Partenariat mondial pour l'eau et le Conseil mondial de l'eau[342] le sont en 1996 puis la Commission mondiale des barrages est instituée en 1997.

Le Conseil mondial de l'eau, créé à l'initiative des entreprises privées de l'eau, de la Banque mondiale et de quelques gouvernements, dont celui de la France, organise le 1er Forum mondial de l'eau en 1997 à Marrakech. Il reconnaît « *le besoin humain fondamental d'avoir accès à l'eau saine et à l'assainissement* » et promeut des mécanismes efficaces pour la gestion d'eaux partagées. Ce forum se réunit depuis lors tous les trois ans (La Haye en 2000, Kyoto en 2003, Mexico en 2006, Istanbul en mars 2009). Sans déboucher sur des textes de valeur normative, ces forums permettent de faire régulièrement le point sur le meilleur usage de la ressource et mettent chacun l'accent sur un ou plusieurs thèmes particuliers[343]. Ils font ensuite référence en matière de politiques publiques ou de bonnes pratiques pour l'ensemble des acteurs de l'eau. Des forums régionaux viennent maintenant compléter les forums mondiaux[344].

En 2002, le sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg, précédé par une conférence préparatoire tenue à Bonn en décembre 2001 et portant sur les ressources en eau douce, avait rappelé les objectifs du Millénaire[345] et leur avait ajouté un plan d'application en matière d'assainissement, en prévoyant de recourir à des modes de financement et à des partenariats novateurs[346]. À cette occasion, l'Union européenne a lancé un partenariat stratégique UE-Afrique intitulé *L'Eau pour la vie* mis en œuvre à travers l'Initiative européenne pour l'eau.

Le G8 d'Évian en 2003 a adopté à l'initiative de la France un plan d'action pour l'eau s'inspirant des principes du consensus de Monterrey relatif au financement du développement, sans toutefois l'assortir d'un objectif chiffré ni d'un calendrier. Définissant cinq grands domaines d'action à cibler par les plus grands bailleurs internationaux, il manifeste une remobilisation politique sur l'eau.

En 2003, l'ONU crée un mécanisme de coordination interagences, l'ONU-Eau[347], qui vise à donner davantage de cohérence et de visibilité aux différentes actions entreprises dans ce domaine au sein des Nations unies et à mieux mettre en œuvre les objectifs du Millénaire et du Sommet mondial du développement durable.

Plusieurs institutions internationales publiques et privées animent ainsi le débat international sur l'eau. La préparation des grands rendez-vous internationaux a également suscité la création en France d'organisations chargées de les préparer comme le Partenariat français pour l'eau (PFE), créé à l'occasion de la Journée mondiale de l'eau du 22 mars 2007 dans la perspective de la tenue du 5e Forum mondial de l'eau à Istanbul en mars 2009[348].

Qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse, l'eau est devenue une question mondiale au cours des vingt dernières années : le réchauffement climatique et le souci de préserver la biodiversité n'y ont pas peu contribué. Et la communauté internationale s'est saisie, malgré l'absence d'une gouvernance onusienne claire dans ce domaine, de tous les aspects de la gestion de l'eau : les déséquilibres quantitatifs et les conditions d'accès à l'eau de la population mondiale, la meilleure utilisation possible de cette ressource, les problèmes de qualité, le financement et la tarification, la gouvernance…

1.4.1. La quantité : la crainte d'un déséquilibre croissant entre offre et demande d'eau douce

La première préoccupation globale est d'ordre quantitatif : le monde va-t-il manquer d'eau et à quel horizon ? Une expression parfois utilisée accrédite cette croyance : « *l'or bleu* »[349].

1.4.1.1. Une ressource rare et faisant l'objet d'une exploitation croissante

Si l'eau recouvre environ 71 % du globe, l'eau douce ne représente que 2,5 % de la masse d'eau disponible (1 385 millions de km^3)[350], soit 34,625 millions de km^3. Trois quarts de cette dernière (27 millions de km^3) étant stockés au sein des glaces polaires ou des glaciers de montagne, seul 0,25 % de la ressource est considéré comme accessible à la consommation humaine. Cette ressource se trouve dans les nuages[351], les nappes phréatiques[352], les lacs, les fleuves, rivières et canaux[353].

Les prélèvements d'eau sont directement liés à la croissance démographique et à l'amélioration des conditions de vie qui découle de la croissance économique. La population mondiale ayant presque quadruplé entre 1900 et 2007 – elle est passée de 1,6 à 6 milliards –, d'une part, et l'amélioration du niveau de vie sur la planète ayant entraîné un doublement de la consommation d'eau par habitant au XX^e siècle, la pression sur la ressource en eau a été, en un siècle, multipliée par sept pour l'eau prélevée[354] et par six pour l'eau consommée[355]. Si l'eau n'a jamais véritablement manqué jusqu'ici, l'OCDE estime qu'au cours de la seconde partie du XX^e siècle la disponibilité d'eau douce par habitant est revenue de 17 000 m^3 à 7 300 m^3 et qu'elle pourrait tomber à 5 100 m^3 en 2025. De l'avis général, la tension sur la ressource devrait s'aggraver[356]. Dès 1997, le *Stockholm Environment Institute* anticipait une forte réduction de la disponibilité en eau à l'horizon 2025, en Asie et en Afrique notamment où elle devait tomber sous les 2 500 m^3 par habitant et par an, le seuil de la vulnérabilité hydrique. Selon cet Institut, la proportion de la population mondiale vivant dans des pays connaissant des situations de stress hydrique devait passer de 34 % en 1995 à 63 % en 2025.

La poursuite de la croissance démographique – 9 milliards d'humains en 2050, sans évoquer la croissance corrélative du bétail –, de l'urbanisation – 60 % des habitants de la planète contre 50 % aujourd'hui vivraient en ville vers 2030[357] – et de la « littoralisation » – un quart de la population résiderait à l'intérieur d'une bande côtière de 10 km – avec ses répercussions en termes d'augmentation de la production agricole irriguée[358] et de pollutions, donne à penser que la pression

sur la ressource hydrique augmentera encore de 40 % d'ici à 2025 et d'un facteur deux d'ici au milieu du XXIe siècle. Beaucoup anticipent donc au plan mondial une poursuite de la croissance du besoin en eau de l'ordre de 3 à 4 % par an, avec une croissance de la consommation domestique et industrielle plus rapide que celle de l'agriculture.

La rupture entre les ressources et les besoins deviendrait tangible dans un nombre accru de pays à l'horizon 2010-2015 – ceux qui sont déjà mal dotés en ressources hydriques et technologiques – même si pour quelques pays développés l'on table plutôt sur un scénario de baisse de la consommation[359]. Sensibilisée à cette préoccupation, la Commission européenne a publié le 18 juillet 2007 une communication sur le sujet[360] dans laquelle elle rappelle qu'une proportion croissante de la population et du territoire européens – respectivement 11 % et 17 % – est affectée par la rareté de l'eau depuis 1976, que le coût annuel moyen de la sécheresse pour l'économie européenne a quadruplé depuis 1976 et que la sécheresse de 2003 a généré à elle seule des préjudices estimés à 8,7 Mds€ au moins. Le slogan utilisé par le président du Conseil mondial de l'eau lors des travaux du 5e Forum mondial de l'eau d'Istanbul résume bien ce tournant redouté au plan mondial : « Le temps de l'eau facile est révolu. »

1.4.1.2. Une ressource très inégalement répartie

L'eau douce est, du fait du climat et du relief, mal répartie entre les pays et à l'intérieur d'un même pays, à la fois dans l'espace et dans le temps[361]. Et son taux d'utilisation est très inégal sur la planète.

Neuf pays (Brésil, Russie, Indonésie, Chine, Canada, États-Unis, Colombie, Pérou et Inde) reçoivent 60 % des pluies continentales (110 000 km^3 par an). Pour se limiter à l'Amérique du Nord, les disparités sont fortes entre le Canada, première réserve mondiale pour l'eau (20 % de l'eau douce et 91 420 m^3 par an et par habitant), les États-Unis (10 270 m^3) et le Mexique (4 060 m^3). Le pays le plus pauvre en eau, le Koweït, ne peut compter que sur 10 m^3 par an et par habitant.

Pour mesurer la vulnérabilité à la pénurie d'eau, les experts ont défini une échelle d'exposition au stress hydrique[362] : 19 pays sont déjà en situation de carence absolue (ressource renouvelable disponible par an et par habitant inférieure à 500 m^3), dont Malte[363] en Europe, 9 en état de carence (ressource inférieure à 1 000 m^3), dont Chypre, 16 en état de stress hydrique (ressource inférieure à 1 750 m^3), dont le Danemark, la République tchèque et la Pologne, et 12 en état de vulnérabilité hydrique (ressource inférieure à 2 500 m^3), dont la Belgique, l'Allemagne et le Royaume-Uni[364]. La Chine et l'Inde appartiennent aussi à cette dernière catégorie[365], étant souligné que plusieurs provinces ou régions de la Chine comme la plaine du Nord ou le Xinjiang connaissent déjà un état de carence absolue et que le pays dans son ensemble aura exploité toutes ses ressources disponibles à l'horizon 2030[366].

Vers 2025 une soixantaine d'États contre 44 actuellement subiraient une situation de stress ou de carence hydrique. Cette liste pourrait inclure à terme des États en situation confortable aujourd'hui : le Mexique par exemple pourrait tomber au niveau du seuil de 1 750 m^3 vers 2050. Le pourcentage de la population mondiale exposée aux situations de stress hydrique passerait de 9 % en 2008 à 38 % en 2025.

Les 19 États déjà en situation de carence hydrique se situent, pour l'essentiel, au Moyen-Orient et dans les Caraïbes.

Un autre indicateur mesure le taux d'utilisation des ressources renouvelables internes ou externes, avec trois seuils : stress hydrique entre 10 et 20 % ; stress moyen à fort entre 20 et 40 % ; stress élevé au-delà de 40 % ; 16 pays ont un taux d'utilisation supérieur à 40 %, dont la Belgique (75 %) et les Pays-Bas (71 %), et 17 compris entre 20 et 40 %. Un taux élevé d'utilisation de la ressource traduit la priorité donnée aux usages économiques et sociaux à court terme au détriment de la préservation à long terme de la ressource : souvent, les préoccupations environnementales sont refoulées au second plan en cas de stress hydrique.

Dans ce contexte international, la France jouit d'une position apparemment enviable : peu dépendante de ses voisins (6 % seulement de ses ressources en proviennent), elle n'utilise qu'une fraction raisonnable de ses ressources renouvelables – 17 % pour ses prélèvements et 3 % pour ses consommations – et, avec un ratio de 300 habitants par million de m^3 d'eau disponible, se situe au 104e rang mondial. Elle n'échappe toutefois pas à la tendance générale : le niveau de la ressource – 12 900 m^3/an/h en 1970 – devrait passer sous la barre des 5 000 m^3/an vers 2050. Cette moyenne nationale confortable fait néanmoins abstraction des tensions observées régionalement[367] ou localement et à certains moments de l'année, tensions qui peuvent en théorie être atténuées – puisque la ressource est globalement disponible – en transférant de l'eau d'un bassin à un autre.

Quoi qu'il en soit, les inégalités de dotation et de répartition sont de moins en moins bien tolérées aussi bien au plan international qu'au plan national. L'échec de la communauté internationale à assurer le financement de ce qui est considéré comme un bien fondamental, de même que les travaux théoriques sur une meilleure utilisation de l'eau en termes tant d'efficacité que d'équité, rend en outre de moins en moins supportables ces inégalités que le développement devait contribuer à résorber[368].

Selon les données diffusées par l'OMS et l'UNICEF, chaque habitant de la planète devrait pouvoir disposer pour sa consommation totale de 330 litres par jour[369]. Les Européens en consomment 300 contre 700 pour les Américains du Nord ou les Égyptiens, 500 pour les Australiens mais 30 pour les Africains et 15 900 pour les Turkmènes, qui affichent la consommation la plus élevée au monde.

Les consommations demeurent donc variables et inégales pour une commodité réputée essentielle, spécialement pour les habitants des zones arides ou semi-arides. Ces inégalités sont de plus en plus vivement dénoncées comme inacceptables[370].

1.4.1.3. Une adaptabilité à la rareté liée au niveau de développement

Il ne faut toutefois pas majorer les questions relatives au volume de la ressource disponible[371], qui ne touchent pour le moment que quelques dizaines de millions de personnes : le plus souvent, les difficultés d'accès à l'eau qui affectent des centaines de millions de personnes, surtout dans les pays en voie de développement mais aussi dans des pays développés, tiennent à l'insuffisance des moyens technologiques ou financiers disponibles, à l'absence d'infrastructures hydrauliques, à des carences dans l'organisation ou la gouvernance publique

ou à la pauvreté de la population[372]. Des pays comme la république démocratique du Congo (217 920 m^3/an/habitant), le Brésil (45 570 m^3/an/habitant) ou le Vietnam (10 810 m^3/an/habitant) sont infiniment mieux dotés que la plupart des pays européens[373] en matière d'eau douce renouvelable par habitant, ce qui n'empêche pas une partie de leur population de connaître de sérieux problèmes d'accès à l'eau. Il faut donc distinguer la pauvreté en eau, situation objective qui recouvre une faible disponibilité par habitant, et la rareté en eau qui renvoie aux utilisations sociales de l'eau et aux capacités d'adaptation d'une société[374]. Les pays développés ne sont pas non plus à l'abri des phénomènes de rareté en eau : la Californie, qui vient de connaître trois années successives de sécheresse, a décrété en 2009 l'état d'urgence et ordonné une réduction unilatérale de la consommation de 20 % à tous les habitants et aux agences de l'État de mettre en place des plans de réduction de la consommation.

Selon son niveau de développement[375] et son degré de cohésion, une société trouve ou ne trouve pas facilement des mécanismes d'ajustement dans ce type de situation et dégage plus ou moins aisément les moyens pour y faire face. Ils font appel aux technologies – amélioration des méthodes d'irrigation ou du rendement hydrique de l'agriculture, par exemple par le recours à l'irrigation au goutte-à-goutte ; dessalement de l'eau de mer[376]… –, à la modification des comportements en vue d'économiser la ressource – récupération et recyclage des eaux usées, modification de la tarification… – et parfois à des choix politiques plus difficiles consistant à modifier les spécialisations économiques pour diminuer l'empreinte hydrique[377]. Le plus souvent, ces processus d'adaptation mêlent tous ces types d'ajustements. Force est cependant de constater que cette capacité d'adaptation est plus élevée au nord qu'au sud, où les ressources technologiques, financières et en organisation sont plus facilement disponibles, ce qui n'est pas sans conséquence sur la localisation et l'occurrence des conflits interétatiques et intracommunautaires liés à l'usage de l'eau.

1.4.1.4. Une crainte aggravée par les conséquences du réchauffement climatique

Les préoccupations relatives au réchauffement climatique, qui occupent désormais une place de choix sur l'agenda international, interféreront de plus en plus avec la problématique de l'eau. Si la plupart des problèmes rencontrés dans la gestion de l'eau trouvent leur origine dans des comportements humains, le changement climatique pourrait les aggraver, y compris dans les pays développés[378]. Un réchauffement de deux à quatre degrés du climat pourrait en effet entraîner de multiples conséquences[379], amplifier l'évaporation de l'eau et surtout modifier le cycle et la répartition spatiale ou temporelle de l'eau[380].

Quatre enjeux de sécurité environnementale ont été identifiés à ce titre[381], dont trois concernent directement l'eau : la disponibilité de la ressource en eau douce – rendue plus aléatoire au cours de l'année –, la production alimentaire mondiale et les catastrophes naturelles, inondations[382] et sécheresses notamment, caractérisées par des événements extrêmes plus nombreux[383].

Dans un tel contexte, la prévention des risques par la recherche scientifique et technique (images satellite, modélisation des crues…) et les systèmes d'alerte mais aussi la mise en place de scénarios de gestion des eaux plus flexibles[384] revêtent une importance croissante de même que tous les travaux visant à garantir

la protection des personnes et des biens[385] et l'assurabilité du risque extrême. La communauté internationale commence aussi à s'organiser dans ce domaine : le plan d'action adopté en mars 2006 par le Conseil consultatif du secrétariat général des Nations unies pour l'eau et l'assainissement (UNSGAB), dit plan Hashimoto, intègre un objectif de diminution du nombre des victimes grâce à la prévention et prévoit l'organisation de la fourniture d'eau et d'assainissement après les catastrophes naturelles. Dans le même registre, le Conseil mondial de l'eau a formulé, lors du 5e Forum mondial de l'eau, quarante recommandations en vue de prévenir les conséquences des désastres naturels liés à l'eau. L'organisation et la coordination des secours méritent donc d'être renforcées pour faire face à des situations de catastrophe naturelle plus fréquentes et plus violentes.

1.4.1.5. La lutte contre la mauvaise utilisation de l'eau et son gaspillage

La disponibilité de la ressource en eau apparaissant comme préoccupante au plan international, sa gestion quantitative a fait l'objet de travaux nombreux et intéressants.

De l'accroissement permanent de l'offre à la maîtrise de la demande

Pour répondre à l'augmentation régulière de la demande et conjurer la crainte d'une raréfaction de la ressource, les efforts des États ont été très longtemps quasi exclusivement focalisés sur l'accroissement de l'offre.

Il s'agissait pour eux d'ouvrir en permanence de nouvelles ressources, notamment à l'aide de grands travaux hydrauliques et d'infrastructure – davantage de forages, de barrages, d'usines de fabrication, de réseaux de distribution, de stations d'épuration, de surfaces irriguées… –, largement subventionnés par eux ou par l'aide internationale.

À partir des années 1980, plusieurs experts ont commencé à mettre en garde contre cette course sans fin, dangereuse pour la conservation de la ressource, et mis l'accent sur une nouvelle culture de l'eau, comportant des stratégies fondées sur la demande et sa limitation de manière à délier le lien univoque qui a longtemps prévalu entre croissance démographique, croissance économique et augmentation de la consommation d'eau[386]. Ces nouvelles stratégies mettent l'accent sur l'optimisation du cycle de l'eau, l'efficacité de ses usages, l'amélioration de sa disponibilité spécialement en période de sécheresse et de sa gestion, la réduction des fuites dans les réseaux, sur les programmes d'éducation des consommateurs en vue de réduire la demande des principaux utilisateurs, sur les technologies économes en eau, sur la récupération d'eaux non utilisées comme l'eau de pluie, sur la substitution d'eau non potable à l'eau traitée pour certains usages à faible valeur ajoutée[387], sur le recyclage des eaux usées et sur une tarification de l'eau qui soit incitative à sa meilleure utilisation[388].

La recherche de la meilleure utilisation de l'eau et la lutte contre son gaspillage sont ainsi récemment devenues une priorité internationale[389] et communautaire[390].

Les politiques de l'eau connaissent donc, selon la situation des différents pays, un infléchissement et font désormais appel à trois volets d'importance inégale : limitation de la demande d'eau ; optimisation du petit et/ou du grand cycle de l'eau et des ressources actuellement disponibles ; ouverture de nouvelles

ressources. Les plus rigoureuses et les plus durables n'activent le troisième volet que lorsque les deux premiers ont été traités dans toute leur étendue.

Un effort à faire porter prioritairement sur l'agriculture et l'irrigation

Pour limiter la demande, les efforts portent au plan international prioritairement sur des techniques de culture[391] et d'irrigation plus efficientes (40 % de l'alimentation mondiale est produite sur les 17 % de surfaces cultivées qui sont irriguées). Car, tout le monde s'accordant pour affirmer que l'agriculture, premier consommateur d'eau, en est également le principal gaspilleur[392], c'est d'une utilisation plus performante de l'eau par l'agriculture qu'on attend d'abord une meilleure maîtrise du côté de la demande.

Le dogme de l'autosuffisance alimentaire, important pour la sécurité des États, pourrait de ce fait être remis en cause : l'Égypte importe déjà des denrées alimentaires qu'elle ne peut pas produire sur son sol, par manque d'eau.

Les leviers efficaces pour contenir les autres consommations

S'agissant des politiques tendant à limiter les usages de l'eau autres qu'agricoles, les expériences réussies combinent une série d'actions convergentes :
• des actions d'éducation à l'école, car les pratiques quotidiennes d'utilisation de l'eau dépendent largement de l'éducation reçue et ne se modifient plus guère à l'âge adulte ;
• des actions de sensibilisation du public (campagnes d'information[393] et de conseil) ;
• l'incitation à l'installation de dispositifs économiseurs d'eau dans les collectivités (hôtels, logements sociaux…) et les logements individuels (pommes de douche à débit réduit, aérateurs ou rondelles d'étanchéité des robinets, robinets réducteurs de pression, coupe-volume pour réservoir de W.-C., etc.), notamment en les offrant ;
• la promotion de citernes d'eau pluviale pour l'arrosage des jardins et l'introduction de restrictions à l'arrosage avec de l'eau potable ; certaines collectivités promeuvent aussi le xéropaysagisme, c'est-à-dire des plantes et arbustes faibles consommateurs d'eau ;
• des programmes spécifiques visant les grands consommateurs (industries, etc.) ;
• une surveillance accrue des infrastructures (détection et colmatage des fuites ; modernisation des compteurs d'eau…) et une exploitation rapide des données informatiques sur la consommation anormale d'eau[394] ;
• l'individualisation des frais d'assainissement sur la facture d'eau.

Les résultats à attendre de ces actions sont une diminution de la consommation journalière comprise entre 20 et 30 % dans l'habitat. Depuis 1997, la ville de Saragosse a ainsi fait tomber à 96 l/personne/j la consommation d'eau de ses habitants. Retenant une partie de ces orientations, la Commission européenne mentionne dans sa communication du 18 juillet 2007 qu'elle envisage l'élaboration d'une nouvelle directive concernant la performance des bâtiments en matière de consommation d'eau (collecte des eaux de pluie, recyclage des eaux grises, performance des équipements) sur le modèle de la directive 2002/91/CE du 16 décembre 2002 relative à leur performance énergétique.

Tous ces débats sont lourds de conséquence. Ils obligent à reposer des questions aussi fondamentales que celles des ajustements quantitatifs à long terme pour

chaque catégorie d'eaux et leurs différents usages, de la capacité technique, organisationnelle et financière à séparer efficacement la gestion d'eaux de qualités différentes et de la définition d'une nouvelle architecture des responsabilités en termes de santé et de sécurité publiques.

1.4.2. La qualité : un milieu de plus en plus pollué et de plus en plus pathogène

L'usage de l'eau générant de fortes externalités, dans les domaines de l'environnement et de la santé principalement, des signaux d'alerte ont été récemment déclenchés qui ont conduit la communauté internationale à replacer les préoccupations relatives à la qualité de l'eau et du milieu aquatique au cœur des politiques de l'eau alors même que les pollutions sont le plus souvent, comme les ressources qu'elles affectent, locales. Phénomène local, la pollution constitue également un phénomène global : si les habitants actuels de la planète ne rejettent pas des eaux assainies ou purifiées, ce sont le milieu, la biodiversité et les « droits » des générations futures qui sont en situation de risque. Comme beaucoup d'autres, ce sujet est complexe : les pollutions sont très diverses et les qualités attendues de l'eau varient selon les usagers et les usages susceptibles de lui être donnés.

Des menaces sérieuses pour la santé publique…

De nombreux rapports internationaux consacrés à l'environnement soulignent la dégradation de la qualité des eaux, en liaison avec ses usages accrus, agricoles et industriels principalement, et avec les carences en matière d'assainissement.

Le recours à l'irrigation entraînerait une salinisation progressive des cours d'eau et des nappes phréatiques tandis que l'usage intensif de fertilisants et de pesticides aurait pour effet de polluer les nappes souterraines. Quant à l'industrie, elle rejetterait 3 à 4 000 substances chimiques différentes – des métaux lourds comme le plomb, le mercure, le nickel ou le cadmium, des matières organiques comme les hydrocarbures aromatiques polycycliques, le benzène, le toluène, le xylène, le phénol, le chrome, l'arsenic, etc. – dans les cours d'eau.

Dans les pays en développement, 90 % des eaux usées sont rejetées dans les rivières ou la mer sans avoir subi aucun traitement[395]. Tous les grands fleuves y sont pollués. L'Europe n'échappe pas à ce phénomène : 5 fleuves seulement sur 55 sont jugés intacts.

D'autres rapports ou études internationaux consacrés à la santé, dont ceux de l'OMS[396], dressent un constat tout aussi alarmant. Entre cinq et huit millions de personnes, dont 1,8 million d'enfants[397], décèdent chaque année de maladies véhiculées (trachome…) ou causées par des eaux courantes, stagnantes ou stockées. Trois groupes de maladies sont communément distingués : les maladies parasitaires (bilharziose, onchocercose, paludisme, dracunculose…), bactériologiques (choléra, typhoïde, colibacillose…) et endémo-épidémiques (dengue, fièvre jaune). Pasteur soulignait déjà à la fin du XIXe siècle que l'homme buvait 90 % de ses maladies, c'est-à-dire que l'eau constituait le principal vecteur de transmission des maladies infectieuses[398]. De nos jours, un tiers des décès et 80 % des maladies prévalant dans les pays du Sud demeurent occasionnés par l'eau.

… qui justifient une mobilisation internationale sur l'assainissement

De ce fait, les objectifs du Millénaire ont réservé à l'alimentation en eau potable une place importante (cf. note 345). Et, pour justifier que l'assainissement soit considéré comme aussi important que l'alimentation en eau potable[399] et que ces objectifs soient complétés par une cible propre à l'assainissement, le sommet de Johannesburg a amplement souligné que le défaut d'assainissement contribuait à l'aggravation de la pollution et des problèmes de santé publique. Les maladies se diffusant par les eaux polluées, un droit à l'eau potable qui serait dissocié d'un droit à l'assainissement ne revêt dès lors pas grand sens pour les experts et, pour des motifs de santé publique, les deux devraient être juridiquement liés[400], ce qui n'est pas encore le cas. Depuis lors, l'accès à l'eau potable en quantité et en qualité suffisantes et la mise en place de réseaux ou d'équipements d'assainissement capables de traiter les pollutions des eaux domestiques, agricoles et industrielles demeurent deux des priorités des institutions internationales chargées du développement[401], même si ces deux mesures ne suffisent pas à garantir une amélioration de l'état de santé. Pour parvenir à des résultats notables, les efforts doivent également porter sur l'éducation, l'hygiène et l'environnement médical[402].

1.4.3. La tarification : valeur, coût et prix du service

Etroitement liée aux problèmes quantitatif et qualitatif mentionnés ci-dessus, la question du juste prix pour l'eau et pour l'assainissement a également retenu l'attention des organisations internationales.

Distinguer recouvrement des coûts et paiement par l'usager

Dans de nombreux pays du monde, le tarif ne couvre pas l'intégralité des coûts : ce service est fréquemment subventionné au titre de l'exploitation et plus souvent encore de l'équipement[403]. La reconnaissance du 4e principe de Dublin – la valeur économique de l'eau – n'entraîne en effet pas nécessairement, sauf au sein de l'Union européenne et sous la réserve d'un éventuel tarif social, que les coûts complets de l'eau doivent être entièrement imputés au consommateur. Ils sont en réalité couverts à la fois par des taxes, par le tarif acquitté par l'usager et par des transferts internationaux et/ou sociaux[404].

Couvrir les coûts complets (*full cost recovery*) est une chose, les faire intégralement supporter par l'usager en est une autre. Les publications sur le sujet invitent à distinguer clairement entre ces deux aspects[405], c'est-à-dire entre la couverture intégrale des coûts du service, qui incite à limiter les prélèvements en volume surtout s'il existe une tarification volumétrique, et la couverture acceptable par l'usager, un usager qui rechigne à financer sur sa facture courante les frais de constitution ou d'extension des réseaux. Elles incitent aussi à tenir compte des niveaux de développement de chaque pays et d'investissement déjà réalisé : le dicton français selon lequel « L'eau paie l'eau » et le tarif acquitté par les usagers finance le renouvellement des infrastructures n'est applicable qu'aux sociétés qui ont déjà payé l'intégralité de l'investissement grâce à des financements publics et n'est pas transposable brutalement dans les pays en développement[406] où la tarification devrait initialement couvrir en moyenne les coûts d'exploitation et d'entretien pour assurer la pérennité du service (*sustainable cost recovery*) en tenant compte des capacités financières des usagers les

plus pauvres pour qui le tarif doit être *abordable*. C'est d'ailleurs pour avoir ignoré ces réalités et retenu un financement intégral de l'eau par l'usager que de nombreuses délégations de services de distribution d'eau ont échoué dans les années 2000.

Réguler les tarifs

Ces publications insistent par ailleurs, notamment lorsque la gestion est déléguée, mais l'observation vaut aussi pour la gestion publique, sur l'indispensable régulation des tarifs pour éviter l'apparition d'une rente tirée du pouvoir de marché exercé par l'opérateur privé ou public en situation de monopole naturel. Et la structure du tarif devrait à la fois refléter les objectifs assignés aux gestionnaires et permettre l'accès à l'eau des plus vulnérables pour les usages domestiques et agricoles[407]. De fait l'eau reste souvent vendue à un tarif inférieur à ses coûts complets et à un tarif qui ne prend en compte ni les coûts d'opportunité, ni les coûts environnementaux. Dans un contexte de rareté et de pollution croissantes de la ressource, ces coûts devront être pris en considération. Il faut rendre cette rareté perceptible à l'usager, dans certains cas en donnant un prix à la nature, et tendre à facturer la pollution à son coût pour orienter la gestion et la consommation de l'eau conformément aux orientations retenues par la politique de l'eau et vers les usages à plus forte valeur ajoutée.

1.4.4. Le financement de l'accès de tous les humains à l'eau et à l'assainissement

Rendre effectif un droit universel à l'eau ne pose pas tant un problème d'accès à la ressource physique qu'un problème de transferts technologique et financier : il s'agit de mobiliser des financements nationaux et internationaux pour mettre en place les infrastructures et les réseaux, si les usagers ne peuvent pas en assumer seuls la charge dans leur facture, et de transférer des savoir-faire pour que ces réseaux et infrastructures soient gérés et maintenus dans la durée.

Pour atteindre les objectifs du Millénaire en matière d'accès à l'eau potable et à l'assainissement, entre 9 et 30 Mds$ supplémentaires par an doivent, selon les estimations et les périmètres concernés[408], être mobilisés, ce qui correspond à un doublement de l'effort d'investissement et à une enveloppe globale de 180 Mds€ sur une dizaine d'années. Ils se surajoutent aux dépenses déjà consenties à ce titre (une quinzaine de milliards de dollars par an). Et, pour assurer l'accès de tous à l'eau potable et à l'assainissement, un tel effort devrait être prolongé durant vingt-cinq ans. La communauté internationale a donc cherché à mobiliser des fonds tous azimuts.

Mobiliser le financement international privé

Les institutions financières internationales ont vanté et promu dans le domaine de l'eau le financement privé et le partenariat public-privé (PPP), le secteur privé apportant ce qui manque aux collectivités publiques : l'ingénierie et l'expertise technique, les capitaux et la capacité de gestion et d'amélioration de la performance. Quelques privatisations et des délégations de service public[409] sont ainsi survenues depuis les années 1990, notamment en Asie, en Amérique ou en Afrique, avec des résultats mitigés selon les endroits[410]. Le professeur

Vanessa Richard approfondit, dans sa contribution, la question des équilibres à respecter dans ces opérations entre intérêts économiques et intérêts écologiques.

Le contrat de délégation, s'il contribue à moderniser les services, à étendre les réseaux, à faciliter l'accès des pauvres à l'eau et donne de bons résultats dans les villes à la condition d'être accompagné d'une régulation des monopoles naturels locaux, n'apparaît plus comme la solution unique : un service public rénové coopérant, provisoirement[411] ou durablement, avec des opérateurs indépendants assurant, là où existe une économie informelle, l'accès des ménages les plus pauvres au réseau apparaît également comme une solution viable[412]. La délégation n'apporte pas non plus une solution immédiate en milieu rural où d'autres modalités de service, collectives le plus souvent, sont mieux adaptées.

Mobiliser l'aide publique au développement

L'aide publique au développement ayant chuté dans les années 1990, un Panel mondial sur le financement des infrastructures de l'eau a été mis en place en 2002 sur une initiative conjointe du Partenariat mondial pour l'eau, du Conseil mondial de l'eau et du 3e Forum mondial de l'eau de Kyoto. Il a débouché sur un rapport qui recommande de mobiliser le financement privé et de relever l'aide publique[413]. D'autres rapports ont poursuivi les réflexions dans ce domaine[414]. Des formules plus novatrices de financement ont aussi été expérimentées sous l'égide de la Banque mondiale : les WOP (« *water operators partnerships* »), ou les OBA (« *output-based aids* »), qui consistent, selon les orientations retenues lors du G8 d'Évian, à verser les subventions au vu des résultats atteints, et les prises de participation directes des banques, bilatérales ou multilatérales, de développement dans des montages aux côtés d'opérateurs de l'eau.

L'OCDE estime dans son rapport 2009 consacré à l'analyse de l'aide publique pour l'eau et l'assainissement (2001-2006) que la part de l'APD consacrée à l'eau et à l'assainissement a augmenté : elle est passée de 6 % en 2001-2002 à 9 % en 2005-2006. Les crédits engagés en 2005-2006 portent sur 6,1 Mds$, se décomposant en 4,2 Mds pour l'aide bilatérale des pays appartenant à l'OCDE et 1,9 Md pour l'aide multilatérale (dont près de 40 % par la Banque mondiale)[415].

Le rapport du PNUD de 2006 a recommandé aux États développés, en vue de contribuer à l'atteinte des objectifs du Millénaire, de consacrer 5 % de leur aide publique au développement à l'eau[416]. Plusieurs pays – le Japon, le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas, l'Allemagne et le Luxembourg – se conforment à cette recommandation, la France se situant à 4 %. L'Europe accompagne cet effort[417] : ses engagements sont passés de 227 M$ en 2001-2002 à 730 M$ en 2005-2006. Elle a en particulier lancé une Initiative européenne pour l'eau lors du sommet de Johannesburg en 2002, avec quatre composantes régionales (Europe de l'Est, Caucase et Asie centrale ; Afrique ; Méditerranée[418] ; Amérique latine).

Même si tous les objectifs du Millénaire ne pourront pas être atteints dans les délais prévus[419], une certitude se dégage à l'issue de cette décennie pour les institutions internationales publiques ou privées : en matière d'accès à l'eau, l'avenir appartient au financement mixte, comme cela a été le cas en Europe au XIXe siècle.

1.4.5. La gouvernance de l'eau

Le modèle de la gestion intégrée de l'eau par bassin hydrographique a suscité de multiples réflexions sur la gouvernance de l'eau[420], désormais considérée comme l'une des clés pour améliorer la situation aux quatre principaux niveaux concernés par son administration (local, national, régional, international).

Tirant les leçons d'une trentaine d'années d'efforts pour favoriser l'accès à l'eau mais aussi de leurs résultats limités, le 4e Forum mondial de l'eau s'est spécifiquement penché sur ce sujet, en insistant sur sa dimension locale[421]. Avec un slogan explicite : des solutions locales pour un problème global. En effet, la gestion de l'eau impose en permanence des arbitrages ou des compromis entre court et long terme – garantir la disponibilité de la ressource ou sa reconstitution –, entre usages concurrents de l'eau et intérêts divergents des différentes catégories d'usagers, entre préoccupations sociales – assurer l'accès à l'eau et l'équité dans cet accès – et économiques – veiller à l'utilisation efficiente de l'eau et en couvrir si possible les coûts complets, entre les utilisateurs d'amont et ceux d'aval… Ces compromis ne peuvent être négociés que localement[422] – au niveau pertinent de gestion de la ressource – entre les acteurs concernés[423], en appliquant les principes dégagés en 1992 par la conférence de Dublin. Les organisations internationales insistent donc sur le renforcement des capacités (*capacity building*[424]) dans les pays en développement pour qu'ils puissent à leur tour mettre en place une architecture et une gouvernance adaptées à la gestion de l'eau dans le contexte spécifique qui est le leur. L'amélioration de la gouvernance locale contribuerait finalement autant sinon davantage à l'amélioration de l'accès à l'eau que l'adoption de nouvelles normes juridiques, internationales ou nationales.

Des orientations fortes en découlent pour la renforcer qui tendent à s'imposer dans les milieux spécialisés : conférer davantage de pouvoirs de gestion aux collectivités territoriales ; organiser la complémentarité des financements publics et privés ; remettre en cause les usages non durables de l'eau et formaliser davantage les règles de décision relatives au partage des eaux.

1.4.6. Un partage de plus en plus conflictuel de la ressource : vers des guerres de l'eau ?

L'eau étant une ressource de plus en plus rare et de plus en plus polluée, son partage entre États voisins ou entre groupes sociaux à l'intérieur du même État pourrait devenir une cause de conflits plus nombreux et plus durs. D'où une autre question, fréquemment posée : les peuples vont-ils se faire la guerre pour sécuriser leur approvisionnement en eau ? De très nombreux ouvrages ont développé ce thème au cours des dernières années, résumé à l'annexe 14 avec quelques indications sur les mécanismes de prévention et de résolution de ces conflits. La contribution de Mesdames Laurence Boisson de Chazournes et Mara Tignino est spécifiquement consacrée à cette question.

En dépit d'une tonalité dominante de nature alarmiste, elle montre aussi que l'eau est actuellement davantage facteur de coopération et de solidarité que de conflits entre États[425]. Mais pour qu'elle le reste, il convient de dévelop-

per ces mécanismes et leurs supports juridiques avant que de probables et plus fréquentes situations de pénurie ne viennent détériorer fortement ces relations.

Dans la mesure en effet où sa rareté croissante pourrait conduire les États riverains à affirmer davantage leur souveraineté sur cette ressource, ceux-ci seront en première ligne dans la naissance mais aussi dans la résolution des conflits. Si la recherche de la sécurité hydrique de leurs ressortissants fait partie de la responsabilité des États, cette sécurité pourra de moins en moins facilement résulter d'efforts isolés et passera de plus en plus par la recherche d'une sécurité hydrique collective, qui supposera elle-même un renforcement de la gouvernance régionale ou mondiale (cf. 2.6.4.).

S'étant largement impliquée dans l'internationalisation de la problématique de l'eau depuis les années 1990, la France possède la chance de figurer parmi les nations leaders dans le domaine de l'eau. À maints égards, elle peut même se prévaloir d'un leadership mondial. Elle est néanmoins concurrencée par de nouveaux acteurs, tels les États-Unis, la Chine, Israël ou, dans une moindre mesure, Singapour. L'État de Singapour, par exemple, a attiré sur son sol cinquante entreprises spécialisées dans l'eau et l'environnement et adopté un programme de R&D sur l'eau de 160 M$ sur cinq ans, en encourageant les partenariats entre entreprises, universités et instituts de recherche. Beaucoup regrettent que la France n'ait pas su, en 2006, constituer, malgré la dispersion géographique des centres de recherche (Paris, Montpellier, Lyon, Toulouse, Bordeaux, Lorraine-Alsace), un pôle de compétitivité en réseau consacré à l'eau.

La France est donc confrontée à un défi simple à formuler : peut-elle tirer profit de l'enrichissement de son modèle de gestion par l'Union européenne et de la globalisation pour conserver cette position d'excellence mondiale et accomplit-elle ce qu'il faut dans la nouvelle dynamique mondiale de l'eau pour la conserver, spécialement dans le registre de l'organisation administrative et du droit tant international que national ?

Deuxième partie
Répondre aux nouvelles préoccupations

Chaque bassin hydrographique[426] et chaque territoire connaît des difficultés spécifiques dans le détail desquelles il est impossible d'entrer. Au-delà de celles-ci, le Conseil d'État a identifié plusieurs préoccupations communes, dont l'acuité peut être plus ou moins ressentie localement. Elles concernent la quantité d'eau disponible, sa qualité, l'organisation et le financement de l'eau, la performance globale de quatre secteurs particuliers de l'économie ou de la société, l'application et la simplification du droit et l'implication de la France dans les négociations internationales portant sur l'eau.

2.1. Ajuster la demande et l'offre

Le problème premier pour tout État est d'ajuster l'offre à la demande. Pour garantir que ces ajustements continueront à s'effectuer correctement et atténuer les tensions, il faut cerner les tendances de la demande et faire le tour de toutes les pistes, nombreuses, permettant de les faciliter.

2.1.1. Les grandes tendances de la demande

La consommation d'eau potable est orientée à la baisse depuis le début des années 1990. Cette baisse est davantage subie ou constatée que voulue par les pouvoirs publics. Elle reflète surtout la désindustrialisation du pays, la tertiarisation de son économie et les efforts faits par les grands consommateurs[427], par certains gestionnaires de services publics (hôpitaux, écoles, bâtiments publics, etc.) ou d'immeubles pour limiter le poids de leur facture d'eau au moment où son prix s'est orienté à la hausse[428].

Elle ne résulte guère d'efforts publics tendant à contenir les phénomènes d'urbanisation et de « littoralisation » qui, perçus comme des fatalités contre lesquelles on ne peut rien, sont pourtant au nombre des déterminants majeurs de la consommation d'eau à long terme[429] ou à améliorer les pratiques d'irrigation agricole (cf. 2.4.1.3.).

Il ne semble pas en revanche pour le CREDOC[430] et pour les spécialistes[431] que la consommation d'eau des ménages – pour leurs usages domestiques et non domestiques – logeant en habitat individuel soit encore appelée à diminuer sensiblement dans le futur. L'augmentation de la taille des logements et l'amélioration de leur confort (climatisation, etc.) et de leur équipement[432], l'éclatement des ménages, la diffusion de la propriété en maison individuelle avec jardin[433] et piscine[434],

engendrent une hausse des charges et des consommations d'eau et d'énergie[435], qui justifie pleinement l'installation obligatoire de compteurs individuels en habitat individuel ou pavillonnaire. Et si les équipements ménagers intègrent, depuis le début des années 1990, dès la phase de conception la recherche d'une moindre consommation d'eau, cela ne suffira pas à contrecarrer la tendance à la hausse de la consommation. Mais il faut bien reconnaître que les usages de l'eau par les ménages restent insuffisamment connus et que la sensibilité de leur consommation aux grands paramètres (prix, qualité…) demeure mal appréhendée.

Dans l'habitat collectif, en revanche, la consommation domestique devrait continuer à baisser.

2.1.2. Des tensions répétées et croissantes

Deux types de mesures administratives révèlent les tensions croissantes entre demande et offre.

La législation nationale prévoit, d'une part, depuis 1992 un zonage spécifique – les zones de répartition des eaux (ZRE) [436] – pour les secteurs géographiques marqués par une insuffisance autre qu'exceptionnelle de la ressource par rapport aux besoins. Trente-deux bassins hydrographiques (principalement situés en Poitou-Charentes, dans le Sud-Ouest, en Ille-et-Vilaine et en Beauce) et onze systèmes aquifères – dans les bassins aquitain et parisien essentiellement – ont ainsi été classés en ZRE[437].

Durant les périodes de sécheresse, d'autre part, des restrictions de consommation peuvent être imposées par les préfets. Leur nombre et leur fréquence[438] constituent un autre indicateur des situations de stress hydrique. Cinq départements ont connu un arrêté de limitation des usages de l'eau tous les ans depuis onze ans : Charente, Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Tarn-et-Garonne et Vienne. En outre, 440 bassins-versants ont, lors du Grenelle de l'environnement, été identifiés comme en situation de déficit chronique et des études ont été entreprises pour 309 d'entre eux afin de réduire les prélèvements.

2.1.3. La pose obligatoire de compteurs individuels

Parmi les mesures auxquelles on songe immédiatement pour limiter la consommation domestique figure l'équipement, facultatif ou obligatoire[439], de tous les logements d'un compteur individuel comme pour la fourniture de l'électricité, du gaz ou du téléphone. Les maisons individuelles[440] et les immeubles collectifs neufs le sont systématiquement depuis le début des années 2000 et le décret n° 2007-796 du 10 mai 2007, pris en application de l'article 59 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 135-1 du code de la construction et de l'habitation), a rendu obligatoire la pose de compteurs d'eau froide dans les logements neufs dont le permis de construire a été déposé à compter de novembre 2007 (art. R. 135-1 du même code) et, par voie de conséquence, l'abonnement individuel direct au service d'alimentation en eau potable dans l'habitat collectif neuf.

Fallait-il aller plus loin et étendre cette obligation aux immeubles collectifs anciens ? Le législateur l'a souhaité en adoptant l'article 93 de la loi SRU du 13 décembre 2000 qui prévoit l'individualisation des contrats de fourniture

d'eau à l'intérieur des immeubles collectifs d'habitation. Le décret n° 2003-408 du 28 avril 2003 et la circulaire UHC/QC4 n° 2004-3 du 12 janvier 2004 ont précisé les conditions d'application de la loi, en particulier la procédure à suivre[441] pour passer d'une relation entre le service de l'eau et le propriétaire à une relation commerciale avec chaque propriétaire ou locataire. Le décret ayant imparti un délai de neuf mois pour passer d'un contrat collectif aux contrats individuels, on aurait dû assister à une vague de souscription de contrats individuels à partir de 2005. Cela n'a pas été le cas. Pour quelles raisons ?

Des raisons techniques tenant à la difficulté de mettre en conformité les réseaux intérieurs des immeubles d'habitation feraient que 20 % des logements ne pourraient pas être équipés de compteurs individuels. Les comparaisons internationales auxquelles il a été possible de se livrer donnent par ailleurs à penser que l'écart de consommation entre pays sans compteurs et pays avec compteurs atteint au plus 20 %, et souvent moins[442]. En outre, l'installation de compteurs individuels présente des contreparties en termes de coût d'installation et de maintenance[443], de relevé des consommations, de facturation, de recouvrement et d'impayés auprès de clients nettement plus nombreux que dans l'hypothèse d'un contrat collectif souscrit par une copropriété[444]. Cela amène un expert à conclure que le coût annuel de gestion de l'information-compteur, amortissement compris, équivaut au montant de l'économie réalisable, à taille de logement égale[445]. Les distributeurs d'eau ne se montrent de ce fait guère empressés à promouvoir l'individualisation des compteurs : pour eux, elle génère des coûts de gestion nettement plus élevés et des risques accrus d'impayé. Et, parmi ces distributeurs, les collectivités assurant la gestion du service en régie seraient les moins désireuses d'assumer directement le risque d'impayé : dans une copropriété ou dans un office public de l'habitat, ce sont ces derniers qui supportent le risque et non pas le distributeur. Finalement, l'individualisation ne serait intéressante que pour les ménages gros consommateurs et que dans les immeubles où peuvent exister de grandes disparités de consommation liées à l'hétérogénéité des types d'occupation (permanente/temporaire ; logements/activités et commerces…). Dans ces hypothèses, la simple pose de compteurs divisionnaires permet souvent de régler la question, sans avoir à aller jusqu'à la généralisation des compteurs individuels.

Il n'est pas certain non plus que la pose d'un compteur individuel dans l'habitat collectif responsabilise davantage l'usager : elle accentuerait au contraire la fragmentation des relations sociales et renforcerait l'individualisme protecteur[446]. La demande de compteurs individuels émane en effet souvent de copropriétaires qui ne souhaitent plus être solidaires de leurs voisins. La solidarité entre voisins possède, hormis les situations de gaspillage avéré, de solides justifications au regard de la nature de l'eau, élément vital qui se partage, et son coût peut avantageusement être pris en charge au sein de la copropriété plutôt que par la collectivité nationale ou territoriale.

La littérature sur le sujet souligne en revanche l'intérêt de l'individualisation des compteurs pour redresser les copropriétés en difficulté ou dégradées[447] : sortir les factures d'eau de leurs dettes, dont elles représentent jusqu'à 30 à 40 % du montant, ferait partie des solutions obligées. Cette formule permettrait aussi aux usagers de bénéficier des aides individuelles existantes et éviterait les coupures collectives, pénalisantes pour tous, y compris les bons payeurs. C'est d'ailleurs le souci de régler la question des impayés d'eau dans les copropriétés qui a guidé le législateur lors de l'adoption de l'article 93 de la loi SRU.

Finalement, si la pose de compteurs individuels en habitat collectif poursuit deux objectifs – économiser l'eau et introduire davantage d'équité dans la répartition des charges –, leur atteinte n'est nullement garantie : dans la plupart des cas, elle dépend d'une modification profonde des rapports entre gestionnaires d'immeubles, fournisseurs et distributeurs d'eau. Il n'est dès lors guère surprenant que l'article 93 de la loi SRU n'ait finalement pas rencontré le succès escompté.

Malgré cet échec, limité à l'habitat collectif ancien, **le Conseil d'État estime que l'État et les collectivités territoriales suivent la bonne voie lorsqu'ils imposent partout ailleurs et partout où c'est possible la pose de compteurs individuels. Car il n'y a pas de connaissance ni de maîtrise possible des volumes engagés dans les différents cycles de l'eau sans comptage et sans traçabilité des volumes**. Une bonne partie des difficultés rencontrées par l'administration dans la gestion quantitative de l'eau et dans l'application du droit de l'eau vient précisément de ce qu'il subsiste dans la société française quelques îlots de résistance farouche à l'équipement en compteurs individuels. Il est donc important de les réduire. **Un autre défi pour les collectivités publiques est de favoriser le passage à une nouvelle génération de compteurs, celle des compteurs dits intelligents, qui permet d'exploiter l'information en temps réel et d'améliorer le rendement des réseaux tout en évitant le dérapage de la facture de l'abonné.**

2.1.4. Le plan de gestion de la rareté de l'eau : lacunes et améliorations possibles

Le plan de gestion de la rareté de l'eau adopté par le Conseil des ministres du 26 octobre 2005 révèle que l'agriculture n'est plus le seul secteur concerné par le risque de pénurie, même si elle reste à l'origine du principal problème rencontré.

Ce plan[448] retient trois axes : donner la priorité à l'alimentation en eau potable ; gérer l'eau de manière économe et mieux la partager entre les différents usages ; mieux valoriser l'eau. Il comporte 26 mesures législatives, réglementaires ou incitatives pour certains secteurs tels que l'agriculture, l'industrie ou l'énergie hydroélectrique ainsi que des études. Les mesures législatives annoncées – priorité à l'eau potable en situation de pénurie, généralisation de la pose de compteurs individuels dans les immeubles neufs, incitation à la récupération des eaux pluviales, mise en place d'organismes collectifs uniques de gestion de l'irrigation (OUI), renforcement du régime des ZRE – ont été incorporées à la loi du 30 décembre 2006. Les autres mesures ont été mises en œuvre progressivement, en commençant par une dizaine de bassins-versants jugés prioritaires.

Un rapport de l'inspection générale de l'environnement (IGE) datant de 2006[449] dresse au titre de l'axe 2 du plan ci-dessus un bilan des arrêtés et autres mesures pris par les préfets pour répondre aux situations de sécheresse rencontrées dans les départements. Fondé sur le décret n° 92-1041 du 24 septembre 1992 relatif à la limitation ou à la suspension provisoire des usages de l'eau[450], lui-même pris en application de l'article L. 211-3 II 1° du code de l'environnement et sur un grand nombre de circulaires d'application[451], ce régime fait du préfet de département l'arbitre entre les usages concurrents de la ressource, après

concertation avec ses principaux utilisateurs[452]. Un arrêté de ce préfet désigne des zones d'alerte, qui doivent être des unités hydrographiques cohérentes correspondant à un sous-bassin, à un bassin ou à un groupement de bassins, puis un document également établi par lui définit des seuils d'alerte – généralement au nombre de quatre (seuil de vigilance ; niveau d'alerte défini par le débit permettant de faire coexister tous les usages dans le respect du bon fonctionnement du milieu ; premier niveau de crise ; niveau de crise renforcé) – dont le franchissement déclenche ensuite des mesures de restriction ou d'interdiction d'usage de la ressource. Ce dispositif permet d'adapter les mesures au contexte particulier de chaque sous-bassin mais s'articule plus ou moins bien avec le niveau supérieur du bassin hydrologique[453].

Il souffre de plusieurs défauts : les élus locaux sont peu impliqués alors qu'ils sont chargés de l'alimentation en eau potable, y compris en période de crise ; les irrigants n'enregistrent pas et ne transmettent pas en temps réel les données indispensables au pilotage fin des prélèvements par les préfets ; les données publiques ou privées détenues par les trois principales sources d'information sur ces prélèvements (les données de la police des eaux ; les déclarations faites au titre de la PAC ; les volumes prélevés et déclarés pour servir de base à l'assiette des redevances perçues par les agences de l'eau)[454] ne sont pas croisées ; l'efficacité des mesures prises n'est généralement jamais évaluée. Les préfets n'étant pas capables de gérer finement les volumes prélevés, ils recourent par commodité à des mesures globales telles que les tours d'eau et les interdictions d'arroser de un à quatre jours par semaine, mais ces mesures, en apparence plus faciles à contrôler qu'un volume de prélèvement, se prêtent à des contournements aisés (cf. 2.4.1.3.2.) et, si elles semblent mieux respectées que les autres catégories de mesures prises au titre de la police des eaux, sont finalement peu efficaces[455] et peu sanctionnées. Lorsque l'alimentation en eau potable n'est pas menacée, l'arbitrage se fait entre l'irrigation et la préservation du milieu, souvent en faveur de la première ; si elle l'est, elle est déclarée prioritaire et l'irrigation est alors sacrifiée.

Les nombreuses propositions faites par l'IGE pour améliorer cette gestion sont pertinentes pour le Conseil d'État et il recommande de les appliquer : harmonisation des seuils d'alerte et de crise avec mise en place d'un appui technique national pouvant être confié au SCHAPI ou à l'ONEMA ; croisement de toutes les données sur les prélèvements et exploitation commune de ces données au sein d'un système départemental des données sur l'eau ; meilleure coordination entre les directives diffusées au titre de la législation sur l'eau et la législation sur les installations classées ; consolidation des nombreuses circulaires en deux blocs distincts – un guide pérenne d'une part, la directive conjoncturelle relative à la gestion de chaque épisode successif de sécheresse d'autre part ; désignation par le préfet coordonnateur de bassin d'un préfet pilote par sous-bassin chargé de constater les franchissements de seuil ; meilleure prise en compte des eaux souterraines et coordination des mesures relatives aux eaux superficielles et souterraines pour la gestion des débits des rivières ; introduction, dans les autorisations et prescriptions opposables aux déclarations, de restrictions relatives à la gestion des différentes périodes d'étiage ; modification de l'article L. 214-7 du code de l'environnement pour inclure les installations classées dans le champ de la réglementation sécheresse.

2.1.5. La réduction des pertes encourues dans les réseaux

La réduction des fuites et des pertes dans les réseaux mérite de retenir davantage l'attention des collectivités territoriales, propriétaires de ces réseaux : alors que les meilleurs atteignent un taux de 5 % (cf. note 226), une bonne partie du réseau français, notamment celui qui est exploité en régie, reste très éloigné de ce score[456]. **La première priorité pour les élus locaux consiste tout simplement à améliorer cette situation.**

Cette piste avait été ignorée par la loi du 3 août 2009 dont l'article 27 alinéa huit s'est limité à une affirmation de principe – « *[…] l'État promeut des actions visant à limiter les prélèvements et les consommations d'eau* » – et n'a mentionné que deux voies, dont la deuxième est au demeurant contestée, pour ajuster marginalement les prélèvements aux ressources : la gestion collective des prélèvements d'eau pour l'irrigation par les organismes uniques de gestion et la création de retenues collinaires visant à une meilleure gestion des ressources en eau (cf. 2.4.1.3.3.).

Le projet de loi dit Grenelle II déposé par le gouvernement devrait remédier partiellement à cette lacune : son article 58 prévoit un inventaire détaillé du patrimoine pour tous les services d'eau potable et d'assainissement, et, lorsque les fuites du réseau dépasseront un seuil fixé par département, les communes devront établir un programme pluriannuel de travaux d'amélioration de ce réseau. Et une majoration de la redevance pour prélèvement sur la ressource due à l'agence de l'eau et l'attribution de primes de résultat après travaux seront censées fournir l'incitation suffisante. Les experts estimant que le département ne constitue pas un niveau ou un critère pertinent pour normer ou moyenner le taux de fuite, la loi devrait renvoyer au décret le soin de fixer la référence, sans doute en distinguant entre territoire urbain et rural. L'introduction, éventuelle, d'une distinction selon le mode de gestion ne manquerait pas en revanche de soulever une difficulté à l'égard du libre choix de ce mode (cf. 2.3.5.).

Mais la décision d'investissement continuant à relever des collectivités territoriales, maîtres d'ouvrage, l'influence de l'État sera sans doute limitée, même s'il va mettre à contribution les agences de l'eau pour financer une grande partie de l'effort financier correspondant en vue d'atteindre un objectif affiché de 15 % de pertes dans les grands réseaux urbains.

Si **la lutte contre la mauvaise utilisation de l'eau et son gaspillage** est en train de devenir une composante de la politique nationale de l'eau[457], elle **reste encore embryonnaire faute de mobiliser suffisamment les collectivités territoriales et les usagers avec les leviers appropriés (éducation, sensibilisation, installation d'économiseurs d'eau…) qu'une expérience internationale déjà vaste a mis en lumière** (cf. 1.4.1.5.). **Le Conseil d'État recommande qu'on s'en inspire pour viser à l'efficacité et qu'on aborde en outre franchement les problèmes suivants.**

2.1.6. Les incidences du réchauffement climatique

En France, l'impact croissant des phénomènes de sécheresse sur les variations saisonnières de la consommation d'eau est identifié dès les années 1970 : alors que le rythme de croissance de la consommation d'eau commence à ralentir

avant de se stabiliser dans les années 1990, les délégataires constatent que les variations climatiques déterminent pour l'essentiel celles de la consommation[458]. Mais cet impact du climat sur la consommation n'a jamais fait l'objet d'études sérieuses de la part de l'État jusqu'à tout récemment.

À l'issue du Grenelle de l'environnement, un groupe interministériel « Impacts du changement climatique, adaptation et coûts associés en France » a été mis en place pour évaluer, à partir du stock de connaissances existantes, les impacts quantitatifs et qualitatifs de ce réchauffement. Trois rapports thématiques dont les premières conclusions ont été remises en octobre 2009 touchent de près ou de loin à l'eau – le contenu de deux d'entre eux est analysé ailleurs – et un rapport général synthétise les coûts d'adaptation au changement climatique. Préalables à l'élaboration d'un plan national d'adaptation d'ici à 2011, ces travaux sont en phase avec les exigences du Livre blanc de la Commission européenne d'avril 2009 qui prévoit entre 2009 et 2012 une phase d'évaluation des mesures d'adaptation possibles.

Le groupe thématique « Eau et impacts du changement climatique » a recensé ces impacts sur les différents aspects de la gestion de la ressource en eau aux horizons 2030, 2050 et 2100. Il souligne que plusieurs secteurs économiques seront affectés : l'agriculture et la forêt, la production d'énergie[459], l'eau potable et l'alimentation des canaux. Le déficit de ressource par rapport aux besoins actuels est provisoirement estimé à 2 Mds de m^3 pour l'irrigation, l'industrie et l'eau potable (+ 15 % par rapport aux consommations actuelles) [460], avec de fortes variations locales. Le réchauffement climatique aurait également des conséquences sensibles sur la qualité de l'eau – tous les efforts engagés autour de l'agriculture durable seraient compensés par l'augmentation de la concentration des azotes dans les cours d'eau et les aquifères – et par conséquent sur son prix – puisqu'il faudrait la traiter davantage encore – et sur l'inévitable développement de ressources substitutives.

Le rapport de synthèse souligne de son côté la nécessité de diminuer la consommation d'eau agricole et domestique et de lisser, grâce à des travaux d'infrastructure (stockage et transferts d'eau), les périodes de sécheresse. Il invite aussi à approfondir les travaux sur les services rendus par les écosystèmes[461], la biodiversité étant déjà atteinte, mais dans une mesure mal appréhendée, par le réchauffement climatique.

Compte tenu de l'importance des impacts déjà identifiés du réchauffement climatique, le Conseil d'État estime qu'on ne peut plus se contenter de travailler à partir du stock de connaissances existantes et qu'il faut résolument intensifier les programmes de recherche pour mieux documenter les phénomènes de vulnérabilité des activités économiques au manque d'eau et les coûts associés[462], couvrir des domaines actuellement mal défrichés[463] et affiner les outils de prévision, notamment pour modéliser au plan hydrologique et thermique l'évolution du débit des cours d'eau[464]. Ces recherches sont à engager rapidement pour pouvoir élaborer des plans d'adaptation au climat qui soient pertinents.

Il insiste aussi pour que le financement qu'il faudra dégager à compter de 2011 pour les mesures d'adaptation au réchauffement climatique n'obère pas celui qui demeure indispensable pour continuer à développer l'accès à l'eau et à l'assainissement tant au plan national qu'international.

2.1.7. Le redimensionnement des réseaux locaux

La probabilité d'événements extrêmes plus nombreux et plus violents soulève aussi une question intéressant directement les collectivités territoriales, celle des spécifications applicables au dimensionnement et à la capacité d'absorption des réseaux en fonction de la survenance plus fréquente de ces événements. Ces spécifications sont actuellement déterminées en fonction de périodes de retour qui varient de cinq à cinquante ans en fonction de considérations locales.

Le sous-dimensionnement des réseaux – des réseaux de collecte des eaux pluviales et d'assainissement en particulier – pourrait aboutir à une mise en cause de la responsabilité de ces collectivités dans des proportions inédites et encore mal appréhendées. Propriétaires, elles en assument en effet la responsabilité (CE, Sect., 15 octobre 1976, *District urbain de Reims*, Leb. p. 420), aux côtés du concepteur (CE, 24 février 1971, *Yanitch*, rec. p. 159 ; CE, 12 mars 1975, *commune de Boissy-le-Cutté*, Leb. t. p. 908) tout comme celle de leur surveillance permanente[465]. L'affermage constituant actuellement la forme dominante de délégation de la gestion, le maître d'ouvrage est également responsable dans cette hypothèse des dommages causés aux tiers par l'insuffisante capacité d'un réseau d'assainissement (CE, 26 novembre 2007, *Migliore*, Leb. t. p. 934).

Le Conseil d'État invite les collectivités territoriales à réviser les normes techniques qu'elles appliquent à la conception de leurs réseaux en s'appuyant sur les études recommandées ci-dessus.

2.1.8. L'utilisation accrue des eaux pluviales

Une des voies pour limiter les prélèvements dans les eaux superficielles ou les nappes souterraines consisterait à substituer des eaux pluviales récupérées sur place à l'acheminement jusqu'à chaque habitation ou site de production d'eau potable traitée.

Des usages potentiels multiples

Lorsque l'eau pluviale est récupérée dans un réseau séparatif, elle peut, souvent après décantation et traitement lorsqu'elle s'est chargée de particules dans l'air ou de polluants au cours de son ruissellement, faire l'objet d'usages multiples. Les experts distinguent volontiers entre les eaux pluviales récupérées sur les toitures, les moins polluées, et celles récupérées sur la voirie, beaucoup plus chargées en polluants. Leur emploi industriel[466] ou à l'extérieur de l'habitation ne soulève guère de difficulté de principe, hormis d'ordre écologique et économique ou financier : il faut construire des infrastructures aux capacités de plus en plus importantes pour faire face aux précipitations d'ampleur exceptionnelle et décanter ces eaux à très grande vitesse avant de les stocker dans des réservoirs artificiels ou dans les lacs[467]. La concentration d'eaux pluviales est particulièrement importante en ville, car l'extension urbaine et périurbaine et l'imperméabilisation croissante des sols ont multiplié les voiries desservant les habitations et les zones d'activité économique et les volumes d'eau drainés.

Ne pose pas non plus de problème l'emploi d'eaux pluviales pour l'irrigation, l'arrosage des parcs publics ou des équipements sportifs comme les golfs, qui comptent désormais parmi les grands consommateurs d'eau en raison de leur

développement récent, le remplissage des piscines ou encore par des services de nettoyage de la voirie ou d'incendie qui pourraient dans cette hypothèse[468] cesser d'utiliser de l'eau potable. On évoque aussi en pointillé, dans le cadre d'une gestion du grand cycle de l'eau (cf. 2.1.10.), la possibilité de recharger grâce à elles les nappes alluviales en période hivernale mais aucun projet en ce sens ne s'est encore concrétisé.

Des risques pour la santé publique à prendre en considération

Mais on peut aussi être tenté d'utiliser, comme aux Pays-Bas[469], l'eau pluviale à des fins domestiques à l'intérieur des habitations (pour le lavage, le chauffage, les installations sanitaires…), avec des risques accrus pour la santé publique. En conséquence, plusieurs pays européens, comme l'Allemagne, ont durci leur législation sur l'usage de l'eau de pluie. En France où un quart des maisons individuelles sont déjà équipées d'un récupérateur d'eau de pluie, l'article 49 de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006, rompant avec une tradition solidement établie d'utilisation exclusive de l'eau potable pour tous les usages domestiques à l'intérieur de l'habitation[470], a ouvert la voie à une meilleure utilisation des eaux de pluie, avec à la clé un crédit d'impôt de 25 % sur une dépense d'équipement plafonnée à 16 000 € pour un ménage. Un arrêté du 21 août 2008 relatif à la récupération des eaux de pluie et à leur usage à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments a autorisé les usages domestiques extérieurs des eaux de pluie collectées à l'aval de toitures inaccessibles et certains usages intérieurs (lavage des sols ; évacuation des excrétas) et, à titre expérimental, l'utilisation de ces eaux pour le lavage du linge avec un dispositif de traitement adapté et déclaré auprès du ministre de la Santé. Ce même arrêté prévoit en outre que « *l'arrosage des espaces verts accessibles au public est effectué en dehors des périodes de fréquentation du public* », ce qui représente une contrainte pour les communes. Un second arrêté du 17 décembre 2008 organise le contrôle des installations intérieures distribuant des eaux non potables, qui font l'objet d'une déclaration en mairie (art. R. 2224-19-4 du CGCT), et autorise, en application de l'article 57 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 2224-12 du CGCT) l'accès aux propriétés privées par un agent du service public en vue de contrôler les installations intérieures et les ouvrages de prélèvement qui doivent être maintenus en bon état de fonctionnement par le propriétaire ou l'usager et vérifiés au moins une fois par an. Le Conseil supérieur d'hygiène publique de France (*avis concernant la position relative aux enjeux sanitaires liés à l'utilisation d'eau de pluie pour les usages domestiques*, 5 septembre 2006) et la direction générale de la santé se sont prononcés contre l'utilisation des eaux pluviales à l'intérieur des habitations.

Alors que la plupart des rares réseaux séparatifs d'eau brute ou de distribution d'eaux pluviales qui existaient dans les villes ont été progressivement fermés par les communes et par les délégataires de service public dans les années 1980 et 1990 par souci d'éviter les mélanges, nuisibles pour la santé, entre eaux différentes, l'inflexion de la politique française de l'eau dans ce domaine vient d'être confirmée par l'article 27 septième alinéa de la loi du 3 août 2009 : « *La récupération et la réutilisation des eaux pluviales et des eaux usées seront développées dans le respect des contraintes sanitaires en tenant compte de la nécessité de satisfaire les besoins prioritaires de la population en cas de crise.* » Cette inflexion pose deux questions nouvelles. La première est d'ordre juridique et financier.

Vers la reconnaissance d'un nouveau SPIC ?

Si la France envisage une utilisation à plus grande échelle des eaux pluviales pour des usages aussi divers que l'agriculture, l'industrie, l'entretien des parcs, jardins ou équipements sportifs… voire la consommation domestique, pourra-t-elle maintenir longtemps une nature administrative au service de collecte des eaux pluviales et un financement par le budget général des collectivités territoriales (cf. annexe 11) ?

Pour le Conseil d'État, la possibilité de conférer une valeur économique positive aux différentes catégories d'eaux et notamment aux eaux brutes et aux eaux pluviales – alors que la valeur de ces dernières est aujourd'hui négative si on leur affecte les coûts de collecte dans un réseau séparatif et de traitement – devrait logiquement conduire à faire basculer à son tour ce service dans la catégorie des SPIC, avec l'avantage de provoquer au passage une clarification et une simplification salutaires du maquis juridique et budgétaire actuel. Mais, pour y parvenir, il faut préalablement définir un modèle économique particulier à l'utilisation de toutes ces eaux. La Ville de Paris, qui doit décider d'investir ou non dans la modernisation de son réseau de distribution d'eau brute prélevée dans la Seine et le canal de l'Ourcq, a consacré une conférence de consensus à ce sujet en décembre 2009 qui a majoritairement conclu en faveur du maintien d'un réseau d'eau brute en milieu urbain. Elle va poursuivre ses réflexions au sein d'un groupe de travail avant d'organiser un débat au conseil de Paris fin 2010. Cette démarche originale confirme que les collectivités territoriales ne disposent pas à l'heure actuelle des instruments d'un diagnostic quantitatif et qualitatif sur la disponibilité et l'utilisation potentielle de l'ensemble de leurs ressources en eau.

Vers une dissociation du financement des trois SPIC locaux ?

La seconde question a été entrevue par le Conseil économique, social et environnemental qui relève que les eaux pluviales réinjectées dans les réseaux collectifs d'assainissement ne donneront lieu à aucune facturation, puisque la facture d'assainissement est établie sur la base de l'eau potable consommée (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, 2009, p. 30). Sur ce point, le code général des collectivités territoriales ne comporte pas encore la solution adaptée[471] et l'arrêté du 21 août 2008 se borne à prévoir que les dispositifs de récupération des eaux pluviales doivent être en mesure d'évaluer les volumes d'eau de pluie rejetés dans les réseaux d'assainissement.

Une utilisation accrue des eaux pluviales pourrait dès lors conduire à autonomiser le financement du service de collecte des eaux pluviales – ce qui irait de pair avec sa transformation en SPIC financé par une redevance pour service rendu éventuellement calculée par référence à la valeur servant d'assiette à la taxe foncière sur les propriétés bâties ou non bâties – et/ou à remettre en cause les modalités de financement du service d'assainissement, aujourd'hui exclusivement assis sur la quantité d'eau potable consommée et non pas sur la quantité d'eaux usées ou pluviales injectée dans ce réseau. Ce débat sur la double déliaison entre service d'alimentation en eau potable et service d'assainissement, d'une part, et service d'assainissement et service de collecte des eaux pluviales, d'autre part, et sur leur mode – respectif ou lié – de financement, déjà passablement obscur pour les non-spécialistes, l'a été rendu davantage encore par la faculté, ouverte par la loi du

30 décembre 2006 (art. L. 2333-97 du CGCT), reconnue aux collectivités territoriales d'imposer aux propriétaires de terrains et d'immeubles d'une superficie supérieure à 600 m^2 et raccordés aux installations de collecte le paiement d'une taxe annuelle sur les eaux pluviales dans la limite de 0,20 €/m^2, avec un abattement de 10 à 90 % de son montant pour les contribuables qui auront réalisé des équipements évitant le déversement de telles eaux dans les ouvrages publics. Ce texte de compromis suscite plusieurs lectures : s'agit-il d'un premier pas vers un financement autonome de la collecte des eaux pluviales, d'une pénalité à l'encontre des « bétonneurs » qui surchargent les réseaux d'assainissement en imperméabilisant les sols à l'excès ou d'une mesure d'incitation à l'investissement dans des installations permettant de réutiliser la ressource ? La réponse n'est pas claire.

Autrement dit, quelle conception technique, économique et juridique des eaux pluviales la France souhaite-t-elle promouvoir ? S'agit-il d'une ressource marginale qui demeure traitée comme une activité accessoire et liée à la collecte des eaux usées, industrielles ou domestiques, et qui permet, par un « effet chasse d'eau », de nettoyer périodiquement les réseaux d'assainissement, ou d'une véritable ressource présentant une valeur en tant que telle et se prêtant à des usages spécifiques susceptibles d'être tarifés ? Comme souvent, notre pays est resté au milieu du gué : les réseaux d'assainissement et de collecte des eaux pluviales demeurent pour une large part unitaires ; l'assainissement est entièrement facturé à l'usager domestique sur la base de la consommation d'eau potable ; les eaux pluviales, pour la plupart rejetées dans les réseaux d'assainissement, ne sont pas toutes dépolluées et ne donnent lieu en principe à aucune facturation auprès des usagers et à aucune redevance ; les agences de l'eau ne s'occupent pas des eaux pluviales de peur d'avoir à les financer, en plus de tout le reste…

Il s'agit donc pour l'État de prendre une décision structurante pour le long terme : le service public local – demain intercommunal – de l'eau repose-t-il sur un, deux ou trois services individualisés, ayant tous la nature d'un SPIC et tous financés par une redevance ayant une assiette distincte et ses propres règles de facturation ? **Le Conseil d'État estime, en l'état de ses informations, que c'est la cible qu'il faut viser à terme mais que cela mérite un débat approfondi.**

Évaluer la récente mesure d'incitation fiscale à la récupération domestique des eaux pluviales

Parmi ses recommandations, le Conseil économique, social et environnemental souligne la nécessité d'une évaluation de la mesure fiscale d'incitation à la récupération domestique des eaux de pluie, sans en exclure la réorientation ou la suppression. **En réalité, l'évaluation devrait être, pour l'habitation, autant économique que sanitaire ou fiscale. Car beaucoup d'experts doutent de la rationalité économique du double investissement dans deux réseaux distincts à l'intérieur d'une même habitation.** Eu égard à la modicité des volumes moyens d'eaux potable et pluviale utilisés à l'intérieur du domicile et donc des chiffres d'affaires potentiels en cause, cet investissement systématique dans un double réseau domestique intérieur est-il justifié et amortissable pour les particuliers dans un délai raisonnable ? Cette question devrait être impérativement éclaircie avant de généraliser, le cas échéant, l'utilisation des eaux de pluie à l'intérieur des habitations. **De rares études partielles existent sur l'intérêt d'un double réseau d'eau potable et d'eau brute en milieu périurbain**

ou dans les lotissements récents, en particulier pour l'arrosage des jardins[472]. Le Conseil d'État recommande d'en conduire de plus solides et de plus complètes pour disposer de bilans coûts/avantages pour toutes les parties intéressées[473].

Une autre question très délicate, celle de l'entretien dans la longue durée de ce second réseau interne aux habitations privées, mérite aussi d'être soigneusement examinée : **au vu de la triste expérience dont la France peut se prévaloir en matière d'assainissement non collectif – expérience dont il est rendu compte par ailleurs (cf. 2.3.1.2.) – et du risque élevé que les propriétaires privés n'assurent pas mieux l'entretien de ce second réseau de distribution d'eau que celui de leur équipement d'assainissement individuel, le Conseil d'État doute sérieusement que l'État ait intérêt à encourager la duplication des réseaux domestiques privés** et à créer ainsi à terme pour les communes un second casse-tête et un second problème insoluble qu'elles auront pourtant inéluctablement à gérer eu égard à ses répercussions probables sur la santé publique.

Au total, la récupération et une meilleure utilisation des eaux pluviales sont des moyens mobilisables pour mieux gérer la ressource globale en eau. C'est une solution à mettre prioritairement en œuvre dans les pays faiblement dotés en eau. Compte tenu de l'abondance relative qui y prévaut encore, ce n'est pas une solution qui s'impose instantanément à l'échelle de la France entière. En revanche, **leur utilisation accrue pourrait fournir une solution localement opportune dans certaines régions subissant une pénurie d'eau et pour certains usages autres que ceux qui prennent place à l'intérieur de l'habitation, par exemple l'irrigation, si on parvenait à les stocker dans des conditions acceptables. Cette flexibilité du calendrier devrait être mise à profit pour que le Comité national de l'eau puisse étudier dans la sérénité toutes les questions de principe posées ci-dessus avant que le Parlement ne les tranche à son tour**. En attendant, une veille technologique devrait être entretenue et des équipements ou des réseaux séparatifs pilotes testés pour que les opérateurs français maîtrisent les nouvelles technologies correspondantes et puissent les exploiter à l'étranger.

2.1.9. Le recyclage des eaux usées retraitées

Une autre voie prometteuse pour lutter contre la raréfaction de l'eau douce consiste à recycler les eaux usées, quelle que soit leur origine, domestique ou industrielle[474]. On estime qu'en 2005 seuls 2 % des 369 Mds de m^3 d'eaux usées collectés dans le monde étaient réutilisés, soit 19 millions de m^3 par jour en 2005 mais que ce chiffre dépassera 50 millions de m^3/j en 2015. L'eau recyclée est prioritairement consommée par l'agriculture. La Chine, les pays du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord en font une priorité et prévoient d'augmenter rapidement leurs investissements à cet effet. Quelques pays méditerranéens l'expérimentent depuis quelques années[475]. En France, seuls 28 sites pratiquent actuellement la réutilisation de ces eaux épurées pour l'agriculture et l'arrosage d'espaces verts : par exemple à Clermont-Ferrand l'eau sortant de la station d'épuration irrigue 650 ha de grande culture (maïs et betteraves sucrières) à titre expérimental depuis 1998.

L'Agence européenne de l'environnement, dans son rapport *Water Resources Across Europe. Confronting Water Scarcity and Drought* de mars 2009, souligne qu'il s'agit de la ressource en eau la plus intéressante à utiliser, notamment dans les zones connaissant une situation de stress hydrique. Ces eaux présentent en effet l'avantage d'être localisées sur le lieu de consommation et d'être moins coûteuses à traiter que l'eau importée ou dessalée (le coût de la réutilisation est trois à quatre fois inférieur au coût du dessalement). Ce recyclage suppose un équipement en boucle ou l'implantation de réseaux de collecte des eaux usées – coûteux à installer, d'où le problème du financement de ces infrastructures –, la mise en place d'installations de traitement des eaux usées selon des technologies plus ou moins sophistiquées[476] mais permettant d'éliminer les micro-organismes et la réutilisation de ces eaux plutôt que leur rejet direct dans la nature et d'un réseau de distribution.

Cette réutilisation peut varier selon le degré de retraitement des eaux : les eaux recyclées peuvent recevoir un usage agricole[477] ou industriel (eau de refroidissement…), être utilisées pour l'arrosage des espaces verts ou le lavage, pour recharger les aquifères et éviter leur salinisation par la pénétration d'eau de mer… et dans certains cas pour alimenter, après potabilisation, les robinets d'eau potable[478], si le risque sanitaire est parfaitement maîtrisé et si des campagnes d'information ont convaincu les usagers de l'acceptabilité sociale de cette réutilisation.

Dans les écoquartiers, l'eau est maintenant recyclée intégralement là où elle est utilisée.

Les pays développés sont loin d'avoir été au bout de ces possibilités : la France par exemple ne retraite pour le moment que 50 % de ses eaux usées et n'en réutilise qu'une partie négligeable[479].

Le plan de gestion de la rareté de l'eau adopté par le Conseil des ministres du 26 octobre 2005 prévoit, au titre de l'axe 3 « Une meilleure valorisation de l'eau », de les réutiliser davantage : « *Développer la réutilisation des eaux usées traitées en définissant les conditions sanitaires, techniques et économiques justifiant le recours à leur utilisation, en menant des opérations pilotes, et en élaborant un guide technique.* » **Mais la réglementation actuelle (art. R. 211-23 du code de l'environnement), qu'il faut élargir au minimum aux eaux industrielles et aux techniques d'aspersion, la limite aux usages agronomiques et agricoles par arrosage ou irrigation, en renvoyant à un arrêté interministériel pris après avis de l'AFSSET la fixation des conditions d'épuration et des modalités d'irrigation ou d'arrosage ainsi que des programmes de surveillance.**

Comme pour la récupération des eaux pluviales, le Conseil d'État estime qu'il ne s'agit pas encore, en l'état de la disponibilité de la ressource en eau en France, d'une priorité nationale mais qu'il peut s'agir d'une solution pertinente localement pour éviter de puiser inutilement dans des nappes déjà trop sollicitées. À l'échelle nationale, d'autres gisements comme la diminution des pertes dans les réseaux (cf. 2.1.5.) peuvent permettre de parvenir à une utilisation plus rationnelle de l'eau actuellement disponible.

Cela n'empêche ni de maintenir une veille technologique sur la question ni de favoriser la mise au point de technologies performantes et exportables ni de préciser les normes juridiques et techniques à appliquer à cette réutilisation. Un

projet d'arrêté sur la réutilisation des eaux usées, déjà examiné par l'AFSSA et par l'AFSSET, est toujours en discussion depuis des années et n'a pas encore débouché. **Le Conseil d'État recommande aux autorités françaises d'accélérer la sortie de ce texte attendu, d'autant plus que l'ISO s'apprête à élaborer une norme sur le recyclage des eaux épurées, et surtout de porter le débat au plan communautaire. Une extension du recyclage des eaux usées suppose en effet vis-à-vis de la population que des règles claires et uniformes, prenant en compte les préoccupations de santé publique et d'environnement, soient fixées au niveau de l'UE.**

2.1.10. L'utilisation accrue des nappes souterraines et la gestion du grand cycle de l'eau

Le plan de gestion de la rareté de l'eau (cf. 2.1.4.) prévoit encore, au titre de son axe 3 (« Une meilleure valorisation de l'eau »), de mieux valoriser les eaux souterraines de la manière suivante : « *évaluer le taux d'exploitation des principales nappes souterraines afin de connaître les possibilités d'exploitation supplémentaire, notamment en cas d'urgence dans l'alimentation en eau potable ; étudier les possibilités de recharge artificielle des nappes* ».

Cette formulation officielle confirme l'ignorance dans laquelle, à quelques exceptions près, se trouvent encore actuellement les collectivités publiques, dont l'État, quant à l'étendue de la ressource physiquement accessible et raisonnablement utilisable dans les nappes souterraines eu égard à la nécessité de ménager leur durabilité.

Le rapport de l'inspection générale de l'environnement d'avril 2006, établi en application de ce plan, aborde aussi ce sujet en proposant de ne plus réserver certaines nappes souterraines aux besoins des générations futures mais d'autoriser, en cas de risque de pénurie pour l'alimentation en eau potable des générations actuelles, des prélèvements dans ces nappes si elles sont rechargeables.

Cette question se pose spécifiquement au sujet de l'utilisation éventuelle des nappes fossiles ou quasi fossiles comme la nappe de l'albien en Île-de-France, qui constituent les réserves ultimes pour les générations futures et dont certaines sont déjà exploitées. Le stockage souterrain de gaz à effet de serre pourrait aussi porter atteinte à leur préservation en cas d'accident ou de fuite, comme cela s'est récemment produit dans les Yvelines avec la nappe de l'albien. **La préservation de cette ressource justifierait pour le Conseil d'État d'interdire tout stockage souterrain susceptible de contaminer ces nappes.**

Le respect de la directive sur les eaux souterraines, qui impose de maintenir le niveau des nappes sur le long terme, ne permettra plus de rester très longtemps dans une telle situation d'ignorance, qui est en réalité générale.

Ni la France ni l'Union européenne d'ailleurs ne disposent en effet d'une estimation fiable de leurs ressources en eau : comme le relève le Parlement européen dans sa résolution du 9 octobre 2008 : « *Il n'existe aucune évaluation globale, à la fois techniquement et scientifiquement fiable, de la situation qui prévaut dans l'Union quant aux quantités d'eau existantes […]. Les données disponibles au plan régional et concernant les variations saisonnières sont très limitées.* »

La capacité de gérer à moyen terme la ressource impliquée dans le grand cycle de l'eau n'est pas encore avérée ni acquise en France, alors même que la maîtrise du grand cycle sera demain nécessaire pour garantir, en période de réchauffement climatique, la pérennité de la ressource superficielle ou souterraine nécessaire pour satisfaire les besoins de l'exploitation du petit cycle de l'eau. Autre élément, la gestion du risque d'inondation sur le moyen terme n'est pas intégrée dans la problématique de gestion quantitative de l'eau et d'ailleurs aucune ressource financière stable n'a été dégagée à cet effet par l'État au profit des agences de l'eau. L'existence d'anciens ouvrages de navigation fluviale, les barrages de retenue des installations hydroélectriques ou de régulation de crues ont permis, avec la moindre intensité des grandes crues de bassin depuis le début du XX^{e} siècle, de se cantonner à une gestion intra-annuelle des crues en remplissant ou en vidant les bassins par référence à la moyenne annuelle, mais cet horizon de gestion apparaît désormais insuffisant et contre-productif en termes de valorisation optimale de la ressource.

Pour en sortir, **il faudra bien que toutes les collectivités publiques acceptent de payer, enfin, les lourdes études sur le fonctionnement hydrologique de chaque nappe phréatique**, analogues à celles qui ont déjà été conduites pour la nappe de Beauce ou dans le Sud-Ouest par la Compagnie d'aménagement de la région Aquitaine et qui permettent de faire le lien avec les apports des eaux de surface. Ici encore, **la connaissance au cas par cas s'impose pour déterminer le volume prélevable, car plusieurs types de nappes existent (nappe réservoir, nappe alluviale…) qui n'autorisent pas les mêmes prélèvements**.

Avant de songer à les utiliser au détriment des générations futures, **il faudra aussi mieux inventorier le potentiel des aquifères complexes en milieu karstique, des aquifères de socle ou de massifs volcaniques et développer les technologies permettant leur utilisation durable dans les pays ou régions connaissant des situations de stress hydrique**.

Au-delà, **il s'agit de modéliser par bassin-versant le grand cycle de l'eau**. Mettre en place une véritable gestion quantitative de l'eau suppose de relier les données relatives au fonctionnement des hydrosystèmes et celles relatives aux usages. Pour en particulier mettre en place une gestion quantitative de l'eau agricole – problème majeur évoqué plus loin (cf. 2.4.1.3.) – comme la loi du 30 décembre 2006 l'a prévu, ces outils de gestion – qui croisent les natures de sols, les natures de culture et les données propres au fonctionnement de chaque système hydrologique – sont indispensables.

À l'avenir, l'État devra mieux distinguer entre la gestion du grand cycle et du petit cycle de l'eau dont la responsabilité est confiée aux collectivités territoriales et souvent subdéléguée. L'État doit laisser la gestion du second, en la simplifiant (cf. 2.3.1.1.), à ces collectivités qui le maîtrisent bien et se saisir de la gestion, encore très déficiente, du premier, qui est de sa responsabilité et qu'il n'assume pas aujourd'hui. À défaut de s'investir pleinement dans ce sujet, il pourrait exposer un jour la France à des ruptures d'approvisionnement plus sérieuses ou au contraire à des risques naturels plus élevés. **Le Conseil d'État recommande que l'ONEMA et les agences de l'eau soient moteurs dans cette démarche. L'État devra, dans la foulée, mettre en place une gouvernance adaptée pour la gestion de ce grand cycle, les agences de l'eau ne jouant pas encore ce rôle mais étant bien placées pour l'assumer.** Cette nouvelle activité – gérer le grand cycle de l'eau – pourrait au demeurant

redonner un champ d'expansion à la délégation de service et trouver des débouchés à l'exportation.

Ces deux problématiques seront de plus en plus distinctes et amèneront sans doute à mieux distinguer leurs financements respectifs. **Cela devrait conduire à déconnecter à terme le financement du grand cycle de l'eau de celui du petit cycle : le consommateur urbain d'eau potable ne pourra pas éternellement tout supporter.** Le financement de l'eau fait en effet actuellement appel à trois sources complémentaires mais d'importance inégale : pour l'essentiel à l'usager pour le petit cycle de l'eau, à des redevances sur les usages et sur les pollutions pour la protection du milieu et au budget de l'État pour quelques-unes des missions régaliennes (police, contrôle et risque inondation). **Le grand cycle de l'eau n'est actuellement pas financé** : la gestion du risque inondation, séparée à juste titre de la gestion communale du petit cycle, n'est par exemple pas financée comme telle (cf. note 314). Et si l'on envisage, par exemple, de recharger les nappes souterraines avec des eaux pluviales ou avec des eaux usées retraitées, il faudra bien d'une manière ou d'une autre faire payer ceux dont les excès de prélèvement rendent nécessaires ces opérations de rechargement, par exemple en relevant sensiblement le montant des redevances correspondantes.

2.1.11. Les échanges internationaux d'eau potable

Pour remédier aux pénuries, verra-t-on se développer les échanges internationaux et ceux-ci sont-ils une solution viable et sûre au plan juridique ?

L'eau est un produit qui se prête mal au voyage : l'eau pesant un kilo par litre, son transport coûte cher par rapport à une valeur économique intrinsèque faible (0,75 $/m^3 en 2007 contre 320 $/m^3 pour le pétrole).

En outre, transportée à l'air libre, l'eau s'évapore dans une proportion pouvant aller jusqu'à 40 %. Et si les réseaux sont en mauvais état, des pertes importantes – de 25 à 50 % – surviennent lors de son acheminement.

Les problèmes juridiques relatifs au droit de propriété freinent également les possibilités d'échanges internationaux : il est inenvisageable d'échanger massivement un bien qui serait sujet à contestation quant à sa propriété ou à son usage.

Or les États ne sont propriétaires que des cours d'eau et des nappes d'eau souterraines entièrement situés sur leur territoire, ce qui soulève des contestations lorsque sont échangées des eaux provenant de cours d'eau transfrontaliers ou internationaux)[480] ou lorsque des icebergs, immenses réservoirs d'eau douce ambulants, sont remorqués sur une longue distance à partir de[481] ou en dehors des zones économiques exclusives des États[482].

L'OMC ne considère pas l'eau comme un bien commercial. Et si les négociations sur l'AGCS[483], engagées lors du sommet de Doha en novembre 2001, visaient à libéraliser, entre autres, le secteur de l'eau, c'est-à-dire l'ensemble des services relatifs à l'eau potable et à l'assainissement, elles ont partiellement achoppé sur ce point. La Commission européenne, qui a soutenu en son temps cette démarche, avait pourtant tenté de convaincre de nombreux pays[484].

La consécration d'un droit à l'eau fait également craindre à certains États – à tort selon certains spécialistes[485] – la reconnaissance simultanée d'une obligation internationale d'exporter de l'eau pour venir au secours des populations des États voisins en situation de nécessité. Pour prévenir la survenance de telles situations au sein de l'ALENA, le Canada a adopté une loi qui interdit le transfert d'eaux limitrophes canadiennes en dehors de leur bassin hydrographique, sous peine d'une sanction[486]. L'application de cette loi dépend cependant de l'attitude des provinces canadiennes, compétentes en matière de gestion de l'eau : elles pourraient décider de vendre de l'eau en dépit de cette législation, ce qui lèverait *de facto* l'interdiction en raison des dispositions propres à l'ALENA.

La France a connu une interrogation juridique semblable au sujet des exportations d'eau à partir des départements d'outre-mer. Consulté sur ce point, le Conseil d'État, après avoir rappelé que toutes les eaux y appartiennent au domaine public, a souligné que « *Les exportations d'eau prélevée sur les cours d'eau des départements en cause peuvent être autorisées dans les mêmes conditions [N.B. : autorisation préalable et paiement des redevances domaniales]. Elles doivent en outre faire l'objet d'un avis du conseil général dans les conditions prévues par l'article 34 du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure. Il convient de noter que les autorisations données pour de telles exportations, comme pour toute prise d'eau autre que celles fondées en titre, peuvent être à tout moment modifiées ou supprimées sans ouvrir droit à indemnité en application de l'article 26 du code* » (avis de la section des travaux publics du 2 octobre 1984, n° 336.190). Les exportations d'eau domaniale sont donc soumises, sauf existence d'une prise d'eau fondée en titre, à une forte précarité juridique, peu compatible avec des échanges internationaux réguliers et garantis.

Plus fondamentalement, le développement d'échanges internationaux se heurtera de plus en plus à l'approche écologique de la ressource : les prélèvements dans un écosystème pouvant porter atteinte à sa reconstitution ou à sa préservation et exercer de fortes pressions sur le milieu, comme c'est le cas pour les icebergs, l'approche contemporaine de la gestion de l'eau conduit au contraire à adapter les usages au volume de la ressource locale disponible. **Le développement des échanges internationaux à longue distance et la réalisation des infrastructures qu'ils impliquent seront donc de plus en plus ressentis comme contraires aux exigences d'un développement durable.**

Les échanges d'eau devraient donc rester limités à des opérations de voisinage (desserte d'îles, etc.) ou de secours en temps de sécheresse[487] et au mieux régionales.

Ces différents facteurs font que la majorité des experts estime improbable que l'eau se transforme en « or bleu », une matière première qui s'échangerait aussi facilement dans le monde que l'« or noir »[488]. **Ne pouvant guère compter directement sur les autres États pour remédier à leurs défaillances, chacun d'eux restera comptable des ajustements de la demande à l'offre disponible.**

2.2. Améliorer la qualité des eaux et des milieux aquatiques

Souvent considéré comme second par rapport au problème quantitatif, celui de la qualité n'est en réalité pas moins important, car il rétroagit sur celui de la quantité – lorsque l'eau est polluée, il faut chercher d'autres sources moins polluées, plus distantes et plus coûteuses à atteindre –, sur la santé publique, sur l'état des milieux aquatiques et sur la biodiversité. Le meilleur investissement à faire pour garantir à terme la disponibilité de l'eau en quantité suffisante est de ne pas la polluer et de la traiter après usage avant de la rejeter dans la nature. De ce point de vue, beaucoup reste à faire.

2.2.1. Un état des lieux contrasté : des améliorations et des dégradations

La qualité de l'eau potable faisant l'objet d'un très grand nombre de mesures[489] et d'un suivi attentif de la part tant des exploitants que des autorités chargées de la police sanitaire ou de la sécurité sanitaire – l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA)[490] en ce qui concerne l'eau potable –, il n'est pas difficile de dresser l'état des lieux. Et de multiples rapports publics, français ou communautaires, dressent périodiquement un état général de la ressource en eau[491].

En ce qui concerne les pesticides, 96 % des points de surveillance installés dans les eaux de surface et 61 % dans les eaux souterraines sont contaminés (pour 10 % des premiers, la teneur observée met en danger la biodiversité et rend l'eau non potable) ; 229 substances nocives ont été détectées en 2004 dans les eaux superficielles et 166 dans les eaux souterraines. Mais le ministère de la Santé estime que l'exposition aux pesticides est beaucoup plus élevée à travers les aliments, qui mériteraient beaucoup plus d'attention que l'eau. En ce qui concerne les nitrates, la qualité de l'eau dans les cours d'eau s'est détériorée depuis les années 1970 – avec selon les fleuves un accroissement compris entre 1 et 3 mg par litre et par an – mais s'est stabilisée depuis le début des années 2000, avec toutefois des situations régionales contrastées : si la situation s'est améliorée en Bretagne et pour la Loire, elle s'est détériorée pour la Seine et le Rhône.

D'autres substances comme le pyralène – encore présent dans les eaux du Rhône et dans ses sédiments à des doses dépassant 40 fois celles admises par l'OMS[492] malgré son retrait de la vente en 1987 ou dans les eaux de la Seine et du bassin Artois-Picardie –, les phosphates – qu'on trouve dans les engrais mais aussi dans les lessives –, les hydrocarbures aromatiques polycycliques ou des molécules issues de médicaments administrés dans les établissements de soin[493] sont également à l'origine de préoccupations émergentes ou croissantes quant à la qualité des cours d'eau[494]. Des inquiétudes se manifestent également en ce qui concerne les nappes situées sous d'anciens sites industriels et les sédiments déposés au fond des voies navigables.

Pour les rivières et les lacs l'impact des investissements réalisés dans l'assainissement n'est pas négligeable mais il demeure encore peu perceptible. Si des succès indéniables ont été remportés en ce qui concerne certaines eaux de surface

– comme la restauration de la qualité des eaux des lacs d'Annecy, Léman ou du Bourget et du bassin d'Arcachon, il n'en va pas de même pour les eaux souterraines, dont la qualité s'est dégradée[495].

L'inertie est forte en la matière : même en cas d'arrêt immédiat de l'utilisation de pesticides et de nitrates, il faudrait plus d'une dizaine d'années pour en observer la conséquence sur la qualité des eaux souterraines : c'est l'une des raisons pour lesquelles il est d'ores et déjà acté que la France ne pourra pas, quels que soient ses efforts, respecter l'horizon 2015 théoriquement fixé par l'Union pour le retour au bon état des eaux (cf. note 50).

Les premières synthèses rendues publiques par l'ONEMA sur l'état des masses d'eau souterraines et superficielles relativement aux exigences de la DCE confirment en effet les appréhensions qu'on pouvait avoir. Si 88 % des masses d'eau souterraines sont en bon état écologique, 59 % seulement sont en bon état chimique (principalement en raison des pollutions par les nitrates et les pesticides). Pour les 10 400 masses d'eau superficielles, la physionomie en métropole est différente : d'une part, 42 % sont en bon état et 56 % dans un état médiocre en ce qui concerne les critères écologiques, d'autre part, 49 % sont en bon état et 28 % dans un état médiocre en ce qui concerne les critères chimiques. Les dérogations qui seront demandées en 2015 portent davantage sur les critères écologiques (36 %) que sur les critères chimiques (23 %). **Cette première synthèse de l'ONEMA identifie aussi les principales causes de la non-atteinte du bon état des eaux à l'horizon 2015 : l'insuffisante application de la directive eaux résiduaires urbaines, l'utilisation excessive des nitrates, phosphates et pesticides, la faible protection des captages, l'hydromorphologie médiocre de bon nombre de cours d'eau**, tous points évoqués ci-après et qui appellent autant de mesures correctrices.

Une confiance accrue des Français dans la qualité de l'eau potable

Une eau primaire polluée et dont la qualité est mal appréhendée oblige à des retraitements plus importants avant de la mettre en circulation[496], et parfois à un surtraitement. Avec un impact négatif sur le prix de l'eau potable. Malgré cette pollution, et sans doute en raison des traitements qui en restaurent la qualité, les enquêtes d'opinion confirment le haut degré de confiance des Français dans la qualité et la sûreté de l'eau du robinet : trois quarts en sont convaincus[497]. Les enquêtes publiées par le ministère de la Santé à l'issue des analyses effectuées[498] confirment également le bon niveau de qualité de l'eau potable et son amélioration : une contamination microbiologique n'est observée que dans moins de 4 % des mesures ou des prélèvements ; plus de 99 % des analyses pratiquées sont bonnes, avec néanmoins 2 % de mauvaises analyses pour la présence de nitrates[499]. Les critiques principales adressées par les utilisateurs de cette eau portent sur l'excès de calcaire pour ses usages domestiques (lavage et hygiène corporelle) et de chlore pour l'eau à boire. Le niveau de satisfaction est d'ailleurs le plus faible pour l'eau à boire[500]. En dépit de cette notation[501], les Français boivent aussi bien de l'eau du robinet que de l'eau minérale ou de l'eau de source : deux tiers d'entre eux déclarent boire de l'eau du robinet et de l'eau en bouteille[502]. Et les consommateurs mixtes répartissent à peu près également leur consommation : 46 % pour l'eau en bouteille et 54 % pour l'eau du robinet. C'est un signe indéniable d'une grande confiance dans la qualité de l'eau potable : on ne peut donc pas affirmer que les ménages français boivent de l'eau en bouteille pour compenser la mauvaise qualité de l'eau du robinet

et que cette dernière grèverait indirectement leur budget[503]. Les Français boivent au contraire moins d'eau minérale qu'auparavant mais davantage d'eau de source, ce qui confirme l'amélioration de la qualité de l'eau du robinet mais suscite d'autres interrogations[504].

Des eaux de baignade en voie d'amélioration

La qualité des eaux de baignade, responsabilité transférée aux communes en 2006, a également fait l'objet d'un contrôle de plus en plus strict en application de la directive 76/160 CEE du 8 décembre 1975 et des articles L. 1332-1 et D. 1332-1 à D. 1332-19 du code de la santé publique qui déterminent les normes d'hygiène et de sécurité applicables aux baignades et aux piscines.

Une nouvelle directive, la directive 2006/7/CE du 15 février 2006 transposée en droit interne par la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau (art. 42) ainsi que par le décret n° 2008-990 du 18 septembre 2008 relatif à la gestion de la qualité des eaux de baignade et des piscines (articles D. 1332-14 à 1332-42 du code de la santé publique) et par deux arrêtés des 22 et 23 septembre 2008, va se substituer par étapes, expirant en 2013, à la directive de 1975. La nouvelle directive prévoit quatre niveaux de qualité (insuffisante, suffisante, bonne, excellente) au lieu de trois. Le niveau minimal à atteindre est celui d'une qualité suffisante à l'issue de la saison 2015. Comme pour les autres, l'application de cette directive n'a pas été dénuée de contentieux entre les autorités communautaires et les États membres. Plusieurs décisions de la CJCE ont précisé leurs obligations à cet égard[505], dont une a condamné la France pour manquement aux règles d'échantillonnage et non-respect des valeurs limites impératives fixées par la directive (CJCE, 15 mars 2001, aff. C-147/00).

En 2008, 3 312 points ont été contrôlés durant la saison balnéaire[506], 1 968 en eau de mer et 1 344 en eau douce, avec 33 775 prélèvements, 26 041 en eau de mer et 7 734 en eau douce. Le taux de conformité des points classés progresse nettement pour l'eau de mer (de 87,5 % en 2002 à 97,2 % en 2008) mais nettement moins pour l'eau douce (de 92,5 % en 2002 à 95,1 % en 2008). Et, pour l'eau douce, on recense 45,3 % d'eaux de bonne qualité et 49,8 % d'eaux de qualité moyenne alors que pour l'eau de mer les eaux de bonne qualité représentent 70,5 % du total[507]. Les causes de la non-conformité des eaux douces tiennent surtout aux problèmes d'assainissement collectif rencontrés par les collectivités territoriales. Finalement, 118 lieux de baignade seulement sur 3 312 ne sont pas conformes (53 en eaux côtières et 65 en eaux intérieures).

Trois lacunes au moins sont signalées en ce qui concerne ces directives ou leur application : l'absence de prise en compte des pollutions chimiques ; la limitation par les communes de la période de surveillance à la saison balnéaire alors que dans maintes régions les lieux de baignade sont fréquentés toute l'année par le grand public ; la surveillance de la présence de cyanobactéries[508]. Si la directive du 15 février 2006 la prévoit, elle n'a pas fixé de norme limite en raison de l'insuffisance des connaissances sur les risques sanitaires et de l'absence de consensus sur les méthodes de prélèvement et d'analyse. L'AFSSA et l'AFSSET étudient l'ampleur de ces risques à la fois pour les eaux de baignade et pour les eaux destinées à la consommation humaine.

2.2.2. Poursuivre les efforts d'amélioration

Au vu d'un état des lieux encourageant mais non dénué de risques, il convient de poursuivre les efforts en la matière, sachant qu'ils concernent une application nettement plus rigoureuse du principe pollueur-payeur à l'agriculture, sujet politiquement sensible, et une inflexion des pratiques agricoles vers une agriculture moins consommatrice d'engrais et de pesticides (cf. 2.4.1.2.) mais aussi les collectivités publiques, grandes utilisatrices de pesticides pour l'entretien des voies de communication et des espaces verts et responsables de la gestion de la majorité des stations d'épuration, lesquelles rejettent également dans la nature sans les avoir traités des nitrates et, dans les villes, des pesticides (le rendement des meilleures stations atteint 90 % pour les principaux paramètres). **Les contrats de rivière, de baie ou de nappe, qui ont cet objet pourraient également être rendus financièrement plus incitatifs par l'État s'il souhaite accélérer le mouvement de reconquête de la qualité des eaux.**

La plupart des risques sanitaires étant concentrés sur les unités de distribution (UDI) de petite taille[509], les élus territoriaux ne pourront plus longtemps esquiver la question de la fermeture éventuelle des stations les plus petites et les plus dangereuses, et de leur regroupement à un échelon intercommunal pour fiabiliser davantage la qualité de l'eau potable distribuée. Ces opérations inéluctables seront à mener dans le cadre de la redistribution des compétences suggérée par ailleurs par le Conseil d'État (cf. 2.3.1.1.).

La qualité du milieu dépendant aussi des obstacles à la libre circulation des eaux, le Conseil d'État recommande, même si certains redoutent qu'un tel dualisme n'équivaille à un renoncement à atteindre pour tous le bon état des eaux, **de spécialiser davantage les cours d'eau nouvellement classés**[510] en vertu de l'article L. 214-17 du code de l'environnement : **ceux qui sont en très bon état écologique seraient réservés aux fonctions de réservoir de la biodiversité et deviendraient les axes privilégiés pour les migrations des poissons amphihalins, tandis que ceux qui sont très modifiés seraient dédiés au transport et à la production d'énergie** (cf. 2.4.3.2.), avec un équipement suffisant pour permettre le transport des sédiments et la circulation des migrateurs.

2.2.3. Protéger les captages en appliquant la loi

Protéger les captages pour garantir la qualité de l'eau potable grâce à la délimitation d'un périmètre interdit de toute activité est une affaire ancienne et difficile[511]. Et, faute de s'être attaqué aux vrais problèmes, le volontarisme politique récent de l'État ne semble pas près d'en venir à bout.

Un faible degré de protection

En 1991, 21 % seulement des captages avaient fait l'objet des périmètres de protection institués par la loi du 16 décembre 1964[512] ; en 2001, 35 % seulement des 35 000 captages[513] avaient fait l'objet de la protection légale[514] mais ce pourcentage est monté à 48 % en 2006. On sait par ailleurs, mais par des informations très fragmentaires[515], qu'un nombre important de captages est fermé chaque année par suite de pollutions, surtout diffuses d'origine agricole.

Selon les objectifs fixés par le Plan national santé environnement (PNSE) adopté en 2004 dans le prolongement de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, ce pourcentage devait, de manière peu réaliste, être porté à 80 % fin 2008 et à 100 % fin 2010.

En avril 2009, le pourcentage de captages couverts par une DUP atteignait 56 %[516], ce pourcentage se décomposant en 38 % pour les eaux de surface et 56,7 % pour les eaux souterraines. Les captages protégés par une DUP assuraient néanmoins 66 % des débits, se décomposant en 73,5 % pour les eaux souterraines et 51 % pour les eaux de surface. De fortes variations sont observables selon les territoires : des régions affichent un taux de protection supérieur à 80 % (Alsace, Nord-Pas-de-Calais, Limousin, Auvergne, Bourgogne) tandis que d'autres se situent en dessous de 50 % (Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Réunion, Antilles-Guyane), l'outre-mer présentant des taux particulièrement bas. Ces pourcentages varient également fortement d'un département à un autre, certains atteignant un taux très élevé (97 % dans le Nord, 94 % dans les Landes, 90 % dans les Côtes-d'Armor) et d'autres un taux très faible (0 % en Seine-Saint-Denis, 12,5 % dans le Val-de-Marne, 15 % à Paris, 19 % en Ariège).

Deux freins principaux

Ces niveaux de protection très hétérogènes s'expliquent par deux considérations.

D'une part, les communes qui, pour des raisons historiques ou de relief[517], gèrent de (trop) nombreux captages éprouvent des difficultés à les protéger. N'ayant pas la taille suffisante pour conduire une telle démarche ni assumer seules la responsabilité normale du maître d'ouvrage, les plus petites d'entre elles ont fréquemment recouru à une équipe projet départementale mais leur intervention rallonge les délais et n'est d'ailleurs pas compatible avec la loi nº 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique. Pour régulariser cette situation, l'article 59 du projet de loi dit Grenelle II va prévoir la possibilité de déléguer au département ou à un syndicat mixte la réalisation des mesures nécessaires à l'institution des périmètres de protection. Au lieu de s'attaquer aux problèmes résultant du nombre excessif des opérateurs et de leur absence de taille critique, la loi s'apprête, une fois de plus et pour résoudre un problème à court terme, à privilégier l'imbrication croissante des compétences entre les différents niveaux de responsabilité.

D'autre part, le degré de protection dépend directement de la volonté des élus de consacrer les moyens nécessaires, relatifs notamment à l'indemnisation des propriétaires, à ces procédures longues et peu visibles pour les électeurs mais importantes pour la santé publique et la préservation de la qualité de l'eau. **Les agences de bassin pouvant prendre en charge les travaux à concurrence de 60 %, les lacunes ne découlent pas des textes mais de leur inapplication par les responsables des collectivités territoriales et, bien souvent aussi, de l'inertie des représentants de l'État face à celle-ci ou de la longueur avec laquelle ils traitent dans certains territoires l'instruction des dossiers de DUP.**

Des procédures à revoir…

Trois limites sont soulevées à l'égard de l'application de la procédure de protection des captages qui appellent autant de correctifs.

La première tient à la suppression par l'article 57 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, en vue de simplifier cette procédure, de l'inscription et de la publication des servitudes au bureau des hypothèques et à leur remplacement par une mesure de publicité, définie par décret en Conseil d'État, permettant d'informer individuellement les propriétaires des servitudes portant sur leurs terrains. La limitation de cette information aux propriétaires actuels ne permet plus de résoudre la question des mutations de propriété ni d'informer, en zone rurale, les preneurs. La seule mention de ces servitudes dans les documents d'urbanisme (PLU ou cartes communales) ne paraît pas non plus suffisante, car la majorité des captages est localisée en zone rurale, là où toutes les communes ne sont pas dotées d'un tel document. Pour assurer dans un but de santé publique la protection à long terme des aires d'alimentation des captages, **le Conseil d'État recommande de rétablir cette publication aux hypothèques pour rendre les servitudes opposables à tous les acquéreurs successifs et limiter le risque que des propriétaires poursuivis pour pollution d'un captage ne se retournent ensuite contre l'État**.

La deuxième découle de la possibilité, introduite par la loi du 9 août 2004 (art. 59 I), pour les communes et leurs EPCI, d'instaurer un droit de préemption urbain dans les périmètres de protection rapprochée (PPR). D'autres collectivités publiques ayant exproprié en zone périurbaine des terrains qui venaient de faire l'objet, au terme d'une procédure particulièrement laborieuse, d'une préemption et d'une protection pour leur donner une autre utilisation, il a fallu ouvrir de nouveaux captages et recommencer une procédure longue et coûteuse. Même si ce phénomène semble d'ampleur limitée, **le Conseil d'État recommande d'interdire toute expropriation de terrain ayant fait l'objet d'une préemption dans l'aire de protection d'un captage toujours en activité**.

La troisième tient à l'inadaptation de cette procédure à l'égard des pollutions diffuses d'origine agricole. Même si l'administration recommande d'interdire le stockage et l'épandage d'engrais et de produits phytosanitaires à l'intérieur du PPR et y préconise une mise en prairie permanente, ces mesures sont manifestement insuffisantes : lutter contre ces pollutions diffuses requiert une approche qui couvre l'intégralité du bassin-versant alimentant le captage. Or en pratique il est difficile aux élus d'étendre un périmètre, facultatif selon le code de la santé publique, de protection éloignée d'un captage à l'ensemble de son aire d'alimentation et d'y réglementer les activités agricoles et notamment les apports d'engrais ou de pesticides.

… et à simplifier

Pour tenter de contourner cet obstacle, la loi sur l'eau de 1992 a institué, en vue de lutter contre les risques de pollutions diffuses, une procédure nouvelle et distincte de la précédente, celle des zones de protection quantitative et qualitative des aires d'alimentation des captages d'une importance particulière pour l'approvisionnement actuel ou futur (art. L. 211-3 II 5° du code de l'environnement) où sont mis en œuvre des programmes d'actions, initialement volontaires.

C'est en application de cet article qu'a été pris le décret n° 2007-882 du 17 mai 2007, codifié aux articles R. 114-1 et s. du code rural, qui détaille les mesures à promouvoir par les propriétaires et les exploitants, choisies parmi les sept actions mentionnées à l'article R. 114-6 de ce code, le cas échéant avec le soutien d'aides publiques. En fonction des résultats observés par rapport aux objectifs

fixés, ces mesures peuvent être rendues obligatoires à l'issue d'un délai de trois ans, ce délai étant raccourci à un an en vertu de l'article R. 114-8 dans les zones de protection des aires d'alimentation des captages pour les mesures jugées indispensables à l'atteinte des objectifs.

Pour rattraper le temps perdu dans l'application des lois de 1964 et 1992, tenter de revenir en 2009 à la norme de 50 mg/l fixée pour les nitrates et par là apaiser le contentieux communautaire de 2001, le gouvernement a également recouru à ce régime de protection des captages pour rendre, par le décret n° 2007-1281 du 29 août 2007, obligatoires à compter du 1er janvier 2008 les mesures des programmes d'action à arrêter par les préfets dans les aires d'alimentation de certains captages situés dans les trois départements des Côtes-d'Armor, du Finistère et d'Ille-et-Vilaine, avec à la clé des indemnités compensatoires de contraintes environnementales d'un montant dégressif sur cinq ans. Saisi de ce décret, le Conseil d'État en a admis la légalité[518], en jugeant qu'il pouvait être dérogé au principe de confiance légitime, applicable en l'espèce s'agissant de tirer les conséquences d'un arrêt de la CJCE, et donc aux règles fixées à l'article R. 114-8 du code rural pour des considérations d'intérêt public impérieuses résultant de la procédure de manquement engagée contre la France.

Les travaux effectués à l'intérieur de ces zones sont financés par les agences de l'eau grâce au produit de la redevance pour pollution diffuse et par les collectivités territoriales : leur coût unitaire atteint près de un M€ par captage, ce qui permet d'en protéger une cinquantaine par an.

La table ronde du 23 novembre 2007 tenue lors de la clôture du Grenelle de l'environnement et consacrée notamment à la qualité écologique des eaux a suggéré, en écho aux engagements n° 101 (protection d'ici à 2012 des captages les plus menacés), 102 (prévention des pollutions diffuses d'origine agricole) et 130 (résorption en dix ans des points de dépassement des normes relatives aux nitrates et aux phosphates), de protéger d'ici à 2012 l'aire d'alimentation des 510 captages les plus menacés[519] et de promouvoir, dans leur périmètre ou leur aire de protection, l'agriculture biologique[520] ou à faible consommation d'intrants, étant précisé que la plupart d'entre eux sont déjà protégés au titre du code de la santé publique. L'effort financier supplémentaire a été estimé à 390 M€ d'ici à 2013, l'essentiel étant distribué par les agences de l'eau sur les crédits de la PAC (mesures agro-environnementales), auxquels s'ajoutent 80 M€ pour les procédures de définition et d'établissement des périmètres[521]. Au-delà de 2013, il est prévu de maintenir le doublement du financement pour protéger 1 800 captages supplémentaires.

L'article 27 deuxième alinéa de la loi du 3 août 2009 a repris ces orientations tandis que le projet de loi dit Grenelle II prévoit, en modifiant l'article L. 211-3 du code de l'environnement, la possibilité pour les préfets d'établir à l'intérieur des zones de protection de ces captages des programmes d'action définis en application de l'article L. 114-1 du code rural permettant de modifier, sans qu'y fasse obstacle la législation sur les baux ruraux, les pratiques agricoles en vigueur, en imposant par exemple l'implantation de prairies permanentes extensives ou de cultures ligneuses sans intrants ou encore le maintien d'autres cultures à la condition de limiter ou de ne pas utiliser d'intrants de synthèse. Si des mesures de compensation ne sont pas exclues, les collectivités publiques n'ont pas à indemniser systématiquement les agriculteurs (cf. 2.5.2.5.).

L'article 43 de la loi du 3 août 2009 a également prévu la réhabilitation des captages mis hors service et fortement pollués.

Une simplification oubliée

Le rapport présenté par le professeur Marc Gentilini le 16 avril 2009, *Propositions pour un deuxième plan santé-environnement*, a préconisé de poursuivre, au titre de la prévention et de la réduction des risques liés à l'environnement, la mise en place des périmètres de protection des captages prévue par le code de la santé publique mais aussi de coordonner cette procédure avec celle qui régit la délimitation des aires d'alimentation des captages définie par le code de l'environnement.

Le deuxième plan santé-environnement (2009-2013), adopté en juillet 2009 et mentionné à l'article 37 de la loi du 3 août 2009, a uniquement repris la première orientation, sans traiter la question de la coordination entre les deux procédures, nouvel exemple parmi bien d'autres de la détestable habitude qui consiste à multiplier et superposer les procédures au titre de législations distinctes.

Le Conseil d'État recommande donc d'harmoniser et même de fusionner ces deux législations dont la superposition est à la fois coûteuse et source d'inutiles complexités[522].

2.2.4. Anticiper la fixation de nouvelles normes et s'impliquer dans les débats correspondants

Comme la qualité de l'eau potable se mesure par le franchissement d'un certain nombre de seuils, le débat public sur la qualité de cette eau et son évolution renvoie inévitablement aux critères et au nombre de paramètres retenus pour l'appréhender – 54 actuellement en Europe, décalqués pour la plupart de ceux retenus par l'OMS[523], et 67 en France – ainsi qu'au mode et aux règles de fixation de ces normes et seuils par la puissance publique en fonction de l'état des sciences et des technologies. Comme l'eau dissout pratiquement toutes les substances, on les y retrouve toutes, à des concentrations plus ou moins fortes et, selon un adage très répandu chez les experts, on ne trouve dans l'eau que ce qu'on y cherche, c'est-à-dire ce que les instruments d'analyse disponibles permettent de détecter. L'appréciation sur l'évolution de la qualité est donc fortement dépendante d'un effet d'optique, lui-même dicté par l'état de la science et de la technologie, qui ne se limitent plus à des données physico-chimiques et incluent désormais une mesure de la restauration de la biodiversité.

Des normes de plus en plus exigeantes…

La tendance historique est – principes de prévention et de précaution obligent – à la multiplication des contrôles[524] et des critères[525] et, de manière générale, à leur durcissement, sachant que les États membres peuvent toujours aller au-delà des exigences des directives.

Ce durcissement sous l'égide de la Communauté européenne est tombé à point nommé : les premiers constats officiels de dégradation de la qualité des eaux ont été dressés dans les années 1980. Dans une circulaire du 10 juillet 1981 relative à la teneur en nitrates des eaux destinées à la consommation humaine, le ministre de la Santé fait état d'une dégradation de la qualité des eaux, superficielles et

souterraines, pour les paramètres azotés et d'un accroissement de la concentration en nitrates dans les aquifères (le taux moyen de nitrates dans l'eau était de 5 µg en 1970). En 1987, 700 réseaux livraient à 860 000 usagers une eau dont la teneur en nitrates excédait la norme maximale admissible[526]. Mais cette norme ayant été fixée à un niveau relativement bas, celui généralement retenu pour la protection des nourrissons, l'appréciation sur la qualité de l'eau varie selon les analystes[527]. Les normes actuelles de qualité découlent de la directive 98/83/CE du 3 novembre 1998 – transposée par les articles L. 1321-1 et R. 1321-1 et s. du code de la santé publique – et de deux arrêtés du 11 janvier 2007 fixant l'un les limites et références de qualité des eaux brutes et des eaux destinées à la consommation humaine, l'autre les programmes de prélèvements et d'analyses du contrôle sanitaire pour les eaux fournies par un réseau de distribution. Elles incorporent des critères qui ont été rajoutés à la demande du CSHPF et de l'AFSSA en matière de turbidité par exemple.

… dans tous les domaines, y compris celui de la navigation de plaisance

Ce durcissement des normes affecte bien d'autres compartiments de la politique de l'eau, comme celui de la navigation de plaisance sous l'impulsion du Conseil supérieur de la navigation de plaisance et des sports nautiques.

Les peintures antisalissures à base d'organostanniques (TBT) sont interdites depuis 1992 en vertu de la directive biocides de 1998. Les navires neufs doivent, en application de la directive 94/25/CE modifiée par la directive 2003-44 du Parlement et du Conseil du 16 juin 2003, être équipés depuis juin 1998 d'un système de rétention des eaux noires. L'article 43 de la loi sur l'eau du 30 décembre 2006 a transposé cette obligation en imposant à compter du 1er janvier 2008 aux navires de plaisance naviguant dans les eaux intérieures ou faisant escale dans un port fluvial de comporter un système de rétention ou de traitement des eaux noires. Les produits détergents ménagers rejetés par ces navires doivent, en application du règlement 648/2004 du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004, être biodégradables à 80 % en 28 jours.

En matière de police, l'administration travaille à la mise à jour du décret de 1967 sur la police du domaine fluvial, en cherchant à aligner autant que possible ses règles sur celles applicables dans les ports maritimes et en mer. **On devrait en profiter pour combler une lacune et interdire à cette occasion, comme cela a été fait pour les ports maritimes, les rejets en eaux intérieures, en équipant les haltes et ports fluviaux d'installations de réception adaptées pour les eaux usées et les déchets.** Ces installations devraient également être contrôlées régulièrement par les directions départementales de l'action sanitaire et sociale : il existe plus de 900 000 bateaux inscrits susceptibles de circuler sur le domaine public fluvial, même si la moitié d'entre eux servent à l'habitation. **Les règlements sanitaires départementaux, qui comportent aussi des dispositions qui n'ont pas été conçues pour un environnement fluvial, devraient être revus par la même occasion.**

Une norme contestée : l'élimination des canalisations en plomb

Une partie de la pollution de l'eau potable provenant des réseaux eux-mêmes (canalisations d'adduction, canalisations d'immeubles), l'élimination progressive de ces risques a également retenu l'attention des autorités publiques.

À ce titre, la directive 98/83 du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine prévoit de ramener la concentration du plomb dans l'eau potable de 25 µg/l à moins de 10 µg/l d'ici à 2013, ce qui équivaut à interdire à cette date les canalisations en plomb. Le coût de ce nouveau durcissement de la norme a été estimé par la Cour des comptes dans son rapport de décembre 2003 à 12,1 Mds€, se répartissant en 4,5 Mds€ pour les services de distribution, dont 1 Md déjà payé, et 7,6 Mds pour les particuliers (branchements privés)[528]. Comme le relève le Conseil économique, social et environnemental dans un récent rapport[529], cette norme, issue des travaux et des recommandations de l'OMS, est contestée par plusieurs experts qui considèrent que si les peintures au plomb constituent un réel enjeu de santé publique, il n'en va pas de même pour le contact des canalisations en plomb avec l'eau potable. Mais les experts français, qui s'appuyaient sur des études de l'INSERM, ont été mis en minorité par leurs collègues européens lors de ces discussions. Le Conseil d'État a eu l'occasion dans ses considérations générales 2009 de souligner le retard pris par la France dans la lutte contre le saturnisme résultant de l'exposition aux peintures au plomb ainsi que l'indispensable remise sous contrôle du processus de normalisation dans le domaine du logement[530]. Pour une mesure qui coûte 12 Mds€ et qui vient pour les collectivités publiques en concurrence avec d'autres priorités de santé publique, bien plus préoccupantes, comme le traitement de l'exposition aux peintures au plomb ou le rattrapage du retard en matière d'assainissement, **le Conseil d'État**, sans prendre parti sur le fond, **ne peut que déplorer une nouvelle fois que des normes débattues au plan international soient adoptées sans être étayées par de solides études d'impact en amont de la négociation**. Car, en l'état des données avancées par le ministère de la Santé[531], il est difficile de conclure à un niveau de risque élevé. Malgré cela, la France et ses collectivités publiques se sont pliées à la discipline communautaire et même internationale. Ce débat illustre en tout cas la nécessité, quant à la méthode à suivre, de **mener des études très en amont sur les risques et d'en discuter les conclusions avec nos partenaires communautaires d'abord puis au sein de l'OMS afin de pouvoir peser utilement lors de l'élaboration des normes** et de contenir la normalisation émotionnelle ou alibi, qui gagne partout du terrain.

Le durcissement des normes ne peut en effet que s'accentuer au niveau communautaire depuis que la législation sur l'eau relève de la codécision. Les parlementaires européens, réunis au sein de l'European Water Forum, influent de plus en plus fortement sur le contenu de cette politique et poussent au relèvement des exigences. Mais il conviendrait de **mieux distinguer les normes destinées à la protection de la santé humaine de celles destinées à la protection du milieu**. Les deux sont souvent confondues à tort : si l'on veut uniquement garantir la qualité de l'eau potable, un traitement approprié de la ressource apporte la réponse adéquate sans qu'il soit pour autant nécessaire de fixer la même contrainte ou le même degré d'exigence pour le milieu[532].

Les rapports entre science, politique et droit sont devenus plus complexes : les scientifiques ne savent pas bien mesurer et les politiques pas bien décider en univers incertain. **Les décisions publiques devraient être précédées par de solides études d'impact ou des conférences de consensus et débattues dans une instance idoine qui n'existe pas aujourd'hui, bref être prises au vu des véritables enjeux.**

2.2.4. Intensifier les recherches

Beaucoup d'experts estiment encore insuffisantes les méthodes d'analyse utilisées pour appréhender la qualité des eaux : elles ne permettent pas d'en donner aujourd'hui une image fidèle pour bon nombre de substances dangereuses figurant dans les directives communautaires. Une meilleure appréciation des risques, surtout de la combinaison de toutes les substances dangereuses même en quantités réduites – l'effet coquetel, selon l'expression usitée par les professionnels – passe donc par un renforcement de la recherche en matière de qualité des eaux, par la mise au point de nouvelles techniques de dépollution et par une meilleure coordination des travaux : l'article 22 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement en prend acte.

Il convient également pour le Conseil d'État d'amplifier les recherches sur les nouveaux risques de pollution (micropolluants, perturbateurs endocriniens, résidus de médicaments…), sur leur détection ainsi que sur leurs incidences, notamment en termes de coût, pour la santé publique : on appréhende assez mal aujourd'hui ces impacts. Sur ce point aussi, les attentes à l'égard de l'ONEMA sont fortes.

2.3. Revoir l'organisation et le financement

Les mots d'ordre à retenir dans ce domaine sont identiques aux précédents : simplifier les organisations, mettre en place les financements suffisants mais aussi compléter l'organisation existante sur les points où elle demeure lacunaire.

2.3.1. Redistribuer les compétences entre collectivités publiques

Trois questions majeures se posent à cet égard : la simplification de la gestion du petit cycle de l'eau, la mise en place effective du service public de l'assainissement non collectif et celle des modalités de mise en œuvre des nouvelles trames résultant du Grenelle de l'environnement.

2.3.1.1. Simplifier le paysage de la gestion du petit cycle de l'eau

Si tout le monde est d'accord sur le constat (cf. 1.3.4.), peu s'accordent sur les remèdes et sur les méthodes à suivre.

Si l'intercommunalité semble un niveau davantage pertinent que la commune pour organiser les différents services d'eau potable et d'assainissement, elle ne constitue pas une solution uniforme dans la mesure où la compétence est déjà parfois départementale en droit ou en fait, dans ce dernier cas pour tout ou partie du territoire, sous couvert de syndicats.

La méthode à suivre pour inciter au regroupement fait également l'objet d'un débat, les uns prônant l'incitation, les autres la méthode autoritaire.

Des incitations existent déjà : des agences de l'eau exigent souvent d'examiner des plans intercommunaux avant de financer de nouveaux équipements communaux ou consentent des concours supérieurs lorsque les projets sont présentés par des groupements de collectivités. Mais ces incitations restent d'un effet limité eu égard au poids des élus locaux dans les instances de décision des agences.

Aussi, c'est une méthode autoritaire qui semble devoir être employée pour rationaliser les compétences entre les différents niveaux d'administration territoriale.

S'il n'a pas traité spécifiquement de l'organisation souhaitable des services locaux d'alimentation en eau potable, d'assainissement et de collecte des eaux pluviales, le Comité pour la réforme des collectivités territoriales[533] a formulé des recommandations susceptibles de servir de points d'appui à une réforme. Il a suggéré de réserver à un seul niveau d'administration la compétence en matière d'infrastructures et de réseaux : pour les réseaux touchant à l'eau, la compétence de l'État serait limitée à l'élaboration des SDAGE et à la police des eaux, celle des départements à l'aménagement rural tandis que **les communes, leurs groupements et les métropoles se verraient confier l'eau et l'assainissement, cette proposition devant, peut-on espérer, assurer, y compris en région parisienne, l'unification des compétences en matière d'eau potable et d'assainissement sur un même ressort territorial**.

Le Comité a par ailleurs proposé d'achever la carte de l'intercommunalité et de rationaliser la carte des syndicats de communes avant fin 2014.

Le projet de loi de réforme des collectivités territoriales ne part pas non plus d'une analyse du niveau pertinent de gestion par catégorie de services ou par nombre minimal d'abonnés, ce qui aurait été souhaitable au cas particulier de l'eau. Global, il ne pouvait sans doute pas s'accommoder de ce type d'approche.

Il retient néanmoins les grandes recommandations du Comité en prévoyant l'achèvement et la rationalisation de la carte de l'intercommunalité et en organisant divers régimes, provisoires ou permanents, de création, de transformation, de modification de périmètre, de fusion ou de dissolution d'EPCI ou de syndicats. Pour mener à bien cette opération, le préfet sera chargé d'établir un schéma départemental de coopération intercommunale rationalisant les périmètres des EPCI et des syndicats mixtes existants, réduisant le nombre de syndicats de communes et de syndicats mixtes, proposant la suppression, la transformation ou la fusion de syndicats et recherchant systématiquement le transfert des compétences exercées par les syndicats à un EPCI à fiscalité propre. Ce projet prévoit également que les métropoles, nouvelle catégorie de collectivités, exerceront de plein droit aux lieu et place des communes membres la gestion des services d'eau potable, d'assainissement et de collecte des eaux pluviales.

Malheureusement, ce projet n'a inclus aucune disposition relative à la répartition des compétences entre les régions et les départements et encadrant la pratique des financements croisés : le dépôt de ce projet a été reporté après les élections régionales de 2010.

Il n'est donc pas aujourd'hui garanti que le paysage, assurément simplifié, qui sortira de cette réforme soit idéal pour la gestion de ces services. En outre, rien n'a été pour le moment prévu pour assouplir la rigidité des règles de sortie

des syndicats existants et faciliter les sorties qu'impliquera nécessairement la refonte de la carte de l'intercommunalité.

2.3.1.2. Organiser enfin le service public de l'assainissement non collectif

Institué par l'article 35 de la loi du 3 janvier 1992 (art. L. 2224-8 du CGCT), le service public communal de l'assainissement non collectif (SPANC)[534] peut être exercé en régie ou délégué à une institution intercommunale ou à une entreprise privée. Les communes sont tenues de délimiter les zones relevant de l'assainissement non collectif (ANC) et de procéder au contrôle des installations, les plus anciennes faisant seulement l'objet d'un diagnostic de bon fonctionnement et d'entretien.

Des retards répétés de mise en œuvre et une législation mouvante

La mise en place du SPANC devait être effective avant fin 2005. En 2004, selon l'IFEN, seulement 43 % des communes avaient procédé au zonage de l'assainissement non collectif, 44 % effectuaient le contrôle des installations neuves et 26 % avaient procédé au diagnostic des installations existantes ; 5 % d'entre elles proposaient l'entretien et 10 % la réhabilitation aux propriétaires de ces installations. En douze ans, les communes n'ont réussi ni à informer les propriétaires, qui continuent pour la plupart à ignorer la législation, ni à trouver pour ce service des modalités pratiques d'organisation, de fonctionnement et de financement. Il est vrai que le sujet est particulièrement délicat puisque, selon une conception très extensive du service public voulue par la loi pour des raisons environnementales, ce service est appelé à intervenir chez le propriétaire privé, au-delà du branchement qui délimite la frontière entre ce qui relève du service public et du propriétaire privé.

Prenant acte de ces importants retards et de ce semi-échec, les articles 46 et 54 de la loi du 30 décembre 2006 ont repoussé l'entrée en vigueur du premier contrôle des installations existantes au 31 décembre 2012 et revu le régime du SPANC en substituant une obligation de respect de la norme communautaire à une simple obligation de moyens. Le contrôle de toute installation devra ensuite être renouvelé tous les huit ans au plus. Son résultat figurera à compter de 2013, en vertu de l'article 47 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation), parmi les pièces du dossier de diagnostic technique remis à tout acquéreur d'immeuble[535].

Eu égard à la dispersion de la population dans les zones rurales ou de montagne, la plupart des experts estiment inéluctable de conserver 4 à 5 millions de fosses septiques privées[536] contre 5,2 millions aujourd'hui ; 70 à 80 % d'entre elles seraient non conformes aux normes en vigueur, ce qui, au rythme actuel des réhabilitations estimé par le BIPE à 30 000 par an[537], suppose un délai de cent trente ans pour revenir à une situation normale.

Mais, pour quelques spécialistes, ce ne serait pas grave, car le débat suscité par l'assainissement des habitations non raccordées à un réseau collectif constituerait l'exemple même du faux problème environnemental : ces pollutions diffuses n'auraient qu'un faible impact sur l'environnement et sur le milieu, ce que d'autres contestent. Y consacrer des moyens humains et financiers importants représenterait un effort disproportionné pour un impact réduit.

Quoi qu'il en soit, les lois dites Grenelle I et II (art. 27 sixième alinéa de la loi du 3 août 2009 et art. 57 du projet) ont une nouvelle fois remis sur le métier cette législation très imparfaite et non aboutie en prévoyant la première que la commune devra examiner préalablement, c'est-à-dire au stade du permis de construire, la conception des installations à réaliser ou à réhabiliter (art. L. 2224-8 III du CGCT) et la seconde que la commune pourra effectuer des travaux d'office afin de mettre en conformité les installations d'ANC défaillantes.

De nombreuses difficultés encore à résoudre

Malgré ces modifications législatives à répétition et ces tergiversations, la mise en œuvre du SPANC pose toujours de nombreuses difficultés aux communes : délimiter le bon périmètre – un périmètre trop petit pouvant se traduire par des coûts de main-d'œuvre prohibitifs pour les usagers ; choisir le bon mode de gestion[538] ; déterminer s'il faut imposer aux propriétaires des équipements déterminés et normalisés et, dans l'affirmative, lesquels[539] ; disposer d'experts capables de faire des diagnostics et de conseiller, sans imposer des travaux disproportionnés[540] ; veiller à l'entretien des installations dans la durée en fixant des périodicités raisonnables de visite et en ciblant les contrôles sur les zones sensibles ou sur les habitations dépourvues d'installations ou, de manière générale, sur celles qui font courir des risques avérés pour la santé et l'environnement (art. 57 II 3° de la loi dite Grenelle II) ; tarifer et financer le service, sans oublier de consulter les usagers pour faciliter l'acceptabilité de l'organisation du service et de sa tarification.

Sur ce dernier point, les communes peuvent, en vertu du décret du 13 mars 2000, instituer une redevance d'assainissement non collectif pour financer les dépenses de contrôle mises à leur charge par la loi (art. R. 2224-19 CGCT), celles d'installation et d'entretien ayant été mises à la charge des propriétaires[541]. Car, l'ANC étant un SPIC, il est nécessairement financé par une redevance pour service rendu et doit, selon l'article L. 2224-11 du CGCT, être géré de manière telle que le produit des redevances couvre les charges. Peu de communes ont institué de telles redevances et la fixation de leur montant[542] donne lieu à des pratiques assez différentes et parfois controversées[543]. Le Conseil économique, social et environnemental a par ailleurs recommandé avec raison dans son avis du 13 mai 2009 qu'**assainissements collectif et non collectif puissent bénéficier des mêmes aides publiques et des mêmes taux de subvention**[544]. Reprenant les conclusions du Grenelle de l'environnement, il a également recommandé que le CGCT soit modifié de telle sorte que les collectivités puissent unifier le service des deux assainissements, de manière à faciliter la mise en conformité des installations, à maîtriser l'extension des réseaux de façon coordonnée et à faciliter ensuite l'entretien des installations privées.

Consulté sur ce sujet, **le Conseil d'État avait déjà fourni longtemps auparavant un mode d'emploi pour le rapprochement organique des deux services après avoir rappelé que la loi avait considéré les besoins d'assainissement comme un tout** (CE, avis de la section de l'intérieur du 10 avril 1996, n° 358.783, rapport annuel 1997, p. 295) : « *Pour leur financement, en revanche, il résulte de l'article L. 372-7 du code des communes (repris à l'article L. 2224-12 du CGCT), que les services d'assainissement ne sont habilités à percevoir, en dehors des sommes dues par les propriétaires mentionnées aux articles L. 33 et L. 35-5 du code de la santé publique, que des redevances ayant le caractère*

d'un prix versé en contrepartie d'un service rendu, et effectivement affecté à ce service. Il importe donc que les redevances versées par les usagers de l'une des formes d'assainissement ne puissent être affectées au financement de l'autre, et que les mesures nécessaires soient prises à cet effet sur le plan de la comptabilité […]. L'assiette de chacune de ces redevances doit, en vertu des principes susrappelés, avoir un lien avec le service rendu. Concernant l'assainissement non collectif, le principe n'interdit en lui-même ni de choisir la même assiette que pour l'assainissement collectif (soit, selon la réglementation aujourd'hui en vigueur, le volume d'eau consommé), ni d'en choisir une autre, pourvu que cette assiette ait un lien avec la nature propre des prestations qu'il s'agit de financer […]. Si l'article L. 372-8 du code des communes […] a prévu que les communes et groupements de communes de moins de 3 000 habitants peuvent établir un budget unique des services de distribution d'eau potable et d'assainissement, c'est, notamment, à la condition que ce budget fasse apparaître la répartition entre les opérations propres à chacun de ces deux services. La circonstance que ce texte ne distingue pas expressément, parmi les services d'assainissement, les services collectifs et non collectifs, ne saurait être regardée ni comme excluant l'assainissement non collectif du budget unique qu'il prévoit, ni comme constituant les prestations de l'assainissement collectif et celles de l'assainissement non collectif en service unique. »

L'article 56 IV du projet de loi Grenelle II présenté par le gouvernement devrait répondre à cette attente en prévoyant que les communautés d'agglomération pourront instituer un service unifié de l'assainissement ainsi que de la collecte des eaux pluviales. Pour les autres collectivités ou groupements, se posera, en cas d'unification du service d'assainissement, la question du niveau pertinent pour gérer le service unifié, en liaison ou non avec l'alimentation en eau potable.

Le financement devant toutefois rester distinct, se posera un problème de lisibilité générale : la redevance pour assainissement collectif est assise sur la consommation d'eau potable, tandis que celle pour l'ANC peut ne pas l'être et a peu de raisons de l'être puisque, consistant en prestations de conseil et d'entretien d'une installation, le service rendu au titre de l'ANC n'est guère lié au volume d'eau potable acquis et doit rester très individualisé, car il est en principe adapté à chaque installation.

Par ailleurs, le Conseil d'État recommande de bien veiller, en cas de fusion organique des deux services, au maintien d'un zonage spécifique à l'assainissement collectif puisque l'existence de ce zonage conditionne pour l'usager l'exercice de son droit au raccordement mais aussi l'obligation de raccordement qui pèse sur lui (cf. 1.2.3.2.2.).

2.3.1.3. Exercer les nouvelles responsabilités partagées pour protéger le milieu aquatique

La loi du 30 décembre 2006 a introduit en droit interne la notion de continuité écologique. Les lois dites Grenelle I et II vont nettement plus loin en instituant une «*trame verte constituée […] des espaces protégés en application du droit de l'environnement et des territoires assurant leur connexion et le fonctionnement global de la biodiversité*» et une «*trame bleue, son équivalent pour les eaux de surfaces continentales et leurs écosystèmes associés*», destinées à préserver la biodiversité par le rétablissement d'une continuité territoriale dans

l'ordre écologique. Cette identification pour la première fois par le législateur de territoires hydrographiques marque probablement une nouvelle rupture dans la manière d'aborder l'eau. Compte tenu des difficultés rencontrées dans l'application de la loi de 2006, la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions qui seront, en vertu de l'article 45 du projet de loi dit Grenelle II, intégrées au code de l'environnement au sein d'un nouveau titre intitulé « Trame verte et trame bleue », ne sera sans doute pas aisée.

Des inventaires laborieux et des actions difficiles à conduire sur le terrain

Rétablir la continuité écologique suppose d'inventorier les ouvrages qui y font obstacle puis, le cas échéant, de les supprimer ou de les modifier. Des inventaires sont en cours : ils étaient achevés dans soixante-quinze départements en 2007 mais seulement onze d'entre eux ont débouché sur un programme pluriannuel de mise aux normes approuvé par le préfet. L'application de tels programmes se heurte à l'existence d'ouvrages « orphelins » (cf. 2.5.2.5.) et parfois à l'absence de maîtrise d'ouvrage (cf. 2.3.3.). Elle pose aussi de délicats problèmes de bilan avantages/coûts : lorsque la continuité n'est pas prévue au départ, elle peut être impossible à rétablir pour des raisons techniques ou déraisonnable en raison de son coût.

C'est ce qui rend également difficile l'application du programme, décidé en 2005, de mise en conformité des vingt et une installations hydroélectriques équipant des cours d'eau classés en vertu de l'article L. 432-6 du code de l'environnement. Une chose est pour l'administration de modifier le classement d'un ouvrage, une autre est d'obtenir la modification de l'ouvrage ou son « effacement », surtout s'il s'agit d'une concession (cf. 2.4.3.4.). C'est un des arguments qui militent en faveur de la spécialisation des cours d'eau, recommandée par ailleurs (cf. 2.2.2.).

Trame bleue…

L'article 29 de la loi du 3 août 2009, consacré à la trame bleue, mentionne qu'elle contribuera à atteindre le bon état des eaux superficielles d'ici à 2015 et que sera mis à l'étude l'aménagement des obstacles les plus problématiques pour la migration des poissons. L'affichage de cet objectif permet d'établir la filiation de la notion de trame bleue : elle découle à la fois de l'article 10 de la directive 92/43/CEE (dite Habitats), de la stratégie paneuropéenne pour la protection de la diversité biologique et paysagère conçue par les pays membres du Conseil de l'Europe pour mettre en application la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992[545], de la directive-cadre sur l'eau et de la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

La trame bleue comprendra :
- « *les cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux figurant sur les listes établies en application des dispositions de l'article L. 214-17* », c'est-à-dire « *ceux qui sont en très bon état écologique ou identifiés par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux comme jouant le rôle de réservoir biologique* » ;
- « *tout ou partie des zones humides dont la préservation ou la restauration contribue à la réalisation des objectifs visés au IV de l'article L. 212-1* » ;
- « *les cours d'eau, parties de cours d'eau, canaux et zones humides importants pour la préservation de la biodiversité et non visés au 1° ou au 2° ci-dessus* ».

Trois types de documents devraient concourir à donner corps à cette trame :
• un décret en Conseil d'État définira les orientations nationales pour le maintien et la restauration des continuités écologiques et identifiera les enjeux nationaux et transfrontaliers de continuité écologique ; ce document sera prescriptif pour l'État et ses établissements publics et définira la manière dont les décisions nationales devront intégrer l'objectif de continuité écologique et prévoir la compensation des dommages résiduels occasionnés par les programmes et projets nationaux à la biodiversité et aux continuités écologiques ;
• des schémas régionaux de cohérence écologique, cohérents avec les orientations nationales ci-dessus et avec les SDAGE, identifieront les cours d'eau, canaux et zones humides formant la trame bleue et prévoiront des mesures contractuelles destinées à assurer la préservation et la restauration fonctionnelle des continuités écologiques ;
• des outils contraignants et volontaires développeront enfin au plus près du terrain des politiques de maintien ou de restauration par les acteurs locaux des continuités écologiques.

Les cartographies accompagnant les orientations nationales et les schémas régionaux devront rester à un niveau stratégique de manière à ne pas instaurer de tutelle d'une collectivité sur une autre et à respecter les marges d'analyse et de négociation des acteurs locaux.

Les articles 6 et 9 de la loi Grenelle II prévoient enfin que les directives territoriales d'aménagement et de développement durables, les SCOT, les PLU et les cartes communales prendront en compte les continuités écologiques et que les préfets pourront s'opposer à des projets de SCOT ou de PLU pour insuffisante prise en compte de ces continuités.

et trame verte…

Issue d'une réflexion purement nationale et évoquée par le rapport du groupe II du Grenelle de l'environnement, elle aura pour objectif « *d'assurer les continuités et les proximités entre milieux naturels permettant aux espèces de circuler et d'interagir et aux écosystèmes de fonctionner* ». Elle découle des limites de la notion d'espace protégé, au fondement de la création des parcs nationaux en vertu de la loi n° 60-708 du 22 juillet 1960, qui visait à protéger des espèces ou des habitats remarquables à l'intérieur d'un périmètre délimité. Pour les protéger efficacement en période de réchauffement climatique, il va falloir compléter cette approche et désormais raisonner en termes de maillage des écosystèmes à une échelle spatiale nettement plus large que celle de sanctuaires étroitement cantonnés. Des corridors écologiques reliant ces différents sanctuaires devront faciliter les migrations des espèces et des habitats puisque le changement climatique a déjà pour effet de modifier les aires de répartition de ces espèces et habitats.

Selon l'article 45 du projet de loi Grenelle II, la trame verte comprendra :
• « *les espaces naturels importants pour la préservation de la biodiversité, et notamment tout ou partie des espaces visés aux livres III et IV du code de l'environnement* » (parcs naturels régionaux, parcs nationaux, réserves naturelles, sites Natura 2000, réserves biologiques de l'ONF, sites classés, réserves de chasse…) ;

• « *les corridors écologiques constitués des espaces naturels ou semi-naturels ainsi que des formations végétales linéaires ou ponctuelles, permettant de relier les espaces mentionnés à l'alinéa précédent* » ;
• « *les surfaces en couvert environnemental permanent mentionnées au I de l'article L. 211-14 du code de l'environnement* ». L'article L. 211-14, qui devrait être inséré dans le code de l'environnement, disposera en effet que, « *le long de certains cours d'eau, sections de cours d'eau et plans d'eau de plus de dix hectares, l'exploitant ou, à défaut, le propriétaire de la parcelle riveraine est tenu de mettre en place et de maintenir une couverture environnementale permanente sur le sol d'une largeur d'au moins cinq mètres à partir de la berge, hors les espaces déjà imperméabilisés ou occupés par des bâtiments, cours, terrains clos de murs, sans préjudice des règles d'urbanisme applicables auxdits espaces* ».

… donneront lieu à une élaboration concertée

L'article 24 de la loi du 3 août 2009 précise que l'élaboration des trames bleue et verte « *associera l'État, les collectivités territoriales et les parties concernées sur une base contractuelle* ». Les régions piloteront l'exercice « *en association étroite avec les collectivités territoriales et en concertation avec les acteurs de terrain dans un cadre cohérent garanti par l'État* », qui s'engage par ailleurs à participer au financement d'actions destinées à élaborer ces trames.

Ce cadre étant tracé, il convient maintenant de passer aux actes. La contribution publiée ci-après du professeur Philippe Billet évoque les difficultés prévisibles de l'exercice mais trace aussi un chemin pour déboucher sur des résultats concrets.

Le Conseil d'État souligne que ces trames n'atteindront leur objectif que si les documents qui les concernent sont rendus opposables à tous les autres documents d'urbanisme et à toutes les décisions publiques d'investissement, voire privées. Même si la mise en place de ces trames fera peser de lourdes contraintes sur les nouveaux projets d'infrastructures publics ou privés, il convient de prévoir des outils d'application qui soient stricts et d'éviter d'ouvrir des exceptions nombreuses. Il faudra aussi prévoir comment se combineront leurs deux régimes juridiques en cas d'intersection des trames.

2.3.2. Dessiner les contours d'une future solidarité entre bassins-versants tout en confortant les agences de l'eau dans leurs missions essentielles

Quel contenu et quelles limites pour une solidarité future entre bassins-versants ?

Les conséquences du réchauffement climatique pouvant conduire à infléchir tôt ou tard le principe de l'autonomie de gestion des différents bassins-versants, il faut s'y préparer. Ceux-ci n'étant pas soumis aux mêmes contraintes climatiques, le développement de transferts de ressources entre bassins durant les périodes de sécheresse ou d'étiage va en effet se poser avec davantage d'acuité en France, comme il se pose déjà ailleurs dans le monde (cf. annexe 14.6) et en Europe.

Les pays méditerranéens de l'Union européenne, qui ont pourtant hérité de la civilisation romaine une tradition de transfert de l'eau d'un bassin vers un autre, connaissent en effet des tensions de cette nature. Le Conseil d'État grec a bloqué en 1994 un projet de dérivation du cours supérieur de l'Achéloos vers la Thessalie. L'Espagne a connu des conflits entre généralités dans les années 2000[546]. L'Italie a dû revoir en 2006 un décret législatif de transposition – tardive – de la directive-cadre sur l'eau au motif que le gouvernement avait imposé un district unique pour le Mezzogiorno, entérinant ainsi les transferts d'eau de la Basilicate vers les Pouilles *via* l'aqueduc des Pouilles.

Le Parlement européen en tire la conclusion, dans sa résolution du 9 octobre 2008 *Faire face aux problèmes de rareté de la ressource en eau* que « *la construction de dérivations destinées au transport de l'eau sur de grandes distances ne saurait être la solution du problème de la rareté de l'eau* ». Cette position de principe mérite une sérieuse nuance : si l'eau est une *res communis* et fait partie du patrimoine commun de la nation, elle a vocation à être partagée entre tous et l'État joue pleinement son rôle lorsqu'il n'a pas d'autre solution pour résoudre une pénurie structurelle dans une région que d'y transférer pour les mutualiser les ressources excédentaires d'une autre région. La résolution du Parlement européen traduit bien néanmoins les réticences de plus en plus grandes à de tels transferts pour des raisons économiques et écologiques mais aussi les limites de la solidarité nationale en période de tension sur la ressource.

Sans que cela remette le moins du monde en cause la gestion par bassin-versant, qui doit rester le principe de base, **une solidarité entre bassins sera à organiser tôt ou tard en France, dont il convient de définir dès à présent le contenu et les limites**.

Certains suggèrent déjà, pour éviter d'accroître la pression locale sur la ressource et pour contourner la résistance des intérêts économiques en présence, de fixer au niveau national pour les bassins déficitaires les débits objectifs d'étiage et de crise actuellement fixés par ces derniers.

La création de l'ONEMA, financé par les agences de l'eau, est déjà lue comme l'amorce ou un premier pas vers une plus grande solidarité interbassins. **L'encadrement des transferts de ressource entre bassins hydrographiques nécessitera une intervention du législateur pour en préciser les conditions et limites dans le code de l'environnement**, la question de procédure étant déjà réglée : elle passe par un décret en Conseil d'État[547].

Maintenir la focalisation des agences de l'eau sur leurs missions essentielles

La tentation étant forte pour le gouvernement et pour le Parlement de mettre à tout propos les agences de l'eau à contribution sur les sujets les plus variés touchant à la politique agricole, à l'aménagement du territoire ou à la solidarité nationale (plan Écophyto et financement de la politique agricole par les agences, acquisition des zones humides, collecte du financement pour mettre en place l'aide aux plus démunis, financement des OUI, lutte contre les inondations…), **le Conseil d'État recommande de focaliser ces agences et leurs moyens humains et financiers sur les quelques missions essentielles évoquées dans ce rapport : l'application rigoureuse de la DCE et la préparation, exigeante, de l'examen de passage de 2015, ce qui implique de s'attaquer vigoureusement aux problèmes des pollutions diffuses d'origine agricole (cf. 2.4.1.2.), d'encourager la protection des captages (cf. 2.2.3.) et**

d'améliorer la morphologie des cours d'eau (cf. 2.5.2.5.). À plus long terme, elles devraient s'investir dans la maîtrise du grand cycle de l'eau, incluant celle des inondations et des eaux pluviales (cf. 2.1.10.). C'est déjà beaucoup.

Les agences devraient également poursuivre énergiquement l'élaboration des SAGE, dont le nombre reste insuffisant, en particulier pour mieux lutter contre les pollutions diffuses.

2.3.3. Identifier et conforter la fonction de maîtrise d'ouvrage au plan local

Conséquence d'une mise en œuvre incomplète de la loi de 1964 au niveau du bassin (cf. note 291), l'organisation de la maîtrise d'ouvrage au plan local est longtemps restée particulièrement laborieuse et n'a pas encore fini de prendre sa forme définitive.

Elle dépend du territoire où doivent être conduits les travaux (parc national, littoral, montagne…), de la nature de ces travaux (hydraulique, aménagement de cours d'eau domaniaux ou non domaniaux…), de la nature de certains risques (inondations, sécheresse…)… Les intervenants possibles sont donc à la fois nombreux et divers (État, collectivités territoriales, établissements publics nationaux comme l'ONF ou VNF, sociétés anonymes comme EDF ou la CNR, sociétés d'aménagement régional comme la Compagnie d'aménagement du bas Rhône et du Languedoc, la Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne ou la Société du canal de Provence, établissements publics territoriaux comme les établissements publics territoriaux de bassin), sans qu'il soit toutefois garanti de trouver un maître d'ouvrage compétent pour tout projet.

Chaque fois qu'un problème nouveau est soulevé – par exemple celui de la prise en main des ouvrages « orphelins » ou celui de la construction de retenues collinaires de substitution (cf. 2.4.1.3.3.) ou encore celui du rétablissement de la continuité écologique du milieu aquatique – se pose inévitablement la question de savoir quelle collectivité publique assumera la maîtrise d'ouvrage pour sa résolution et donc son financement. Et la résoudre fait perdre un temps précieux aux collectivités territoriales notamment, puisqu'il n'existe pas de solution universelle toute prête.

L'article 46 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (art. L. 213-12 du code de l'environnement) a utilement clarifié la mission des établissements publics territoriaux de bassin (EPTB[548]) : leur vocation est de prévenir les inondations, de faciliter la gestion équilibrée de la ressource en eau à l'échelle d'un bassin cohérent et de préserver et gérer les zones humides (art. L. 211-1 et L. 211-12 du code de l'environnement). Leur fonctionnement est régi par les dispositions du CGCT et leur périmètre d'intervention, arrêté par le préfet coordonnateur de bassin, peut, de manière à constituer un espace cohérent, s'étendre au-delà ou en deçà du périmètre d'action dévolu à leurs membres. Leur champ d'action est interdépartemental, interrégional et parfois même international.

Les EPTB regroupent aujourd'hui 16 syndicats mixtes, 71 départements, 12 régions et 16 institutions départementales ; 26 départements sont membres de deux ou trois EPTB. De plus en plus d'EPTB coordonnent la politique de l'eau

dans les bassins-versants et exercent une fonction consultative lors de l'élaboration des SDAGE ou des SAGE ainsi que la fonction de maîtrise d'ouvrage.

La loi du 30 décembre 2006 a étendu la liste des travaux, ouvrages et installations présentant un caractère d'intérêt général ou d'urgence pour lesquels les collectivités territoriales et leurs groupements, dont les EPTB, ou VNF peuvent recourir aux dispositions du code rural (art. L. 151-36 à L. 151-40) en vue de mettre en œuvre les orientations des SDAGE.

La loi du 3 août 2009 (art. 29 second alinéa) prévoit d'encourager la création des EPTB comme maîtres d'ouvrage locaux et de mobiliser les moyens financiers des agences de bassin pour soutenir leurs actions.

De même le projet de loi Grenelle II prévoit-il de confier aux EPTB l'élaboration et le suivi des SAGE en l'absence de toute structure de coopération intercommunale couvrant la totalité du périmètre du schéma. **À défaut de disposer d'une carte des intercommunalités à fiscalité propre adaptée aux enjeux de la gestion de l'eau, concentrer dans les EPTB plutôt que dans les agences de l'eau dont ce n'est pas le rôle toutes ces missions de maîtrise d'ouvrage constitue selon le Conseil d'État la solution optimale aujourd'hui. Idéalement, à chaque SAGE devrait correspondre à terme un EPTB ou son équivalent.**

2.3.4. Se préparer à régler des conflits d'usage plus nombreux

S'il faut songer à établir une solidarité entre bassins-versants, il convient paradoxalement de se préparer en même temps à régler des conflits d'usage locaux plus nombreux.

En France, les réflexions sur ces conflits intérieurs et sur leur dimension juridique sont rares : le sujet intéresse peu et toute l'expertise nationale semble s'être concentrée sur la résolution des seuls conflits d'usage internationaux. Les plus récentes et les plus globales ont été conduites par le commissariat général du Plan et ont débouché sur un rapport du 30 mars 2005 comportant de nombreuses propositions sur le rôle de l'État en matière de gestion des conflits d'usage dans les territoires à l'horizon 2020[549]. Ce rapport souligne le rôle de l'expertise et de la concertation comme amplificateur ou réducteur de ces conflits. Fondées sur trois scénarios relatifs à leurs modalités de gestion, ses propositions sont différenciées selon les scénarios mais s'articulent autour de six thèmes : l'expertise et les modalités de sa diversification ; les modes de concertation et de consultation ; l'accès aux juridictions et les autres aspects juridiques ; les instruments économiques (contractualisation, taxation ou redevance et solutions de marché) ; les échelles géographiques et institutionnelles et leur articulation ; la gestion et l'aménagement fonciers. L'État est notamment invité à optimiser l'usage des ressources à long terme et à adopter une démarche préventive en complément d'une approche curative des conflits déjà noués.

La résolution des conflits d'usage autour d'un bien dont la consommation est analysée comme rivale par la science économique devrait pourtant, dans le contexte de pénurie croissante déjà décrit, faire l'objet d'une attention redoublée. Car cette résolution est déportée par le législateur sur l'autorité déconcentrée représentant l'État, le préfet de département en sa qualité d'autorité de

police, et, pour partie, depuis la loi de 1992, sur les usagers locaux et non pas sur le préfet coordonnateur de bassin comme devraient y conduire les principes qui régissent la gouvernance de l'eau en France. Le législateur ne facilite en outre pas la tâche des préfets de département et des acteurs locaux qui donne depuis 2006 et tout à fait normalement du point de vue de l'espèce humaine la priorité à son alimentation en eau potable (art. L. 211-1 du code de l'environnement) et, pour ne froisser personne, prescrit par ailleurs une gestion *équilibrée* de la ressource, c'est-à-dire permettant de satisfaire concurremment tous les usages de l'eau sans préjudicier à sa qualité. Mais chaque utilisateur développe sa propre hiérarchie des priorités (eau pour la préservation du milieu et de la biodiversité, eau pour l'agriculture, eau pour l'industrie, eau pour les loisirs) et détermine la logique qui devrait prévaloir selon lui (valorisation économique maximale de la ressource, primat du civisme et de l'intérêt général, respect des droits établis, protection du milieu et de l'environnement…) pour définir l'ordre juste au plan local. **Ce mécanisme déconcentré de résolution des conflits**, qui soulève de multiples questions de légitimité[550] et repose sur des arrangements locaux[551] encore mal appréhendés, **semble efficace pour gérer des crises d'ampleur modérée et momentanées mais inefficient pour gérer des problèmes plus structurels comme celui de l'irrigation**. Il ressort aussi des auditions du Conseil d'État qu'**il est insuffisamment robuste pour absorber une crise de grande ampleur. C'est un problème à prendre au sérieux dans la mesure où les tensions sur le partage des eaux seront de plus en plus vives** comme l'illustrent déjà deux exemples.

L'utilisation du potentiel que représentent les réserves hydroélectriques révèle déjà l'aggravation sensible de ces conflits : avec les objectifs de production d'énergie renouvelable fixés par l'Union européenne et par le législateur, la production d'énergie hydroélectrique devrait être clairement favorisée (cf. 2.4.3.1.). Elle suppose de stocker les réserves jusqu'au début de l'hiver, pour faire face, dans les meilleures conditions économiques, au pic de la consommation d'électricité. Mais, en l'absence d'autres infrastructures de stockage de l'eau, on sollicite par moments les réserves hydrauliques pour soutenir l'étiage des rivières déficitaires (Ariège, Garonne, Durance, Tarn…)[552] durant l'été – et donc par la même occasion l'irrigation – ou l'arrière-saison, avec en contrepartie un affaiblissement de la production électrique[553], ou de manière régulière pour écrêter les crues[554]. Satisfaire à ces objectifs étrangers à la maximisation de la production électrique implique au contraire de déstocker au printemps et surtout en été, au moment où la production électrique marginale n'est pas nécessaire et présente une valeur faible. D'autres demandes sociales affectent leur utilisation : la contribution à l'économie locale, au tourisme ou aux loisirs tels la pratique des sports nautiques ou de la pêche, le respect de la nature et le maintien de la biodiversité[555]… Le réchauffement estival des rivières, qui accompagne celui de l'air, contribue également à la stabilisation ou au recul de la production électrique. Des arrêtés préfectoraux surviennent de plus en plus fréquemment (durant la canicule de 2003[556], en 2005 ou 2006) pour autoriser un dépassement de la limite de température des rejets des centrales de production d'énergie, fixée en général à 28° : le conflit d'usage se résout ici au détriment de l'environnement mais le réchauffement de l'air et de l'eau, composante du réchauffement climatique, va représenter une contrainte de plus en plus forte pour cette production. La question de l'assouplissement éventuel de cette réglementation au vu d'une analyse avantages/coûts incluant les coûts environnementaux ne

pourra pas être éludée, d'autant moins que la loi du 30 décembre 2006, après avoir réaffirmé le caractère impératif du respect à compter du 1er janvier 2014 de la règle du 1/10 au lieu des 2,5 % antérieurs et du 1/20 pour les débits réservés[557], a introduit de nouveaux éléments de souplesse (cf. 2.4.3.1.). **Le Conseil d'État recommande à cet égard d'anticiper la récurrence de telles situations en préparant des plans types de dérogation.**

Les barrages gérés par VNF connaissent des situations analogues de dilemme : s'ils servent d'abord à réguler le niveau de l'eau dans les canaux pour assurer leur navigabilité, ils contribuent aussi, comme les réserves hydroélectriques, non seulement au soutien de l'étiage des rivières mais encore à la régulation des crues et à la prévention des inondations, à l'alimentation en eau d'irrigation, à la lutte contre les gaspillages de l'eau (en limitant les passages dans les écluses en période critique)…

Les outils juridiques utilisables comme supports de la résolution des conflits d'usage autour de l'eau relèvent de trois catégories différentes : le règlement, le contrat et l'incitation économique. Les plus employés appartiennent à la catégorie des outils réglementaires et dans une moindre mesure des outils contractuels, les incitations économiques étant, pour des raisons culturelles et politiques, peu utilisées.

Les outils réglementaires sont nombreux. Ils comprennent dans la situation de droit commun notamment les règlements d'eau[558], la fixation de débits réservés sur les cours d'eau, les règlements des SAGE qui, depuis la novation apportée par la loi du 30 décembre 2006, peuvent définir des priorités d'usage de la ressource et la répartition des volumes globaux de prélèvements par usage (art. L. 211-3 du code de l'environnement)[559] alors qu'il fallait jusque-là aller devant le juge judiciaire pour avaliser et sécuriser au plan juridique une telle répartition[560]. Dans les zones les plus sensibles, l'institution d'une zone de répartition des eaux a pour effet de renforcer le contrôle de l'administration sur tous les usages de l'eau (cf. note 436).

Les outils contractuels ou précontractuels ne sont pas moins nombreux comme les contrats de rivière conclus avec les collectivités territoriales, les accords de gestion entre irrigants ou les plans de gestion des étiages entre usagers et administration, étape qui précède généralement la confection d'un SAGE…

Compte tenu de l'importance du sujet, le Conseil d'État recommande que l'efficacité absolue et relative de tous ces instruments fasse l'objet d'une évaluation sérieuse et suivie par l'ONEMA, avec l'objectif d'en réduire le nombre et de sélectionner les plus performants pour chaque type de situation.

2.3.5. Créer les conditions d'un choix libre et éclairé entre les divers modes de gestion

La gestion du service public peut s'effectuer selon des modes de plus en plus diversifiés : en régie ou en quasi-régie (dans ce dernier cas par un regroupement de communes donnant naissance à un opérateur *in- house* qu'elles contrôlent collectivement) d'une part, en étant confiée par contrat à un tiers d'autre part, ce contrat pouvant être un marché public ou, plus fréquemment, une délégation

de service public (CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de la moyenne vallée du Gier*, req. 288459 pour une activité de production d'eau potable). Les modes de gestion les plus répandus demeurant la régie et la délégation de service public, le débat politique se réduit souvent à une opposition binaire mais réductrice entre eux.

Si la gestion déléguée fait l'objet de critiques régulières, la polarisation de ce débat sur ses imperfections détourne l'attention de la situation préoccupante dans laquelle se trouvent certains services gérés en régie. Aucun des modes de gestion ne pouvant prétendre en tout temps et en tout lieu à une supériorité absolue, il convient surtout de s'assurer que la législation facilite la réversibilité de l'un à l'autre, qu'elle n'introduise pas entre eux de distorsions injustifiées et qu'elle tende à faciliter un choix libre et éclairé.

Les limites de la gestion déléguée et les réponses déjà apportées

Hormis celle, déjà examinée, qui porte sur le niveau plus élevé des tarifs, trois grandes critiques sont adressées à la délégation : l'asymétrie d'information entre les parties au contrat, la grande stabilité des opérateurs en place et une répartition des gains de productivité d'autant plus avantageuse pour le délégataire qu'il jouit d'une longévité garantie par son contrat.

– L'asymétrie d'information entre délégant et délégataire dans l'exécution du contrat ou lors de sa terminaison est une question restée longtemps mal résolue en dépit de textes nombreux et dont la sévérité a été renforcée au cours du temps[561].

Dans ce domaine et celui de l'information des usagers, de multiples progrès ont été accomplis récemment, ainsi que l'a relevé la Cour des comptes dans son rapport de décembre 2003 (*La Gestion des services publics d'eau et d'assainissement*).

Les factures ont fait l'objet d'une normalisation qui assure leur lisibilité ; depuis le 1er janvier 2010, elles doivent en outre, en vertu de la loi du 30 décembre 2006, faire apparaître, dans le but d'informer les usagers sur le prix de l'eau, le prix du litre d'eau en plus du nombre de mètres cubes consommés.

La loi no 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République a prévu la mise à disposition du public des documents associés à la gestion déléguée (contrat de délégation, rapports techniques et financiers adressés aux autorités concédantes…).

Le contenu du rapport technique et financier que doit remettre tous les ans en application de la loi du 8 février 1995 le délégataire à l'autorité délégante et qui est ensuite, d'une part, communiqué à l'assemblée délibérante depuis la loi du 2 janvier 2002, d'autre part, publié a été défini par le décret du 14 mars 2005. Un rapport de même nature pourrait utilement être demandé pour les régies.

Le décret no 2007-675 du 2 mai 2007 pris en application de l'article L. 2224-5 du code général des collectivités territoriales (art. D. 2224-1 du code et ses annexes V et VI) et l'arrêté du même jour relatif au rapport annuel du maire sur le prix et la qualité du service et définissant les indicateurs techniques et financiers de performance ont actualisé, quel que soit le mode de gestion du service, le contenu du rapport annuel du maire au conseil municipal sur le prix et la qualité des services publics d'eau potable et d'assainissement initialement prévu

par le décret n° 95-635 du 6 mai 1995. La performance est mesurée à l'aide de vingt-neuf indicateurs[562] normalisés par le décret et l'arrêté du 2 mai 2007 et insérés dans ce rapport[563]. Rendu public, il semble de qualité très inégale[564].

La loi du 30 décembre 2006 a également précisé, suivant les recommandations de la Cour des comptes, les obligations respectives des collectivités publiques et des délégataires en matière de renouvellement des infrastructures et des équipements[565] et imposé aux délégataires des comptes rendus plus stricts.

Le délégant peut également provoquer des audits.

– En ce qui concerne la stabilité des opérateurs en place et la répartition des gains de productivité, les aspects quantitatifs et juridiques du problème ont déjà été abordés par le Conseil d'État dans l'un de ses rapports récents[566]. Le raccourcissement de la durée moyenne des délégations – de vingt à onze ans selon une étude du BIPE publiée en janvier 2008 –, s'il débouche sur une remise en concurrence plus fréquente, ne semble pas jusqu'à présent avoir eu pour effet d'augmenter sensiblement la rotation des titulaires en place. Et, si en 2006 une procédure a généré en moyenne 4,5 candidatures, seules 2,6 offres ont finalement été remises, contre 2,2 en 2004[567].

La connaissance du réseau par l'exploitant en place demeure en effet un avantage décisif pour le candidat sortant même si ce dernier a désormais l'obligation de fournir au délégant dix-huit mois avant l'expiration du contrat le plan du réseau et les supports techniques nécessaires à la facturation des abonnés. Mais le décret d'application de l'article 54-I, 10 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 2224-11-4 du CGCT) devant préciser les prescriptions applicables à ces supports techniques n'a toujours pas été publié.

Le juge administratif, par l'interprétation qu'il a donnée de la loi du 29 janvier 1993, concourt également à donner sa pleine portée à cette loi qui a organisé une remise en concurrence périodique du délégataire en fixant de manière souple la durée maximale des DSP : liée aux prestations demandées au délégataire et, lorsque les installations sont à sa charge, à la nature et au montant de l'investissement à réaliser, cette durée maximale ne peut pas dépasser la durée normale d'amortissement des installations. Puis l'article 75 de la loi du 2 février 1995 a limité cette durée à vingt ans, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général (TPG) des justificatifs de dépassement de cette durée. La jurisprudence vient d'interpréter souplement la notion de durée normale d'amortissement : celle-ci n'est plus seulement liée à la nature et au montant des investissements ni par conséquent à la durée normale d'amortissement comptable mais relève d'une appréciation portant sur l'équilibre global entre les différents éléments mentionnés à l'article L. 1411-2 du CGCT (CE, 11 août 2009, *Société maison Comba*, req. 303517, AJDA, 2009, p. 1524 ; RLCT 2009/52, n° 1490, note Emmanuel Aubin ; *Dr. adm*., 2009, comm. 147, note Pascale Idoux et François Cafarelli, *JCP adm*., 2009, p. 2261, note Jean-Baptiste Vila). Comme par ailleurs le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint sur la fixation de la durée d'une DSP, la marge d'appréciation est grande pour les parties au contrat et le risque d'une annulation par le juge faible.

Il appartient donc aux collectivités concernées par la jurisprudence *Commune d'Olivet* (cf. 1.3.4.) d'examiner dans les meilleurs délais les conséquences pratiques à en tirer et d'ouvrir dès à présent des discussions sur la date d'échéance du contrat en cours, c'est-à-dire sur l'appréciation de l'équilibre global du

contrat en prenant en compte les éléments mentionnés à l'article L. 1411-2 du CGCT. Si les parties se mettent d'accord sur ce point d'équilibre et donc sur la durée d'échéance du contrat en cours, elles pourront se borner à la constater. Si elles s'aperçoivent au cours de ces discussions que l'échéance dépasse le maximum prévu par la loi et si elles s'accordent sur les justificatifs permettant de prolonger la durée du contrat au-delà de ce maximum, elles pourront également convenir que la collectivité saisisse le trésorier-payeur général et par avance de suivre son avis technique. L'examen du dossier par le TPG pourra soulever quelques difficultés (sort à réserver aux droits d'entrée acquittés avant leur interdiction par la loi, reprise d'emprunts non amortis, profil de la rentabilité du contrat dans la durée…) mais elles ne sont pas insurmontables et le dialogue à trois devrait permettre d'aboutir à une solution raisonnable, adossée sur une expertise publique. Ce devrait être le cas le plus fréquent. Dans cette hypothèse également, l'expiration du contrat ne devrait soulever aucune difficulté financière pour les parties : la date d'échéance du contrat coïncidera par construction avec l'équilibre global du contrat.

En cas de désaccord sur l'analyse conduisant à fixer la date d'échéance du contrat ou à justifier sa prolongation ou en cas de refus de la collectivité de saisir le TPG, on retomberait dans l'hypothèse bien connue de la résiliation unilatérale du contrat par une collectivité publique. L'exécutif de la collectivité constaterait la caducité du contrat ou la notifierait au cocontractant qui saisirait alors, le cas échéant, le tribunal administratif pour résiliation anticipée du contrat avec, dans cette hypothèse, le risque pour la collectivité d'avoir à indemniser le cocontractant si le tribunal estimait être effectivement en présence d'une résiliation anticipée n'ayant pas assuré l'équilibre global du contrat.

On ne peut pas exclure non plus que les parties préfèrent laisser la situation en l'état, mais cette voie présenterait pour elles plus d'inconvénients que d'avantages. En effet, la date d'expiration du contrat resterait indéterminée pour elles. Un tiers au contrat pourrait demander à tout moment à l'exécutif de la collectivité de mettre fin au contrat et son refus éventuel pourrait être déféré au juge. Surtout, les parties elles-mêmes entreraient dans une zone inconnue et s'exposeraient, en cas de litige porté devant lui, à ce que le juge du contrat constatant l'échéance régulière du contrat à une date différente de celle imaginée par chacune des parties se situe, pour régler ce litige, sur le terrain quasi contractuel et/ou quasi délictuel. C'est un risque juridique que très peu de collectivités et d'opérateurs économiques devraient prendre. **La jurisprudence *Commune d'Olivet* constitue en définitive une incitation forte pour les parties à rechercher sans attendre et à trouver un accord, en dehors de toute intervention du juge.**

– La renégociation plus fréquente des conditions financières a en revanche permis aux autorités délégantes d'atteindre leurs objectifs principaux : mieux répartir les gains de productivité et contenir la hausse des tarifs ou obtenir leur baisse pour les usagers[568]. Le Conseil économique, social et environnemental estime à cet égard que le taux de marge des nouveaux contrats de délégation serait revenu à une fourchette de 5 à 7 % après impôts alors que les contrats anciens pouvaient dégager une marge de 20 %. La remise en concurrence tous les dix à douze ans en moyenne se traduirait à chaque renouvellement par une baisse de prix de l'ordre de 10 %.

En définitive, si la procéduralisation de la passation et du renouvellement des contrats de délégation ne semble pas avoir suscité davantage de vocations, ce formalisme accru a eu des contreparties positives pour les usagers et semble également avoir eu pour effet, aux dires des professionnels, d'éliminer les phénomènes de corruption en France : aucune affaire pénale n'a concerné les contrats de délégation conclus dans le secteur de l'eau depuis le vote de la loi du 29 janvier 1993.

Pour l'exploitation à l'étranger de services d'eau en régie ou en délégation la situation reste en revanche préoccupante : pour l'améliorer, Transparency International a créé un réseau pour l'intégrité dans le secteur de l'eau (Water Integrity Network) qui vise à promouvoir, par un échange de bonnes pratiques, une plus grande transparence et une plus grande intégrité dans l'attribution et la gestion des services d'eau tant dans les pays développés qu'en développement[569].

Les limites de la gestion en régie et les réponses encore à apporter

La focalisation du débat public et politique sur les imperfections imputées à la délégation tend à occulter la situation médiocre dans laquelle se trouvent maintes gestions publiques en régie.

L'eau étant un secteur suradministré, les résultats de cette suradministration devraient être manifestes. Des dizaines de milliers d'élus locaux sont en effet impliqués dans la gestion des services d'eau et d'assainissement pour des flux financiers globaux de 13,5 Mds€ : rares sont les secteurs économiques bénéficiant d'une telle sollicitude et d'une telle implication des élus. Même si l'on trouve des régies parfaitement gérées, notamment dans les grandes agglomérations, la qualité de gestion des 20 000 services municipaux n'est pas impressionnante pour autant. Sans qu'on s'appesantisse sur leur taille insuffisante, leur sous-investissement dans le réseau et sa maintenance, leurs problèmes de qualité ou sur la quasi-inexistence de leur effort de recherche et développement, d'autres imperfections doivent être soulignées quant à leur gestion.

En l'absence de tout contrat entre autorité délégante et délégataire, il existe un risque permanent de confusion des genres : l'élu local est à la fois l'autorité organisatrice du service et son exploitant au quotidien[570]. Concrètement, il décide des investissements, des tarifs et de l'imputation des charges alors que le subventionnement du service reste ouvert pour de nombreuses communes (cf. annexe 11.1), il accorde les aides aux usagers en difficulté, etc.

C'est pourquoi doivent être encouragées toutes les mesures visant à mieux distinguer les fonctions d'autorité organisatrice du service et d'opérateur, comme c'est le cas dans le secteur des transports publics, à contractualiser, y compris au sein d'une même personne publique mais avec des modalités adaptées, et à exiger, du point de vue des usagers, des exploitants publics la fixation d'objectifs – qui ne portent pas seulement sur le prix – et la publication d'indicateurs de performance permettant de comparer la qualité de la gestion entre opérateurs publics et entre opérateurs publics et privés. Différentes chartes ont invité les collectivités territoriales à se soumettre à ces exigences[571] et le décret déjà mentionné du 2 mai 2007 a judicieusement imposé les mêmes indicateurs, quel que soit le mode de gestion.

Lever les freins à la réversibilité du mode de gestion

D'après les ouvrages consacrés à ce sujet, toutes les situations se rencontrent dès à présent : on répertorie aussi bien des gestions privées et publiques performantes qu'inefficaces. Dans ces conditions, **l'essentiel est de faciliter selon les circonstances le passage d'un mode de gestion à un autre et de faire sauter les obstacles à sa réversibilité**. Malgré cette position de principe, cette dernière continue, pour beaucoup, à poser des difficultés.

Le Conseil économique, social et environnemental a identifié trois freins, difficiles à surmonter, au retour de la délégation à la régie[572] : la perte de la taxe professionnelle[573], l'obligation pour les communes d'avoir à recruter des salariés dont la rémunération est parfois plus élevée ou dont la structure est différente[574] et l'impossibilité pour les collectivités de provisionner l'entretien ou le remplacement du réseau[575].

L'Institut de la gestion déléguée a également travaillé sur la dimension sociale des changements de mode de gestion (passage de la régie à la gestion déléguée et réciproquement), fournissant à cet effet une analyse précise des jurisprudences communautaire, administrative et judiciaire ainsi que toute une série de recommandations pratiques[576].

Parmi les autres freins mis en évidence par l'IGD dans un autre rapport[577] figurent la perte des compétences techniques et managériales lorsque la gestion a été déléguée et les délais et coûts pour les reconstituer, les conséquences du changement de mode de gestion sur les lourdes et coûteuses régularisations de TVA, le rachat des investissements non amortis et l'indemnisation éventuelle du délégataire, les nouveaux investissements à consentir ainsi que la perte des redevances pour occupation du domaine.

La loi actuelle impose aux collectivités territoriales de justifier le passage de la gestion directe à la gestion déléguée mais l'inverse n'est pas vrai : une collectivité territoriale peut conserver sa gestion directe sans aucune limite de durée et sans avoir jamais à justifier de la performance de cette gestion[578]. Les rapports imposés aux gestionnaires sont eux-mêmes déséquilibrés : le rapport annuel établi par le maire à l'attention de l'assemblée délibérante ne porte que sur le prix et la qualité du service lorsque ce dernier est assuré en régie et le CGCT n'impose pas de soumettre au conseil municipal les comptes individualisés de ce service, alors que l'instruction comptable M 49 prévoit cette individualisation (cf. note 204). En d'autres termes, les droits communautaire et français n'imposent pas la mise en concurrence entre les différents modes de gestion[579] et se bornent à imposer la mise en concurrence lorsqu'il est fait appel à la délégation. La concurrence pour le marché, qui est du point vue de l'usager plus importante que la concurrence dans le marché (cf. note 179), demeure donc imparfaite et pose la question de savoir si la création d'une autorité de régulation sectorielle ne serait pas de nature à la raviver (cf. 2.3.6.).

Les obstacles qui demeurent à la réversibilité du mode de gestion ne constituent en réalité qu'un épiphénomène et obligent à s'interroger plus avant sur la nécessaire similitude ou non des règles applicables aux différents modes de gestion.

Différences dans les règles applicables et neutralité globale du droit à l'égard du mode de gestion

La réversibilité entre les modes de gestion est aussi freinée parce que, en amont, la législation et la jurisprudence réservent quelques solides avantages à l'un ou l'autre. En d'autres termes, il n'existe pas encore d'identité des règles applicables aux différents modes de gestion, d'où la persistance, malgré les efforts déjà accomplis pour réduire certains avantages injustifiés de l'un ou de l'autre, d'une revendication portant sur l'identité et l'égalité de traitement entre eux.

Un inventaire minutieux et précieux des différences de traitement pour les principaux services publics locaux, dont l'eau potable et l'assainissement, a été dressé par l'IGD en 2005, qui conserve une bonne part d'actualité. Elles concernent les règles d'amortissement, qui pénalisent plutôt la délégation, les coûts de financement, qui avantagent plutôt les collectivités publiques qui peuvent s'endetter à un taux plus avantageux, l'assujettissement à la TVA, qui pénalise la gestion directe (l'assujettissement à la TVA n'est pas obligatoire pour les régies en matière d'assainissement), et l'intervention du FCTVA, la possibilité maintenue pour de nombreuses collectivités de subventionner les services d'eau potable et d'assainissement (cf. annexe 11), la prise en charge directe par les collectivités de nombreuses dépenses qui ne sont pas refacturées à la régie (recrutement du personnel, mise à disposition de personnels, de biens ou de matériels, établissement du budget, tenue de la comptabilité et parfois facturation, administration générale), les taux de cotisations – sensiblement différents – aux régimes de sécurité sociale et d'assurance chômage, l'assujettissement aux taxes locales – dont la taxe professionnelle puisque la distribution d'eau potable et l'assainissement sont assimilés à un service à caractère social par l'article 1449 1° du CGI[580]–, et à l'impôt sur les bénéfices ainsi que les redevances d'occupation du domaine lorsque la gestion est déléguée, les règles applicables au placement de la trésorerie, qui désavantagent la gestion directe…

Il faut y ajouter les financements croisés des infrastructures, qui peuvent aboutir à favoriser la régie plutôt que la gestion déléguée si le montant de la subvention est modulé en fonction du mode de gestion[581]. Le législateur est donc intervenu (art. 54-I de la loi du 30 décembre 2006 codifié à l'art. L. 2224-11-5 du CGCT) pour interdire cette modulation dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement. Il n'en reste pas moins que plusieurs régions et départements n'accordent pas de subvention d'investissement en zone rurale lorsque la gestion est déléguée. Une disposition législative pourrait, s'agissant d'infrastructures qui sont toutes publiques, imposer un traitement homogène entre les modes de gestion.

Il faut enfin prendre en compte les règles de calcul de la dotation globale de fonctionnement. En vue d'inciter les communes au regroupement, le coefficient d'intégration fiscale est, depuis la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, maximal lorsqu'une communauté de communes ou d'agglomération perçoit l'ensemble des redevances du service d'assainissement, étant précisé que les redevances d'eau potable n'entrent pas en ligne de compte dans ce calcul. Si cette règle a été supprimée pour les communautés de communes, elle subsiste toujours pour les communautés d'agglomération et pénalise la gestion déléguée. L'avantage ainsi conféré par la loi à l'exploitation en régie est d'ailleurs parfois utilisé par les élus des communautés d'agglomération pour exercer la compétence assainissement et pour l'exercer en régie. **Il convient de réparer cet oubli.**

Toutes ces différences, nombreuses, ne jouent pas systématiquement en faveur d'un mode plutôt que d'un autre si bien que leur résultante ne peut pas être appréhendée avec exactitude. Au demeurant les règles auxquelles sont soumis les différents modes de gestion ne peuvent pas être identiques sur tous les chapitres : certaines relèvent de la nature des choses et resteront différentes et il semble impensable de songer à les éliminer toutes. Par exemple, le régime de la fiscalité ou des cotisations sociales a toutes chances de rester dissemblable. Méritent en revanche d'être éliminées des règles qui concourent à privilégier un mode de gestion au détriment d'un autre sans justification avérée. L'inventaire de ces mesures reste à dresser. Car, en l'absence de tout principe d'égalité applicable entre les divers modes de gestion, le législateur doit surtout veiller à ne pas créer de distorsions injustifiées et à ce que, dans leur ensemble, des règles pour partie inévitablement dissemblables n'aboutissent pas à un déséquilibre global favorisant l'un au détriment de l'autre : la vérification de la neutralité des règles juridiques, fiscales et financières ne peut pas s'arrêter au détail de chacune des règles applicables mais conduit à privilégier une pesée d'ensemble.

La doctrine officielle, tant communautaire que nationale, met l'accent sur la neutralité du droit à l'égard du mode de propriété et de gestion, sur le respect des règles de la concurrence sur le marché et sur le libre choix de ce mode, dans le cadre de leur libre administration, par les collectivités territoriales. **Neutralité globale de la législation à l'égard des modes de gestion et réversibilité entre eux semblent les seuls objectifs réalistes dignes d'être poursuivis.**

Une connaissance limitée des déterminants du choix du mode de gestion par les élus

Autre élément à prendre en compte dans ce débat, on connaît mal les motivations et les déterminants réels du choix du mode de gestion par les élus. Le rapport déjà mentionné de l'IGD est l'un des rares à avoir jeté un peu de lumière en la matière grâce à une enquête menée auprès d'un échantillon de communes, dont les trente-sept ayant une population supérieure à 100 000 habitants, et des fédérations professionnelles. Ce rapport souligne la relative stabilité des parts respectives de la délégation et de la régie, même si ces parts sont très variables d'un secteur à l'autre : le rapport confirme ainsi qu'il s'agit de choix rationnels à la lueur de critères identifiables et que ces critères ne varient qu'à la marge. Pour l'eau et l'assainissement, ils ne jouent pas massivement en faveur d'un mode de gestion ou d'un autre. Le rapport confirme néanmoins la nette préférence déjà relevée pour la délégation de la distribution de l'eau potable et la préférence pour la gestion directe en matière d'assainissement (cf. 1.3.4.). Les communes choisiraient l'exploitation en régie de l'eau potable lorsqu'elles sont convaincues de l'intérêt de rendre directement le service à l'usager et du caractère social de ce service. Pour la délégation de l'eau potable, les critères déterminants paraissent être, selon les délégataires, la facturation par un tiers et la gestion commerciale, le transfert à un tiers des problèmes de sécurité et de responsabilité et le degré de technicité ; pour celle de l'assainissement, les deux derniers critères seraient les plus importants. Le rapport souligne aussi, sans pouvoir en mesurer l'impact précis dans l'esprit des décideurs, l'influence des coûts et des délais – neuf mois à un an – liés à la mise en œuvre des procédures – de plus en plus complexes – à suivre en cas de délégation et le risque d'annulation du contrat par le juge qui en résulte : rester en régie présente l'avantage de ne s'exposer à aucun risque en la matière.

L'État ne dispose actuellement ni de données ni d'analyses fiables sur les trois questions essentielles évoquées : **les obstacles réels à la réversibilité entre modes de gestion, la résultante des différences de règles qui leur sont applicables et les déterminants du choix de ce mode de gestion par les élus. D'où la nécessité de progresser dans le rassemblement de ces données et la conduite de ces analyses.**

Harmoniser les indicateurs de performance et les rendre publics.

Pour favoriser la comparaison des performances entre les modes de gestion, **le Conseil d'État estime indispensable d'organiser par ailleurs la convergence entre les systèmes d'indicateurs et de comptes rendus auxquels tous les opérateurs sont soumis**[582]. Il faut aussi que **l'État collecte, centralise au sein d'un observatoire national, consolide, analyse et rende publiques toutes les données relatives au prix ou à la qualité de service afin d'objectiver en aval le jugement sur la performance à court et long terme des différents modes de gestion** et notamment de la gestion publique et de mettre un terme aux polémiques publiques inutiles.

Le retard pris par les pouvoirs publics dans ce domaine (cf. 2.3.7.) est en grande partie responsable du sentiment d'opacité qui persiste à l'égard tant de la gestion publique que de la gestion privée. En l'absence de régulateur sectoriel dans le domaine de l'eau, la régulation par l'information et la publication d'indicateurs constituent des manières économes de concilier autonomie locale et gestion responsable des services urbains. Ce rôle, indispensable, est désormais confié à l'ONEMA. On en attend, entre autres, une analyse plus transparente et plus objective qu'actuellement sur les mérites comparés des deux types de gestion.

Informer le contribuable local et l'électeur

Le Conseil d'État estime nécessaire de progresser aussi dans l'information du contribuable local ou de l'électeur : il lui est encore parfois très difficile d'obtenir une vision comptable consolidée sur l'ensemble des services de l'eau d'une collectivité lorsqu'ils sont, comme c'est souvent le cas, exercés dans une configuration complexe mêlant régie, délégation directe et pour certaines opérations délégation indirecte sous couvert de l'adhésion à un EPCI.

De ce point de vue, le recours à un audit externe périodique tous les dix ans environ – dont les conclusions seraient rendues publiques – pourrait permettre de vérifier, quel que soit le mode de gestion, que les investissements réalisés sont proportionnés aux enjeux actuels et futurs (extension et renouvellement du réseau ; application des nouvelles normes…).

Le sentiment d'opacité qui subsiste est l'une des contreparties de la complexité du paysage et de la fragmentation des acteurs et d'activités qui n'ont pas toutes le même statut juridique et n'obéissent pas aux mêmes règles de financement. L'absence de transparence souvent évoquée sur la performance comparée entre modes de gestion n'est somme toute qu'une des conséquences d'une législation et d'une organisation touffues à l'excès. C'est la raison pour laquelle **le Conseil d'État insiste par ailleurs sur la simplification des organisations et du droit, dont il attend, entre autres retombées, une meilleure transparence et des comptes rendus plus simples à élaborer et plus complets**.

2.3.6. Faut-il créer une autorité de régulation sectorielle ?

Pour développer la concurrence dans le secteur de l'eau, certains préconisent la création d'une autorité indépendante de l'eau. Car, après la création récente d'une autorité ferroviaire, ce secteur serait le dernier service d'infrastructure en réseau à ne pas avoir été doté d'une autorité de régulation sectorielle. Une telle autorité s'y imposerait d'autant plus que l'activité de distribution d'eau potable constitue un monopole naturel[583], inhérent à l'activité.

Une telle création pourrait apporter des avantages indéniables en matière de transparence tarifaire, de clarification de la répartition des compétences entre les collectivités publiques et, peut-être, de respect de la police de l'eau. Mais elle ne s'impose pas de manière évidente pour les raisons suivantes.

Il n'existe pas dans le secteur de l'eau d'opérateur historique en situation de monopole qu'on chercherait à mettre en concurrence : on y dénombre au contraire déjà des opérateurs et fournisseurs de service par dizaines de milliers, leur émiettement même posant des problèmes sous d'autres angles. L'accès au marché local est également déjà ouvert depuis le XIX^e^ siècle avec le contrat de délégation lorsque la collectivité publique décide de confier l'exploitation du service à un tiers. Une régulation sectorielle serait d'ailleurs déjà exercée depuis cette époque pour certains auteurs[584]. Elle l'est directement par l'État, principalement par le biais de la législation, de la réglementation ou de l'incitation budgétaire ou fiscale et sous le contrôle du juge administratif.

Il n'existe pas de secteur où une autorité de régulation aurait face à elle non pas quelques opérateurs économiques ou donneurs d'ordres d'envergure nationale mais plusieurs dizaines de milliers d'autorités publiques organisatrices d'un service public local bénéficiant d'un principe constitutionnel de libre administration et fixant leur tarif de manière indépendante les unes des autres. Les pays qui ont mis en place une instance de régulation sectorielle de l'eau à la suggestion des institutions financières internationales n'ont d'ailleurs pas réussi à régler de manière satisfaisante le problème de coordination entre la liberté locale de tarification du service et une régulation centrale des tarifs.

Le Conseil de la concurrence, chargé de réprimer les ententes ou les abus de position dominante aussi bien nationaux que locaux, a déjà procédé à plusieurs reprises à l'examen de la situation concurrentielle sur le marché de l'eau où il a identifié des situations de position dominante[585]. Les éventuels abus de position dominante peuvent donc déjà être diagnostiqués et sanctionnés.

Les interventions récentes du législateur en matière tarifaire laissent par ailleurs peu d'espace de manœuvre à une autorité indépendante pour réguler les prix selon les méthodes les plus couramment utilisées (*price cap* ou *cost plus*)[586]. La loi encadre en effet directement et de manière de plus en plus détaillée les règles de tarification du service et a plafonné en 2006 la partie fixe du tarif (cf. note 229), ce qui rend problématique une régulation de type *cost plus*. Et le juge administratif assure déjà le contrôle de la légalité des tarifs au titre du contentieux de l'excès de pouvoir.

Homogènes avec l'organisation décentralisée du service, tous les contrôles existants s'exercent au niveau local : celui du préfet sur la légalité des actes des collectivités territoriales, celui des CRC sur les comptes de leurs services d'eau

et d'assainissement, celui des services extérieurs de l'État chargés de la santé, celui des collectivités elles-mêmes sur leur délégataire… Bref, l'exercice d'une régulation centrale paraît peu compatible avec la nature et l'organisation locales du service.

Enfin, en l'absence de généralisation du compteur individuel à l'ensemble des usagers, et de compteurs intelligents, les conditions d'installation d'une telle autorité ne semblent pas encore réunies. Dans ces conditions, **le Conseil d'État n'estime pas sa création utile et nécessaire**.

Cela n'empêche pas d'accomplir par ailleurs des progrès importants en matière de transparence tarifaire (cf. 1.3.5.2.1.) et d'appréciation comparée des performances des différents modes de gestion (cf. 2.3.5.) et de rendre accessibles les informations correspondantes, ce qui est l'un des rôles confiés à l'ONEMA. Cela n'empêche pas non plus de conforter le rôle du Comité national de l'eau non pas comme instance de gestion mais comme autorité de référence disposant des compétences techniques et de l'indépendance de jugement nécessaires pour orienter les grands choix collectifs et de les expliquer à la population (cf. 2.3.10.).

2.3.7. Mettre enfin en place des réseaux de données sur l'eau

La mise en place d'un système d'information sur l'eau (SIE) et la constitution de bases de données sur l'eau sont des préalables à la mise en place de toute politique de l'eau, dans sa double dimension quantitative et qualitative. Sans de tels instruments de mesure, il n'est possible ni de fixer des objectifs, ni d'évaluer leur degré d'atteinte ou la performance des politiques publiques, ni de mesurer le degré d'application des textes, ni d'informer les usagers ou le public, ni d'orienter les programmes de recherche, ce que requièrent pourtant nombre de directives communautaires et notamment la directive-cadre de 2000.

De nombreuses tergiversations et des retards préjudiciables…

Or cette mise en place s'avère particulièrement longue et laborieuse.

Elle débute dans la foulée du vote de la loi du 3 janvier 1992 avec la création, en vertu d'un partenariat conclu entre les principaux producteurs de données publiques, d'un Réseau national des données sur l'eau (RNDE).

La tâche est complexe puisqu'il s'agit de réunir auprès d'organismes nombreux et de statuts divers un grand nombre de données, quantitatives et qualitatives, sur différentes catégories d'eaux, les eaux de surface, les eaux souterraines, l'eau potable, les eaux de baignade et les eaux littorales[587]. Elle n'est pas facilitée par certains défauts de l'administration française[588] :

- sous-estimation de l'importance stratégique de la collecte et de la diffusion publique d'une information fiable ;
- multiplicité des acteurs, rendant très difficile la collecte et surtout la consolidation des données, chaque administration ayant pour chacune de ces dernières sa propre définition ;
- imprécisions sur les responsabilités de chacun de ces acteurs et modifications fréquentes des attributions ;
- insuffisance et éclatement des moyens budgétaires[589].

Car l'État et les collectivités territoriales préfèrent à tout prendre financer des travaux ou des équipements matériels qui se voient et qui s'inaugurent plutôt que de la connaissance immatérielle.

Une circulaire du ministre de l'Environnement du 26 mars 2002 décroise imparfaitement les financements et organise le « système national d'information sur l'eau » en distinguant six réseaux (hydrométrie, qualité des eaux de surface, qualité piscicole, piézométrie, qualité des eaux souterraines, qualité des eaux littorales) et quatre banques de données. Elle échoue cependant dans sa tentative de clarifier les responsabilités, car elle en identifie de quatre types différents, sans préciser le contenu de chacune d'elles[590].

La direction de l'eau confie au même moment à l'OI-Eau, association de la loi de 1901 subventionnée par le ministère de l'Environnement[591], une mission tendant à développer la connaissance des ressources en eau et à favoriser la mise à disposition du public des données relatives à l'eau. L'OI-Eau se voit confier à ce titre le secrétariat du Comité national du système d'information sur l'eau présidé par le directeur de l'eau et le secrétariat d'administration nationale des données relatives à l'eau (SANDRE), prévu par la directive-cadre sur l'eau de 2000.

Si la création d'un GIP regroupant tous les acteurs a été un temps envisagée, c'est finalement une autre solution qui a été retenue.

… mais le salut viendra de l'ONEMA

En effet, l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques a reçu mission de coordonner le système d'information des données sur l'eau (SIE) sous pilotage de la direction de l'eau. L'ONEMA est également maître d'ouvrage du SANDRE[592], référentiel commun du SIE dont le secrétariat reste animé par l'OI-Eau. Régi par le décret n° 2007-443 du 25 mars 2007 (codifié aux articles R. 213-12-1 à R. 213-12-21 du code de l'environnement), l'ONEMA est financé par les agences de bassin à hauteur de 108 M€ par an sur la période 2007-2012, montant qui a été fixé par la loi du 30 décembre 2006. Le conseil de modernisation des politiques publiques du 4 avril 2008 a ensuite souligné la nécessité de mutualiser et de rationaliser les données entre les agences de l'eau et l'ONEMA.

Les retards accumulés jusqu'à présent dans la mise en place des réseaux de données aboutissent à ce que des problèmes essentiels comme celui de la mise sous contrôle des prélèvements d'eau pour l'irrigation demeurent irrésolus : en 2005 déjà le conseil général du génie rural, des eaux et des forêts soulignait que l'insuffisance de l'élaboration et de l'organisation des sources de données constituait un frein sérieux aux études sur les pratiques d'irrigation en France.

Pour les experts du secteur, ces retards expliquent aussi assez largement les condamnations dont la France a fait l'objet par l'Union européenne : ne disposant pas des informations nécessaires, les pouvoirs publics étaient incapables de définir une politique de l'eau cohérente et surtout de contrôler la mise en œuvre des directives communautaires et d'en rendre compte à la Commission jusqu'à l'automne 2008. L'Union elle-même n'était, il est vrai, guère mieux lotie à la même époque (cf. note 759).

Si l'intervention de l'ONEMA permet d'entrapercevoir la sortie du tunnel en 2012, vingt ans après le vote de la loi de 1992 ayant posé le principe du RNDE, elle ne va pas pour autant régler tous les problèmes d'un coup de baguette

magique, en particulier ceux de la qualité, de l'hétérogénéité et de la fiabilité de toutes les données collectées.

Un décret du 11 décembre 2009 vient d'introduire dans le code de l'environnement deux articles (art. D. 213-12-2-1 et 2) précisant le contenu du référentiel technique mentionné à l'article R. 213-12-2 de ce code. Ce référentiel, que l'ONEMA s'était donné comme objectif de faire aboutir en 2009, se compose d'un schéma national des données sur l'eau et de documents techniques annexes. Le schéma national est lui-même adopté par arrêté conjoint des ministres chargés de l'Environnement, de l'Agriculture, des Collectivités territoriales, de l'Outre-mer et de la Santé. Il précise notamment les objectifs, le périmètre et les modalités de gouvernance, complexes, de ce système d'information, les modalités de recueil, de conservation et de diffusion de tous les indicateurs et données, en définissant les référentiels à respecter pour permettre leur interopérabilité, ainsi que les modalités d'échange des données avec d'autres systèmes d'information qui ne sont pas compris dans le périmètre du schéma national. Les méthodologies d'élaboration des indicateurs seront publiées de manière échelonnée entre 2010 et 2012.

Le schéma porte sur tous les territoires de la République et toutes les catégories d'eaux, sur des données – y compris des observations, déclarations, enquêtes, rapports… – et des indicateurs, sur tous les usages de l'eau et sur les services de distribution d'eau et d'assainissement… Il englobe l'État et ses différents services ou établissements publics et associe à leur demande les collectivités territoriales. Localement, les agences de l'eau coordonnent le recueil des données : la base contient déjà 9,3 millions d'enregistrements pour la seule agence Loire-Bretagne[593]. Le SIE dans son ensemble reposera sur 1 100 producteurs de données et comportera des centaines de bases de données et des dizaines de millions de données.

L'ONEMA prévoit une mise en service échelonnée de ces outils entre 2009 et 2012 : 2009 par exemple pour la base « Vente de produits phytosanitaires » et la base « Prix et performance des services d'eau »[594], 2010 pour le système d'évaluation de l'état des eaux (SEEE) requis par la directive de 2000[595] ou pour l'outil d'évaluation de la continuité écologique des cours d'eau, 2011 pour la base « Évaluation des pressions » ou « Qualité hydromorphologique des cours d'eau » et 2012 pour l'outil de modélisation des pressions et des impacts sur l'eau ou pour la base de données « Qualité physico-chimique des eaux ».

Si l'ONEMA tient ses promesses, un saut qualitatif se concrétisera à l'horizon 2012. Mais **l'outil gardera ses limites : conçu pour rendre compte de l'application de la DCE, il n'englobe, par exemple, aucun des aspects relatifs à la directive inondations. En outre, disposer des données est une chose, anticiper les conséquences des directives européennes et prendre en temps utile les décisions politiques pour s'y conformer en sont deux autres, ainsi que le Conseil d'État l'a déjà souligné à plusieurs reprises**[596].

2.3.8. Organiser l'accès des exclus à l'eau et repenser certains aspects de la tarification de l'eau

Les sans-abri ne bénéficiant pas en fait de l'accès à l'eau, il faut apporter une réponse à cette situation et revoir certains aspects de la tarification du service.

2.3.8.1. Organiser l'accès des exclus à l'eau

Pour les 100 000 sans-abri vivant en France, l'accès à l'eau n'est pas assuré dans des conditions satisfaisantes, d'où parfois l'utilisation par eux des bouches d'incendie ou des points d'eau situés dans les cimetières soit pour s'alimenter, soit pour se laver. La suppression des fontaines publiques, qui permettaient d'accéder de manière permanente à une eau gratuite, et la fermeture de bon nombre de bains douches municipaux depuis la généralisation des salles de bains dans les logements ont également rendu cet accès plus difficile. **Le Conseil d'État recommande donc d'obliger les communes à rouvrir des points d'eau collectifs, accessibles aux sans-abri, pour que ceux-ci puissent satisfaire leurs besoins d'alimentation et d'hygiène dans des conditions économiques acceptables**. Il ne s'agit pas de rétablir des fontaines coulant à pleins bords sur les places publiques mais d'inventer un nouveau service du type borne fontaine, pouvant être géré par une association d'insertion ou de lutte contre l'exclusion, ou de bain public. De même que certains pays imposent la fourniture d'un volume minimal en cas de coupure d'eau, il conviendrait de définir ce socle minimal et de faire obligation à la commune de le fournir ou d'en prévoir la fourniture dans un contrat de délégation.

2.3.8.2. Repenser certains aspects de la tarification de l'eau

La législation française a incorporé les exigences communautaires relatives au financement par l'usager : l'article L. 210-1 troisième alinéa du code de l'environnement dispose que : « *Les coûts de l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques.* »

Quatre grandes questions tarifaires nécessitent néanmoins d'être résolues, si l'on considère avec le Conseil d'État que la loi du 29 janvier 1993 a réussi en longue période à réintroduire de la concurrence au sein du monopole naturel et à faire baisser le prix de l'eau potable.

Développer la recherche économique appliquée sur la tarification de l'eau

Il est primordial pour l'État de diligenter des recherches sur les coûts de la pollution et sur les coûts d'opportunité de l'eau pour en tirer de manière cohérente les conséquences économiques et juridiques utiles, notamment sur la tarification de l'eau brute, agricole ou de refroidissement, et l'application du principe pollueur-payeur qui – inscrit au fronton de la politique de l'eau depuis 1964, dans les règles de tarification du service et maintenant dans la Charte de l'environnement – n'a jamais été appliqué correctement.

Le Conseil d'État recommande de confier ces travaux au Conseil économique du développement durable et surtout de les publier pour contribuer à faire évoluer les mentalités sur le sujet.

Faire évoluer la tarification volumétrique

Les perspectives tant internationales que nationales – raréfaction de l'eau, lutte contre le gaspillage, meilleure récupération des eaux pluviales pour certains usages domestiques, agricoles ou industriels, recyclage des eaux usées, anticipation d'une augmentation future du prix supérieure à l'inflation… – ont

enclenché une spirale « prix-consommation » vertueuse pour l'environnement mais vicieuse pour les exploitants – dont plus de 80 % des recettes sont liées au volume de la consommation alors que les coûts fixes représentent 80 % des charges – et pour les usagers. La baisse des volumes consommés pousse les opérateurs à renchérir le prix unitaire pour tous les utilisateurs, une perspective que les collectivités territoriales peuvent difficilement entériner vis-à-vis de leurs électeurs et que les particuliers comprennent mal puisque leurs efforts méritoires de réduction des volumes consommés débouchent sur une hausse du prix unitaire.

Pour faire évoluer la tarification, plusieurs pistes sont évoquées.

La première consiste à augmenter le montant de l'abonnement et son poids relatif dans la facture, mais la loi du 30 décembre 2006 et l'arrêté du 6 août 2007 viennent de plafonner cette part fixe et les enquêtes d'opinion mettent en évidence une moindre acceptation du paiement de l'abonnement par les usagers : si 49 % des Français estiment normal de le payer, la proportion de ceux qui le pensent anormal atteint désormais 44 %[597]. Le clivage de l'opinion publique sur ce sujet tend à se durcir et les usagers de l'eau ne demeurent pas insensibles au mode de tarification appliqué pour les autres services en réseau (télécommunications fixe et mobile, Internet, gaz, électricité…), ce qui va obliger les pouvoirs publics à davantage veiller à leur cohérence intersectorielle. En conséquence, la plupart des associations de consommateurs demandent une réduction[598], voire la suppression de la partie fixe de la facture d'eau, car elle pèse plus lourdement sur le budget des plus modestes. Elles demandent par voie de conséquence que les opérateurs, publics ou privés, fassent baisser leur plate-forme de coûts fixes quand la consommation baisse en volume.

La deuxième revient à imputer les investissements supplémentaires à ceux qui les occasionnent, notamment aux touristes dans les stations balnéaires ou de montagne (en permettant, au prix d'une modification de l'article L. 2224-2 du CGCT, aux collectivités de financer le surdimensionnement du réseau en faisant appel au budget général de la commune[599]) ou à fiscaliser une partie des charges (récupération et gestion des eaux pluviales, prévention et lutte contre les inondations, restauration du milieu aquatique, achat et entretien des zones humides ou des voies fluviales, coopération internationale…) qui ont été, par commodité politique ou de gestion, imputées au consommateur d'eau potable[600] et obscurcissent aujourd'hui la lisibilité de sa facture.

La troisième s'efforce de dégager de nouvelles recettes pour les exploitants, par exemple en leur permettant de facturer les eaux usées recyclées comme s'il s'agissait d'une eau prélevée.

La quatrième conduit, si les collectivités répugnent à augmenter le coût unitaire du mètre cube, à les autoriser à rémunérer partiellement l'exploitant – à hauteur de 20 à 30 % par exemple – en fonction de critères de performance indépendants des volumes facturés à l'usager. Le découplage entre un prix de l'eau qui resterait pour l'usager lié au volume et la rémunération de l'exploitant permettrait de continuer à inciter l'usager à baisser sa consommation en volume et de motiver davantage l'opérateur à optimiser son réseau. L'exercice présente une limite : pour rester dans le cadre d'une DSP, le délégataire doit continuer à assumer le risque de l'exploitation. La jurisprudence actuelle semble offrir une flexibilité suffisante pour autoriser ce type d'évolution. **L'État devrait en tout**

cas encourager les collectivités territoriales qui le souhaiteraient à expérimenter des formules de ce genre et à diffuser les conclusions et enseignements qu'elles en tirent.

Adopter une tarification plus différenciée, dont une tarification sociale ?

La loi (cf. note 229) confère depuis le 1er janvier 2010 une plus grande souplesse aux communes puisqu'elles peuvent opter pour un tarif uniforme au mètre cube ou pour un tarif progressif ou dégressif. Quelques communes mettent en place sur cette base un tarif progressif, comportant, avec la suppression de l'abonnement mensuel d'un montant fixe, une tarification basse pour une première tranche correspondant aux besoins domestiques fondamentaux et une tarification plus forte au-delà. Le secrétaire d'État chargé des Technologies vertes a également évoqué, lors d'un forum de solidarité écologique tenu en février 2010, une réforme de la tarification de l'eau selon le même principe. **Il faudra mesurer et analyser avec un recul suffisant les effets de ces nouvelles modulations tarifaires.**

Avant sa modification en 2006, la loi n'interdisait pas non plus la gratuité pour une première tranche de consommation (tarif dit « social ») mais une telle tarification n'a pratiquement jamais été mise en place[601].

L'utilisation de la nouvelle flexibilité tarifaire apportée par la loi de 2006 n'est guère séparable du débat sur l'avenir de la tarification volumétrique ni du débat international sur le droit à l'eau et ses implications pour la France (cf. 2.6.1.). Le droit d'accès à l'eau se réduisant pour le moment à un droit à l'aide en cas d'impayé et à un encadrement de la coupure d'eau, il ne comporte pas, hormis à travers l'allocation logement, de traitement préventif de ces difficultés. Pour les résoudre, simplifier la gestion des dispositifs existants voire même les supprimer en raison de leur coût de gestion considéré comme élevé, et pour régler par la même occasion les problèmes d'équité à l'égard des ménages modestes que pose dès aujourd'hui la tarification volumétrique, il est parfois suggéré d'introduire une tarification sociale assurant la gratuité totale ou partielle de la première tranche de consommation[602]. Mais adopter une telle tarification supposerait de surmonter les difficultés techniques de gestion d'un tel système dans l'habitat collectif ancien, démuni de compteurs individuels, et de pouvoir recueillir, ce qui est coûteux en frais de gestion, une information fiable sur la composition des ménages et son évolution de manière à ne pas créer d'inégalité au détriment des familles nombreuses. Elle devrait aussi être cohérente avec les modalités retenues pour la tarification sociale d'autres services de base tels que l'électricité ou le téléphone. Une telle tarification a été écartée par le Conseil économique, social et environnemental dans son rapport de 2009 sur *Les Usages domestiques de l'eau* au motif qu'elle n'aurait pas l'effet redistributif souhaité : alors que les usagers visés – ceux dont la facture d'eau dépasse 3 % de leur revenu selon la norme retenue au niveau international – représentent au plus 1 % des consommateurs, tous bénéficieraient du tarif réduit ou de la gratuité de la première tranche, y compris les plus aisés. C'est pourquoi est plutôt privilégiée la création d'une aide spécifique réservée aux personnes dont la facture d'eau dépasse ce seuil de 3 % du revenu.

Le Comité national de l'eau a constitué un groupe de travail sur ce sujet le 22 avril 2009[603] dont les travaux ont débouché sur un vœu adopté le 15 décembre 2009, et une proposition de loi d'origine sénatoriale, examinée en première lecture le

11 février 2010, envisage de prélever une fraction du prix de l'eau – 1 % environ du prix facturé[604] – pour permettre aux communes, à leurs EPCI ou aux syndicats mixtes de participer, *via* les fonds de solidarité logement (FSL) ou les centres communaux d'action sociale (CCAS), à la prise en charge des factures de ces usagers, y compris en habitat collectif, sans attendre qu'ils se trouvent en situation d'impayé. Pour certains, les CCAS seraient à privilégier, car leurs coûts de fonctionnement et de gestion des dossiers seraient nettement moins élevés que ceux des FSL.

Ces deux initiatives témoignent à tout le moins de l'actualité du sujet et de la nécessité d'opérer un choix entre deux solutions imparfaites. S'agissant de rendre effectif un droit fondamental et de créer une aide en faveur des plus démunis dans un esprit de solidarité, il est symptomatique que les élus n'envisagent pas, comme pour les allocations logement, un financement par la collectivité ou par l'impôt mais par un prélèvement assis sur le montant de la facture d'eau potable des consommateurs.

Faire supporter tous les coûts du petit cycle par le consommateur d'eau potable ?

Utiliser la consommation d'eau potable comme assiette pour le financement total ou partiel des deux autres grands services publics que sont l'assainissement et la collecte des eaux pluviales est-il soutenable à long terme ?

Pour des raisons tenant à leur ordre historique d'apparition, à des considérations techniques et d'ingénierie – le poids des ingénieurs dans la conception unitaire ou séparative des réseaux – et à des commodités de gestion, le droit français n'est jamais allé au terme du processus qui aurait dû ou pu conduire à dissocier clairement ces deux derniers services de celui de la fourniture d'eau potable et à individualiser leur financement. Cette question n'est pas anecdotique, puisque les prélèvements pour l'eau potable bue par les ménages en représentent moins de 1 %.

Plusieurs données techniques et environnementales devraient conduire selon le Conseil d'État à une dissociation plus nette entre ces trois services et à une individualisation croissante de leur financement :
– une partie des pollutions diffuses d'origine agricole ou routière (salinisation des voies publiques) provient du ruissellement des eaux pluviales ;
– la forte proportion – 20 % – d'habitations non raccordables au réseau d'assainissement collectif ;
– la lente mais inexorable montée en puissance des réseaux séparatifs pour la collecte des eaux pluviales si l'on veut alléger le coût de l'assainissement, améliorer le taux d'épuration en station et favoriser l'utilisation des eaux de pluie pour limiter la consommation d'eau potable ;
– la possibilité de généraliser des toilettes sèches en remplacement du tout-à-l'égout qui présente aujourd'hui des conséquences néfastes pour l'environnement. Dans son rapport sur l'état de l'environnement en 2006[605], l'IFEN avait déjà soulevé ces questions pertinentes.

Le Conseil d'État estime maintenant indispensable d'y répondre en en faisant expertiser les tenants et les aboutissants par le Comité national de l'eau ou l'ONEMA ou mieux par les deux ensemble.

Ce débat, de loin le plus difficile, engage l'avenir à long terme et suppose de la part des élus un grand effort pédagogique : expliquer à l'opinion publique qu'il existe trois services distincts qui n'ont pas la même nature juridique ni les mêmes modalités de financement alors que, au-delà de la rhétorique sur la transparence souhaitable de la facture d'eau potable, la classe politique française a, de tout temps, été unanime pour faire supporter pratiquement tous les coûts de l'eau au consommateur urbain d'eau potable.

2.3.9. Tirer toutes les conséquences de la gestion intégrée en termes budgétaires et de suivi des effectifs

Ayant relevé à plusieurs reprises, avec le Parlement et la Cour des comptes, que l'organisation actuelle ne permettait de donner une vision consolidée ni des moyens budgétaires ni des effectifs consacrés à la politique de l'eau, **le Conseil d'État recommande qu'il soit remédié à cette lacune en mettant au point des outils de consolidation adéquats, nécessaires pour apprécier l'adéquation entre les résultats obtenus et les moyens consacrés à cette politique**.

Cet effort de visibilité est d'autant plus indispensable que beaucoup nient qu'il y ait un problème de financement global de l'eau à long terme. L'assertion selon laquelle cette politique publique est suffisamment financée est démentie au plan international (cf. 1.4.4. et 2.6.2.) et au plan communautaire (le financement des deux directives de 1991 est par exemple loin d'être achevé et celui de la reconquête du bon état des eaux en vertu de la DCE va être étalé jusqu'en 2027). De nouveaux besoins sont également d'ores et déjà répertoriés au plan national (renouvellement des réseaux ; financement des plans d'adaptation au changement climatique et mise en œuvre de la directive inondations ; financement de la gestion du grand cycle de l'eau et du risque inondation ; amélioration de l'hydromorphologie des cours d'eau ; traitement des interfaces entre eaux douces et eaux maritimes dans les zones littorales…). **Des projections financières à long terme périodiquement soumises au Comité national de l'eau seraient donc bienvenues pour vérifier l'adéquation entre tous ces objectifs et les moyens dégagés pour les atteindre.**

2.3.10. Désigner le forum où préparer les grandes décisions publiques relatives à l'eau

Les auditions auxquelles le Conseil d'État a procédé ont mis en évidence une autre lacune dans la gouvernance de l'eau : il n'existe pas de véritable forum national où les différents acteurs puissent soumettre et débattre des questions relatives à l'eau et à son meilleur usage avant leur examen par le gouvernement ou le Parlement[606]. Ce forum existe potentiellement en France avec le Comité national de l'eau mais il conviendrait d'en étendre le rôle pour qu'il puisse se saisir de toutes les questions difficiles et encore mal résolues (combinaison des différents impératifs affectant la politique de l'eau ; gestion de la rareté et politique tarifaire ; méthodes et outils de résolution des conflits d'usage ; orientations souhaitables pour les programmes de recherche ; préparation des positions françaises pour les grands rendez-vous internationaux…).

Le Conseil d'État recommande par exemple que les éléments du débat, crucial, sur l'ampleur et le caractère suffisant ou non du renouvellement des infrastructures et des réseaux (cf. 1.3.5.1.) soient plus clairement mis sur la place publique et de confier cette mission de vérification périodique soit aux agences de l'eau, soit au Comité national de l'eau.

2.4. Traiter les problèmes majeurs posés par quatre secteurs

Quatre secteurs posent des problèmes majeurs à l'échelle nationale. Le Conseil d'État tient à les présenter dans toute leur étendue pour en faciliter la résolution de manière appropriée.

2.4.1. Eau et alimentation

L'agriculture est assurément le secteur qui soulève le plus de difficultés : elle bénéficie d'une situation historiquement dérogatoire ; elle occasionne des pollutions très importantes qui contrarient les efforts nationaux d'amélioration de la qualité de l'eau et valent à la France des poursuites et des condamnations répétées par les autorités communautaires ; son importante consommation d'eau pour l'irrigation rend plus difficiles les ajustements entre demande et offre en situation de sécheresse ; elle ne bénéficie par contre pas encore d'un système satisfaisant d'assurance contre la sécheresse.

2.4.1.1. Une situation de départ dérogatoire pour l'agriculture

Le monde agricole bénéficie d'une situation particulière : du fait notamment de l'importance de ses prélèvements directs – lesquels ne sont au demeurant pas bien appréhendés en raison de la rareté des contrôles et des failles existant dans la police de l'eau (cf. 2.5.3.2.1.) – il accède à l'eau potable et à l'eau brute à un prix qui ne couvre pas les coûts[607].

Quand l'eau potable a été distribuée en zone rurale, ses usagers ont bénéficié de prix bas[608] ou de phénomènes de péréquation qui, assez mal appréhendés et laissés dans l'ombre par les pouvoirs publics, n'en sont pas moins indéniables.

Sur la période 1997-2002, l'agriculture aurait prélevé 25 % de la ressource en eau brute mais acquitté 10 % seulement du montant des redevances assises par les agences de l'eau sur ce prélèvement. Ce déséquilibre entre les contributions et les avantages retirés, que ni la loi de 1964 ni le principe pollueur-payeur n'interdisent, a été souligné par la Cour des comptes dans son rapport 2003[609].

Le prix d'accès à l'eau brute de l'agriculture ne tient pas compte non plus ni des coûts d'opportunité (plus ou moins grande valorisation de l'eau par la nature du produit cultivé ou élevé)[610] ni des coûts environnementaux (traitement des pesticides, des engrais, du lisier…), même si ces coûts restent difficiles à appréhender faute d'une recherche économique suffisante (cf. 2.3.8.2.). Tous les rapports administratifs qui se sont penchés sur ce sujet soulignent que l'agriculture française ne respecte pas la recommandation communautaire relative à la couverture

des coûts par le tarif contenue à l'article 9 de la directive-cadre et applicable à compter de 2010.

Les agriculteurs ont en outre été dispensés de fait du paiement des redevances de dépollution normalement dues aux agences de l'eau tout en bénéficiant de leurs aides et il a fallu attendre un accord du 11 mars 1992[611] entre les organisations professionnelles agricoles et les ministères de l'Agriculture et de l'Environnement, conclu avant la mise en place du premier Plan de maîtrise des pollutions d'origine agricole (PMPOA), pour qu'ils acceptent de s'y soumettre partiellement. L'agriculture n'a contribué sur la période 1997-2002 qu'à 1,2 % des dépenses de dépollution exposées par les agences de bassin tout en bénéficiant de 9,5 % de ses aides[612] alors qu'elle est à l'origine de 60 % de la pollution par les phosphates, de 70 % de celle par les pesticides et de 75 % de celle par les nitrates. Constatant dans son rapport de 2003 une dérive par rapport à la règle pollueur-payeur dont bénéficient les agriculteurs, la Cour des comptes l'a théorisée ainsi : la France applique à ses agriculteurs le principe pollueur-pas payeur-bénéficiaire, c'est-à-dire qu'elle les laisse polluer, les dispense très largement du paiement des redevances pour pollution diffuse mais les fait bénéficier des aides publiques à la dépollution. Le rôle des agences de l'eau prévu par la loi de 1964 s'en est trouvé dénaturé qui appliquent plutôt aujourd'hui le principe usager domestique urbain-payeur de la dépollution agricole. À leur décharge, les agences peuvent difficilement identifier les auteurs de ces pollutions diffuses, argument fort qui milite alors en faveur de l'établissement de taxes à la source sur la quantité de produits utilisée (cf. 2.4.1.2.3.).

Si la lutte contre les pollutions occasionnelles ou accidentelles d'origine urbaine, c'est-à-dire industrielle et domestique, est considérée comme ayant remporté d'indéniables succès sous l'impulsion des agences de l'eau, ces succès sont, au plan global, mis à mal par l'augmentation des pollutions diffuses d'origine agricole qui dégradent la qualité des cours d'eau et des nappes souterraines[613]. Elles proviennent de deux grandes catégories de produits : les engrais (nitrates et phosphates) et les produits phytosanitaires ou pesticides.

2.4.1.2. Maîtriser les pollutions diffuses d'origine agricole : appliquer la Constitution et le droit communautaire

Deux pollutions sont à distinguer qui sont à l'origine de deux des principaux problèmes de qualité des eaux : celles par les engrais et celles par les produits phytosanitaires. La modicité des résultats obtenus dans ces deux domaines conduit en outre à s'interroger sur le choix et la nature des outils juridiques retenus.

2.4.1.2.1. La pollution des sols et des eaux par les engrais

La consommation d'engrais est excessive en France, aussi bien pour les phosphates[614] que pour les nitrates[615]. Contrairement à d'autres pays comme les pays nordiques[616], la France a renoncé à taxer les engrais en amont (taxe au sac perçue auprès des producteurs ou des importateurs) et en aval (taxe sur les excédents d'azote perçue sur les exploitants)[617]. Plusieurs fois envisagé, son principe a été écarté par le président de la République en 2003 et à nouveau par le Parlement lors du vote de la loi du 30 décembre 2006.

Si certains trouvent des justifications à cette situation dans la théorie économique[618], ils passent sous silence la constitutionnalisation par la Charte de l'environnement du principe pollueur-payeur. Et l'argument selon lequel les agriculteurs ne peuvent pas financer la dépollution, car les coûts correspondants ne pourraient pas être répercutés dans les prix, fixés par les marchés mondiaux[619], convainc peu : beaucoup d'industriels, dont les prix sont également fixés sur des marchés mondiaux, sont assujettis aux redevances de dépollution des agences de l'eau. Pour lutter néanmoins contre ces pollutions, ils proposent des soutiens publics transitoires à la dépollution émanant de l'État ou des collectivités territoriales[620], assortis de conditionnalités écologiques comme en comporte la politique agricole commune[621], et un financement par le pollué, c'est-à-dire par le consommateur domestique urbain d'eau potable, en dérogation à la règle pollueur-payeur.

C'est dans cette double voie que se sont engagés les efforts de dépollution initiés par les pouvoirs publics depuis les années 1990. Le pollué urbain paie effectivement l'essentiel du coût de la dépollution à la place de l'agriculteur, même si plusieurs types d'actions ont été mis en place auprès de lui pour tenter de limiter les pollutions diffuses par les nitrates, sachant qu'on a assisté à une amélioration en ce qui concerne les phosphates.

Un comité de liaison a été établi en 1992 entre les trois principaux ministères intéressés, le ministère de l'Environnement, le ministère de la Santé et le ministère de l'Agriculture et plusieurs initiatives en ont découlé.

Un premier PMPOA, longuement négocié, a été adopté par un accord du 8 octobre 1993 pour quatre ans (1994-1998), suspendu en 2000 à la suite d'un audit des inspections générales des finances et de l'agriculture puis prolongé jusqu'en 2001 avec l'aval de la Commission européenne[622]. Axé sur l'investissement et assorti d'aides diverses[623], il mettait l'accent sur l'amélioration des capacités de stockage des exploitations situées en zone vulnérable et l'adoption de bonnes pratiques de fertilisation en vue d'atteindre les objectifs de la directive nitrates de 1991.

Un deuxième PMPOA (2002-2007), prévu par le décret 2001-34 du 10 janvier 2001, a permis de mettre aux normes 42 000 élevages, dont 10 000 en Bretagne, pour un montant de 165 M€. Un plan de modernisation des bâtiments d'élevage (PMBE), accompagné lui aussi d'aides, a permis de financer les investissements nécessaires à la gestion des effluents dans les filières bovine, ovine et caprine. Les crédits publics engagés, 1,2 Md€, ont été apportés par le ministère de l'Agriculture et par les agences de l'eau. Mais l'augmentation concomitante de la taille des élevages, mal contrôlée par l'administration, a limité l'effet de ces plans.

Des programmes spécifiques ont également été lancés pour réduire la pollution par les nitrates (programme d'action nitrates 2001-2003, programme 2004-2006 et programme 2007-2009), qui impliquaient la fixation par exploitation d'objectifs quantifiés d'utilisation de fertilisants azotés et leur contrôle. Un quatrième plan (2009-2012) a été mis en place à l'été 2009, avec des objectifs ambitieux en matière de mise en place de bandes enherbées le long des cours d'eau et de couverture intégrale des sols au cours de la période hivernale. Mais, dans son rapport d'activité 2008 relatif à la police de l'eau, le MEDDAT souligne qu'ils sont inatteignables, un quart des départements envisageant d'y déroger.

Deux plans spécifiques successifs « Bretagne eau pure » (1995-1999 puis 2000-2006[624]) ont également eu pour objet de financer des actions de restauration de la qualité des eaux.

Ces plans nombreux et divers n'ont jusqu'ici pas suffi pour inverser la tendance, ni éviter les poursuites et condamnations par les autorités communautaires (CJCE, 27 juin 2002, aff. C-258/00 qui condamne la France pour n'avoir pas inclus la baie de Seine dans les zones vulnérables où des plans d'action nitrates devaient être mis en application). La CJCE a estimé dans sa décision C-266/99 du 8 mars 2001 que trois des plans ci-dessus (plans « Bretagne eau pure » I et II et premier PMPOA) ne répondaient pas à l'exigence d'un plan global posée par la directive 75/440 du 16 juin 1975 relative à la qualité des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire. D'autres pays européens – l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni, le Luxembourg… – n'ont pas fait mieux. La Commission a en outre, dans une mise en demeure récente, mis en cause l'ensemble des plans nitrates, jugés trop accommodants dans le calcul des modes d'épandage du lisier.

2.4.1.2.2. La pollution des eaux par les pesticides et autres résidus toxiques

La France utilise aussi beaucoup de pesticides[625]. Alors qu'elle l'a écartée pour les engrais, elle a tardivement institué, avec la TGAP, une taxe sur les lessives et sur les pesticides[626].

Parallèlement, un plan phytosanitaire a été lancé en août 2000 et une circulaire du 1er août 2000 adressée aux préfets de région a précisé les actions à mener, à savoir des études ainsi que des formations et conseils à apporter aux agriculteurs[627].

Le Plan national santé environnement (PNSE) adopté en 2004 contient également une action spécifique, l'action no 12, destinée à lutter contre la contamination des sols et des denrées animales ou végétales par les pesticides. Des plans locaux élaborés par les préfets avec l'appui des comités de bassin peuvent compléter ce plan national. C'est ainsi par exemple qu'un plan local spécifique chlordécone[628] a été lancé en Martinique et en Guadeloupe et conforté par le lancement d'un « plan d'action chlordécone 2008-2010 » par le Premier ministre en janvier 2008.

Peu après l'achèvement par l'INRA et le CEMAGREF fin 2005 d'une expertise scientifique collective, un plan interministériel de réduction des risques liés aux pesticides (PIRRP) adopté le 28 juin 2006 et couvrant la période 2006-2009, après avoir constaté une contamination préoccupante et généralisée des eaux superficielles et souterraines par les pesticides, se propose d'agir par le biais de l'autorisation de mise sur le marché des produits[629] et de modifier les pratiques agricoles[630].

La loi du 30 décembre 2006 a ensuite imposé aux distributeurs de pesticides de tenir des registres des ventes, accessibles aux agences de l'eau pour le calcul de la redevance pour pollution diffuse (cf. note 293). La directive instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable, adoptée par le Parlement en deuxième lecture le 13 janvier 2009, va rendre ces plans obligatoires.

Plus récemment, le Grenelle de l'environnement a largement abordé en octobre 2007 la question des engrais et des pesticides et ses travaux ont débouché sur un plan « Écophyto 2018 » de réduction des usages de pesticides, présenté en Conseil des ministres le 10 septembre 2009 et appelé à prendre la suite du PIRRP. Ce plan mentionné à l'article 31 c) de la loi du 3 août 2009 vise à réduire de moitié *si possible* l'usage des pesticides d'ici à 2018 en privilégiant huit axes[631]. S'il traite le volet technique du problème, il n'aborde pas son aspect économique (cf. 2.4.1.4.). Le projet de loi dit Grenelle II (art. 36 à 38) durcit par ailleurs les conditions de délivrance de l'agrément nécessaire pour distribuer et appliquer des produits phytosanitaires et restreint la publicité en direction des particuliers.

Un autre programme, le Programme de développement rural hexagonal (2007-2013), met en œuvre des mesures agro-environnementales visant à préserver la biodiversité dans les zones Natura 2000 et à améliorer la qualité de l'eau conformément aux objectifs de la DCE. L'agriculteur détermine dans un plan végétal pour l'environnement (PVE) les engagements unitaires qu'il souscrit sur une période de cinq ans en vue de réduire l'utilisation des pesticides sur son exploitation et les moyens pour y parvenir. Pour mesurer si l'objectif est atteint, on compare l'indicateur de fréquence de traitement (IFT) réalisé sur l'exploitation à l'IFT de référence, qui est régional et fixé par nature de culture (cf. note 630). Ce système est jugé complexe à mettre en œuvre.

Le deuxième PNSE (2009-2013) récemment adopté élargit le champ des préoccupations au-delà des seuls pesticides : il comporte un volet visant à réduire de 30 % la présence dans l'eau de six substances toxiques (mercure, arsenic, benzène, perchloroéthylène, PCB/dioxine et hydrocarbures aromatiques polycycliques) et à améliorer les connaissances sur les rejets de résidus de médicaments dans l'environnement en vue d'élaborer ensuite un plan national.

2.4.1.2.3. Le choix des outils pertinents pour lutter contre les pollutions diffuses

Au-delà des résultats médiocres obtenus, la plupart des commentateurs attribuent l'échec de la politique de lutte contre les pollutions diffuses d'origine agricole à des raisons essentiellement politiques[632]. La Cour des comptes les attribue également dans son rapport public 2010 (*Les Instruments de la gestion durable de l'eau*) à « *une insuffisante volonté de l'État, aux niveaux communautaire et national, de remettre en cause des pratiques agricoles durablement marquées par l'encouragement au productivisme et le choix d'une agriculture intensive* ».

La situation dérogatoire dont continue à bénéficier l'agriculture oblige à s'interroger subsidiairement sur le bon dosage entre les quatre outils utilisables pour lutter contre ces pollutions en droit de l'environnement : la réglementation, qui inclut les aides[633], les instruments d'incitation économique (taxes, redevances et subventions), les accords contractuels, les démarches volontaires ou actions d'information ou de formation visant à changer les comportements ou les pratiques professionnelles[634]. Les nombreux débats à ce sujet permettent de dégager les conclusions suivantes.

La réglementation conduit trop souvent à vouloir traiter tous les cas particuliers alors que la contractualisation, fondée sur des objectifs, permet de s'adapter aux situations locales et de responsabiliser les agents économiques. La

réglementation dans le domaine agricole est également coûteuse pour l'État dans la mesure où toute contrainte nouvelle ou supplémentaire est supposée, pour les milieux agricoles, devoir obligatoirement s'accompagner de compensations financières ou d'aides publiques : l'utilisation du levier réglementaire n'est en agriculture jamais gratuite.

En sens inverse, les incitations économiques sont peu utilisées pour les raisons, discutables, déjà indiquées alors qu'elles ont fait, au Danemark par exemple[635], la démonstration de leur efficacité. **Le Conseil d'État recommande donc d'étendre la TGAP aux nitrates pour qu'un signal prix rajoute une incitation forte à la baisse des volumes.**

La contractualisation directe à l'initiative des utilisateurs de l'eau, fréquemment utilisée par certaines grandes villes étrangères soucieuses de lutter contre la pollution de leur eau potable par l'agriculture[636], reste très peu employée en France, alors que la politique contractuelle peut s'avérer moins coûteuse que des politiques technologiques ou sectorielles ayant pour effet de faire augmenter le prix de l'eau[637]. Mais l'outil contractuel rend aléatoire l'atteinte des objectifs si un nombre suffisant d'agriculteurs ne s'engage pas : dans un périmètre de protection rapprochée ou éloignée de captage par exemple, il suffit que quelques-uns ne jouent pas le jeu pour rendre vains les efforts de tous ceux qui ont pris des engagements de réduction de la pollution. De ce point de vue, **le Conseil d'État regrette que l'accord collectif n'ait pratiquement jamais été employé alors que l'utilisation des pesticides présente des conséquences néfastes pour la santé des agriculteurs, que la profession agricole est structurée à tous les niveaux territoriaux (chambres d'agriculture ; coopératives agricoles…) et possède une longue pratique de contractualisation collective avec la puissance publique : elle pourrait très bien s'engager sur de tels objectifs à différents niveaux territoriaux et la loi pourrait donner un cadre à cette négociation obligatoire et à l'extension du contrat collectif sur le territoire pertinent**.

Et si l'outil le plus utilisé est finalement la démarche volontaire associant conseil et formation, il n'est, le plus souvent, pas accompagné en amont d'un contrat qui formalise les engagements et en aval des instruments de mesure adéquats permettant de vérifier l'atteinte des objectifs et de sanctionner leur méconnaissance. Son efficacité est donc restée limitée, notamment en raison des contraintes économiques et de rentabilité pesant sur les exploitants, même si des changements de pratiques ou de comportements commencent à être observés de-ci, de-là.

Le maniement combiné des quatre outils disponibles en droit de l'environnement est d'autant plus délicat pour l'administration que les politiques publiques dans lesquelles ils s'inscrivent sont instables et trop complexes ainsi qu'en témoignent la longue liste des programmes ci-dessus mais aussi le changement permanent des types de « contrats » proposés aux agriculteurs : lorsqu'ils se diffusent et deviennent trop coûteux pour l'État, ils sont supprimés à la demande du ministère des Finances et remplacés par d'autres contrats, moins efficaces dans la lutte contre la pollution et moins attractifs. Un bon exemple est donné par les contrats territoriaux d'exploitation[638] : mettant en œuvre les mesures agro-environnementales préconisées par la PAC, ils prévoyaient, entre autres stipulations, de mieux gérer les ressources naturelles, dont l'eau. Ces contrats d'adhésion, instaurés par la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999[639], ayant rencontré un succès considérable, l'examen des demandes nouvelles a été suspendu par

le gouvernement le 6 août 2002 avant que, jugés trop complexes et trop coûteux, ils ne soient supprimés et remplacés par les contrats d'agriculture durable en novembre 2002.

Atteindre des objectifs à long terme en matière d'environnement sous couvert d'engagements contractuels – individuels ou collectifs – requiert pour les agents économiques prévisibilité et stabilité de la règle de droit, ce qui n'est pas le cas en droit agricole et n'est provisoirement plus le cas pour la PAC dont la visibilité est nulle au-delà de 2013.

Les résultats finalement très limités obtenus dans la lutte contre les pollutions diffuses d'origine agricole au cours des dernières années devraient conduire le gouvernement et le Parlement à **mieux combiner ces quatre outils afin d'atteindre les résultats fixés par l'Union européenne à l'échéance 2015/2027 pour la reconquête de la qualité des eaux et à recourir davantage aux instruments d'incitation économique**. L'exonération de la taxe carbone dont devait bénéficier l'agriculture avant l'annulation du dispositif par le Conseil constitutionnel montre cependant combien une telle approche demeure éloignée de la mentalité française, au détriment de l'environnement.

Pour tenter de solder le contentieux communautaire relatif aux neuf bassins-versants bretons où le taux de nitrate est supérieur à la norme admise, l'État a déjà déboursé 80 M€ pour modifier les natures de culture et le système d'exploitation, faire acquérir des terrains, reboiser… Il est également question de faire cesser, aux frais de la collectivité nationale naturellement, toute activité agricole dans certains bassins-versants pour stopper l'invasion des algues vertes sur certaines plages bretonnes. Cet effort financier exceptionnel n'est pas reproductible à l'échelle du pays : une lutte efficace contre les pollutions diffuses d'origine agricole implique le courage de résister en temps utile aux intérêts ou secteurs économiques dont l'activité dégrade l'environnement en recourant principalement aux instruments d'incitation économique et au contrat collectif.

2.4.1.3. Maîtriser les prélèvements d'eau pour l'irrigation : appliquer le droit communautaire

L'ampleur des prélèvements et des consommations d'eau brute par l'agriculture, spécialement en période d'étiage des cours d'eau, est à l'origine du principal problème de gestion quantitative rencontré en France. Les techniques d'irrigation employées y sont peu performantes. Elles privilégient l'arrosage individuel au détriment de l'organisation collective des arrosants. Au lieu de faire appel à une régulation par les prix, les pouvoirs publics ont privilégié la maîtrise par les volumes, avec si peu de résultats qu'il faut s'interroger ici aussi sur le choix et la nature des outils utilisés. De ce point de vue, les mécanismes d'indemnisation du risque sécheresse restent à parfaire.

2.4.1.3.1. Des techniques d'irrigation dispendieuses en eau

Par contraste avec les efforts entrepris dans d'autres pays méditerranéens (Italie, Espagne, Portugal, Grèce) où l'eau est plus rare, l'agriculture française, dont la surface agricole utile irriguée a fortement augmenté ces dernières années sous l'influence de la PAC[640], reste jusqu'à présent peu encline à pratiquer des formes plus économes d'irrigation comme l'irrigation au goutte-à-goutte ou le microjet (entre 5 et 7 % de la SAU), qui permettent au minimum de doubler la

productivité et, en arboriculture ou en horticulture, de diviser la consommation par trois[641]. L'irrigation française fait appel aux techniques les plus dispendieuses en eau et les moins efficaces : pour plus de 90 % de la SAU, il est recouru à l'aspersion, sensible au vent, par des canons enrouleurs (50 % de la SAU), dont l'efficience oscille entre 60 et 75 %[642], ou par des pivots et rampes frontales (40 % de la SAU)[643]. Si des recherches importantes sont poursuivies pour une application éventuelle de techniques plus efficientes aux agricultures du Sud[644], si de nombreuses actions de coopération sont conduites en ce domaine[645] et si quelques réflexions théoriques décrivent les stratégies possibles d'adaptation de la culture irriguée au stress hydrique[646], peu de réalisations notables – hormis celle qui a été menée par la Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne sur l'ensemble de la Neste – sont observables en métropole, malgré des suggestions appuyées en ce sens[647]. Un fabricant de matériel d'irrigation vient de contacter pour la première fois en 2009 le CEMAGREF afin de mieux intégrer les performances environnementales dès la phase amont de conception d'un nouveau matériel ! La nécessité de réduire les prélèvements opérés pour l'irrigation reste mal perçue et mal acceptée, spécialement dans les régions d'irrigation récente où se posent des problèmes récurrents de sécheresse[648]. Car, d'une part, l'irrigation améliore les rendements agricoles (+ 35 q/ha) et sécurise le revenu de l'agriculteur ; d'autre part, la culture du maïs, encouragée par le maintien partiel par le gouvernement du couplage des aides de la PAC et par un calcul des aides par référence aux primes perçues entre 2000 et 2002, est la plus rentable[649]. Il n'est dès lors guère surprenant qu'un rapport récent ait mis en évidence l'échec des aides à la désirrigation[650].

Les autres voies généralement suivies pour économiser l'eau en agriculture – renforcement du régime d'assurance sécheresse (cf. 2.4.1.4.), modification des assolements et des pratiques culturales[651], sélection génétique[652]… – ne sont pas encore réellement mises en application en France malgré l'appréciation portée sur leur degré d'efficacité dans une remarquable expertise scientifique collective réalisée par l'INRA à la demande du ministre de l'Agriculture et de la Pêche[653]. **Le Conseil d'État ne peut que recommander une mobilisation forte de la recherche appliquée et des fabricants pour améliorer les matériels et de l'ensemble de la filière**, y compris et surtout des chambres d'agriculture et des organismes de formation, pour que l'ensemble des pistes ouvertes par l'INRA soit sérieusement exploré puis mis en œuvre.

2.4.1.3.2. Le recul de l'irrigation collective au bénéfice de l'irrigation privée

Dans les régions de vieille tradition d'irrigation comme le Sud-Est, l'accès à l'eau se fait de manière prépondérante – 70 % – sous couvert d'organismes collectifs, notamment des associations syndicales autorisées (ASA) ou des sociétés d'aménagement régional (SAR) dont le régime juridique est rappelé en annexe 15.

Le recours aux régimes de travaux exécutés par l'État (art. L. 151-1 et s. du code rural), concédés par lui (art. L. 151-30 et s. du même code) ou exécutés par les personnes morales autres que l'État (art. L. 151-36 et s. du même code) permet d'organiser les irrigants en associations syndicales chargées de l'entretien et de l'exploitation des ouvrages sous le contrôle de l'État ou d'interposer un concessionnaire ou une collectivité territoriale qui assume ces mêmes tâches à l'égard des irrigants[654]. Les organismes collectifs ou les concessionnaires présentent

pour l'État une double garantie : avoir face à lui une organisation structurée et un répartiteur qui fait l'interface avec les irrigants individuels et peut à la fois connaître les quantités prélevées[655] et les contrôler[656] ; créer la ressource en eau avant d'équiper les exploitations individuelles alors que l'inverse se produit lorsque l'initiative est privée.

Dans les régions d'irrigation récente où se posent les problèmes quantitatifs les plus graves, c'est la physionomie inverse qui prédomine : l'irrigation est de manière prépondérante le fait de prises d'eau dans les cours d'eau ou de forages individuels dans les nappes souterraines qui sont effectués avant que la ressource ne soit créée collectivement. En 2000, les surfaces irriguées se répartissaient ainsi : 56 % d'irrigation individuelle et 44 % d'irrigation collective se décomposant en 23 % par l'intermédiaire des ASA, 13 % des syndicats intercommunaux ou interdépartementaux, des coopératives et des associations syndicales libres et 8 % des sociétés d'aménagement régional.

Si l'intervention de l'État, des collectivités territoriales et des agences de l'eau a permis de tripler la superficie irriguée, l'essentiel de cette croissance s'est opéré dans les régions d'irrigation récente en dehors des organisations collectives et les ASA se sont retrouvées marginalisées[657] ; de même, les compagnies d'aménagement régional, chargées des grands travaux d'hydraulique dans les années 1960, ont vu leur rôle relatif s'éroder. L'État, qui ne s'y intéressait plus – que ce soit au plan juridique ou budgétaire (il a fortement diminué ses subventions à l'hydraulique agricole) – a d'ailleurs fini par décentraliser cette compétence au profit des régions (cf. note 159). Cet affaiblissement récent de la gestion collective de l'eau et de la propriété publique des infrastructures fait que les décisions individuelles d'équipement en matériel d'irrigation précèdent la création de la ressource collective tandis que l'assouplissement du régime de déclaration-autorisation par la loi du 30 décembre 2006 (cf. 2.5.3.2.1.) a encouragé le développement de solutions individuelles largement incontrôlées : leur contrôle effectif en vertu du décret du 2 juillet 2008 et de l'arrêté du 17 décembre 2008 à la suite de leur déclaration en mairie n'est pas assuré dans des conditions satisfaisantes.

Conséquence pratique : en cas de sécheresse, alors qu'il faudrait limiter les prélèvements dans les cours d'eau et les nappes, les irrigants accroissent les surfaces irriguées (cf. note 10) et les agriculteurs font tourner à plein régime et sans aucun contrôle leurs équipements privés[658], accroissant les difficultés collectives. Les arrêtés sécheresse des préfets, qui limitent les prélèvements sur un rythme hebdomadaire, sont facilement contournés grâce à la technique : il suffit d'installer des pompes plus puissantes qui récupèrent rapidement le « moins prélevé » durant les jours d'interdiction.

Les recommandations du Conseil d'État pour sortir de cette situation en découlent :
• **privilégier partout la gestion collective et la conforter**, par exemple en interdisant les forages individuels lorsqu'un réseau collectif dessert une zone ou en subordonnant autorisation et aide à la participation à une gestion collective ;
• **conforter les ASA et leur financement** en mettant un terme au désengagement budgétaire entamé depuis 1990 et qui pose d'ores et déjà le problème de l'entretien insuffisant des réseaux et équipements d'irrigation, sans évoquer celui, plus inquiétant, des digues et d'ouvrages de protection contre les inondations ;
• **redonner du poids aux compagnies ou sociétés d'aménagement régional**.

2.4.1.3.3. Une préférence marquée pour la gestion en volume des prélèvements

Des accords collectifs de gestion entre irrigants ont, dans certaines régions exposées à la sécheresse (Beauce[659], Drôme, Charente[660], canal de la Neste), mis en place une gestion concertée des volumes d'eau brute prélevables pour l'irrigation. Les droits de propriété attachés à certaines utilisations de la ressource (cf. 1.2.3.2.3.) sont néanmoins considérés comme un facteur d'insécurité et de fragilité pour de tels accords.

L'exemple de la Beauce, bassin céréalier le plus productif du monde où 200 000 ha sont irrigués mais situé au-dessus d'une nappe classée en zone de répartition des eaux (ZRE), illustre la pertinence mais aussi la fragilité potentielle de tels accords. Devant la difficulté de gérer l'eau et donc la production céréalière sous la menace imprévisible d'arrêtés sécheresse pris durant l'été par les six préfets de département compétents, une coordination interdépartementale des arrêtés d'interdiction a été mise en place et un protocole a été conclu en 1999 entre les services de l'État, les agences de l'eau et la profession agricole en vue d'instaurer une gestion quantitative négociée de l'eau. Ce système, adopté pour trois ans et reconduit en 2002, a été jugé fragile, car, en dehors du règlement du SAGE – non encore finalisé –, le préfet ne dispose pas d'un outil juridique permettant de répartir l'eau entre les usagers : l'article 9 du décret n° 92-1041 du 24 septembre 1992 n'autorise que des mesures générales ou particulières mais pas une allocation individuelle par l'administration des droits de prélèvement. Cette gestion négociée de la répartition des eaux a tenu grâce à la force de l'organisation professionnelle : aucun des 3 300 irrigants concernés n'a jamais contesté le dispositif devant le juge judiciaire.

L'article 21 de la loi du 30 décembre 2006, en s'inspirant des pratiques ci-dessus[661], a cherché à donner une assise plus solide à ce type d'accord et à promouvoir une nouvelle forme, plus légère, de gestion quantitative concertée dans les ZRE. Il prévoit la mise en place d'ici à 2011 d'organismes uniques de gestion de l'eau d'irrigation (OUI), qui suscitent de grands espoirs. Les OUI seront désignés par le préfet et chargés dans ce périmètre de lui proposer la répartition entre les irrigants du volume d'eau qui leur sera alloué collectivement pendant et hors période d'étiage selon la norme fixée par le règlement du SAGE ou par l'agence de bassin et la DIREN en l'absence de SAGE. Les prélèvements devraient ensuite être mis en adéquation avec les capacités du milieu, en 2014 au plus tard.

Une des questions les plus débattues dans les milieux agricoles consiste à savoir qui sera localement l'OUI (la chambre d'agriculture, une association syndicale autorisée de propriétaires pourvu qu'elle soit puissante[662], une association d'irrigants, l'EPTB ou une société d'aménagement régional, un syndicat mixte de rivière…), sachant que 54 candidatures se sont spontanément manifestées en 2008 et qu'environ 300 autres candidatures étaient attendues en 2009 : l'article 55 du projet de loi dit Grenelle II modifie le code rural pour permettre aux chambres d'agriculture de se porter candidates à cette nouvelle fonction pour le compte de l'ensemble des irrigants. Ce débat purement corporatiste occulte la question essentielle, celle de savoir si cet outil sera efficace. Plusieurs doutes sont émis à cet égard.

La loi du 30 décembre 2006 n'ayant pas prévu de dispositif de souplesse analogue à celui qui a été mis en place en Beauce pour tenir compte du fait que la pluviométrie varie d'une année sur l'autre et que la gestion d'une nappe s'inscrit nécessairement dans la gestion à moyen terme du grand cycle de l'eau (cf. 2.1.10.), elle est fortement critiquée par les professionnels qui y voient une rigidité d'autant plus inutile que le volume prélevable sera fixé pour plusieurs années, soit entre deux et quinze ans (le volume autorisé doit permettre de respecter le débit objectif d'étiage huit années sur dix, les deux autres années étant gérées selon le dispositif spécifique des arrêtés sécheresse). La fixation d'un volume fixe prélevable par année fait également fi des méthodes plus sophistiquées déjà appliquées pour certaines nappes souterraines (Neste, Beauce) qui consistent à intégrer une approche dynamique du risque de défaillance. Selon ses détracteurs, la loi de 2006 introduit en outre dans un jeu d'acteurs déjà extrêmement complexe – qui fait intervenir le préfet, les divers services spécialisés de l'État, les agences de l'eau, les chambres d'agriculture et les syndicats d'irrigants, les associations de pêcheurs ou de défense de l'environnement et parfois aussi les collectivités territoriales – un nouvel acteur, l'OUI, qui va s'interposer entre les irrigants et le préfet et, par rapport à la situation actuelle, générer des coûts de gestion importants pour une valeur ajoutée faible ou nulle pour les irrigants. Les coûts de gestion – connaissance scientifique de la nappe[663], mise en place des capteurs permettant une gestion dynamique, consolidation des données, suivi et contrôle des consommations, facturation des coûts et recouvrement éventuel des factures… – seront en revanche d'autant moins négligeables pour eux qu'on ne sait toujours pas comment seront financés les OUI. Le décret n° 2007-1381 du 24 septembre 2007 (art. R. 211-111 et s. du code de l'environnement) ayant éludé la question à la demande des organisations professionnelles agricoles, les professionnels font de cet aspect de la loi une lecture réductrice mais simple : l'État, dont les moyens budgétaires et humains sont en diminution constante, se désengage une nouvelle fois et, pour se simplifier la tâche, reporte sur les usagers la responsabilité et la charge financière des arbitrages qu'il devrait en principe assumer directement au titre de la police de l'eau[664].

Il est également souligné qu'aucune articulation n'est prévue entre l'OUI, dont la nature juridique n'a pas été définie – mais elle doit demeurer ouverte pour pouvoir désigner des titulaires dont le statut juridique sera très divers – et les maîtres d'ouvrage, de plus en plus nombreux, qui réalisent et gèrent des dispositifs de stockage de l'eau ou des réserves de substitution dont le principal objectif est de relâcher la contrainte sur l'irrigation en période d'étiage.

Un rapport établi en juin 2007 par le Conseil général de l'agriculture, de l'alimentation et des espaces ruraux et par l'inspection générale de l'environnement insiste d'ailleurs sur cette piste pour revenir à l'équilibre dans les bassins-versants où la situation est dégradée[665]. Il approuve en effet les mesures de soutien financier par l'État, les collectivités territoriales et les agences de l'eau aux retenues collinaires de substitution[666], qui sont souvent exigées par les agriculteurs pour entrer dans des systèmes de gestion concertée de l'eau en volume, mais suggère de durcir les modalités de validation de la compatibilité environnementale de ces ouvrages de stockage[667] et de maintenir un financement par les irrigants à hauteur de 30 % au moins.

Plus radicalement encore, certains critiquent le fait que l'OUI ne soit chargé que d'arbitrer les conflits d'usage au sein de la population des irrigants agricoles.

Sont en effet exclus du champ de l'OUI d'autres prélèvements pour l'irrigation tels ceux effectués pour l'arrosage des jardins, des équipements sportifs, des golfs… qui pèsent également lourd dans les prélèvements en période d'étiage. Qu'en sera-t-il en outre des arbitrages entre l'irrigation agricole et les autres usages de l'eau brute, industriels notamment ? Les détracteurs de l'OUI estiment impossible de répartir de manière rationnelle les droits d'usage d'une partie de la ressource sans prendre en considération les contraintes relatives aux autres usages, y compris domestiques, et surtout les besoins des milieux aquatiques.

Les autorités politiques et administratives ont toujours reculé devant toute augmentation importante des redevances de prélèvement d'eau brute agricole : le rapport public 2010 de la Cour des comptes vient encore de souligner que **le Parlement avait fixé à un niveau trop bas le plafond de cette redevance. Ces autorités privilégient donc la gestion quantitative concertée en volume, de nature corporative, sans d'ailleurs que ses conditions techniques de succès soient garanties**[668]**. Cette gestion quantitative reste donc balbutiante**[669] **et ses résultats encore peu convaincants : le recours aux arrêtés sécheresse, c'est-à-dire à un dispositif conjoncturel de crise placé sous l'autorité du préfet de département, est souvent utilisé pour régler dans de mauvaises conditions un problème structurel, celui de l'inadéquation entre ressource disponible et prélèvements, qui relève normalement des arbitrages entre usagers locaux dans le cadre des démarches de planification autour de l'élaboration des SDAGE et des SAGE.** Le choix de privilégier la gestion en volume confirmerait en définitive la préférence pour un État faible face aux divers intérêts agricoles en présence et les réserves françaises à l'égard des techniques d'incitation économique auxquelles ont recouru des États particulièrement exposés au stress hydrique. Ce qui oblige, une nouvelle fois, à s'interroger sur les outils les plus pertinents pour parvenir à l'objectif recherché.

2.4.1.3.4. Le choix des outils pertinents pour maîtriser les prélèvements pour l'irrigation

Comme le relève le Conseil économique, social et environnemental[670], le sentiment de « confort hydrique » qui prévaut dans l'Hexagone et le bas niveau de la redevance pour l'eau brute prélevée par les captages agricoles (entre 0,2 c€ et 0,3 c€ le m^3 selon les bassins) n'ont pas encore permis de s'attaquer à la réduction des prélèvements agricoles pour l'irrigation, ce qui serait pourtant nécessaire dans des régions comme le Sud-Ouest qui connaissent des difficultés croissantes d'approvisionnement[671].

Cette observation juste pointe un défi essentiel et nouveau pour les pouvoirs publics et pour les élus locaux : quel instrument ou levier utiliser et quelle pédagogie publique promouvoir pour entrer dans une logique de rareté de l'eau en tenant compte d'une culture ancestrale qui voit dans la gratuité de l'eau un don de Dieu ou de la nature et d'un droit qui, s'il considère l'eau comme une *res communis*, privilégie néanmoins le propriétaire riverain des cours d'eau et le propriétaire du sol en ce qui concerne les eaux souterraines (cf. 1.2.3.2.3.) ?

Sans revenir sur la typologie des outils mobilisables (cf. 2.3.4.), les outils de marché ou d'incitation économique ne sont guère employés. En économie de marché, pourtant, pour donner une valeur à la rareté, le premier réflexe consiste à réguler par le prix même si ce levier, qu'il serait souhaitable d'activer sans

trop tarder au regard des contraintes communautaires[672], n'apporte pas toujours la réponse la plus appropriée. **Devant le constat unanime du niveau insuffisant de la redevance en eau pour prélèvement d'eau brute, le Conseil d'État recommande au législateur de rehausser le plancher et le plafond de cette redevance.** D'autres pays ont surmonté les réticences à l'utilisation de ces instruments.

Plusieurs ont institué des marchés de droits (le Chili en 1981 avec le soutien de la Banque mondiale, la Californie[673], puis l'Australie[674]). Selon les théoriciens, un marché de droits permet, en intégrant le coût de renouvellement de la ressource, d'allouer les quotas d'eau aux cultures présentant la plus forte valeur ajoutée (horticulture, vignes et vergers au détriment de l'élevage) et surtout, en surmontant les problèmes d'asymétrie d'information entre gestionnaire et préleveurs, d'assurer une utilisation complète et efficace de la ressource prélevable en garantissant le respect du volume maximal de prélèvement fixé par les pouvoirs publics. De ce dernier point de vue, **les marchés de droits présenteraient pour l'État l'intérêt de pouvoir piloter finement, le jour venu, une baisse programmée de la consommation en volume, de faire face plus aisément qu'aujourd'hui à une crise aiguë et accessoirement de réorienter l'usage de l'eau au détriment de l'élevage qui contribue par ailleurs à la pollution de l'eau par les épandages**. Si la direction de la prévision du ministère de l'Économie et des Finances a préconisé dès 1997 d'y recourir[675], cette préconisation est restée sans suite. Et rares sont les études officielles à leur être consacrées[676]. Les détracteurs de ces systèmes font valoir de leur côté les difficultés d'allocation équitable de ces quotas – ce qui serait particulièrement ardu s'il fallait prendre en considération les droits antérieurs de propriété ou d'usage des riverains – et leur faible acceptabilité politique et culturelle par les agriculteurs qui repoussent unanimement toute idée de « marchandisation » de l'eau et de donner un prix de marché à cette ressource. Cela n'empêche pas de capitaliser les connaissances disponibles et d'approfondir les recherches sur le sujet : le rapport du CGAAER et de l'IGE de juin 2007, qui dresse un état des lieux très complet, note à juste titre que le maniement de l'instrument « prix de l'eau » est loin d'être maîtrisé en France malgré les études conduites par le CEMAGREF.

Si l'État se satisfait aujourd'hui d'outils réglementaires peu efficaces et d'une absence de recours aux mécanismes de marché pour arbitrer les conflits relatifs à l'usage de l'eau brute mais ne veut pas risquer de se retrouver démuni et incapable d'affronter demain une crise grave, il doit investir sérieusement dans la connaissance de tous ces mécanismes de marché et de l'élasticité des différentes productions agricoles au prix de l'eau. **Pour le Conseil d'État, ces travaux pourraient être confiés au Conseil économique du développement durable.**

L'État devrait aussi sensibiliser, par une communication de long terme adaptée, les leaders d'opinion des milieux agricoles à l'intérêt de ces outils et préparer les esprits à leur introduction dans les régions en situation de pénurie structurelle.

2.4.1.4. Renforcer l'assurabilité du revenu agricole contre les aléas climatiques

Les agriculteurs se sont comportés en acteurs économiques rationnels au regard de la PAC : pour sécuriser et accroître leur revenu, ils ont augmenté leur production en utilisant engrais et pesticides au-delà des volumes strictement nécessaires et développé l'irrigation, plus rémunératrice que la culture sèche, un consensus politique s'étant établi pour ne pas leur faire supporter le coût environnemental de cette logique productiviste, exclusivement économique.

Pour contribuer à sortir de cette impasse préjudiciable pour l'environnement, le Conseil d'État recommande deux orientations qui touchent à l'évolution du modèle économique de l'agriculture.

En premier lieu, il convient de rompre au plus vite avec le couplage partiel des aides, maintenu en 2006 (cf. 2.4.1.3.1.), pour mettre fin à un système qui en privilégiant l'incitation économique dégrade gravement l'environnement et transfère à la collectivité la charge de la remédiation. La **réforme de la PAC**, rendez-vous majeur, constitue une chance à ne pas manquer : la France devrait **promouvoir à cette occasion un nouveau modèle d'agriculture durable qui concilie mieux objectifs économiques et objectifs environnementaux**, en particulier en prévoyant la rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture.

En second lieu, l'État doit se préoccuper davantage des questions d'assurabilité de la perte du revenu agricole, qui sont au cœur du problème économique de l'agriculture. L'atténuation des dommages environnementaux passe sans aucun doute par un progrès important dans ce domaine : il est pervers pour la santé publique et pour l'environnement de ne laisser aux agriculteurs d'autres choix pour maximiser un revenu soumis à un aléa naturel élevé que d'abuser des engrais et des pesticides ainsi que des prélèvements d'eau brute.

L'évolution récente du régime d'indemnisation du risque sécheresse apporte de ce point de vue un élément de réconfort.

La baisse du revenu agricole est en effet souvent nette en cas de sécheresse, principalement chez les éleveurs[677] : estimée à 9 % en 1976, elle a entraîné le déblocage d'une aide de 6 MdsF par l'État.

En 2003, alors que cette baisse de revenu a été estimée à 22 %, l'augmentation des prix de vente a largement amorti le choc : l'indemnisation par le Fonds national de garantie des calamités agricoles (FNGCA) a été limitée à 364 M€, auxquels se sont ajoutés 39,6 M€ versés par l'OFIVAL au titre des aides à l'achat de fourrage et 553 M€ de prêts à taux réduit (1,5 %).

Les aides des pouvoirs publics pour compenser les dommages agricoles dus à la sécheresse revêtent donc plusieurs formes[678] : subventions au FNGCA[679], prise en charge des bonifications des prêts accordés par les banques en cas de calamités agricoles, avances de trésorerie et aides exceptionnelles, aménagements de dettes, financement de plans de redressement pour les agriculteurs en difficulté…

Créé par la loi du 10 juillet 1964, le régime d'indemnisation des calamités agricoles a été récemment modernisé dans ses différents aspects (procédure de mise en œuvre de la garantie, adaptation à la montagne et aux DOM…) par la loi

d'orientation agricole du 22 décembre 2005[680]. Celle-ci ayant prévu la généralisation de l'assurance récolte, l'État promeut, depuis l'intervention de son décret d'application (décret nº 2006-370 du 27 mars 2006), des contrats multirisques et multicultures comme alternative au FNGCA.

L'assurance récolte privée couvre en effet de longue date les risques grêle pour les fruits, légumes et céréales mais ne couvre que depuis 2000 les risques vent et gel pour les vergers. Depuis 2005, elle offre des contrats multirisques (pluie, inondation, grêle, tempête et sécheresse) pour la grande culture et des contrats multicultures mais les fourrages sont cependant encore exclus de cette assurance. Environ 60 000 contrats sont signés chaque année et leur diffusion rapide[681] devrait favoriser l'adoption de mesures de prévention contre les risques sécheresse ou inondation et d'anticipation des calamités.

Dans ces conditions, l'assurance privée supporte en moyenne la moitié des charges d'indemnisation liées aux calamités agricoles. Le risque sécheresse demeure néanmoins considéré comme un risque systémique : de probabilité faible, il affecte un nombre élevé d'assurés quand il se matérialise et pose, comme pour les catastrophes naturelles, un problème de réassurance impliquant au premier chef l'État[682]. Plusieurs techniques sont utilisables par lui pour optimiser la complémentarité entre assurance privée et garantie publique.

Aux États-Unis, l'État fédéral consacre des crédits importants au risque sécheresse dans un rôle de réassureur, mais le développement de l'assurance privée n'a pas entraîné la suppression des paiements *ad hoc* versés aux agriculteurs en cas de phénomène météorologique extrême. En Espagne, pour ne pas désinciter les agriculteurs à souscrire une assurance privée, l'État exclut tout secours *ad hoc* aux agriculteurs qui n'auraient pas souscrit à la tranche privée du risque assurable. **Le Conseil d'État recommande de s'inspirer de ces deux exemples pour renforcer la complémentarité entre assurance privée du risque normal et couverture publique du risque catastrophique et inciter à la souscription de la tranche privée du risque.**

Le projet de loi de modernisation agricole examiné début 2010 par le Conseil d'État prend en compte l'aggravation des aléas climatiques pour les exploitants agricoles et prévoit de transformer le FNGCA en un Fonds national de gestion des risques en agriculture (FNGRA), doté de deux sections : une section dédiée à la gestion des calamités agricoles climatiques et au développement de l'assurance récolte et une section nouvelle consacrée à l'indemnisation du risque sanitaire, phytosanitaire ou environnemental. La première favorisera la souscription en portant le niveau maximal de la prise en charge de l'assurance récolte – contribution de l'UE comprise – à 65 % et en sortant les secteurs devenus assurables du champ de l'indemnisation du régime des calamités agricoles.

La fréquence plus grande du risque catastrophique en cas de poursuite du réchauffement climatique fait toutefois craindre une mise en jeu plus importante de la garantie de l'État, sans que celle-ci puisse être évaluée avec une grande précision, et une défaillance du régime et, par ricochet, de la couverture du risque incendie de forêt. Prudent, le projet de loi de modernisation agricole se borne à prévoir le dépôt au Parlement d'un rapport précisant les potentialités de réassurance existantes sur le marché et dans quelle mesure une réassurance publique sera éventuellement nécessaire pour développer les assurances agricoles, en premier lieu l'assurance fourrage.

Tout est en effet question de définition – météorologique, juridique… – de la sécheresse. On connaissait la notion de sécheresse extrême ; la directive-cadre sur l'eau de 2000 se réfère aux notions de sécheresse et de sécheresse prolongée. Des travaux récents, dont il faudra un jour tirer les conséquences juridiques, invitent à distinguer plusieurs types de sécheresse[683].

Pour Météo France, qui utilise une définition atmosphérique de la sécheresse, la sécheresse se définit comme un nombre donné de jours consécutifs sans pluie. Dans un travail récent appréhendant pour le compte de la Banque mondiale les conséquences économiques de la sécheresse, l'université de Columbia a retenu comme définition atmosphérique trois mois de pluviométrie inférieure à 50 % de la normale. Avec cette définition, le sud de la France se retrouve tout entier classé dans les zones du globe à risques de dommages élevés. Pour les agriculteurs et pour l'État, le risque change complètement d'échelle selon la définition retenue de la sécheresse.

Le Conseil d'État recommande donc que l'incidence de toutes ces définitions soit correctement évaluée afin de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour assurer la pérennité de cette assurance et d'en tenir compte dans la réforme en cours du FNGCA. **L'indispensable renforcement de ce régime d'assurance récolte devra être immédiatement suivi de l'application par l'État des mesures beaucoup plus fermes, suggérées ci-dessus, contre les pollutions diffuses d'origine agricole et contre les prélèvements excessifs d'eau agricole.**

2.4.2. Eau et ville

Trois problèmes principaux affectent les rapports entre la ville et l'eau : l'inadéquation des réseaux d'assainissement collectif et la lutte contre les inondations du double point de vue de leur prévention et de leur réparation.

2.4.2.1. Mettre à niveau l'assainissement collectif et appliquer le droit communautaire

En matière d'assainissement, la moitié seulement des réseaux sont séparatifs et cette proportion progresse trop lentement. Il en résulte pour les réseaux unitaires une surcharge des stations en aval, notamment en cas de fortes pluies, avec le rejet soudain dans la nature de matières non traitées[684] et un alourdissement du coût de l'épuration et du traitement. La mise à niveau de l'assainissement collectif dans les villes est donc difficilement dissociable de la réponse qui sera apportée au problème posé par le volume croissant et de plus en plus aléatoire des ruissellements d'eaux pluviales (cf. 2.1.8.) : leur traitement séparé et approprié avant leur retour dans le milieu naturel allégerait le coût des infrastructures d'assainissement et de l'épuration.

Si 81 % seulement de la population est raccordée à l'assainissement, ce pourcentage, le plus faible en Europe, est néanmoins considéré comme satisfaisant par les experts, car la France est un des pays européens où la densité de la population est la plus faible. En volume, la situation est meilleure : 90 % des eaux usées sont collectées et traitées dans une station d'épuration. Quatre problèmes majeurs subsistent néanmoins en matière d'assainissement collectif.

Sanctionner les absences ou les retards de zonage

À l'occasion de leurs différents contrôles[685], la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes ont relevé que les zonages respectifs de l'assainissement collectif et non collectif n'étaient pas toujours déterminés alors qu'ils présentent des liens étroits avec les règles d'urbanisme et que les schémas directeurs de l'assainissement étaient souvent tardivement élaborés (cf. 1.2.3.2.2.). **La loi n'ayant prévu ni délai ni sanction pour les collectivités ne satisfaisant pas à ces obligations, le Conseil d'État recommande que le législateur répare cet oubli.**

Imposer des installations de nature séparative dans les constructions neuves

Pour permettre d'accélérer demain le rythme d'équipement des collectivités territoriales en réseaux séparatifs, il convient de **prévoir dès à présent que les constructions neuves devront comporter des réseaux distincts permettant de séparer les rejets d'eaux pluviales et d'eaux usées en sortie de parcelle**. De cette manière, lorsqu'une collectivité décidera de passer en réseau séparatif, elle minimisera les frais de reprise des équipements antérieurs. **Le Conseil d'État recommande dans le même ordre d'idées que les PLU précisent les zones où des installations séparatives sont obligatoires.**

Mettre correctement en œuvre la directive eaux résiduaires urbaines de 1991

Un retard initial de six ans a été pris dans la mise en œuvre de la directive de 1991 sur les eaux résiduaires urbaines puisque l'arrêté la permettant n'est intervenu que fin décembre 1997. La France a en outre appliqué de manière restrictive la définition des zones sensibles donnée par cette directive. Elle n'est toutefois pas isolée dans cette situation puisque la Commission estimait en 2005 que 51 % seulement des stations d'épuration de l'Union étaient aux normes avant l'élargissement de 2004[686]. Les chiffres fournis par la Commission dans son rapport de mise en œuvre de 2004 contribuent à expliquer les difficultés rencontrées : les investissements impliqués par la directive se montent à 152 Mds€ sur la période 1990-2010 ! Devant une telle mobilisation technique et financière, qui vient en outre en concurrence avec de nombreux autres objectifs communautaires et nationaux et suppose un gigantesque bond en avant, on s'explique mieux qu'à de rares exceptions près presque tous les États membres aient connu des retards.

La France a fait l'objet, par un arrêt du 23 septembre 2004 (C-280/02), d'une première condamnation par la CJCE dans la mesure où d'une part plusieurs zones (bassin-versant de la baie de Seine et certaines zones des bassins Bretagne-Pays de la Loire, Artois-Picardie et Rhône-Méditerranée) n'avaient pas été désignées comme zones sensibles et par conséquent n'appliquaient pas aux stations d'épuration de 156 agglomérations les traitements adaptés, d'autre part 121 agglomérations situées en zones sensibles désignées ne disposaient toujours pas de traitements appropriés[687] puis d'une deuxième condamnation en 2005 pour ne pas avoir transmis les informations recueillies par les autorités gestionnaires de l'assainissement. La Commission a par ailleurs engagé d'autres procédures d'infraction au sujet des zones dites normales et des échéances des 31 décembre 2000 et 31 décembre 2005. Pour l'ensemble du contentieux eaux résiduaires urbaines, fin 2006, 522 grandes installations n'étaient toujours pas conformes aux normes communautaires, dont 146 très importantes. Le 4 octobre 2007,

le gouvernement a adopté un plan de mise en conformité des stations non conformes[688] : l'investissement de 7 Mds€ devait être partagé entre les agences de l'eau (2,3 Mds), la Caisse des dépôts (2 Mds) et les collectivités territoriales pour le solde. Les délais de réalisation des études (enquêtes et obtention des autorisations) – jusqu'en 2011 – apparaissant trop longs, la Commission a adressé à la France un avis motivé le 31 janvier 2008 portant sur le délai d'exécution de l'arrêt C-280/02. La mise aux normes de ces stations est, selon les conclusions du Grenelle de l'environnement, prévue à l'horizon 2011, objectif réaffirmé par l'article 27 alinéa 5 de la loi du 3 août 2009, grâce à une enveloppe de prêts d'un montant de 1,5 Md€ (1,2 Md€ en métropole et 300 M€ outre-mer) ouverte par la Caisse des dépôts au profit des collectivités concernées. Et, le 20 novembre 2009, la Commission a décidé de renvoyer la France devant la CJCE pour absence de mise en conformité avec la directive, avant le 31 décembre 2000, du traitement des eaux résiduaires par soixante-quatre grandes villes et agglomérations (Lyon, Bordeaux, Avignon, Arles…).

Dans ce domaine, l'action de l'État central a été bornée par les réticences des collectivités territoriales, maîtresses d'ouvrage non associées à la prise de décision communautaire, à investir dans leurs réseaux pour les mettre aux nouvelles normes de l'Union et par la complexité d'une organisation qui a laissé subsister face à lui des dizaines de milliers de décideurs indépendants là où d'autres pays avaient réduit ce nombre en temps utile. Elle s'est également heurtée à l'insuffisance des moyens d'incitation et de contrôle, à la dispersion des polices de l'eau et à la faiblesse du droit pénal de l'environnement.

Renforcer les incitations : moduler davantage les redevances pollution et les aides des agences

Tous les effluents n'arrivent pas aux stations d'épuration[689] et, lorsqu'ils y arrivent, le traitement n'assure pas l'élimination de toutes les substances nocives. En 1996, par exemple, le rendement moyen des stations des agglomérations de plus de 10 000 habitants atteignait seulement 73 % pour les matières oxydables et 40 % pour l'azote et le phosphore[690]. Si des progrès ont été accomplis depuis lors et si de nouvelles technologies commencent à apporter des réponses adaptées, le rendement moyen des stations, qui ne peut pas atteindre 100 % sauf à mettre en œuvre des technologies d'un coût exorbitant, demeure trop faible.

Pour encourager les collectivités territoriales à améliorer leurs réseaux et leurs stations d'épuration, les agences de l'eau perçoivent des redevances pour pollution, acquittées pour trois quarts de leur montant par ces collectivités (1 038 M€ en 2008). Le taux de ces redevances varie en fonction de l'état des masses d'eau, des risques d'infiltration dans les masses d'eau souterraines, des prescriptions imposées par les polices de l'eau et des installations classées ainsi que des objectifs du SDAGE. Malgré l'existence de ces incitations qui contribuent à la mise à niveau voulue par la directive ERU, il reste moins coûteux pour une collectivité dépourvue de station ou ayant de gros investissements à réaliser pour la mettre aux normes de payer la redevance au taux plein (0,5 €/m^3) que d'investir dans une infrastructure dont les seuls coûts de fonctionnement, hors amortissements, sont plus de deux fois supérieurs à la redevance (1,3 c€/m^3 environ).

En application de la loi du 30 décembre 2006, les agences ont engagé une réforme de leurs aides au fonctionnement des stations d'épuration dans le but de pallier l'absence d'effet incitatif de la redevance pour pollution domestique.

L'ancienne prime pour épuration est progressivement remplacée par une aide à la performance épuratoire, dont le montant est lié à la pollution évitée et, si l'agence de l'eau le décide, au respect des prescriptions de la police de l'eau. L'enveloppe financière réservée pour l'ancienne prime diminuera sur la durée du 9e programme d'intervention de 280 M€ à 120 M€ par an tandis que les aides à la performance épuratoire progresseront de 35 M€ à 175 M€.

Dans le cadre du plan d'action pour la mise en conformité avec la directive ERU et de leur 9e programme d'intervention, les agences de l'eau ont en outre conditionné l'attribution de leurs aides à taux plein au respect d'un calendrier de travaux préalablement négocié et prévu la suppression du versement des primes pour épuration aux collectivités qui ne respecteraient pas leurs engagements. Ce travail, mené de concert avec les services de la police de l'eau, a immédiatement porté ses fruits : le rythme des travaux s'est très nettement accéléré (jusqu'à + 50 % d'engagements sur la période 2007-2009 par rapport aux prévisions de 2006), et l'ensemble des travaux de mise en conformité a fait l'objet d'un contrat fin 2009.

Les mécanismes d'incitation n'avaient en définitive pas été suffisamment utilisés avant le 9e programme d'intervention : deux agences de l'eau seulement (Loire-Bretagne et Rhône-Méditerranée-Corse) avaient instauré avant ce programme des mécanismes de dégressivité ou de conditionnalité des aides liant leur octroi au respect de la directive ERU tandis que l'agence Seine-Normandie avait introduit un dispositif d'incitation dont l'impact a été faible en raison du plafonnement jugé assez bas de l'aide.

La mobilisation lancée depuis 2006 pour la mise en conformité avec la directive ERU prouve en revanche que la dégressivité des aides et la conditionnalité de la prime pour performance épuratoire produisent des effets rapides et bien réels.

Le Conseil d'État suggère donc, pour que les collectivités territoriales achèvent de se mettre aux normes de la directive ERU et s'impliquent dans le retour au bon état des eaux à l'horizon 2015, que toutes les agences renforcent de manière convergente l'effet incitatif de la dégressivité des aides et de la progressivité des redevances en fonction des objectifs de bon état des eaux et élargissent la conditionnalité des primes pour performance épuratoire.

2.4.2.2. Mieux appliquer la législation sur la prévention des inondations

La législation française a toujours traité séparément la gestion de l'eau et la prévention des inondations, rattachée aux textes relatifs aux risques naturels. Dans ces derniers, elle distingue les mesures de prévention, en amont des catastrophes, qui ont pour objet de délimiter les zones exposées aux risques et de prévoir les interdictions ou prescriptions qui s'imposent aux collectivités publiques et aux personnes privées et les mesures de sauvegarde, qui visent l'organisation opérationnelle des secours après une catastrophe[691]. Les mesures de prévention des inondations font appel à quatre instruments principaux : une cartographie des risques ; des outils juridiques permettant aux collectivités publiques d'interdire ou de limiter la construction et l'implantation de populations vulnérables en zone inondable[692] ; des prescriptions de caractère obligatoire et des guides de bonnes pratiques, ces derniers étant sans doute appelés à se transformer

demain en normes de construction, pour limiter les conséquences de certains risques comme le risque de sécheresse ou d'inondation ; un régime d'assurances spécifique.

Comme dans la plupart des pans du droit de l'eau, l'impression qui prédomine en matière de prévention des risques naturels est celle d'une surabondance des outils juridiques et des institutions de prévention et de gestion[693], qui n'est accompagnée ni d'une ferme volonté de les appliquer ni des moyens suffisants pour leur mise en œuvre, leur coordination et leur contrôle.

De nombreuses variétés de plans mais une couverture territoriale limitée

L'article 5-I de la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles avait prévu l'élaboration par l'État de plans d'exposition aux risques naturels prévisibles (PER), approuvés par arrêté du commissaire de la République après avis du conseil municipal et, en cas d'avis négatif de ce conseil ou du commissaire enquêteur, par décret en Conseil d'État.

Les lois de décentralisation ayant transféré aux communes la responsabilité de l'urbanisme et l'octroi des autorisations du sol, d'une part, quelques centaines seulement de PER ayant été élaborés, d'autre part, l'article 18 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a abrogé l'article 5-I de la loi de 1982 et remplacé les PER par des plans de prévention des risques naturels prévisibles (PPRN), le plan de prévention du risque d'inondation (PPRNi) constituant le volet « inondation » du PPRN. Le PPRNi se réfère en principe à la plus haute crue connue et correctement répertoriée si elle est supérieure à la crue centennale et, à défaut, à la crue centennale (modélisée). Pour assurer la continuité avec le passé, l'article 40-6 de la loi de 1995 (art. L. 562-6 du code de l'environnement) a prévu que les PER élaborés sous l'empire de la loi de 1982 valaient PPRN, tout comme les plans de surface submersible élaborés autour des cours d'eau en application de l'article 49 du code du domaine public fluvial ou les périmètres de risques institués en application de l'article R. 111-3 du code de l'urbanisme, aujourd'hui abrogé, ou les plans de zones sensibles aux incendies de forêt établis en application de l'article 21 de la loi n° 91-5 du 3 janvier 1991.

Le PPRN, qui demeure élaboré et mis en application par l'État (art. L. 561-1 du code de l'environnement), est arrêté par le préfet après avis du conseil municipal et enquête publique. L'article 62 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (art. L. 562-3 du code de l'environnement), précisé par une circulaire de 2007, ayant prescrit une association des collectivités à l'élaboration du plan pour des raisons d'acceptabilité de celui-ci par les acteurs locaux, il est très difficile pour l'État de faire passer un PPRNi qui serait contraire à la volonté de la collectivité. La très grande majorité des plans est élaborée au niveau communal mais quelques-uns le sont au niveau du bassin-versant.

Si 17 064 communes couvrant 46 % du territoire sont exposées à des risques naturels, 7 747 d'entre elles sont dotées d'un PPRN approuvé, 216 d'un PPRN appliqué par anticipation, 159 d'un PPRN mis à l'enquête et 4 117 d'un PPRN prescrit par le préfet mais non encore approuvé au 1er janvier 2010[694]. Les communes exposées au risque sont donc couvertes à hauteur de 45 % par des plans approuvés et de 24 % par des plans prescrits. Si l'on tient compte des 808 communes couvertes par un plan de surface submersible (PSS) maintenu en vigueur,

43 % des communes ne disposent d'aucun plan opposable et 51 % des communes exposées sont, treize ans après la promulgation de la loi, effectivement couvertes par un plan abouti. Pour le seul risque inondation, qui touche environ un tiers des communes, le taux de couverture est un peu plus élevé.

Outre des documents graphiques instituant un zonage (zone constructible ; zone constructible sous condition ; zone inconstructible), ces plans comportent des interdictions ou des prescriptions techniques applicables au bâti existant ou futur[695] afin d'assurer par exemple le libre écoulement des eaux et la conservation des champs d'expansion des inondations (art. L. 562-8 du code de l'environnement) ou de réduire la vulnérabilité des personnes et des biens au risque. L'approbation du plan ayant pour effet de rendre les servitudes d'utilité publique qu'il institue opposables aux tiers, ce plan est annexé au PLU conformément à l'article L. 126-1 du code de l'urbanisme. Le non-respect du plan ou des conditions prescrites en application de ce plan est passible des sanctions pénales prévues à l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Dans les communes non dotées d'un POS ou d'un PLU, le PPRN est assimilable à un document d'urbanisme[696] et opposable de plein droit aux autorisations d'occupation du sol en vertu de l'article L. 421-3 du code de l'urbanisme. Un contentieux non négligeable semble s'être développé devant les juges du fond sur la conformité de ces autorisations et des documents d'urbanisme aux PPRN[697], les dispositions de ces plans n'étant, loin s'en faut, pas toujours respectées.

Le Service de l'observation et des statistiques du CGDD note d'ailleurs dans ses enquêtes de 2004 et de 2009 que le nombre de logements construits dans les zones inondables (enveloppe maximale des atlas de zones inondables) a augmenté de 100 000 entre 1999 et 2006. L'analyse de ces chiffres est d'ailleurs instructive : entre 2000 et 2006, le taux de croissance des surfaces urbanisées a été de moins de 0,4 % en zones inondables contre 1,1 % en zones non inondables dans les communes dotées d'un PPRNi contre respectivement 1,3 % et 1,2 % dans les communes non dotées d'un tel plan. En d'autres termes, les élus territoriaux qui ne souhaitent pas brider le développement économique ou urbain de leur territoire ne sollicitent pas de PPRN et laissent la construction s'y développer à un rythme plus soutenu qu'en zone non inondable[698]. Cette réticence des élus locaux à renoncer à certaines activités économiques importantes pour leur territoire s'observe aussi dans la mise en œuvre de la loi du 30 juillet 2003 qui prévoit l'extension des zones de rétention temporaire des eaux de crues. La restauration de ces champs d'expansion suppose parfois un abandon, rarement accepté, de cultures à haut rendement comme la vigne ou les cultures maraîchères. Sur ce point non plus, la déclaration d'intention contenue à l'article 44 c) de la loi du 3 août 2009[699] ne semble pas apporter une solution à la hauteur des réticences. Ni la législation ni les représentants de l'État n'apportent de réponse à ces situations.

Il semble aussi, au vu des résultats des inondations de 2002 et 2003, que le respect des mesures prescrites au titre des PPRNi ne fasse pas l'objet d'un contrôle suffisant. Pour la Cour des comptes, les données sont par ailleurs très difficiles à obtenir auprès d'acteurs nombreux et aux responsabilités mal définies ; et celles qui sont collectées sont, ici encore, insuffisantes pour pouvoir juger de l'efficacité des politiques et des mesures prises.

Si l'absence d'élaboration, dans une commune exposée au risque, d'un plan de prévention peut à court terme sembler lui ménager une plus grande capacité de développement économique ou urbain, cette carence, susceptible d'engager la responsabilité de l'État[700], peut à terme également se retourner contre elle. Car le maire, détenteur du pouvoir de police en la matière (art. L. 2212-2 5° et L. 2212-4 du code général des collectivités territoriales), doit prendre les mesures de précaution convenables contre les inondations, mesures sur lesquelles le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal (CE, 28 juillet 2000, *Association des victimes des inondations dans la vallée de l'Eure*, Leb. p. 343). Faute d'engager la procédure d'expropriation[701] prévue par l'article L. 561-1 du code de l'environnement ou d'expropriation amiable en vertu de l'article L. 561-3 2° du même code, un maire ne peut pas, au titre de ses pouvoirs de police, interdire l'occupation permanente et définitive d'une habitation (CE, 21 octobre 2009, *M^me^ Roger*, req. n° 310470, AJDA, 2010, p. 393, note Florence Nicoud). La jurisprudence tend par ailleurs à engager plus largement la responsabilité des communes dans ce domaine, y compris en l'absence de faute[702] : une mesure motivée par la protection de la sécurité publique ne suffit pas à exclure l'engagement de la responsabilité sans faute de l'autorité de police. Comme le souligne la doctrine, le juge ne peut pas rester imperméable aux exigences contemporaines d'une société dont l'aversion au risque se révèle croissante[703].

Un régime d'assurance déresponsabilisant

La législation prévoyant un régime de solidarité nationale face aux catastrophes naturelles, l'existence de ce régime ne devrait pas déresponsabiliser. Un double lien a été établi à cet effet entre les PPRN et le régime d'indemnisation de ces catastrophes.

En premier lieu, les assureurs ne sont pas tenus de garantir, lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, les dommages résultant des catastrophes naturelles affectant les biens ou terrains aménagés ainsi que les activités entreprises en zone inondable en méconnaissance des interdictions ou prescriptions résultant d'un PPRN approuvé. Mais cette règle est peu appliquée par les assureurs.

En second lieu, des modulations de franchises ont été introduites en 2000 puis révisées en 2003 afin d'inciter à l'élaboration de ces plans en liant l'augmentation de la franchise sur l'indemnisation par le régime « Cat nat » à leur absence ou à leur existence[704]. Cette mesure a immédiatement suscité des effets d'aubaine, certaines collectivités s'étant bornées à solliciter un PPRN sans avoir l'intention de le faire approuver pour les raisons déjà indiquées. En raccourcissant ensuite de cinq à quatre ans le délai d'approbation des PPRN, l'arrêté du 4 août 2003 a tenté de remédier à ces abus[705]. Mais le délai d'approbation, trois ans en moyenne, reste considéré comme trop long, en raison notamment de la faiblesse des moyens en personnel dans les services déconcentrés de l'État.

En définitive, le lien recherché entre adoption d'un PPRN et régime d'indemnisation ne fonctionne toujours pas correctement et n'apparaît pas assez incitatif par rapport à l'objectif recherché : il pénalise les assurés qui n'ont en réalité aucune prise sur la décision du préfet ou en amont sur la demande politique locale d'élaboration d'un PPRN et il n'atteint ni la collectivité territoriale favorable au *statu quo* ni les compagnies d'assurances dont le taux de chargement des primes resterait élevé.

Le recours au contrat pour coordonner les efforts.

Il a finalement été recouru au contrat, sous la forme de programmes d'action pour la prévention des inondations (PAPI), pour faire avancer la protection dans les bassins sensibles. Quarante-huit PAPI, élaborés sous l'égide des préfets coordonnateurs de bassin, ont été conclus entre l'État, les collectivités territoriales et les EPCI. Ils couvrent environ un quart du territoire et 800 000 personnes résidant en zones inondables. Ils sont suffisamment financés grâce à l'intervention du fonds de prévention des risques naturels majeurs (FPRNM)[706] et aux contrats de plan État-région, mais leur conception et leur application se heurtent au défaut de maîtrise d'ouvrage commune : 40 conventions ont été signées pour contourner cette insuffisance. Au début, leur élaboration a suivi une démarche globale mais ils se sont trop souvent concentrés sur les programmes de travaux.

La directive inondations du 23 octobre 2007, qui devra être déclinée bassin par bassin, devrait donner naissance à une deuxième génération de PAPI, englobant tous les aspects de la lutte contre les inondations. Un rapport du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), rendu public en juin 2009, a pointé deux limites de ce dispositif : accent insuffisant sur la réduction de la vulnérabilité des biens exposés et absence d'amélioration de la prise en compte du risque inondation dans les documents d'urbanisme. Pour y remédier, le CGEDD a proposé la mise en place d'une procédure spécifique de labellisation. Le secrétaire d'État chargé de l'Environnement a annoncé en novembre 2009 la création en 2010 d'un comité de labellisation national réunissant ONG, experts, représentants de l'État, élus et porteurs de projets. Il garantira la qualité des projets et le respect des critères de labellisation.

Mieux suivre l'état des digues et barrages et revoir l'organisation de ce suivi

L'État a beaucoup tardé, faute de moyens humains suffisants, à opérer un contrôle systématique des digues et des barrages et à prendre les mesures appropriées pour remédier aux insuffisances de certains aménagements hydrauliques réalisés par les collectivités territoriales.

Si le décret n° 2007-1735 du 11 décembre 2007 a modifié le classement des digues et barrages[707], l'inventaire des ouvrages et leur classification sont loin d'être terminés[708]. Ils réservent néanmoins déjà des surprises : le linéaire des digues répertoriées a augmenté de 7 000 km en 2005 à 8 900 en 2008 et le nombre des barrages répertoriés de 640 en 2007 à plus de 2 000 en 2008, dont 130 de classe A. Des plans de contrôle existent dans 55 départements et il reste à l'État à parachever l'organisation de ses services de contrôle engagée par une circulaire du 31 juillet 2009 sur une base régionale ou interrégionale sous la supervision de la direction générale de la prévention des risques.

2.4.2.3. Garantir la solvabilité du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles et responsabiliser davantage

L'avenir du régime d'indemnisation des inondations suscite des interrogations sérieuses.

Sans que ses mérites soient mis en cause, le régime dit « Cat nat » a vu le coût annuel moyen de ses sinistres augmenter régulièrement depuis 1982[709] et, même s'il bénéficie de la garantie de l'État en dernier ressort, ne paraît pas en

mesure d'absorber un événement majeur[710]. Si les départements les plus exposés aux risques sont aussi ceux où le plus de PPRN ont été prescrits, ce système n'incite pas suffisamment à la prévention, malgré l'introduction de franchises en 2000, et encore moins les acteurs économiques à s'installer dans des zones à faible risque.

Une tarification prenant en compte, comme en matière automobile, **une sinistralité différenciée par localité et/ou la réassurance pourrait constituer un autre levier pour inciter à développer la prévention et orienter les choix d'installation vers les zones moins exposées**[711]. Sans revenir sur une solidarité nationale qui joue convenablement en faveur des départements les plus exposés, **le Conseil d'État recommande de réintroduire davantage de responsabilisation individuelle dans des domaines où celle-ci est manifeste (choix de localisation ; caractéristiques de la construction neuve…) mais non sanctionnée et d'inciter les assureurs à relayer les nécessaires efforts de prévention**. Car, en l'état, pour un coût de 20 € par an et avec un taux de reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle supérieur à 60 %, les ménages ne sont guère incités à s'abstenir de construire en zone inondable ou à adapter leur construction pour minimiser les dommages ; ils ont au contraire pour un coût faible, comme les entreprises, une probabilité élevée d'être indemnisés (en 2007, l'indemnisation moyenne a été de 7 000 € environ, dont 5 400 € pour les ménages et 20 200 € pour les entreprises). **Selon le Conseil d'État, il reste indispensable de revoir ce régime et, en amont, que les préfets veillent à la couverture des territoires vulnérables en PPRN, en concentrant leurs efforts sur les communes à enjeux élevés.**

Le groupe thématique « Risques naturels et assurances » du groupe interministériel « Impacts du changement climatique, adaptation et coûts associés en France » a récemment tenté de chiffrer l'impact du réchauffement climatique sur quatre phénomènes naturels[712] : les inondations, notamment urbaines[713], le retrait-gonflement des sols argileux[714], la submersion et l'érosion marines[715] et les aléas gravitaires (avalanches, crues, coulées de boues ou de laves, glissements de terrains, éboulements de masses rocheuses, effondrements de cavités souterraines…). Ces travaux doivent être affinés et **le Conseil d'État recommande que leurs conclusions soient largement médiatisées pour sensibiliser les élus locaux et les populations concernées à ces nouveaux enjeux et faciliter par là les changements de comportement attendus des uns et des autres.**

Pour les conduire, l'État pourrait s'inspirer de la méthodologie suivie aux Pays-Bas, pays très dense et menacé de submersion en cas de relèvement du niveau des mers. Ce pays soutient un programme très complet de recherches et met au point des plans d'adaptation des 3 600 km de digues assurant sa protection contre les eaux ainsi que des mesures préventives. La sécurité face aux inondations étant une responsabilité nationale dont l'État est le garant, une commission pour le développement soutenable des côtes y a été créée en 2007 à l'initiative du ministre des Transports, des Travaux publics et de la Gestion de l'eau et du ministre de l'Intérieur. Cette commission, dénommée commission Delta 2008 en souvenir de la première commission Delta réunie en 1953 après les graves inondations qui avaient submergé une partie du pays, a remis un premier rapport en 2008, *Working Together With Water. A Living Land Builds for its Future*. Il comporte des éléments inquiétants de diagnostic, comme le fait que 25 % des digues ne sont pas aux standards exigés par les textes applicables

et qu'on ignore encore si 30 % d'entre elles y sont. Il contient aussi des propositions nombreuses, générales ou particulières à certaines portions du territoire. Les propositions générales concernent le niveau de la protection à atteindre[716], la planification urbaine[717], les zones non protégées et la manière de conduire le projet au quadruple plan politique, administratif, juridique et budgétaire.

Les retards et les réticences relevées dans l'application de la législation sur la prévention des inondations montrent que, si l'État dispose d'une doctrine claire sur l'ampleur et les limites de l'urbanisation et des activités économiques acceptables ou non en zone inondable, sa vision sur ces risques n'est pas nécessairement partagée par les collectivités territoriales ni par les populations qui y sont exposées. Et le régime national de solidarité dans l'indemnisation des catastrophes naturelles, qui présente bien des mérites, a eu pour effet de largement déresponsabiliser les élus locaux principalement concernés, qui ne jouent pas le rôle de relais politique indispensable pour faire accepter l'inconstructibilité en zone inondable. **Il revient donc à l'État d'établir le consensus social sur cette doctrine puis, avec les élus territoriaux, de convaincre la population de son bien-fondé** : l'effet de mode attaché à la thématique du réchauffement climatique lui fournit une fenêtre d'opportunité dont il devrait profiter pour se faire mieux entendre, les conséquences de ce réchauffement sur les risques d'inondation étant sous-estimées par l'opinion publique. L'information prévue depuis 2003 au profit des locataires se logeant en zone inondable ne semble pas encore avoir porté ses fruits (Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, p. 100), sans doute parce que le logement y coûte moins cher qu'ailleurs. Il conviendrait donc de renforcer la communication publique, en insistant sur les questions de sécurité.

2.4.3. Eau et énergie

La question posée est celle de définir la place que doit tenir l'hydroélectricité dans la production énergétique nationale et son articulation avec les autres pans du droit de l'eau.

2.4.3.1. Des objectifs très ambitieux

La politique communautaire de l'énergie a fixé des objectifs ambitieux en termes de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables.

L'énergie hydroélectrique fait indiscutablement partie de ces énergies au côté de l'énergie éolienne, photovoltaïque ou solaire, géothermique, houlomotrice, marémotrice, de la biomasse (bois et biocarburants…), et de l'énergie produite à partir de certains gaz (gaz de décharge, gaz des stations d'épuration d'eaux usées, biogaz). Mais, dès 2004, les communications de la Commission laissent percevoir un profond scepticisme à l'égard du potentiel qu'offre l'énergie hydroélectrique alors même qu'elle représentait plus de 66 % de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables : si l'électricité hydroélectrique est compétitive en termes de coût, le nombre de sites se prêtant à la production hydroélectrique n'est pas illimité et des facteurs climatiques induisent d'importantes fluctuations d'une année sur l'autre. Exploitant déjà presque entièrement son potentiel hydroélectrique[718], l'UE est considérée depuis lors par la Commission comme devant conserver une capacité de production stable[719].

Sur la base d'un tel diagnostic, que ne corroborent ni la France ni la Suède – celle-ci prévoit une augmentation de 10 TWh/an de sa production – et cédant quelque peu aux effets de mode (priorité à l'éolien, au solaire et à la biomasse), la Commission a depuis lors mis l'accent sur les autres formes d'énergie renouvelable, se désintéressant largement de l'énergie hydroélectrique[720], même si cette dernière reste incluse dans certains programmes de recherche soutenus par l'Union[721].

La directive 2009/28/CE du 23 avril 2009, issue du *Paquet Énergie-Climat* adopté lors du Conseil européen du 12 décembre 2008, engage la France à atteindre en 2020 une proportion de 23 % pour l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables contre 10,3 % en 2005.

La législation nationale a progressivement fait sienne cette ambition. La loi nº 2000-108 du 10 février 2000, qui transpose la directive du 19 décembre 1996 relative au marché intérieur de l'électricité, a élargi la compétence des communes et de leurs EPCI en matière d'exploitation d'installations hydroélectriques et d'installations utilisant les autres énergies renouvelables (art. L. 2224-32 du CGCT)[722] et a rendu obligatoire la programmation pluriannuelle des investissements en moyens de production d'électricité[723]. L'article 4 de la loi de programme nº 2005-781 du 13 juillet 2005 d'orientation sur la politique énergétique énonce qu'il «*convient d'atteindre l'objectif indicatif d'une production intérieure d'électricité d'origine renouvelable de 21 % de la consommation intérieure d'électricité totale à l'horizon 2010*». Elle modifie également l'article L. 211-1 du code de l'environnement pour mentionner le développement de la production d'électricité d'origine renouvelable comme une valorisation économique de l'eau et sa répartition comme une contribution à la sécurité du système électrique. Elle impose également aux SDAGE et aux SAGE de prendre en compte l'évaluation du potentiel hydroélectrique. Dans cette loi, la France affiche clairement son intention d'optimiser son potentiel hydraulique[724]. Mais la mise en œuvre de cette ambition soulève, pour certains projets, des difficultés devant le juge administratif[725].

Le rapport Dambrine[726] conclut peu après qu'il subsiste en France un potentiel hydroélectrique gravitaire inexploité d'environ 30 TWh/an, ramené à 13,4 TWh/an en intégrant les contraintes environnementales tenant à l'existence de parcs naturels et de ZNIEFF[727], et qu'il est ainsi possible d'augmenter la puissance installée de 20 à 45 % alors que ce potentiel résiduel avait été estimé quasi nul en 2000.

Un plan de relance de l'hydroélectricité a été présenté par le ministre de l'Écologie le 23 juillet 2008 à l'occasion de la célébration du soixantième anniversaire de la construction du barrage de Génissiat. Ce plan devrait être financé par le déplafonnement du montant de la taxe sur le chiffre d'affaires, actuellement limité à 25 % par l'article 9-1 de la loi du 16 octobre 1919. L'article 20 de la loi du 3 août 2009 mentionne en effet ce relèvement du plafond au-delà de 25 %, chiffre que le projet de loi dit Grenelle II pourrait porter à 30 %.

L'article 19 de la loi du 3 août 2009 range également l'énergie hydroélectrique au nombre des énergies renouvelables (art. 19-I), prévoit de doubler leur contribution au bilan énergétique d'ici à 2020 (art. 19-II) et de soutenir le développement de la production d'électricité d'origine hydraulique dans le respect de la qualité biologique des cours d'eau en favorisant la création de stations de

transfert d'énergie par pompage (STEP)[728] et en envisageant d'étendre l'obligation d'achat de l'électricité produite aux unités de production d'une puissance installée inférieure ou égale à 12 mégawatts (art. 19-V).

On attend aussi beaucoup du progrès technique sur deux points : des turbines de nouvelle génération capables d'augmenter de 30 % le rendement des centrales existantes et des microcentrales mettant en œuvre de petites turbines, dont la production serait standardisée, sur de très faibles hauteurs de chute (2,5 m)[729]. Mais ces dernières suscitent de sérieux doutes quant à leur utilité : contribuant peu à la production finale et ne présentant aucun intérêt en termes d'effacement des pointes, elles seraient surtout promues par des petits producteurs indépendants, souvent installés en haute vallée et avides d'accéder à la rente découlant de l'obligation d'achat – à un tarif trop élevé selon certains – par EDF de l'électricité produite (cf. note 20 de l'annexe 4) et dégraderaient un peu plus la morphologie des cours d'eau à rebours de la ligne directrice qui est désormais d'améliorer leur continuité[730].

D'autres mesures, ponctuelles et plus modestes, devraient également faciliter la production d'énergie hydroélectrique :

• l'article 44 de la loi du 13 juillet 2005 permet d'augmenter une seule fois d'au plus 20 % par simple déclaration la puissance d'une installation ou d'un ouvrage concédé ou autorisé. Cette augmentation ne modifie pas le régime sous lequel est placée l'entreprise (concession ou autorisation), y compris lorsqu'elle a pour effet de porter la puissance d'une entreprise autorisée au-delà de 4 500 kilowatts (cf. 2.4.3.4.), et ne nécessite pas le renouvellement ou la modification de l'acte de concession ou de l'autorisation administrative. Cette augmentation de puissance est accordée sous réserve de ne pas porter atteinte à la sûreté et la sécurité des ouvrages ;

• l'article 46 de cette même loi[731] a mis en place une procédure simplifiée d'autorisation pour le turbinage des débits réservés, procédure qui s'applique aussi aux installations exclusivement dédiées à la régulation hydraulique ; d'après les spécialistes, cette disposition devrait permettre de turbiner environ 20 % de cette ressource ;

• la loi du 30 décembre 2006 a amodié le régime du débit réservé institué par la loi du 16 décembre 1964 (cf. 2.3.4.) en le ramenant de 1/10 à 1/20 pour les rivières dont le débit est supérieur à 80 m^3/s et pour les ouvrages contribuant, par leur capacité de modulation, à la production d'électricité en période de pointe de consommation (leur liste est fixée par décret en Conseil d'État). Ce débit peut également être fixé à un niveau inférieur au 1/10 pour les cours d'eau ou sections de cours d'eau présentant un écoulement atypique – par exemple là où plusieurs retenues hydrauliques se succèdent – et, pour conférer plus de souplesse à l'exploitation, faire l'objet de modulations saisonnières à condition que la moyenne annuelle des débits ainsi fixés ne soit pas inférieure au débit minimal fixé par la loi et que le débit le plus bas autorisé reste supérieur à la moitié de ce débit minimal. Enfin, en période de sécheresse exceptionnelle, le préfet peut fixer temporairement des débits inférieurs au débit minimal de 1/10.

2.4.3.2. Des freins susceptibles de les contrarier

D'autres pans de la législation pourraient sérieusement contrarier ces ambitions. La DCE notamment, qui considère tout barrage comme un élément de

dégradation de la masse d'eau, impose de la justifier au nom de considérations d'intérêt général. La loi sur l'eau du 30 décembre 2006, eu égard aux multiples usages de l'eau, affirme par ailleurs privilégier le développement à compter de 2014 des systèmes hydrauliques multifonctionnels ou de réservoirs hydrauliques à des fins autres qu'énergétiques. Le législateur n'ayant pas clairement tranché entre ces conflits d'usage, il est difficile de déterminer la préoccupation qui doit l'emporter entre la gestion équilibrée de la ressource, la continuité du milieu ou la promotion des énergies renouvelables. Les hypothèses réalistes tablent donc sur une augmentation de la puissance installée limitée à 5 TWh (+ 7 %), dont 2 TWh correspondent à l'impact de l'application de la nouvelle législation sur le turbinage des débits réservés et 3 TWh seulement à un supplément de capacité. Le projet de création d'une trame bleue et d'une trame verte pourrait perturber cette ambition limitée, sauf à spécialiser plus nettement les cours d'eau comme le recommande **le Conseil d'État** (cf. 2.2.2.). Celui-ci **est également d'avis de mettre fin au déstockage des réserves hydroélectriques, à valeur ajoutée plus forte, pour résoudre au détriment de l'intérêt collectif les problèmes rencontrés mais aussi créés par les irrigants individuels**.

Il faudra aussi tenir compte de l'impact du réchauffement climatique. Un groupe thématique du groupe interministériel « Impacts du changement climatique, adaptation et coûts associés en France » a appréhendé l'impact de ce changement sur les différents aspects du système énergétique de la France métropolitaine aux horizons 2030, 2050 et 2100. Il anticipe une baisse de la demande annuelle d'énergie accompagnée d'une atténuation de la consommation durant l'hiver mais d'une aggravation de la contrainte durant le pic d'été en raison du développement attendu de la climatisation[732] et des contraintes que l'augmentation de la température de l'air et de l'eau fera peser, à technologie inchangée, sur le refroidissement des centrales. Il recommande donc de développer les technologies de refroidissement de l'air, d'améliorer les procédés de refroidissement des centrales tout en généralisant leur gestion par tranches pour conférer davantage de souplesse à l'ajustement entre l'offre et la demande, d'intensifier l'effacement en période de pointe[733]… La production d'hydroélectricité pourrait en outre être affectée par la fonte des glaciers, l'évaporation plus forte de l'eau des retenues et par les modifications des débits des chutes et cours d'eau. Et leur exploitation par la modification des pics d'hiver et d'été.

2.4.3.3. Gérer au mieux l'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence

Une autre échéance importante consiste à ouvrir à la concurrence les concessions d'exploitation d'environ quatre cents installations de production hydroélectrique d'une puissance supérieure à 4,5 mégawatts (cf. annexe 4). La France sera le premier des trois pays visés par la Commission en 2005 à procéder à cette ouverture.

La procédure sera longue puisqu'il faudra établir, avec le concessionnaire sortant, un dossier de fin de concession permettant ensuite à l'administration d'élaborer un cahier des charges, lancer les consultations, choisir le candidat en fonction de critères de sélection plus nombreux – dont un critère tenant au respect d'une gestion équilibrée et durable de la ressource –, négocier le cahier des charges avec le candidat retenu et, le cas échéant, une durée compatible avec les exigences de la loi du 29 janvier 1993, procéder aux enquêtes publiques…

Comme cette procédure s'accompagnera d'un effort pour rationaliser l'exploitation et regrouper les concessions par vallées, elle risque aussi de s'avérer coûteuse puisqu'il faudra, sauf compensation consistant à allonger la durée d'autres concessions, mettre fin prématurément à certaines concessions non encore expirées et indemniser le concessionnaire[734], opération longue et qui débouche très souvent sur des contentieux. Le montant de l'indemnisation à verser au concessionnaire sortant devant être mis à la charge du nouvel entrant en vertu de l'article 33 I de la loi de finances rectificative pour 2006 et finalement se retrouver dans le prix de vente de l'électricité au client, de même que les 40 % de la redevance proportionnelle aux ventes qui seront reversés au département en application du même article 33 I[735], l'intérêt public de l'opération sera sans doute débattu, car ces redevances s'ajoutent à la redevance pour occupation du domaine public hydroélectrique[736].

Le Conseil d'État ne peut qu'insister sur la nécessité de sécuriser au mieux toutes ces opérations au plan juridique pour minimiser les risques, élevés, de contentieux qui en découleront et d'inclure une expertise juridique du meilleur niveau dans la *task force* pluridisciplinaire à constituer et à qui devrait être confiée cette mission. Cette sécurisation passe d'abord par une clarification du régime juridique de la concession hydroélectrique, devenu illisible.

2.4.3.4. Clarifier le régime juridique de la concession hydroélectrique

La loi du 16 octobre 1919, tout en laissant subsister les installations fondées en titre, a institué un régime d'exploitation reposant sur deux régimes, la concession[737] et l'autorisation, la délimitation entre ces deux régimes découlant de la force motrice ou puissance maximale brute de l'installation – supérieure ou inférieure à 4,5 MW depuis le relèvement de ce seuil, auparavant fixé à 500 kW, par la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980[738] – définie comme le produit de la hauteur et de la pente de la chute par le débit maximal de la dérivation (CE, 28 juillet 1866, *Ulrich*, p. 985, concl. Aucoc). Si l'autorisation présente la nature d'un acte administratif unilatéral et d'une décision individuelle, la concession, obtenue à l'issue d'une négociation et d'une durée habituellement fixée à soixante-quinze ans[739], présente une nature contractuelle au terme de l'article 21 de la loi.

Mais la nature juridique de cette concession s'est singulièrement obscurcie depuis lors sous la double influence du droit communautaire – et à travers lui du marché – et du renforcement incessant par la loi de la police de l'eau. Devenue un objet juridique difficilement saisissable en raison de l'enchevêtrement et de la multiplicité des législations applicables au même objet, elle a suscité des interrogations nombreuses quant à sa qualification, décrites en annexe 16, qui auraient sans doute pu être évitées par un effort plus grand de cohérence juridique[740].

Quelles que soient leur nature et leur qualification, la **passation de ces contrats demeure pour le moment régie par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008**. **Des règles nouvelles étant récemment entrées en vigueur pour la passation des concessions de travaux publics, le gouvernement a le choix entre maintenir ce texte antérieur spécifique ou renvoyer aux différents régimes généraux applicables aux différents types de contrat (concession**

de travaux publics, délégation de service public, concession domaniale). La situation actuelle présente le mérite de la simplicité mais ne contribue guère à clarifier un régime juridique qui reste, pour les professionnels, difficile à manier. Il appartient au gouvernement de se déterminer sur ce sujet avant l'ouverture prochaine à la concurrence des concessions tant nationales que locales : pour que les candidats, étrangers notamment, soumissionnent, il est préférable que le régime juridique de cette concession procure une visibilité et une prévisibilité suffisantes à l'investisseur et au concessionnaire.

2.4.4. Eau et transport fluvial

Après des décennies de déclin, la place de la voie d'eau parmi les différents modes de transport se pose sous un jour nouveau. Il faut en tirer les conséquences.

2.4.4.1. Se préparer à affronter la concurrence

La loi nº 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement promet aux transports fluvial et maritime ainsi qu'aux ports un sort plus radieux que celui qui leur a été réservé au cours des trois dernières décennies, marquées par la désindustrialisation et le report sur la route de marchandises autrefois transportées par voie ferrée ou fluviale[741]. L'article 11-I de cette loi reconnaît en effet un caractère prioritaire au développement de l'usage du transport fluvial et maritime, et plus particulièrement du cabotage, ainsi qu'aux investissements correspondants. Il prévoit aussi de développer les trafics massifiés de fret fluvial et le transport combiné ferroviaire, fluvial et maritime et, s'il évoque les autoroutes ferroviaires et de la mer, il ne le fait pas pour les fleuves. L'article 11-III traite de l'amélioration de la compétitivité des ports et de leur desserte multimodale et l'article 11-V de la restauration et de la modernisation du réseau fluvial magistral, en particulier du réseau à grand gabarit.

Sont envisagés à ce titre :
- la réalisation du canal Seine-Nord-Europe[742], financée en contrat de partenariat, une liaison Saône-Moselle et une liaison Saône-Rhin ainsi qu'une liaison Seine amont entre Bray-sur-Seine et Nogent-sur-Seine ;
- la modernisation des barrages de navigation, avec le cas échéant la construction de microcentrales hydroélectriques, là encore avec recours possible au contrat de partenariat ; quant aux barrages manuels du réseau fluvial magistral, ils feront l'objet d'une étude de rénovation dans les six mois de la publication de la loi, étude qui portera également sur la régénération du réseau fluvial à vocation de transport de marchandises ;
- la modernisation de la flotte fluviale, avec mise en place au profit des opérateurs de facilités pour acquérir de nouveaux matériels ;
- le transfert à VNF de la pleine propriété du domaine public fluvial attaché au réseau magistral.

Sans qu'on évoque ici son bilan environnemental ni son coût, ce programme, s'il est intégralement réalisé, va rapidement bouleverser la donne du transport fluvial en France : l'ouverture du canal Seine-Nord-Europe notamment va mettre le réseau français en communication directe avec les grands ports d'Europe du Nord et favoriser par la même occasion l'irruption de la batellerie étrangère,

plus compétitive que la française, sur un réseau vétuste et insuffisamment entretenu sur lequel vont arriver des porte-conteneurs de 4 000 t capables de s'interconnecter avec les autres modes de transport[743]. Autant dire qu'il va falloir changer de braquet et qu'il convient à cet effet de donner rapidement une tout autre dimension à VNF.

2.4.4.2. Donner enfin à VNF une organisation à la hauteur des défis à relever

Car l'établissement, largement démembré, ne dispose pas aujourd'hui de l'envergure nécessaire ni de la maîtrise sur les moyens indispensables à sa gestion.

S'il fait travailler 4 400 agents de l'État, il n'emploie lui-même directement que 360 agents. Les autres ne sont pas même mis à disposition : ce sont les services de l'État qui le sont, si bien que le directeur général de VNF n'exerce aucune autorité sur la quasi-totalité des agents nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement. **La section des travaux publics du Conseil d'État a déjà recommandé à deux reprises, sans avoir été entendue, d'intégrer les personnels chargés de la police des voies navigables au sein de l'établissement, comme c'est le cas dans les ports autonomes.**

L'établissement n'est encore, malgré les termes très clairs de la loi de 1991, ni affectataire ni propriétaire du domaine public dont il assure la gestion[744] : cela va handicaper fortement sa capacité à réaliser les investissements et les infrastructures prévues par la loi du 3 août 2009 (création de nouvelles plates-formes logistiques et des interfaces avec les autres modes de transport nécessaires au développement du transport combiné) et encore davantage l'indispensable reconfiguration des emprises immobilières des plates-formes portuaires qui, faisant parfois l'objet de convoitises de la part des collectivités territoriales, resteraient ainsi prioritairement affectées au service public de la navigation. Une intervention du législateur a déjà été rendue nécessaire pour débloquer une opération immobilière à Lyon dans l'ancien port Rambaud : au lieu d'en profiter pour régler le problème une fois pour toutes dans son ensemble, on a adopté la méthode du cas par cas. **Le Conseil d'État estime que cette méthode n'est pas satisfaisante et qu'il aurait mieux valu envisager le transfert du domaine évoqué ci-dessus, même si cette opération n'est pas sans risque pour l'établissement[745].**

Des clarifications sont également à apporter sur deux points compte tenu des projets en cours.

L'articulation entre les textes relatifs au contrat de partenariat et au code du domaine public fluvial ne va pas de soi sur plusieurs aspects : l'étendue respective des droits du partenaire et de VNF sur les ouvrages réalisés ; le moment à partir duquel ces biens feront partie du domaine public de l'État ; l'étendue des droits du partenaire sur le domaine public sur lequel les ouvrages seront édifiés et sur ces ouvrages, en particulier sur des barrages édifiés sur le domaine naturel.

Par ailleurs, compte tenu des objectifs assignés à VNF par la loi du 3 août 2009 en matière de production d'énergie par des microcentrales hydroélectriques adossées aux barrages, il convient de clarifier au plus vite leur mode d'exploitation : exploitation directe au sein d'une filiale chargée de cette activité accessoire à

l'exploitation des barrages[746] ou exploitation dans le cadre d'un contrat de partenariat rendu possible par l'article 2 a) de l'ordonnance nº 2004-559 du 17 juin 2004 à laquelle renvoient les articles L. 224-1 et L. 224-2 du code du domaine public fluvial dans leur rédaction résultant de l'article 33 de la loi nº 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement du transport.

Si le compte de résultat et le bilan de l'établissement sont sains quoique reposant davantage sur la cession d'eau brute que sur les péages issus de la fréquentation des infrastructures gérées[747], les investissements de rattrapage à consentir demeurent importants : l'Allemagne, où la voie fluviale assure 14 % du trafic intérieur de marchandises, dépense au kilomètre de réseau à grand gabarit huit fois plus que la France pour l'entretien et la mise à niveau de ce réseau.

2.4.4.3. Clarifier la répartition des pouvoirs de police

La ligne de partage entre l'État et VNF des pouvoirs de police du domaine et de la navigation fluviale[748] demeure encore imparfaite malgré les progrès réalisés. Si VNF exerce en lieu et place du préfet la police de la conservation du domaine[749] et si le décret du 16 décembre 2008 pris en application de la loi du 30 décembre 2006 a transféré à l'exploitant VNF le pouvoir de fixer les horaires et jours d'ouverture des ouvrages de navigation et des périodes de fermeture pour travaux (périodes dites de chômage[750]) ainsi que la délivrance des autorisations permettant de circuler sur les digues et chemins de halage, il n'a pas encore été décidé de confier à l'établissement l'intégralité de la police liée à l'exploitation des voies navigables. **Le Conseil d'État estime souhaitable de continuer à œuvrer dans ce sens, dans la perspective d'ouverture accrue du réseau au trafic international.**

En effet, la police de la navigation fluviale est aujourd'hui exercée, selon les axes, par un service national ou une direction départementale des territoires qui définit localement les thématiques du contrôle, avec une coordination par le préfet coordonnateur de bassin. La Cour des comptes préconise deux solutions pour mettre en œuvre cette police à l'avenir : la confier à une cellule spécialisée de la DREAL de bassin ou laisser cette police au niveau départemental avec un pilotage renforcé de la DREAL de bassin. **Chaque formule ayant ses avantages et ses inconvénients (comme celui de confier la police de l'exploitation à l'exploitant), il est surtout urgent de choisir entre elles après avoir clairement exprimé les objectifs à atteindre.**

2.4.4.4. Repenser l'association des collectivités territoriales à la gestion du domaine fluvial

La décentralisation de la gestion d'une partie du domaine fluvial initiée en 2004 n'ayant pas produit tous les résultats escomptés, **il faut imaginer un autre mode d'association des collectivités territoriales aux projets et à la gestion de VNF : la modernisation du réseau fluvial aura un impact important sur l'économie régionale**.

La police des ports maritimes venant de faire l'objet d'un effort de clarification par les trois décrets nº 2009-875, 2009-876 et 2009-877 du 17 juillet 2009 (*AJDA*, 2009, p. 1397), il serait logique de faire de même pour les ports fluviaux.

Il faut également améliorer d'urgence l'interface entre les voies fluviales et les grands ports maritimes autonomes (Le Havre, Marseille, Dunkerque), à défaut de quoi les nouvelles liaisons fluviales avec les ports d'Europe du Nord préjudicieront à ces ports maritimes. Un premier pas en ce sens a été franchi avec l'installation en octobre 2009 d'un Conseil de coordination interportuaire de la Seine visant à harmoniser, en prévision de l'ouverture d'une ligne de TGV Paris-Le Havre, les politiques des ports du Havre, de Rouen et Paris.

En somme, il convient de sortir rapidement du ravaudage administratif qui prévaut depuis la réforme de 1990 pour conforter le choix judicieux opéré à l'époque et tailler enfin un outil à la mesure des nouveaux enjeux et défis du transport fluvial au sein de l'Union européenne.

2.4.4.5. Ressusciter les cours d'eau mixtes

Un autre sujet mérite d'être réexaminé, celui de la gestion et de l'entretien des cours d'eau qui, tout en n'étant pas navigables, ont néanmoins été maintenus dans le domaine public fluvial de l'État depuis que sa définition et sa contenance ont été modifiées par la loi de 1964 (cf. annexe 6).

Alors que VNF ne gère que 6 700 km des 8 500 km de voies navigables, on évoque rarement les 6 730 km de voies navigables (6 230 autres km de cours d'eau et 500 km de canaux) qui, rayés de la nomenclature des voies navigables, appartiennent toujours au domaine public de l'État et qui n'ont pas été transférés aux collectivités territoriales. Les ouvrages qui les équipent sont souvent anciens et à l'abandon. L'État n'étant pas parvenu à les entretenir correctement et songeant à fermer encore 1 250 km de voies à la navigation, il conviendrait d'encourager, dans la droite ligne de la loi du 8 avril 1910 – qui avait le mérite d'être plus franche dans ses attendus –, leur cession ou leur affectation à des groupements de collectivités territoriales, tels que des syndicats de rivière, qui en assureraient l'entretien mais surtout la valorisation économique ou écologique.

Le droit public présente sur ce point un inconvénient grave. Lorsque l'État déclasse un cours d'eau non navigable de son domaine public, son régime retombe dans le droit commun, à savoir la propriété du lit et le droit d'usage de la ressource aux riverains. Un cours d'eau ne satisfaisant plus aux critères d'appartenance au domaine public fluvial a en effet vocation à être déclassé, sans qu'il soit besoin de passer par la loi[751]. Or, selon l'article L. 2142-2 du code général de la propriété des personnes publiques : « [Lorsqu'elles sont déclassées], *les dépendances du domaine public fluvial mentionnées à l'article L. 2142-1 sont placées, pour les parties naturelles du lit, dans la catégorie des cours d'eau et lacs non domaniaux et, pour les autres parties, dans le domaine privé de la personne publique propriétaire.* » L'article 3 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, repris à l'article L. 215-2 du code de l'environnement, trouve alors à s'appliquer : « *Le lit des cours d'eau non domaniaux appartient aux propriétaires des deux rives.* » Et ces propriétaires peuvent s'en servir à son passage pour l'irrigation de leurs propriétés.

Toute opération de déclassement aboutirait ainsi à une privatisation de la ressource, à rebours de l'évolution historique mais aussi de l'évolution souhaitable. La notion de cours d'eau mixte consacrée par la loi en 1964 mais supprimée en 1992 trouverait ici toute sa justification et son utilité : **elle permettrait de**

conserver dans la sphère publique la maîtrise de l'usage de l'eau. **Si l'on prévoyait aussi pour les collectivités territoriales la possibilité de devenir à leur tour détentrices de cours d'eau mixtes, cette formule faciliterait l'entretien et la valorisation de cette partie du domaine, sans perdre le bénéfice de la gestion collective de la ressource en eau.** Le Conseil d'État recommande donc de ressusciter ce statut dans le cadre d'une réflexion beaucoup plus large sur la simplification des droits de propriété sur l'eau (cf. 2.5.2.5.).

Si tous les problèmes posés par les quatre secteurs ci-dessus sont de l'avis du Conseil d'État surmontables, une préoccupation restera sans doute mal résolue : celle de l'articulation globale entre la politique de l'eau et toutes les politiques sectorielles qui ont un impact sur elle, en particulier la politique agricole et la politique d'urbanisation ou d'occupation des sols. L'articulation entre les trois branches correspondantes du droit restera l'un des aspects les plus difficiles à orchestrer à l'avenir.

2.5. Appliquer le droit communautaire et simplifier le droit national de l'eau

La législation encadre, souvent à l'excès, tous les aspects de la politique de l'eau – les captages, les installations, les flux, les débits, les rejets… Plutôt que les textes et les outils juridiques, foisonnants et surabondants en droit communautaire comme en droit national, ce sont désormais les moyens associés à leur application et le contrôle qui font défaut.

2.5.1. Appliquer le droit communautaire et responsabiliser les collectivités territoriales

Soumis à des obligations de résultat et à des comptes rendus réguliers par la directive-cadre sur l'eau, les États membres n'ont plus d'autre choix que de se plier en temps utile aux disciplines communautaires.

2.5.1.1. Appliquer le droit communautaire en temps utile

S'étant assignée des objectifs ambitieux en termes de reconquête de la qualité des eaux[752], l'Union se montre pour le moment vigilante sur l'atteinte de ses objectifs dans les délais fixés, malgré les souplesses offertes par la directive-cadre de 2000 quant au respect du calendrier, et a adopté plusieurs programmes successifs d'action pour l'environnement (le sixième programme, qui couvre la période 2002-2012, comporte notamment une stratégie sur l'usage durable des pesticides).

Or les résultats des mesures effectuées en 2006 et publiées en 2007 ne sont pas satisfaisants : 40 % des masses d'eau qui devaient retrouver le « bon état » en 2015 ne l'atteindront pas[753]. Parmi les nombreux retardataires – 19 États sur 27 – figurent les nouveaux États membres mais aussi beaucoup d'anciens membres qui n'ont pas correctement appliqué les deux directives les plus importantes pour leur impact sur le rétablissement de la qualité des eaux – les directives

eaux résiduaires urbaines[754] et nitrates de 1991[755]–, ou la directive concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique[756] ou dans les eaux souterraines[757] ou encore correctement transposé la directive-cadre de 2000.

Pour améliorer cette situation, la Commission a en particulier demandé aux États d'accélérer la mise en œuvre des directives de 1991, d'anticiper sur les difficultés de transposition de la DCE et d'intégrer la gestion durable de l'eau dans leurs autres politiques sectorielles, agricole notamment.

Pour mener à bien sa tâche, la Commission est aidée par l'Agence européenne pour l'environnement : créée en 1990, cette Agence est chargée d'investiguer et d'évaluer les problèmes d'environnement et, à ce titre, de collecter les données relatives à sa protection[758]. Elle est notamment chargée de mettre en place d'ici à 2010 un ambitieux système d'information sur l'eau pour l'Europe (WISE)[759], lancé en mars 2003 lors de la Journée mondiale de l'eau, qui s'intégrera dans un système plus vaste, le système de partage d'informations sur l'environnement (SEIS).

Ces résultats médiocres, conjugués à la pression des organisations de consommateurs, attachées à la sécurité alimentaire et à la protection de la santé publique, et des associations de défense de l'environnement poussent la Commission à poursuivre les nombreux États retardataires devant la Cour pour manquement aux disciplines communautaires (transposition dans un premier temps puis application de la règle dans un second temps) et méconnaissance des obligations de résultat auxquelles ils ont souscrit[760]. En plus des condamnations encourues au titre de la méconnaissance des directives nitrates et eaux résiduaires urbaines, la France a fait l'objet de trois condamnations pour manquement à la directive eaux de surface (CJCE, 8 mars 2001, aff. C-266/99 pour la Bretagne[761]), à la directive sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (CJCE, 28 octobre 2004, aff. C-505/03 pour la Bretagne ; CJCE, 31 janvier 2008, aff. C-147/07 pour la Vendée, les Deux-Sèvres et la Charente-Maritime) et d'une condamnation pour manquement à la directive 74/464/CEE sur la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique pour n'avoir pas adopté les programmes de réduction de la pollution (CJCE, 12 juin 2003, aff. C-130/01). D'autres pays ont également été amplement poursuivis[762] et condamnés, comme elle[763].

La CJCE n'hésite plus à prononcer des sanctions financières de plus en plus fréquentes et de plus en plus lourdes[764]. La France serait particulièrement atteinte (Conseil économique, social et environnemental, *Les Usages domestiques de l'eau*, p. 37) : le seul contentieux né de l'arrêt du 23 septembre 2004 relatif à la directive eaux résiduaires urbaines expose la France à une amende de 95 M€ selon le Sénat[765]. Le Traité de Lisbonne va accentuer cette pression sur les États membres puisqu'il prévoit la possibilité pour la Cour d'infliger une sanction forfaitaire en cas de non-communication à la Commission des mesures nationales de transposition d'une directive ou de non-exécution d'un arrêt en manquement (art. 260 TFUE).

Même si certains déplorent, d'un point de vue purement national, la sévérité croissante des condamnations prononcées par la Cour, **force est pour le Conseil d'État de reconnaître que la sanction communautaire est le seul levier efficace pour surmonter le poids conjugué des intérêts économiques**

ou catégoriels et de l'inertie des collectivités publiques face à eux, État et collectivités territoriales, y compris pour ces dernières les plus grandes et les plus riches (Paris, Versailles, Fontainebleau, Asnières…), ayant mis du temps à tirer toutes les conséquences des différentes directives européennes[766]. La Cour des comptes relève à titre d'exemple dans son rapport consacré en 2009 à la police de l'eau que l'État a attendu le 8 décembre 2006 pour donner par circulaire[767] instruction aux préfets de se mobiliser sur le respect de la directive ERU de 1991 et d'user des pouvoirs que leur confère l'article L. 216-1 du code de l'environnement[768] tandis que les conclusions du commissaire du gouvernement devant le tribunal administratif de Rennes dans une affaire emblématique[769] révèlent au grand public que les représentants de l'État en Bretagne ont, des années durant, massivement autorisé ou régularisé des élevages en violation de la législation sur les installations classées, à l'origine de la pollution des masses d'eau. Les sanctions communautaires jouent en définitive à la fois le rôle de révélateur des difficultés de mise en œuvre de textes ambitieux que les États membres ont votés et de catalyseur pour obliger les autorités nationales à surmonter les résistances internes. De ce point de vue, **il est hautement regrettable que, contrairement à ce qu'on attend d'eux, les représentants de l'État attendent le dernier moment pour se mobiliser en vue d'appliquer le droit communautaire. Tout irait mieux si l'État jouait son rôle avec l'autorité nécessaire.**

2.5.1.2. Responsabiliser davantage les collectivités territoriales dans l'application de ce droit

Reste à régler la difficile question de l'imputation finale des condamnations prononcées à l'encontre de la France pour méconnaissance des directives communautaires. Le fait que l'État en réponde seul vis-à-vis de l'Union en application de l'article 10 TCE n'incite évidemment pas du tout les collectivités territoriales à appliquer le droit communautaire et à assumer leurs responsabilités : ces considérations générales évoquent maintes situations où l'inertie de ces collectivités a eu pour effet de placer la France dans l'embarras vis-à-vis des autorités communautaires. **Le droit actuel étant lacunaire, le Conseil d'État réaffirme l'impérative nécessité de le compléter en introduisant une action en coresponsabilité entre État et collectivités territoriales ou une action récursoire de l'État contre ces collectivités de manière à instaurer une incitation forte au respect du droit communautaire par ces dernières**[770]. Le déclenchement de cette action, qu'elle soit de nature administrative ou juridictionnelle, à la diligence de l'État ne devra pas revêtir un caractère automatique et reposer sur une analyse circonstanciée des responsabilités respectives.

Par ailleurs, des contentieux importants se sont développés devant le juge administratif – dont le tribunal administratif de Rennes – à l'initiative de délégataires de service public ou de communes qui avaient été attaqués par des usagers et condamnés par les tribunaux judiciaires pour avoir livré une eau potable non conforme aux spécifications des directives et s'étaient retournés contre l'État pour carence fautive dans l'exercice de la police de l'eau ou des installations classées et dans le contrôle des exploitations agricoles.

Le Conseil d'État maintient donc, malgré les critiques compréhensibles mais non décisives dont elle a fait l'objet, sa proposition que la loi organise sans

plus tarder la prise en charge des condamnations par les véritables auteurs des manquements au prorata des responsabilités encourues.

2.5.2. Simplifier le droit national

Physiciens et chimistes ne cessent de s'extasier devant la transparence de cette substance et devant la saisissante simplicité de sa composition chimique, découverte par Cavendish, ou de sa synthèse – H_2O – réussie le 24 juin 1783 par Lavoisier. Par contraste, les légistes n'ont eu de cesse de rendre son droit complexe et opaque. Mais complexité et opacité du droit et des institutions de l'eau tiennent d'abord à ce que cette force mouvante touche à tous les aspects de la vie en société et ne se laisse pas facilement saisir par la loi. Trois exemples tirés du passé récent illustrent les complexités inutilement entretenues par la combinaison du droit international et du droit national et par le foisonnement et la superposition de législations multiples mais distinctes.

2.5.2.1. Unifier les définitions ou notions juridiques

La délimitation des zones humides, qui vient de donner lieu à un rapport intéressant[771], illustre les difficultés nées pour l'administration et pour son juge de la coexistence de définitions multiples d'une même réalité.

Les zones humides sont définies en droit international principalement par la convention RAMSAR du 2 février 1971, ratifiée par la France en 1986 et incorporée en droit interne en 1992. À la différence du droit français, cette dernière intègre des cours d'eau dans la définition qu'en donne l'article 1-1 de la convention : «*des étendues de marais, de fagnes, de tourbières, ou d'eaux naturelles 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*». Vingt-neuf zones humides sont reconnues à ce titre en France.

Plusieurs sites français telles la Camargue ou la forêt de Fontainebleau sont par ailleurs considérés comme des réserves de biosphère par l'UNESCO.

Des zones humides font également partie du réseau européen des «réserves biogénétiques[772]», programme lancé par le Conseil de l'Europe en 1976. Ces réserves correspondent à des biomes[773] dont la diversité génétique et les habitats doivent être conservés.

L'article 4 de la convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe signée à Berne le 19 septembre 1979 fait aussi référence à la constitution de réserves biogénétiques et de zones humides dans le cadre d'actions de conservation d'espèces et d'habitats.

Le droit communautaire a lui aussi établi un régime de protection spécifique, les zones Natura 2000 (directive habitats 92/43/CEE du 21 mai 1992), avec un objectif global de préservation de la biodiversité. Le programme Natura 2000 qui lui est associé inclut de nombreuses zones humides, notamment les tourbières. La directive 85/337/CEE sur les études d'impact mentionne aussi les zones humides dans son annexe III : un projet visé à l'annexe II et affectant une zone humide doit faire l'objet d'une évaluation environnementale.

Le droit national comporte inévitablement aussi son lot de définitions des zones humides.

La principale figure à l'article L. 211-1 I 1° du code de l'environnement. L'article L. 211-1-1 du même code énonce que la préservation et la gestion durable de ces zones sont d'intérêt général et que ces zones contribuent aux politiques de préservation de la diversité biologique, du paysage, de gestion des ressources en eau et de prévention des inondations. Plusieurs régimes ou procédures distincts coexistent de ce fait, susceptibles de délimiter ou de s'appliquer à de telles zones (plaines alluviales, marais, tourbières, prairies humides, lacs artificiels et étangs, estuaires, lagunes, marais littoraux…) qui couvrent environ 5 % du territoire national[774].

Des zones humides peuvent être définies pour les besoins de l'application de la police des eaux (art. L. 214-1 et L. 214-7 du code de l'environnement) en vertu de l'article L. 214-7-1 du même code. Le décret n° 2007-135 du 30 janvier 2007 (art. R. 211-108 du même code) et un arrêté du 24 juin 2008, pris en application de ce décret, retiennent deux critères pour définir ces zones : un critère pédologique et un critère botanique. Cette définition apparaît tellement large qu'un autre texte plus resserré est en cours de rédaction.

Les préfets peuvent également en délimiter pour les besoins de l'application de l'article L. 211-3 II 4° a) du code de l'environnement qui prévoit des programmes d'action dans les «*zones humides d'intérêt environnemental particulier*». Un décret n° 2007-882 du 14 mai 2007, codifié au code rural (R. 114-1 à R. 114-10), en précise les conditions d'élaboration et d'application.

Une zone humide peut en outre être délimitée :
• par un SAGE en application de l'article L. 212-5-1 3° du code de l'environnement (zones stratégiques pour la gestion de l'eau),
• par un arrêté de biotope pris en application de l'article R. 411-15 du code de l'environnement et destiné à protéger animaux et végétaux dans des «*mares, marécages ou marais peu exploités par l'homme*»,
• ou être incluse dans une zone naturelle d'intérêt écologique, floristique et faunistique (ZNIEFF) définie à l'article L. 411-5 du code de l'environnement[775] et délimitée par une collectivité territoriale, dans une réserve naturelle nationale ou régionale, dans un parc national ou régional, dans les réserves biologiques forestières gérées par l'ONF et soumises au régime forestier, dans des réserves nationales de chasse et faune sauvage, dans les espaces gérés par le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres…

Il ne faut pas oublier non plus que l'article 1395 D du code général des impôts exonère les propriétés situées en zone humide de la taxe foncière sur les propriétés non bâties lorsqu'un engagement de gestion de cinq ans est signé au profit d'un exploitant. Cette exonération, dont les modalités sont déterminées par le décret n° 2007-511 du 3 avril 2007, est compensée par l'État : selon ces dispositions codifiées aux articles 310-00 H à 310-00 H ter du code général des impôts, l'engagement «*porte sur la conservation du caractère humide des parcelles*».

Dans ces conditions et compte tenu des retards pris dans la mise en place des réseaux de données sur l'eau, il est pratiquement impossible pour l'administration, malgré les progrès de l'imagerie satellitaire et de l'informatique, de tenir un inventaire à jour, complet et exact de toutes les zones humides *au sens de*…

où coexistent quelques zones remarquables et de très nombreuses microzones définies selon des critères hétérogènes.

Illustration de ces difficultés, le législateur est intervenu pour tenter de les régler en partie : l'article 25 de la loi du 3 août 2009 reconnaissant l'insuffisance des connaissances et l'incohérence des dispositifs existants prévoit la mise à jour d'ici à 2012 de l'inventaire des ZNIEFF avec une révision des listes d'espèces menacées et son article 26 des concours financiers de l'État pour acquérir des zones humides[776].

Mais, pour le Conseil d'État, la seule et véritable solution à ce problème ne réside pas dans l'établissement d'un nouvel inventaire, au demeurant partiel. Sa recommandation consiste à réduire le nombre excessif et injustifiable de ces définitions juridiques et à tenter de les harmoniser ou de les unifier autour des définitions internationales ou, de préférence, communautaires, car il arrive de plus en plus fréquemment que l'Union européenne intègre à l'ordre juridique communautaire des conventions internationales en y adhérant comme elle l'a fait en matière de pollution des milieux marins ou en en reprenant le contenu.

2.5.2.2. Simplifier les procédures à haut risque juridique

Si le droit de l'eau forme un corpus complet, il multiplie les hypothèses de concurrence ou de superposition des législations créant autant de problèmes juridiques délicats d'articulation entre elles. Conséquence de cette complexité mal maîtrisée, **la mise en œuvre des procédures administratives liées à l'eau constitue un parcours d'obstacles semé d'embûches et de risques juridiques pour l'administration**. Le Conseil d'État est donc fréquemment saisi par le gouvernement de demandes d'avis pour décrypter leur mode d'emploi et prévenir les risques contentieux.

La réalisation de barrages sur la Loire – Villerest et Naussac, qui participent au système de protection contre les inondations et à l'alimentation en eau de la capitale – ou dans les parcs nationaux, qui est décrite en annexe 17, illustre parfaitement ce type de situations **qu'on pourrait parfaitement éviter si on le voulait, par exemple en favorisant les procédures d'instruction mixte**.

2.5.2.3. Décentraliser sans complexifier davantage

Réalisée par étapes, la décentralisation a contribué à accentuer la complexité et la confusion dans certaines matières.

Par exemple, en cas de mise à disposition des régions ou des départements et des communes des voies navigables et des ports fluviaux ou des ports maritimes par l'État en vertu de la loi du 22 juillet 1983 (cf. annexe 6 et note 159), l'article 7 de la loi du 22 juillet 1983 et un avis du Conseil d'État (avis de la section des travaux publics du 26 juin 1984, n° 335347) prévoient que les autorités de l'État restent chargées de la police de la navigation et de la police des eaux sur l'ensemble des voies navigables et des ports fluviaux – hormis les grands ports maritimes – ainsi que du règlement général de police à l'intérieur des limites administratives de tous les ports maritimes non autonomes. Le pouvoir réglementaire de l'État ne peut en revanche s'imposer sur le domaine propre de ces collectivités, les régions pouvant désormais créer des canaux et ports fluviaux, les départements

et les régions des ports maritimes de commerce ou de pêche et des ports de plaisance. Mais il va de soi que le transfert à la collectivité territoriale de la compétence pour édicter les règlements particuliers applicables dans les ports transférés n'a pas pour effet de rendre caducs les règlements pris par l'administration avant la date du transfert (CE, 23 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/ Salle*, Leb. p. 238). Si la création de ports fluviaux de plaisance relève des régions (avis de la section des travaux publics des 7 et 14 janvier 1992, nº 348.015) et si l'État envisageait de créer des redevances pour service rendu à la charge des bateaux de plaisance empruntant le réseau navigable intérieur, leur produit ne saurait bénéficier qu'à l'État ou à ses établissements publics alors qu'une partie du réseau où se pratique principalement la navigation de plaisance est appelée à être prise en charge et développée par les régions : seul un projet de loi pourrait régler la question de la couverture, quel que soit le caractère juridique de la voie d'eau empruntée, des charges d'entretien et d'amélioration du réseau par une redevance ou une taxe (avis de la section des travaux publics du 19 janvier 1988, nº 343.035). S'agissant des concessions, le transfert d'une voie navigable de l'État à une région a pour conséquence de transférer à cette dernière les responsabilités dans tous les domaines auxquels correspondent les concessions et autorisations consenties par l'État (avis de la section des travaux publics du 23 juin 1987, nº 342.254). L'article 124 de la loi du 29 décembre 1990 ayant conféré à VNF l'exploitation, l'entretien, l'amélioration, l'extension des voies navigables et de leurs dépendances et la gestion du domaine de l'État nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'autorité compétente pour prendre les décisions relatives à la gestion du domaine public fluvial a changé (avis de la section des travaux publics du 4 août 1992, nº 351.904) et, avant qu'une région puisse décider la création d'un port fluvial sur un cours d'eau non navigable, un décret en Conseil d'État doit préalablement transférer à la région la section navigable à aménager (avis précité des 7 et 14 janvier 1992). Mais, comme l'article 124 de la loi du 29 décembre 1990 n'a pas abrogé les dispositions législatives antérieures, par exemple celles qui concernent la CNR et qui exigent une autorité concédante unique pour les trois missions exercées par la CNR (cf. note 105), l'autorité concédante du domaine fluvial exploité par la CNR ne peut pas être VNF mais doit rester l'État (avis de la section des travaux publics du 6 février 1996, nº 358.249). Et, pour que tout cela fonctionne correctement, le Conseil d'État en a finalement appelé à la coordination administrative entre les différents acteurs : le maintien par la loi du 22 juillet 1983 de la définition des voies navigables « *est sans inconvénient insurmontable pour l'aménagement et l'exploitation d'une voie d'eau qui appartient au domaine public et dont certaines parties seulement sont navigables et peuvent être en conséquence transférées à la région, une concertation entre l'État et la région devant permettre, sous réserve des droits des tiers, d'harmoniser les régimes juridiques applicables aux diverses parties de la voie d'eau, soit au moment où les concessions en cours viennent à expiration, soit en négociant des avenants auxdites concessions, soit en réexaminant les situations réglées par des actes unilatéraux à la lumière de l'ensemble des circonstances de temps et de lieu* » (avis de la section des travaux publics du 23 juin 1987, nº 342.254).

Cette liste, explicite en elle-même, suggère la voie à recommander : **décentraliser en partant de la définition de la cible à atteindre et de l'état final du droit souhaité et non pas étape par étape en improvisant une solution chaque fois qu'une difficulté est rencontrée**.

2.5.2.4. Stabiliser le droit

La complexité du droit de l'eau se trouve accrue du fait de l'instabilité croissante de la loi. Si le droit de l'eau est, avec une grande loi tous les dix ans en moyenne (annexe 9), considéré comme une branche du droit beaucoup plus stable que d'autres, ce n'est qu'apparence et illusion, que le Conseil d'État se doit de dissiper avec énergie : sans compter les nombreuses directives intervenues durant cette période, entre 1980 et 2009 et en se limitant aux principaux textes cités dans ce rapport, pas moins de 61 lois ou ordonnances ont modifié des dispositions applicables aux différents champs couverts par le droit de l'eau. C'est en raison de l'éclatement qui le caractérise que l'instabilité de ce droit n'est pas perçue. Quand on le rétablit dans son unité, elle saute, hélas, aux yeux.

Le Conseil d'État plaide donc une nouvelle fois pour que ralentisse l'inflation législative et que la loi nouvelle, sans procéder par adjonction ou superposition, se donne d'abord comme objectif de simplifier celles qui se sont précédemment stratifiées dans le désordre. Cette remarque touche particulièrement les rapports que le droit de l'eau entretient avec le droit de propriété.

2.5.2.5. Simplifier le régime des droits de propriété ou d'usage sur l'eau

L'eau a fait l'objet de nombreux débats théoriques quant à son statut économique[777]. La plupart des auteurs lui reconnaissent le caractère d'un bien collectif, d'un bien public ou d'un bien commun de l'humanité. Plus récemment elle a été rangée au nombre des biens publics mondiaux. L'eau est aussi un bien ou un service économique consommé à titre individuel. De cette double nature de l'eau, bien collectif et bien privé, découle le débat, toujours actuel, sur le meilleur mode de gestion de l'eau – public ou privé – ainsi que, selon les grandes traditions juridiques ou culturelles, la diversité des droits relatifs à l'eau qui mettent l'accent tantôt sur son aspect collectif tantôt sur son côté individuel ou les combinent selon des dosages subtils.

Coexistent en effet souvent au sein d'un même système juridique des droits coutumiers d'usage collectif[778] et des droits privatifs qui trouvent leur fondement soit dans une décision administrative (telle que des autorisations de captage délivrées par une autorité centrale ou des licences d'utilisation accordées par des autorités locales), soit dans des droits liés à la propriété du terrain ou du sol situé au-dessus des nappes aquifères, soit dans les droits reconnus aux riverains des cours d'eau, soit tout simplement dans l'antériorité de l'usage ainsi qu'en témoignent en France les règlements particuliers et locaux sur l'usage des eaux des cours d'eau.

Lors de l'examen le 23 mai 1991 par son Assemblée générale du projet qui allait devenir la loi du 3 janvier 1992, son rapporteur relevait que « *[…] le régime de la propriété des eaux, très critiqué pour sa confusion, n'est pas modifié directement. Les partisans d'une nationalisation de l'eau en seront pour leurs frais […]. En ce qui concerne […] le régime de la domanialité des eaux, on comprend que le gouvernement n'ait pas voulu remettre en question ce régime tellement sensible en particulier dans le monde agricole. La section [des travaux publics] n'a pu que prendre acte de ce choix politique qui représente un compromis sans doute sage. Mais, ce faisant, la loi n'apporte pas la simplification décisive qu'aurait été une unification du régime juridique de l'eau […]* ».

Commentant la loi de 1964, Jean-François Théry écrivait avant lui : « *Une telle unification rendrait compte […] de l'unité foncière de la ressource en eau et faciliterait sa bonne gestion. Sources et rivières sont le plus souvent en liaison hydrogéologique étroite. La solution des difficultés rencontrées sur tel cours d'eau domanial peut rendre indispensable une action sur l'un de ses affluents non domaniaux. Or, sur la source, l'eau de la rivière ou celle du fleuve domanial, les droits des particuliers sont différents, et les moyens d'action des spécialistes par voie de conséquence, inégaux. […] Si l'on ajoute à cette constatation que la pluralité des régimes juridiques se double d'une pluralité des administrations responsables, on comprendra que la mise en œuvre pratique de certains schémas d'aménagement théoriquement simples puisse poser des problèmes d'une singulière complexité.* »

Les projets de loi votés en 1964 et en 1992 ont donc contourné la difficulté. Pour résoudre celle, ponctuelle, qui était alors soulevée, le Conseil d'État a réintroduit dans le projet de loi qui lui était soumis en 1991 une réserve[779], coutumière, rappelant que la nouvelle extension de la police des eaux ne pouvait pas préjudicier aux droits acquis et au droit de propriété, tout en se montrant plus souple à l'égard des eaux souterraines dont la qualité était déjà sérieusement menacée.

Si la législation française a, par facilité, éludé cette question tout au long de la seconde partie du XX^e^ siècle, le Conseil d'État doute que le *statu quo* puisse être longtemps maintenu, car le modèle français de gestion de l'eau révèle désormais ses limites et se trouve contraint par des obligations de résultat dans des délais brefs.

D'autres pays proches ont procédé à cet *aggiornamento*, l'Espagne par sa loi de 1985 – revue en 1999 – ou l'Italie par la loi n° 36 du 5 janvier 1994. Son article 1^er^ énonce que toutes les eaux de surface et les eaux souterraines, même si elles n'ont pas été extraites, sont publiques et constituent une ressource sauvegardée et utilisée selon des critères de solidarité.

Dans la ligne de ses prises de position antérieures, **le Conseil d'État estime que ce sujet, trop peu défriché, doit être à nouveau posé dans toute son ampleur, en dressant le bilan des différents dispositifs auxquels il a été recouru par le législateur soit pour ne pas heurter de front le droit de propriété, soit au contraire pour le contourner**.

Les deux innovations de la loi de 1964

La loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution comportait deux tentatives limitées mais intéressantes de réallocation des droits de propriété ou d'usage sur l'eau.

Cette loi a en premier lieu instauré[780] la catégorie nouvelle des cours d'eau mixtes : « *le droit à l'usage de l'eau appartient à l'État, […] le lit appartient aux riverains* » (art. 35). Les cours d'eau mixtes distinguent plus clairement la propriété individuelle du sol ou du lit et l'usage collectif de l'eau. La procédure de classement comme cours d'eau mixte, prévue par le décret du 1^er^ juin 1971, faisait intervenir un décret en Conseil d'État qui constatait les droits antérieurs exercés par les riverains et pouvait s'accompagner d'une indemnité fixée comme en matière d'expropriation en cas de dommage subi du fait de ce classement. Mais cette tentative a fait long feu : alors que certains s'attendaient que cette nouvelle catégorie finisse par englober progressivement tous les cours

d'eau domaniaux, aucun cours d'eau mixte n'a été classé comme tel en application du décret n° 71-415 du 1er juin 1971 relatif à la procédure de classement d'un cours d'eau non domanial en cours d'eau mixte et fixant les conditions de constatation des droits fondés en titre ainsi que des droits exercés sur l'eau par application des articles 644 et 645 du code civil. L'article 46 de la loi du 3 janvier 1992 a finalement abrogé un régime juridique qui n'avait pas reçu application en raison de sa complexité supposée et de sa faible attractivité pour les riverains qui conservaient les charges d'entretien sans obtenir la contrepartie du droit d'accession à la ressource. **Aucun retour d'expérience n'ayant été réellement conduit sur ce point, le Conseil d'État estime nécessaire de procéder à cette évaluation, car ce régime juridique pourrait à nouveau s'avérer de quelque utilité à l'avenir (cf. 2.4.4.5.).**

La loi de 1964 (art. 26) a en second lieu, pour améliorer le rendement de l'usage de l'eau après réalisation de barrages autres qu'hydroélectriques sur les cours d'eau non domaniaux, introduit la possibilité pour l'État de transférer par acte déclaratif d'utilité publique à son bénéfice puis à celui d'un concessionnaire le surplus non utilisé – le débit affecté – des richesses en eau générées par ces ouvrages, ne laissant aux riverains que la disposition du débit naturel ou débit réservé (art. 97-1 du code rural). Cette loi a ainsi limité les droits que les riverains tirent de l'article 644 du code civil et collectivisé, sans indemnisation s'agissant de la création d'une ressource nouvelle, l'usage de la ressource supplémentaire créée pour favoriser une utilisation plus efficace de la ressource entre propriétaires riverains et autres usagers : à l'époque, le besoin en eau augmentait à un rythme soutenu en volume et il fallait bien y répondre en mobilisant la ressource disponible.

Au-delà de ces deux initiatives ponctuelles, la doctrine s'est demandé à la fin des années 1960 si le régime juridique de l'eau avait bien sa place dans le droit des biens[781] puis à la fin des années 1980 s'il ne fallait pas aller plus loin et traiter les eaux souterraines comme une chose publique dont l'usage serait commandé par l'État[782], seules les eaux superficielles utilisées – sans passage préalable ou postérieur sur un autre fonds – sur le terrain où elles se trouvent étant susceptibles d'appropriation privée. Mais ces suggestions n'ont pas reçu d'écho.

Les autres techniques utilisées par la loi pour limiter le droit de propriété sans le remettre en cause

S'étant interdit de réallouer plus avant les droits de propriété ou d'usage de l'eau, la législation a fait appel à toute la palette des outils dont peut disposer l'administration à cet effet :

- la dissociation croissante entre le régime de la propriété du sol institué par le code civil et l'usage de l'eau ;
- l'extension permanente d'une police générale des eaux – multipliant les régimes de déclaration et d'autorisation pour tous les types d'installations, d'ouvrages, travaux ou activités (IOTA) et autorisant des restrictions d'usage en cas de pénurie – coexistant avec des polices spéciales multipliées dans leur nombre et maintenues dans toute leur étendue[783] ;
- la réglementation croissante des usages de la ressource, comportant notamment la fixation de normes de plus en plus contraignantes pour les rejets d'effluents et multipliant les types de redevances pour les prélèvements ;
- le recours au contrat et à l'incitation économique pour conduire les propriétaires à infléchir leur mode d'utilisation ou de consommation de la ressource ;

• l'imposition de servitudes de toute nature, certaines étant indemnisables comme celles instituées le long des cours d'eau domaniaux ou dans le périmètre de protection des captages en application de l'article L. 1321-3 du code de la santé publique – qui renvoie aux règles applicables en matière d'expropriation[784]–, d'autres ne l'étant pas comme les servitudes d'urbanisme – à deux réserves près[785] – ou les servitudes instituées pour prévenir les catastrophes naturelles, à une réserve près[786] ;
• l'expropriation du droit d'usage de l'eau ou des emprises foncières nécessaires à la valorisation de certains de ses usages comme l'a fait la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, reprenant la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, et de la Cour de cassation d'ailleurs, pour qui « *la pente des cours d'eau, même non navigables, ni flottables, n'était pas susceptible de propriété privée* » ;
• et même la domanialisation partielle de l'eau[787] ou de son usage avec la création des cours d'eau mixtes, voire totale dans les départements d'outre-mer.

La notion de patrimoine commun, introduite par la loi du 3 janvier 1992, a également brouillé les pistes : elle a pu laisser croire l'espace d'un instant que la collectivité nationale allait, dans une nouvelle nuit du 4-Août, supprimer les derniers droits féodaux faisant obstacle au développement durable au profit d'une souveraineté collective sur l'usage de l'eau, *res communis*. Mais les juristes ont rapidement dissipé le malentendu : cette notion ambiguë n'implique pas une appropriation publique de l'usage mais vise seulement à créer des devoirs de préservation à la charge des citoyens actuels et des droits au profit des générations futures (cf. note 85).

L'issue malheureuse de la grande loi sur la pêche en eau douce de 1984 (cf. annexe 10) illustre aussi la combinaison délicate et difficile entre droit de propriété et extension des pouvoirs de police : le droit civil ne peut pas être subrepticement contourné par les lois de police sans s'exposer à d'innombrables problèmes d'application de ces lois. Autrement dit, la collectivisation de l'usage de la ressource, si tel est bien l'objectif poursuivi, doit affronter clairement le problème des droits de propriété au lieu de le contourner.

Le Conseil d'État, comme il l'a démontré lors de l'examen de la loi de 1992, ne met pas en cause par principe le recours à ces différentes techniques : confrontés à une concurrence plus forte des usages au sujet d'une ressource ressentie comme de plus en plus rare et de plus en plus menacée dans sa qualité par la pollution, les pouvoirs publics sont inévitablement conduits à socialiser davantage l'usage de l'eau et par conséquent à déplacer graduellement la frontière entre appropriation privée et publique de cet usage. C'est d'ailleurs l'un des rôles essentiels qui leur reviennent depuis la naissance des sociétés politiques.

Les questions posées sont pour le Conseil d'État celles de l'efficacité des moyens techniques choisis pour faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers, de l'accessibilité et de la lisibilité du droit. En particulier parce que la superposition de multiples régimes de police avec une allocation inchangée des droits de propriété ou d'usage est de moins en moins conciliable avec les acquis récents de la science et rend le droit de l'eau complexe et son application incontrôlable et finalement très peu efficace (cf. 2.5.3.2. et 2.5.4.).

Des obstacles plus nombreux à l'application du droit de l'eau

Plusieurs pans du droit de l'eau ont buté hier et butent encore aujourd'hui sur les droits de propriété ou d'usage, militant en faveur d'une remise à plat.

Celle-ci s'est imposée de manière ponctuelle au législateur, par exemple lors du vote de la loi du 16 octobre 1919. Constatant que les dispositions de l'article 644 du code civil relatives aux droits réels des riverains sur les rives ou sur l'usage de l'eau avaient fait obstacle au plein développement de l'énergie hydraulique pendant la Première Guerre mondiale, le législateur a collectivisé l'usage de l'énergie des chutes d'eau au profit de l'État et adopté un régime juridique de déclaration d'utilité publique[788] et de concession permettant au concessionnaire de vaincre les résistances des propriétaires riverains en prévoyant la possibilité d'exproprier, moyennant indemnité, les terrains nécessaires à l'aménagement des retenues et l'indemnisation des propriétaires riverains évincés de leur droit d'usage de l'eau par l'acte de concession, cette indemnisation fixée par l'administration dans le cahier des charges prenant en compte, pour les droits d'usage de l'eau non exercés, la valeur vénale de la fraction de la puissance brute concédée dont se trouvait privé chaque riverain selon un dispositif qui rappelle la redevance tréfoncière des mines. Mais, selon la doctrine, cette loi n'a pas rendu pour autant l'État propriétaire de la force du mouvement des eaux : elle demeure une chose commune au sens de l'article 714 du code civil et l'État exerce sur elle un pouvoir de surintendance ou un pouvoir analogue à celui qu'exerçait sous l'Ancien Régime le souverain sur le domaine éminent.

Dans le même ordre d'idées, la répartition des eaux d'irrigation par le préfet doit tenir compte, pendant la période limitée à la durée de la pénurie ou de la sécheresse, des droits de priorité reconnus aux arrosants les plus anciens par leurs titres de propriété ou par les usages locaux (CE, 10 mai 1950, *Moutin*, rec. p. 274 pour l'application de la loi des 12-20 août 1790). On imagine sans peine les difficultés qui en découlent pour la mise en œuvre de cette police.

Plusieurs exemples, d'importance inégale, illustrent la difficulté contemporaine à combiner droit de l'eau et droit de propriété :
• l'accès piéton, actuellement juridiquement impossible sauf pour les pêcheurs, des non-riverains aux cours d'eau non domaniaux dont l'eau est pourtant *res communis* ; et surtout la difficulté d'assurer le bon entretien des cours d'eau non domaniaux et du million de km de berges qu'ils comportent puisque cet entretien repose sur des milliers de propriétaires riverains avec lesquels l'administration peut difficilement communiquer ;
• l'interception, permise par l'article 641 du code civil, par des propriétaires des eaux pluviales coulant sur leur fonds et leur rassemblement dans des retenues de substitution en vue de l'irrigation, privant ainsi en aval la rivière d'une partie de son débit et faisant échapper les intéressés aux obligations de maintien du débit réservé généralement imposé aux exploitants d'ouvrages sur les cours d'eau. Pour y remédier, certains suggèrent d'instituer, à tout le moins en ZRE, une obligation de restitution à la rivière d'un volume d'eau proportionnel à la surface de l'impluvium intercepté. Cette proposition se heurte toutefois en l'état à l'article 641 du code civil ;
• la multiplication des captages privés prélevant les eaux de source dans la nappe superficielle conformément aux droits découlant de l'article 642 du code civil, c'est-à-dire à la mesure de ce que chacun peut consommer, et celle des prises d'eau pour l'irrigation dans les cours d'eau non domaniaux permise par

l'article 644 du même code finissent également par porter préjudice aux titulaires d'autorisations antérieures et surtout un problème global d'abaissement du niveau des nappes ou de l'étiage des cours d'eau ;
• le régime juridique dual entre eaux superficielles et eaux souterraines encourage de nos jours la surexploitation des nappes souterraines[789], notamment par les agriculteurs qui sont souvent propriétaires de leurs terres et riverains de cours d'eau non domaniaux, une surexploitation que les défenseurs de l'environnement et le droit communautaire voudraient aujourd'hui enrayer ;
• le développement difficilement contrôlable de l'irrigation dès lors que l'initiative est privée[790] ;
• le problème de la destruction par l'administration des ouvrages abandonnés ou orphelins et de ceux qui ayant perdu leur justification économique dégradent l'hydromorphologie des cours d'eau, aspect de la gestion de l'eau dont on a récemment redécouvert l'importance au regard des objectifs de reconquête de la qualité et du maintien de la biodiversité. Les dispositions des articles L. 214-4 II et L. 215-10 I 4° du code de l'environnement prévoient le premier que les autorisations accordées peuvent être retirées ou modifiées sans indemnité lorsque les ouvrages ou installations sont abandonnés ou ne font plus l'objet d'un entretien régulier, le second que toute collectivité publique peut, en cas de défaillance d'un propriétaire d'ouvrage réglant le plan d'eau ou d'usine qui n'aurait pas entretenu ces derniers depuis plus de vingt ans décomptés à partir du 30 mars 1993, exécuter d'office après mise en demeure les travaux résultant de la modification ou de la révocation de l'autorisation et poursuivre auprès de lui le remboursement de ces travaux. À supposer que ces dispositions puissent jouer – dans le second cas, c'est peu vraisemblable, car le décret en Conseil d'État nécessaire à l'application de ce texte n'est jamais intervenu–, il faut ensuite trouver un maître d'ouvrage acceptant d'entreprendre les travaux de destruction et capable de les préfinancer, ce que les propriétaires ont généralement refusé de faire.

Par ailleurs, d'autres évolutions analysées ci-dessus ou ci-après (amplification des pollutions diffuses d'origine agricole ; mise en cause de la responsabilité de l'État pour passivité dans l'exercice de ses pouvoirs de police des installations classées ou de la police de l'eau ; impacts à venir du réchauffement climatique…) appelleront des réponses collectives plus fermes et plus invasives au regard des droits individuels de propriété ou d'usage. Faute d'avoir eu le courage politique de poser ces questions et de les trancher clairement en temps utile, les gouvernements et assemblées parlementaires ont depuis lors accru la complexité du droit et limité par contrecoup l'efficacité des dispositifs qu'ils ont mis en place (cf. 2.5.3. et 2.5.4.).

Le faux problème des établissements fondés en titre

Dans ce registre des droits de propriété, les établissements fondés en titre posent une autre difficulté juridique, qui est largement surestimée par l'administration, car la jurisprudence administrative et la loi permettent de la surmonter.

Survivance historique, ils signalent à leur manière la prépondérance du droit d'usage dans le droit de l'eau. Consentis d'une part sur les cours d'eau appartenant au domaine public avant l'intervention de l'édit de Moulins (cf. annexe 5), lors des ventes de biens nationaux sous la Révolution ou depuis 1790 par le législateur lui-même – le principe de l'inaliénabilité ne lui étant pas opposable – aux « usiniers » à une époque où l'électricité n'était pas encore distribuée aux

portes des établissements industriels par un réseau national, d'autre part sur les cours d'eau non domaniaux avant l'abolition des privilèges et droits féodaux par le décret du 11 août 1789 et l'instruction législative des 12-20 août 1790 (CE, 1er février 1855, *Compagnie du canal de jonction de la Sambre à l'Oise c/ Pruvost et consorts*, rec. p. 100 ; CE, 5 décembre 1947, *Sieur Mounier*, rec. p. 457) ou par suite de vente de ces biens, ils constatent légalement des droits privatifs d'usage[791] et non de propriété sur les cours d'eau domaniaux ou non domaniaux, l'évolution juridique de leur statut étant indifférente (CE, 9 mars 1928, *Suderies*, rec. p. 342). Leur effet principal est de mettre leurs titulaires à l'abri de la précarité qui caractérise l'occupation du domaine public (imprescriptibilité et inaliénabilité de ce domaine) ou des revendications que les autres utilisateurs de la ressource pourraient faire valoir sur les cours d'eau non domaniaux au titre des usages locaux ou des règlements d'eau[792] et de les dispenser de solliciter une autorisation de prélèvement au titre de la police de l'eau. L'ordonnance no 2005-805 du 18 juillet 2005 (art. L. 214-6 II du code de l'environnement) a d'ailleurs consacré leur assimilation à des autorisations ou déclarations susceptibles de faire l'objet d'arrêtés complémentaires.

Aujourd'hui, c'est leur état d'abandon qui constitue la préoccupation publique principale, une préoccupation qui est en outre aiguillonnée par les défenseurs de l'environnement et de la biodiversité attachés à l'effacement de tous les obstacles à la libre circulation dans les cours d'eau.

La loi et le droit administratif apportent déjà une réponse à de telles situations. Les ouvrages installés sur les cours d'eau domaniaux peuvent en effet faire l'objet de demandes unilatérales de modifications ou de suppression à l'initiative de l'administration mais celle-ci doit alors indemniser le permissionnaire dans la stricte limite du débit autorisé par le titre. Les ouvrages installés sur les cours d'eau non domaniaux doivent de même faire l'objet d'une demande d'autorisation lorsque le bénéficiaire veut augmenter la capacité de l'installation fondée en titre au-delà de la puissance brute initiale ou la transformer en profondeur[793]. Ces autorisations peuvent également, depuis la loi du 8 avril 1898 (art. 14 et 45) comme auparavant (CE, 8 août 1892, *Danto*, rec. p. 706), être modifiées[794], réglementées[795] ou supprimées unilatéralement par l'administration (CE, 29 janvier 1936, *Sieur Loury*, rec. p. 132), avec (CE, 28 mars 1928, *Potel*, rec. p. 464 ; CE, 2 juin 1978, *Époux Chatillon*, Leb. t. p. 815) ou sans indemnité dans l'intérêt de la salubrité publique[796], laquelle inclut la protection de la nature, selon les dispositions qui figuraient autrefois au code rural (art. 107 et 109[797]). Le titre prend également fin si l'ouvrage tombe en ruine ou a changé de destination mais pas en cas d'absence d'entretien de l'installation[798].

Si l'administration ne dispose pas toujours des éléments permettant de vérifier l'étendue des droits du titulaire ou la conformité de la situation présente de l'ouvrage au titre d'origine, c'est une question de moyens d'information – une de plus – relative au système d'information sur l'eau[799] et de moyens de suivi des titres ou des autorisations accordées et non pas une question juridique.

L'administration dispose ainsi de plusieurs solutions juridiques pour surmonter les difficultés qu'elle est susceptible de rencontrer : contrôler la conformité de l'installation au titre d'origine ; constater sa ruine ou son changement de destination et en tirer les conséquences ; modifier ou supprimer unilatéralement l'ouvrage avec indemnisation lorsque celle-ci est prévue ; racheter le titre.

Les mettre en œuvre suppose simplement que l'État y consacre les moyens humains et budgétaires nécessaires, ce qui constitue la véritable difficulté, déjà rencontrée à maintes reprises, car il s'agit ici non pas d'appliquer un texte général à toutes les situations – c'est une des définitions de la loi – mais de faire un délicat travail d'archive au cas par cas. **Gérer les conséquences de la complexité juridique et de l'empilement des régimes dérogatoires en matière d'allocation des droits de propriété et d'usage de l'eau présente un coût très élevé pour la puissance publique : elle ne peut pas sans incohérence d'un côté les accroître en permanence – notamment pour ne pas s'attaquer de front à cette allocation – et de l'autre refuser à l'administration les moyens matériels et humains de la gérer au quotidien.**

La domanialisation de toutes les eaux : une panacée ?

Un des paradoxes fascinants du droit français est qu'un régime juridique intégré de toutes les eaux – un rêve pour la métropole – existait dans les départements d'outre-mer (DOM) et y a perduré jusqu'à ce que la loi du 30 décembre 2006 y mette fin.

Dès l'Ancien Régime, des textes particuliers y ont rattaché toutes les eaux douces au domaine public : en Guadeloupe par exemple, une ordonnance du gouverneur général en date du 8 octobre 1680, confirmée par un ordre royal du 26 décembre 1703 puis par une ordonnance du 15 juin 1772 et une lettre ministérielle du 6 mai 1776 ; il en a été de même au XIX^e^ siècle pour tous les cours d'eau. Dans les DOM, appartenaient ainsi généralement au domaine public de l'État toutes les eaux stagnantes ou courantes à l'exception des eaux pluviales, tous les cours d'eau navigables, flottables ou non, naturels ou artificiels, ainsi que les sources et les eaux souterraines par dérogation à l'article 552 du code civil. Pour ces dernières, il s'agissait, semble-t-il, d'éviter leur salinisation à la suite de prélèvements incontrôlés.

La départementalisation opérée en 1948 n'a pas modifié ce régime particulier des eaux. Le décret du 31 mars 1948 pris en application de la loi du 19 mars 1946 énonce que : « *Dans les départements d'outre-mer, toutes les eaux stagnantes ou courantes, tous les cours d'eau navigables, flottables ou non, naturels ou artificiels, font partie du domaine public de l'État, sous réserve de droits régulièrement acquis par les usagers et les propriétaires riverains à la date du 6 avril 1948* », sans évoquer toutefois le sort des eaux souterraines, des eaux pluviales et des eaux de source, ce qui a provoqué de sérieuses difficultés d'application.

Saisi par la voie de l'exception de la légalité de ce décret (CE, 4 octobre 1967, *Époux Butel*, rec. p. 350), le Conseil d'État a jugé que le gouvernement pouvait abroger ou modifier toutes dispositions législatives ou réglementaires sans que sa compétence se trouve limitée par l'existence éventuelle de droits acquis sur les eaux stagnantes ou courantes, dont la disparition pouvait seulement justifier le cas échéant une action en réparation. Il a également jugé que dans les quatre départements d'outre-mer « *toutes les eaux stagnantes ou courantes, parmi lesquelles figurent nécessairement les sources qui alimentent ces eaux, font partie du domaine public de l'État* ».

Le droit applicable faisant obstacle à la libre utilisation par les habitants des eaux transitant par leur fonds et bloquant par là le développement agricole à une époque de forte croissance démographique, le législateur est intervenu pour débloquer cette situation.

La loi n° 68-1092 du 4 décembre 1968 a étendu aux DOM les dispositions de l'article 552 du code civil relatif aux eaux souterraines mais non pas celles de l'article 641 relatives aux eaux pluviales. Puis la loi n° 73-550 du 28 juin 1973, selon un mouvement de sens contraire, a rattaché au domaine public les eaux souterraines par dérogation à l'article 552 du code civil et a permis aux propriétaires, selon les dispositions de l'article 641 du code civil, d'user des eaux courantes coulant sur leur fonds et provenant de sources ou de puits creusés sans que leur creusement soit soumis à autorisation. L'État se réservait, en contrepartie de cette libéralisation de l'usage des eaux courantes, le droit de limiter par voie réglementaire les prélèvements et d'autoriser l'usage de l'eau à fin d'irrigation. Ces dispositions de la loi de 1973 ont été codifiées à l'article 90 du code du domaine public de l'État et constituaient une exception à l'article 1er du code du domaine public fluvial définissant ce dernier domaine.

À nouveau saisi d'une question relative aux prélèvements dans les cours d'eau domaniaux, le Conseil d'État, après avoir rappelé l'article 90 du code du domaine de l'État dans sa rédaction résultant de la loi du 28 juin 1973 et que ce code était applicable dans les DOM en l'absence de toute mesure d'adaptation, en a déduit qu'il «*n'y a pas d'obstacle à ce que l'eau des cours d'eau des départements en cause fasse l'objet des divers usages habituels dans les mêmes conditions qu'en métropole, dans les formes prévues pour les prises d'eau sur le domaine public fluvial par le titre troisième dudit code. En dehors des prélèvements effectués au titre de droits fondés antérieurement au 6 avril 1948, les prises d'eau doivent être autorisées conformément aux articles 25 et 33 dudit code, et sont assujetties aux redevances prévues par l'article 35 de ce code et réglementées par le décret n° 48-1698 du 2 novembre 1948 modifié par les décrets 60-1121 du 17 octobre 1960 et 74-535 du 17 mai 1974*» (avis de la section des travaux publics du 2 octobre 1984, n° 336.190).

Comme ses dispositions empêchaient en outre la constitution d'un domaine public fluvial par les DOM en application de la loi du 30 juillet 2003 et rendaient en outre délicat le paiement d'une eau potable inaliénable du fait de son appartenance au domaine public de l'État, l'article L. 90 du code du domaine public fluvial a été modifié par l'article 18-I de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 5121-1 du code général de la propriété des personnes publiques) pour que les eaux stagnantes et courantes ainsi que tous les cours d'eau appartiennent désormais comme en métropole au domaine public fluvial[800], transférable aux collectivités territoriales. Selon les débats parlementaires, cette nouvelle modification législative prenait aussi acte de l'introduction du principe de la gestion équilibrée de la ressource par la loi du 3 janvier 1992 et de la création d'offices de l'eau outre-mer par la loi du 13 décembre 2000.

Rien n'étant simple en droit de l'eau, l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon relevait d'une autre législation. L'ordonnance n° 77-1107 du 26 septembre 1977 qui a étendu à Saint-Pierre-et-Miquelon l'article 90 du code du domaine de l'État n'ayant pas modifié le champ d'application territorial des articles du titre IV de ce code, qui s'appliquaient selon le cas à trois ou quatre des DOM, les eaux de Saint-Pierre-et-Miquelon n'étaient pas soumises aux dispositions de cet article. Elles n'en étaient pas moins domaniales en vertu de la législation antérieure (art. 160 de l'ordonnance royale du 9 février 1827 et article 105 du décret du 5 août 1881), qui n'a pas été modifiée, et cette domanialité publique s'étendait aux eaux de source et aux eaux souterraines. Et si l'ordonnance de

1977 a étendu le code civil de métropole à Saint-Pierre-et-Miquelon, et donc ses articles 641, 642, 643 sur les eaux stagnantes et 552 sur les eaux souterraines, les dispositions spéciales relatives au régime des eaux concernant Saint-Pierre-et-Miquelon prévalaient sur les dispositions générales du code civil si bien qu'en définitive la domanialité publique s'étendait aux mêmes éléments que dans les autres DOM mais pour des raisons juridiques différentes (avis de la section des travaux publics du 26 septembre 1978, nº 323.034). Toutefois le Conseil d'État avait ajouté : «*L'examen des questions ainsi posées par la demande d'avis a conduit le Conseil d'État à constater que des erreurs avaient été commises lors de l'élaboration des ordonnances du 26 septembre 1977, en raison principalement d'une connaissance imparfaite du régime des eaux antérieur. Les dispositions de ces ordonnances s'en trouvent par suite souvent inadaptées. Il y aurait lieu de procéder à un réexamen d'ensemble de ces textes.*»

En raison de l'extrême diversité et complexité des règles applicables à l'eau, les mêmes observations restent valables aujourd'hui : le droit de l'eau demeure insuffisamment connu et l'élaboration de la législation débouche de ce fait très souvent sur des dispositions inadaptées ou inapplicables. Pour y mettre un terme au cas particulier, l'article 18 de la loi du 30 décembre 2006 a également été rendu applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon (art. L. 5261-1 du même code). La collectivité départementale de Mayotte bénéficie également d'un régime de domanialité pure (art. L. 5331-8 du même code).

L'existence durant de longues années d'un régime entièrement domanial de l'eau dans les DOM est riche d'enseignements pour la métropole : notre système juridique a été capable d'engendrer un régime intégré du droit de l'eau, incluant les eaux de source et les eaux souterraines, avec un usage placé sous le contrôle de la puissance publique. Et l'hypothèse d'une transposition à la métropole d'un tel régime mériterait d'être examinée comme l'une des solutions possibles pour progresser vers une intégration du droit de l'eau.

Force est toutefois de constater que l'existence d'un régime juridique domanial entièrement intégré sous le contrôle direct de l'État ne constitue pas à lui seul une garantie d'atteinte d'un bon état des eaux s'il ne s'accompagne pas de la mise en œuvre des autres aspects du modèle français de gestion de l'eau : faute pour lui d'y avoir mis en place en temps utile, comme en métropole, le mode de gestion de l'eau – associant agence de l'eau et financement de la politique de l'eau par des redevances pour utilisation ou pollution de la ressource – et d'avoir consacré avec les collectivités intéressées les moyens adéquats à la construction et à l'entretien des infrastructures, la situation des eaux – domaniales pour l'essentiel – y est pire qu'en métropole (cf. note 345) et l'information sur l'état de ces eaux encore plus lacunaire.

Mais cet exemple montre aussi que le droit français dispose d'une flexibilité importante quant au droit de l'eau puisque y coexistent des régimes accordant la prépondérance au droit de propriété individuelle et des régimes ayant intégralement placé l'usage de l'eau dans la sphère collective ou publique, avec des situations intermédiaires où des régimes de police tempèrent l'usage privé par une discipline collective. Si l'ensemble forme actuellement un paysage confus, largement dicté par les circonstances de climat, de temps et de lieu, il semble possible au Conseil d'État de procéder à des harmonisations ou à des unifications de régimes juridiques.

Si l'on veut en particulier renforcer l'emprise publique sur les eaux souterraines, plusieurs pistes sont à explorer : supprimer le régime de la déclaration et revenir à un régime plein d'autorisation (cf. 2.5.3.2.1.) ; renforcer les servitudes avec l'ouverture d'un droit de délaissement au profit des propriétaires ; soumettre les forages d'eau douce de plus de dix mètres de profondeur à autorisation (cf. note 812) ou au droit minier, cette dernière hypothèse présentant l'avantage pour l'État de reporter la charge de l'indemnisation éventuelle sur le concessionnaire de l'exploitation de la nappe comme cela a été fait pour les concessions hydroélectriques ; mettre fin au régime d'accession aux eaux souterraines sur le fondement de l'article 714 du code civil en planifiant l'expropriation dans la durée des droits d'usage qui ne seraient pas maintenus, en commençant par les nappes les plus menacées ou les plus fragiles.

Quel droit pour la gestion intégrée ?

Le Conseil d'État estime donc que le droit de l'eau hérité du droit romain mérite d'être revu à la lueur des apports récents de la science (d'où la contribution sollicitée auprès de l'ONEMA sur « Science et élaboration du droit de l'eau »)**, des débats internationaux ouverts depuis une dizaine d'années, des expériences d'autres pays mais aussi du principe de la gestion intégrée de la ressource qui s'est maintenant imposé comme la règle universelle de bonne gestion.**

Un droit de l'eau idéal devrait englober tous les aspects de cette gestion : les eaux de surface et les eaux souterraines dont la science affirme à présent qu'elles sont indissociables ; les eaux de la ville et de la campagne ; les interfaces, sur le littoral, entre les eaux douces et les eaux salées mais aussi les interfaces avec les États riverains lorsque les ressources sont transfrontières ; les eaux naturelles et les eaux artificielles ; l'eau potable, les eaux usagées et les eaux pluviales ; les eaux paisibles mais aussi les eaux manquantes (sécheresse…) ou agitées et menaçantes (ruissellements, tornades, inondations, tempêtes…). Il s'agit donc de tendre vers un droit plus homogène, couvrant tous les problèmes de quantité et de qualité d'une même ressource et d'un même milieu. La contribution du professeur Yves Jégouzo ouvre des perspectives à cet égard. Ce droit homogène devrait entièrement reposer sur la notion de *res communis* (art. 714 du code civil), c'est-à-dire faire prévaloir un droit d'usage, adaptable et modifiable selon l'intérêt collectif des usagers, sur le droit de propriété privée.

Le droit de l'eau deviendrait alors le lieu ou la discipline où se combineraient de manière cohérente et harmonieuse les régimes d'utilisation d'une même ressource et où s'effectuerait l'articulation entre la diversité et la concurrence des usages.

L'entreprise de remembrement du droit qui a débuté avec l'élaboration du code de l'environnement à partir des nécessités de protection de l'eau comme milieu est à poursuivre : il s'agit maintenant de favoriser la gestion intégrée de la ressource en la traduisant dans le droit positif et de tendre vers l'unification du régime juridique applicable aux différentes catégories d'eaux énumérées ci-dessus.

Le Conseil d'État pourrait poursuivre et approfondir la réflexion sur ce point avec le gouvernement et le Parlement, notamment avec le Sénat.

2.5.3. Simplifier et mieux appliquer la police de l'eau

Élément le plus visible du droit de l'eau pour le juge administratif, cette police est, elle aussi, fragmentée et éclatée à un point tel que sa mise en œuvre est largement inefficiente.

2.5.3.1. Des polices multiples et superposées

Il existe vingt-cinq polices différentes dans le seul code de l'environnement, dont treize concernent de près ou de loin l'eau. Y coexistent, dans le livre 2, la police de l'eau et les polices de l'environnement en mer, dans le livre 3, la police du littoral, la police des parcs nationaux, la police des réserves naturelles, la police des sites, dans le livre 4, la police de la faune et de la flore, la police de la chasse et la police de la pêche en eau douce[801], dans le livre 5, la police des installations classées pour la protection de l'environnement, la police des produits chimiques et biocides, la police des déchets et la police des risques naturels. Mais, s'agissant de l'eau, il faut y ajouter de multiples autres polices prévues dans d'autres codes et notamment les deux polices de l'aménagement foncier et des produits phytosanitaires prévues par le code rural, la police forestière prévue par le code forestier, les cinq polices prévues par le code de la santé publique – à savoir la police des eaux destinées à la consommation humaine, la police des eaux minérales, la police des eaux de baignade, la police des eaux usées (évacuation, traitement, élimination et utilisation) et la police des effluents radioactifs[802] –, une police des mines, une police de l'énergie hydraulique[803], une police des ports, une police des voies navigables, une police de la conservation du domaine public… sans oublier la police générale de l'eau qui appartient au préfet dans le département[804] et la police générale de la sécurité et de la salubrité exercée par le maire sur le territoire de la commune[805]…

De nouvelles polices découlent aussi des lois récentes. Par exemple, à l'occasion de l'examen de la loi du 3 janvier 1992, le Conseil d'État a identifié une police de la gestion et de l'affectation de la ressource en eau, distincte de la police traditionnelle de l'eau et de la police de la salubrité ou de la lutte contre la pollution, mais a considéré, par souci de ne pas accroître encore la confusion, qu'elle ne s'appliquerait pas au domaine public, l'administration disposant déjà des pouvoirs de police nécessaires pour organiser cette répartition par voie réglementaire.

La loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale qui transpose la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale a également créé un nouveau régime de police spéciale qui confère au préfet le pouvoir d'arrêter, si l'exploitant tarde à le faire, les mesures à prendre en cas d'incident ou de menace imminente d'incident causant un dommage à l'environnement. Le préfet jouera également un rôle déterminant dans l'évaluation et la répartition des coûts : il aura le pouvoir de recouvrer les sommes dues par l'exploitant. Sa définition est au demeurant large (« *toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité* ») et peut ainsi concerner des collectivités publiques exploitant directement un service.

Les services administratifs chargés de ces différentes polices ne sont pas moins nombreux : pour procéder au contrôle des déversements d'eaux usées et lutter contre la pollution au titre de la police de la salubrité, l'article 9 de la loi du 16 décembre 1964 ne cite pas moins de neuf services, outre les officiers et agents de police judiciaire : les fonctionnaires et agents assermentés et commissionnés du service des ponts et chaussées, du service du génie rural, du service des mines et des services extérieurs de la marine marchande et de l'institut scientifique et technique des pêches maritimes, les fonctionnaires de l'administration des eaux et forêts et ses agents commissionnés, les agents des services de la santé publique, les agents chargés de la police des établissements classés, les agents des douanes… Pour appliquer les 25 polices spéciales de l'environnement alors en vigueur, le code du même nom ne désigne pas moins de 70 catégories d'agents pour intervenir dans l'une ou plusieurs de ces polices. Le droit administratif a empilé les polices en créant à chaque occasion une police nouvelle par milieu, par activité ou par type de territoire… avec des personnels spécialisés pour constater les infractions et des sanctions spécifiques. L'efficacité d'un tel édifice – faut-il s'en étonner ? – est pour le moins limitée.

De ce fait, si la législation comporte quelques exemples de procédures coordonnées ou mixtes[806], elle offre fréquemment des fondements juridiques variés à une même mesure administrative de police[807] ou soumet à plusieurs législations distinctes la même opération ou les mêmes travaux[808] : à force d'avoir voulu tout couvrir de manière compartimentée et d'avoir répondu successivement à des problèmes de circonstance sans vision d'ensemble, elle y perd en lisibilité et multiplie les problèmes de superposition ou de coordination. Le Conseil d'État essaie naturellement de les élucider[809] et de les minimiser dans le cadre de ses activités consultatives (avis de la section des travaux publics du 17 septembre 1970, n° 305.109[810]) mais il ne peut pas ponctuellement venir seul à bout d'un droit déficient dans sa conception et son mode d'élaboration mêmes. Il n'a cependant de cesse de rappeler à toute époque[811] que la codification des textes constitue un facteur de clarté et d'intelligibilité de la loi.

2.5.3.2. Une efficacité limitée

Dès l'examen du projet qui allait devenir la loi du 3 janvier 1992, le Conseil d'État s'était sérieusement inquiété sur la capacité qu'aurait l'administration à exercer les nouveaux pouvoirs conférés par cette loi et des moyens dont elle disposerait à cet effet, en particulier pour exercer une police des eaux de plus en plus étendue. **Rétrospectivement, ses inquiétudes étaient fondées** puisqu'il constate que la police des eaux soulève plusieurs questions quant à son efficacité : celle de l'instruction des déclarations et autorisations, celle du contrôle du respect des différentes législations applicables à l'eau, celle de l'organisation et des moyens de cette police, celle enfin du niveau et des différentes modalités d'infliction des sanctions.

2.5.3.2.1. Des failles dans le régime des déclarations et autorisations

L'instruction des déclarations et autorisations au titre de la législation de l'eau constitue traditionnellement le premier grand bloc de compétences relevant de cette police. Malgré sa simplification récente et bienvenue, ce régime comporte trois imperfections fréquemment soulignées par les rapports administratifs ou la doctrine mais d'importance inégale.

Des déclarations de forages et/ou d'installations ne sont pas effectuées[812]

Le Conseil d'État observe toutefois que l'administration ne connaît pas avec précision le taux de non-déclaration par type d'installations, ouvrages, travaux ou activités (IOTA). L'ampleur du phénomène de non-déclaration présente un inconvénient grave pour la connaissance des prélèvements et du cycle de l'eau : alors que le régime de déclaration-autorisation est censé apporter, entre autres retombées, à la puissance publique chargée de la bonne utilisation de la ressource une information exacte sur l'ampleur des prélèvements, celle de la sous-déclaration accrédite l'analyse selon laquelle elle n'est aujourd'hui pas capable de remplir son office. L'article 4 de l'ordonnance n° 2005-805 du 18 juillet 2005 a offert une possibilité de régularisation expirant le 31 décembre 2006, avec faculté pour l'administration d'imposer dans certains cas le dépôt d'une déclaration ou une demande d'autorisation. L'ordonnance prévoit aussi un régime permanent de régularisation dans un délai d'un an en cas de modification ultérieure de la nomenclature des IOTA. **L'administration devrait évaluer plus méthodiquement et plus régulièrement cette sous-déclaration.**

Sous prétexte de simplification, la garde a été abaissée

Les seuils délimitant le champ respectif des procédures de déclaration et d'autorisation ont été, dans un souci affiché et louable de simplification des démarches administratives, aménagés par l'ordonnance du 18 juillet 2005, ratifiée par l'article 12 de la loi du 30 décembre 2006. Selon des témoignages recueillis par le Conseil d'État, ces seuils auraient été définis plutôt en fonction des capacités d'instruction des dossiers par les services déconcentrés de l'État que d'enjeux cruciaux pour la gestion quantitative des eaux. La Cour des comptes dans son rapport de juillet 2009 mentionne que, si 1 700 dossiers d'autorisation ont été soumis à l'administration en 2006, ce chiffre est tombé à 1 240 en 2008. La physionomie est inverse et plus inquiétante pour les déclarations : elles sont passées de 9 874 en 2006 à 12 388 en 2008. Déclarations et demandes d'autorisation portent, par ordre décroissant, sur les principales rubriques suivantes de la nomenclature : rejet d'eaux pluviales (4 100), destruction de frayères (4 000)[813], création de plans d'eau (2 100), forages (2 000), les digues et barrages venant au neuvième rang (750) et les prélèvements souterrains au dixième (700).

Alors que cette réforme s'est accompagnée d'une double possibilité reconnue au préfet d'opposition à déclaration[814] puis d'imposition de prescriptions particulières, la première joue peu, car les dossiers de déclaration ne font pas l'objet d'une instruction systématique de la part des services de l'État.

Ils semblent en effet pour la plupart ne faire l'objet que d'une instruction allégée selon les consignes données par les cinq ministres coauteurs de la circulaire du 26 novembre 2004 mentionnée ci-après, en parfaite cohérence avec leur démarche préconisée de fixation de priorités : « *Pour les dossiers de déclaration, il convient de limiter les arrêtés de prescription particulière aux seuls thèmes et/ou secteurs géographiques qui représentent des enjeux forts pour l'eau dans le département. Si des prescriptions générales existent pour une rubrique de la nomenclature et que le dossier de déclaration ne concerne pas un thème et/ou des secteurs géographiques à enjeux forts du département, il n'est pas souhaitable que le service de police de l'eau procède à un examen détaillé du dossier.* »

Le résultat de la réforme du régime de déclaration-autorisation par l'ordonnance du 18 juillet 2005 et par la loi du 30 décembre 2006 est un taux d'opposition à

déclaration que la Cour des comptes chiffre à 0,9 % et estime faible. Le ministère de l'Écologie indique lui-même que les oppositions à déclaration « *restent exceptionnelles (109 oppositions en 2008)*[815] ». Bénéfique à coup sûr pour les administrés, cette réforme semble avoir eu pour principal résultat, selon les commentateurs les plus avertis, de faire échapper, sauf en ZRE, encore davantage de forages privés aux radars de la surveillance et d'avoir davantage affaibli le contrôle alors qu'il faudrait au contraire le renforcer vigoureusement compte tenu des problèmes quantitatifs déjà évoqués mais aussi qualitatifs qui restent à traiter[816]. Au vu d'un tel constat, certains suggèrent que l'État, s'il n'a plus les moyens d'exercer sa compétence, se désengage de ce domaine et décentralise l'octroi de ces autorisations, en rendant parallèlement les SDAGE et SAGE opposables à tous, pour concentrer ses ressources sur la protection contre les inondations où sa légitimité à intervenir est plus grande. **Le Conseil d'État ne partage pas ce point de vue : la police de l'eau, qui entretient des liens forts avec la police des établissements classés, qui est et reste étatique, doit rester unifiée dans les mêmes mains pour être efficace. Il recommande au gouvernement et au Parlement de veiller dès l'amont de tout projet de réforme à la cohérence entre la norme juridique nouvelle et les moyens de son application.** Un régime de déclaration ne peut en effet pas être un régime de faux-semblant et les déclarations doivent être examinées par l'administration au même titre que les demandes d'autorisation. S'agissant des IOTA, le cœur de la législation doit rester l'autorisation : le régime de la déclaration doit être réservé aux IOTA qui présentent des inconvénients faibles pour l'environnement. Et tout ce qui présente des inconvénients forts doit être soumis à autorisation et faire l'objet d'une instruction sérieuse de la part de services dimensionnés à cet effet.

Le mode d'accès à l'eau des irrigants

Déjà examiné par ailleurs (cf. 2.4.1.3.2. et 2.4.1.3.3.), ce mode d'accès – individuel ou collectif – est plus ou moins favorisé par le système de déclaration-autorisation.

Le Conseil d'État recommande, eu égard à la situation très préoccupante découlant de la multiplication des forages privés pour l'irrigation agricole, que ceux-ci soient soustraits au régime de la déclaration et intégralement soumis au régime de l'autorisation, avec pose obligatoire d'un compteur et contrôle immédiat de son installation.

2.5.3.2.2. Un contrôle insuffisant du respect des différentes législations

Le contrôle du respect des différentes législations, second grand bloc de la police de l'eau, poursuit plusieurs objectifs distincts, qu'il faut éviter de confondre : veiller au respect du régime de déclaration-autorisation des IOTA ; veiller au respect des autres réglementations ; lutter contre la pollution de la ressource et du milieu, sachant que cet aspect de la police peut être minimisé si les systèmes d'incitation économique jouent efficacement leur rôle et si, comme en Finlande par exemple, les acteurs économiques et les citoyens, correctement éduqués et sensibilisés, s'abstiennent par leurs comportements de polluer le milieu.

Les déclarations et autorisations faites au titre de la police de l'eau sont rarement contrôlées

Le rapport de 2005 rédigé par les cinq inspections donne quelques taux de contrôle pour le département de l'Essonne en 2003 : 1 % pour les exploitations agricoles situées en zone vulnérable (directive nitrates), 2,5 % pour les

périmètres de protection des captages, 5 % pour les forages d'irrigation, 10 % pour les stations d'épuration (directive ERU), 15 % pour les digues et barrages. La probabilité d'être contrôlé par les services déconcentrés de l'État est parfois inférieure : pour les forages d'irrigation, elle se situe entre 1 et 2 % en Beauce, pourtant située en ZRE, si bien que tout agriculteur ou tout irrigant de cette région sait d'emblée qu'il n'a pratiquement aucune chance d'être contrôlé durant sa vie professionnelle entière[817].

Par ailleurs, si la loi du 3 janvier 1992 (art. L. 214-8 du code de l'environnement) a imposé dans un délai de cinq ans un compteur individuel à tous les titulaires d'autorisations[818], le taux d'équipement des irrigants n'était encore que de 71 % en 2003 (couvrant 85 % des surfaces irriguées) tandis que celui des exploitations agricoles soumises à autorisation a atteint 90 % en 2006[819]. La généralisation du compteur individuel étant une condition préalable à l'efficacité du contrôle en volume des prélèvements et à une facturation par les agences de l'eau proportionnelle au volume réellement consommé, **il conviendrait de retenir parmi les objectifs prioritaires un taux d'équipement de 100 % d'autant plus que le taux de non-conformité dans ce domaine demeure élevé d'après le rapport d'activité 2008 sur la police des eaux publié par le ministère de l'Écologie**.

Une proportion élevée de non-conformités

Dans ce même rapport, le ministère mentionne en effet que plus de 30 000 contrôles ont été effectués sur le terrain en 2008 – permettant de constater que 60 % seulement des activités et installations étaient conformes à la réglementation – et autant sur pièces (notamment dans les stations d'épuration). Les 40 % de non-conformités constatées sur le terrain font apparaître des situations contrastées : 95 % de non-conformités pour l'équipement en compteur d'eau, 75 % pour les prélèvements en rivière, 55 % pour les stations d'épuration, 40 % pour les prélèvements souterrains, 35 % pour les 5 000 contrôles (17 % du total) ayant porté sur les plans d'action nitrates, 30 % seulement pour les arrêtés sécheresse qui apparaissent, dans la législation de l'eau, comme les mesures administratives les moins méconnues.

Un niveau si élevé de pourcentages de non-conformités conforte la thèse de l'inefficacité de la législation et des différentes polices de l'eau[820] et oblige à se demander si l'État y consacre des moyens suffisants.

2.5.3.2.3. Une organisation défaillante et des moyens mal utilisés

Il est certain tout d'abord que le transfert aux agences de l'eau de la quasi-totalité du financement de la politique de l'eau n'incite pas l'État à doter correctement ses missions régaliennes sur crédits budgétaires.

Quant aux ressources humaines, les problèmes rencontrés tiennent autant à l'organisation et à l'état du droit qu'aux emplois budgétaires.

Selon un rapport de la Cour des comptes de 2009 portant sur l'exercice de la police de l'eau entre 2004 et 2007, les effectifs consacrés à cette police dans les services déconcentrés de l'État, en recul pour la première fois depuis dix ans de 2,3 % par rapport à 2007, atteignaient 1 019 ETP en 2008, soit en moyenne 7 ETP par département ; 20 services n'atteignaient pas la taille critique, fixée à 6 ETP. Parmi les 1 019 ETP, 794 agents appartiennent aux directions départementales

de l'agriculture et de la forêt (DDAF), 91 aux cellules qualité des eaux littorales des directions départementales de l'équipement et de l'agriculture (DDEA), 73 aux services de la navigation et 61 aux autres administrations, dont les directions des affaires sanitaires et sociales et les préfectures.

Finalement, on ne connaît pas exactement le nombre consolidé d'agents habilités qui se consacrent à la police de l'eau : ils sont ventilés entre les services départementaux de l'État à hauteur d'un bon millier et, à titre principal, entre un grand nombre d'établissements publics, ONEMA et ONCFS au premier chef. Dans leur rapport de 2005 (tableau 3, p. 15), les cinq inspections l'estiment à 2 829 en 2003 en y incluant les 1 336 agents dédiés à la police des installations classées[821] et en ventilant les personnels habilités du Conseil supérieur de la pêche et de l'ONCFS entre les deux missions police de l'eau et police de la pêche[822]. Si l'on exclut la police des installations classées de la police de l'eau et si l'on consolide police de l'eau et police de la pêche, on arrive à 3 350 agents. Cela correspond *grosso modo* au chiffre de 3 000 à 3 300 agents, qui est le plus fréquemment cité dans la littérature spécialisée. Ce chiffre brut ne fournit cependant pas une estimation suffisante des moyens humains réellement consacrés à la police de l'eau, car il faudrait pouvoir connaître, dans l'emploi du temps de ces agents, la durée réellement consacrée aux tâches de contrôle. Les directives de l'administration centrale demandent aux agents des services extérieurs de consacrer une part croissante de leur temps de travail aux contrôles. Celle-ci n'était que de 14 % en 2004 mais a atteint 18,8 % en 2008 pour un objectif fixé à 20 %. Cette question n'est pas neutre dans le projet de rapprochement entre les services extérieurs de l'État et les services territoriaux de ses établissements publics. Les agents de l'ONEMA et de l'ONCFS exercent traditionnellement une présence sur le terrain nettement plus élevée que celle des agents de l'État – principalement affectés à l'instruction des déclarations et des autorisations – et il conviendra de **s'assurer que toute nouvelle réorganisation n'aura pas pour effet de réduire les contrôles sur le terrain, déjà notoirement insuffisants, et surtout tournés vers la constatation de pollutions accidentelles en bordure de rivière**.

Il vient d'être décidé dans le cadre de la RGPP de rapprocher les services départementaux de l'ONEMA et de l'ONCFS en vue de constituer un service départemental qui serait placé sous l'autorité du préfet. Il est maintenant envisagé de rapprocher à son tour ce nouveau service des DDEA, ce qui ferait passer l'effectif moyen par département à plus de 12 ETP.

Avec des effectifs si limités par département, les agents éprouvent des difficultés à répondre aux objectifs ou aux priorités fixées par l'administration centrale (une dizaine en 2007 et encore 7 en 2008). La Cour des comptes souligne que la direction de l'eau a multiplié les priorités au même moment (identifier les cours d'eau, recenser les zones humides, mettre en place les nouveaux outils de planification, veiller à la mise en œuvre intégrale de la directive ERU, faire aboutir les nouveaux SDAGE et SAGE…) et pourrait avantageusement confier certaines tâches à d'autres services que ceux chargés de la police.

Pour mettre fin à la dispersion et à la variété des statuts dont relèvent les agents chargés du contrôle, un nouveau statut d'emploi des inspecteurs de l'environnement, qui serait le pendant du corps des inspecteurs des installations classées, pourrait être appliqué aux 3 300 agents de l'État et de ses établissements publics (ONEMA, ONCFS, parcs nationaux…) mettant en

œuvre les polices de l'eau, des espaces naturels, de la protection de la faune et de la flore, de la chasse et de la pêche en eau douce. Plusieurs États de l'Union européenne se sont déjà dotés d'une telle organisation pour leurs différentes polices.

Une telle formule permet de maintenir l'expertise nécessaire à l'exercice des différentes polices et la distinction entre police administrative et police judiciaire. À tout mélanger et regrouper indistinctement, on courrait en effet le danger de former de bons généralistes, de perdre les compétences particulières indispensables à chaque type de contrôle et de polariser les agents sur la police administrative (instruction des déclarations-autorisations) au détriment de la police judiciaire. La réorganisation récente de l'ONEMA et de l'ONCFS illustre ce danger : en allégeant l'exercice du contrôle de la pêche et en mettant l'accent sur la police des milieux, elle a provisoirement provoqué une baisse de l'activité de contrôle et un relâchement de la pression sur les contrevenants, sans qu'aucune amélioration n'ait encore été constatée ailleurs. Une coopération plus étroite devrait à cette occasion être établie entre les inspecteurs des installations classées et les inspecteurs de l'environnement, dont les compétences et les activités sont complémentaires.

2.5.3.2.4. Des sanctions peu nombreuses et bénignes

Sur les 40 % de contrôles effectués sur le terrain et donnant des résultats non conformes, 91 % débouchent d'après le ministère de l'Écologie sur un simple rappel à la réglementation[823] et 8,5 % seulement sur une mise en demeure alors que l'article L. 216-1 du code de l'environnement en fait l'issue normale du contrôle en présence d'une non-conformité ; 1 % seulement des non-conformités se traduisent par un arrêté de prescriptions complémentaires.

Le rapport des cinq inspections de 2005 avait déjà mentionné ce point pour les polices de l'eau et de la pêche (p. 16) : « *Très limité en 2001, […] le recours aux mesures contraignantes rappelées par la circulaire du 26 mars 2003 tend à se développer pour les mises en demeure. Toutefois, leur nombre reste anormalement faible, puisqu'il est de moins de trois par département.* » Ce rapport donne les chiffres suivants pour 2001 et 2003 selon les types de mesure : 89 et 238 lettres de mise en demeure, 18 et 64 arrêtés de mise en demeure, 2 arrêtés de consignation, 2 et 0 arrêtés d'exécution d'office, 0 et 1 arrêté de suspension ou de retrait d'autorisation[824]. En définitive, moins d'un arrêté de mise en demeure survient chaque année par département. Ces chiffres apparaissent très faibles si on les rapproche de ceux de la police des installations classées[825].

Cette rareté du recours par les préfets à la mise en demeure[826] et plus encore aux autres mesures contraignantes comme les prescriptions complémentaires[827], la prescription de travaux d'office ou de la remise des lieux en l'état est vigoureusement critiquée par les associations de protection de la nature et de l'environnement, qui y voient une des explications du retard mis par la France à appliquer les directives nitrates et eaux résiduaires urbaines de 1991. Elles mettent aussi parfois en cause l'indulgence dont feraient également montre les tribunaux administratifs lorsqu'ils sont saisis d'affaires portant sur des refus de mettre en demeure. Plus éloignées des réalités locales, les cours administratives d'appel rétabliraient l'équilibre[828].

Le juge administratif se montrerait également réservé, selon la doctrine, pour ce qui concerne la remise des lieux en l'état (CE, 3 mars 2004, *Herrmann*, req.

244595 qui juge qu'en cas de réalisation de travaux sans autorisation l'administration ne peut pas enjoindre de procéder à une remise des lieux en l'état mais doit d'abord mettre en demeure de déposer une demande d'autorisation)[829].

En matière de police judiciaire, 370 procès-verbaux seulement ont été dressés par les services départementaux de l'État (soit en moyenne un procès-verbal par agent tous les trois ans et demi), 45 n'en ayant établi aucun. Ce chiffre est à consolider avec les 1 828 procès-verbaux dressés par les agents de l'ONEMA et les 1 285 par ceux de l'ONCFS. On dénombre donc au total pour les deux polices de l'eau et de la pêche en eau douce 3 483 procès-verbaux pour la France entière, dressés par 3 300 agents environ, ce qui donne en moyenne un procès-verbal par an et par agent.

Grâce au rapport des cinq inspections de 2005, on sait aussi que la gendarmerie[830] a relevé 13 418 contraventions et 3 599 délits en matière d'environnement en 2003, l'essentiel concernant par ordre décroissant d'importance le bruit, la publicité, la chasse, la pêche (1 727 contraventions et 295 délits), la faune et la flore puis l'eau (264 contraventions et 432 délits). L'eau représente ainsi 4 % des infractions à l'environnement relevées par la gendarmerie.

Selon le ministre de l'Environnement, 44 298 infractions au droit de l'environnement ont été constatées en 2002 (dont 298 contraventions et 856 délits au titre de l'eau et des milieux aquatiques et 9 603 contraventions et 1 266 délits au titre e la pêche) et 39 305 en 2003 (dont 838 contraventions et 1 044 délits au titre de l'eau et des milieux aquatiques et 7 018 contraventions et 1 332 délits au titre de la pêche). En 2003, pour la police de l'eau, la gendarmerie (41 %), le Conseil supérieur de la pêche (48 %) et l'ONCFS (4 %) jouent, toujours selon ce rapport, un rôle prépondérant dans la constatation des délits, celui des services de l'État (4 %) étant qualifié de particulièrement faible. La physionomie n'est guère différente pour la constatation des contraventions (32 %, 53 %, 8 %, 6 %). Mais le rapport insiste sur le caractère peu fiable de tous les chiffres collectés par le ministère auprès d'une pluralité de sources et selon des méthodes qui ne sont pas homogènes : « *Cette absence de fiabilité fait obstacle à toute vision globale des actions de police et de leur évolution dans le temps.* »

Analysant spécifiquement dans son rapport 2009 les procès-verbaux dressés par l'ONEMA, la Cour des comptes relève leur diminution depuis 2005 et les décompose de la manière suivante en 2007 : 452 délits relevant de la loi pêche (– 53 %), 629 délits (+ 2 %) et 654 contraventions (– 17 %) des lois sur l'eau. Elle conclut à une diminution de la répression, ajoutant qu'il est en outre difficile de mesurer le nombre de sanctions infligées par rapport au nombre de contrôles effectués, c'est-à-dire le taux de réponse administrative. Pour les services de l'État, elle évalue ce taux à 26 % mais à moins de 1 % pour les sanctions administratives et pénales, ce dernier taux pouvant être rapproché du taux de 7 % observé en matière de police des installations classées. **La Cour suggère donc que des instructions soient données aux préfets et aux services de police de l'eau pour accentuer la répression. Le Conseil d'État partage ce point de vue**.

2.5.3.3. Simplifier les polices de l'eau et de l'environnement

Au vu du constat ci-dessus, beaucoup concluent à la nécessité de **poursuivre à marches forcées la simplification de la police de l'eau**. Si celle-ci a connu

une accélération récente, elle est loin d'être achevée : l'essentiel reste à faire. Pour le Conseil d'État, **elle fait en outre partie des chantiers à mener pour parvenir à un droit de l'eau plus intégré et transformer la police de l'eau en une police de la protection du milieu appréhendant l'eau dans son unité naturelle.**

Un interminable chantier ouvert par le Conseil d'État.

Partant d'une situation très disparate et dans l'ordre chronologique suivant, le Conseil d'État, le Parlement puis le gouvernement ont ouvert dans les années 1980 l'interminable chantier de la simplification et de l'unification des différentes polices de l'environnement, dont celle de l'eau.

– Le Conseil d'État a commencé par veiller à ce que les mesures de coordination prévues par l'article 12 du décret du 23 février 1973 au titre de la loi du 16 décembre 1964 sur l'eau et de la législation sur les installations classées soient appliquées (CE, 18 avril 1986, *Société « Les mines de potasse d'Alsace »*, Leb. p. 115). Puis il a admis, à l'occasion de l'examen d'un projet de décret de simplification (décret n° 87-279 du 23 avril 1987 relatif aux conditions d'application de la loi du 16 décembre 1964 aux installations classées pour la protection de l'environnement), que le régime des installations classées issu de la loi du 19 juillet 1976 devienne le texte commun d'application de la loi sur l'eau du 16 décembre 1964 et de la loi sur les installations classées. L'harmonisation des décrets de nomenclature pris en application de ces deux législations distinctes et leur convergence croissante s'inscrivent dans ce prolongement[831].

Peu après, le Conseil a admis que ce régime commun aux installations classées et à la législation de l'eau devienne aussi le texte commun d'application pour les rejets d'effluents radioactifs liquides (CE, 10 février 1984, *Association « Les amis de la Terre »*, Leb. p. 52). Interrogé sur la question de savoir si la réglementation du rejet des substances chimiques associées aux radionucléides dans les effluents radioactifs liquides des installations nucléaires de base ressortait au décret du 31 décembre 1974 relatif aux rejets d'effluents radioactifs ou au décret du 23 février 1973 portant application de la loi du 16 décembre 1964, le Conseil d'État a ensuite répondu que le premier décret, également pris en application de la loi de 1964, s'appliquait seul, car : « *L'article 7 de ce décret donne compétence pour autoriser les rejets non pas à un arrêté préfectoral comme le décret du 23 février 1973 en ce qui concerne les effluents non radioactifs, mais à un arrêté conjoint des ministres chargés de l'Environnement, de la Santé, de l'Industrie et de la Police des eaux. Cette disposition, motivée par le souci d'apporter un surcroît de garantie à la protection de l'environnement, définit une compétence qui s'applique à la totalité de l'effluent, sans qu'il soit possible d'en distraire les composants non radioactifs pour les soumettre à l'appréciation d'une autorité administrative déconcentrée* » (avis de la section des travaux publics du 27 janvier 1987, n° 341.380).

Depuis lors, le Conseil d'État tend à aligner, autant que possible, le régime de la police de l'eau – et notamment tout ce qui concerne l'autorisation d'exploitation des ouvrages – sur celui des installations classées, matières relevant maintenant toutes deux du plein contentieux (CE, 25 janvier 1967, *Société Massilia*, rec. t. p. 825 ; CE, 31 juillet 1996, *Gotti*, Leb. t. p. 884 ; CE, 31 mars 2004, *Époux Gaston*, Leb. t. p. 808) et où le juge dispose d'un pouvoir de réformation des prescriptions dont sont assorties les mesures qui lui sont soumises[832].

Cette jurisprudence vient d'être également étendue aux décisions relatives à la réalisation et à l'exploitation des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique qui trouvent leur fondement à la fois dans la loi du 16 octobre 1919 et dans les articles L. 214-1 et s. du code de l'environnement (CE, 10 décembre 2007, *Lorette et SARL Force et énergie électrique*, Leb. t. p. 863).

– Le gouvernement et le Parlement se sont à leur tour enrôlés dans cette entreprise, qui suppose une convergence des volontés et des efforts.

La loi du 3 janvier 1992 a amorcé un rapprochement entre les polices prévues par la loi du 16 décembre 1964 et par le code rural, sans toutefois toucher à la police spéciale de la loi du 16 octobre 1919, le ministère de l'Industrie s'y étant à l'époque opposé avec succès.

Des circulaires des 27 avril 1994 et 5 mai 1995 du ministre de l'Environnement ont invité les préfets à réunir deux fois par an tous les responsables des services chargés de la police de l'environnement. Puis, à la suite des observations formulées par la Cour des comptes en mai 2003 et du CIADT du 3 septembre 2003 qui avait décidé de développer la cohérence des actions de police et la coordination des forces de police de l'environnement, une simplification de la police de l'eau et de la police de la pêche a été enclenchée par la circulaire du 26 novembre 2004 sur la déclinaison de la politique de l'État dans le domaine de l'eau et l'organisation de la police de l'eau et des milieux aquatiques, circulaire signée par les cinq ministres chargés de l'Environnement, de l'Intérieur, de la Santé, de l'Équipement et de l'Agriculture.

Cette circulaire rationalise l'action des services départementaux en prévoyant et en organisant des démarches interservices. Une autorité chef de file est chargée d'exercer à compter d'avril 2005 cette police, qui peut être choisie au sein de l'une des administrations concernées. Il s'est agi le plus souvent de la direction départementale de l'équipement en zone littorale et de la direction départementale de l'agriculture et de la forêt ailleurs ; 89 départements sur 100 avaient mis en place cette organisation en métropole au 1er janvier 2007, préfigurant d'une certaine manière la création des DDEA.

Des plans d'action stratégiques, élaborés par des comités stratégiques réunis deux fois par an, définissent des priorités qui ont été énoncées pour la première fois au plan national par une circulaire du 23 juin 2006 et des plans d'action opérationnels les mettent en œuvre ; 91 plans de ces deux natures ont été validés par les préfets en 2008. Cela devrait permettre de cibler les interventions sur des thèmes importants ou prioritaires.

Une décision en ce sens ayant été prise par le conseil de modernisation des politiques publiques le 4 avril 2008, l'ONCFS et le CSP ont à leur tour signé des conventions avec les préfets de département comportant des plans de contrôle des polices de l'eau et de la nature. L'ONEMA en a signé avec la quasi-totalité des préfets (73 au cours de la seule année 2008) et a de ce fait intégré ses contrôles dans les plans départementaux, ce qui constitue une réponse à la critique adressée à l'établissement (cf. 1.3.3.). Pas supplémentaire, ces conventions sont devenues tripartites entre l'État, l'ONEMA et l'ONCFS en 2009, la DDEA – demain la DDT – jouant le rôle de pilote départemental pour l'élaboration du plan de contrôle interservices. À ce titre sont précisés les thèmes et secteurs géographiques privilégiés, les orientations pour chaque type de contrôle

(administratif ou judiciaire) et les services chargés de les mener, le tout en les articulant au mieux avec ceux qui sont diligentés par la gendarmerie.

– Un rapport de février 2005, *Renforcement et structuration des polices de l'environnement*, confié par les ministres aux cinq corps d'inspection concernés (inspection générale de l'administration, inspection des services judiciaires, inspection générale de la construction, inspection générale de l'agriculture, inspection générale de l'environnement) a dressé un diagnostic et formulé de nombreuses préconisations en vue de rendre plus efficaces les différentes polices de l'environnement.

– Puis l'ordonnance n° 2005-805 du 18 juillet 2005 portant simplification, harmonisation et adaptation des polices de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets a poursuivi dans cette voie. Ayant institué un régime de déclaration, assorti d'une faculté d'opposition de la part de l'administration (cf. 2.5.3.2.1.), parallèle au régime préexistant d'autorisation des IOTA (art. 3), elle a également étendu le champ de la transaction pénale aux chapitres I à VII du titre Ier du livre 2 du code de l'environnement (art. 6, codifié à l'art. L. 216-14), sauf pour les contraventions des quatre premières classes, et les sanctions pénales aux pisciculteurs (art. L. 431-6 et L. 431-7 du code de l'environnement).

Mais cette opération s'est heurtée, sur un point, à la rigueur du droit communautaire. Sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État, la CJCE[833] a en effet jugé que la directive du 15 février 2006 ne pouvait pas être interprétée comme permettant aux États membres de substituer à un régime d'autorisation prescrit par cette directive, même dans un objectif de simplification des procédures administratives et de meilleure allocation des moyens de contrôle, une simple déclaration assortie d'un droit d'opposition pour le préfet et de la faculté d'imposer des prescriptions.

– La loi du 30 décembre 2006 a ensuite modifié, dans un souci de simplification, la frontière entre déclaration et autorisation en matière de police des eaux.

– Une circulaire du 25 février 2009 relative au rapprochement des services de police environnementale étend les plans de contrôle aux polices de l'environnement.

– Le projet de loi dit Grenelle II comporte deux articles (art. 50 et 102) sur les polices de l'eau et de l'environnement. Le second prévoit d'habiliter le gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de dix-huit mois, toutes mesures pour modifier la partie législative du code de l'environnement en vue d'harmoniser, de réformer et de simplifier les procédures de contrôle et les sanctions administratives ainsi que les dispositions de droit pénal et de procédure pénale. Le ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire (MEEDDAT) travaille donc sur l'unification des polices administrative et judiciaire de l'environnement et prépare à cet effet un nouveau projet d'ordonnance de simplification du code de l'environnement. Il serait évidemment souhaitable que ce projet prenne en compte la dimension communautaire du sujet, pour éviter d'avoir à remanier les nouveaux textes à quelques mois d'intervalle (cf. 2.5.4.).

– Le projet de loi de réforme des collectivités territoriales prévoit dans son titre III « Développement et simplification de l'intercommunalité » et son

chapitre 3 « Renforcement de l'intercommunalité » un article 31 dans lequel il est notamment prévu de modifier l'article L. 5211-9-2 du CGCT en vue de transférer automatiquement au président de l'EPCI la police spéciale de l'assainissement lorsqu'un EPCI à fiscalité propre est compétent en cette matière.

Les lignes directrices pour la poursuite de ce chantier

Le Conseil d'État propose les lignes directrices suivantes pour la poursuite de la simplification de la police administrative, étant précisé que la police judiciaire est évoquée ci-après.

En premier lieu, les instruments de la police administrative devraient être uniformisés et simplifiés.

Il s'agit de rendre applicables à toutes ces polices et d'uniformiser les modalités (délais, formalités…) des procédures de recueil de renseignements ou de prise de connaissance de documents, de mise en demeure, de mise à la charge du contrôlé des dépenses de contrôle, de consignation de fonds, de prescription ou d'exécution d'office de mesures qui sont couramment employées pour la police des installations classées (fermeture provisoire de l'établissement ou de l'ouvrage, remise en état des lieux…). La standardisation des procès-verbaux rédigés à l'occasion des différents contrôles fait partie de cette rubrique, en sachant qu'elle faciliterait la consolidation des données et le suivi des suites qui leur sont réservées.

– En deuxième lieu, si l'on souhaite éviter de pénaliser à l'excès le droit de l'eau, il est envisageable d'augmenter le nombre des sanctions administratives (amendes et astreintes, régularisation, remise des lieux en état, fermeture d'établissement…) pour réprimer les infractions ne se traduisant par aucun dommage écologique. Mais cette orientation elle-même mérite d'être débattue : eu égard à la double faiblesse des contrôles administratifs et des sanctions pénales, il est peut-être nécessaire de passer par une phase intermédiaire suffisamment longue de plus forte répression pénale pour acclimater auprès des acteurs économiques et de l'opinion publique l'idée que les infractions à l'eau et à l'environnement sont à considérer comme graves.

– En troisième lieu, il convient de mener à leur terme les réorganisations des services de l'État.

La Cour des comptes a émis de nombreuses suggestions en ce sens que le Conseil d'État estime judicieuses.

Il conviendrait de transférer aux directions départementales des territoires (DDT) les quelques agents qui déploient encore au sein des préfectures une activité en matière de police de l'eau. La création des DDT devrait également permettre de regrouper les personnels détenteurs de l'expertise au sein d'un même service et de surmonter ainsi les difficultés nées de l'absence des transferts de personnel entre anciennes DDE et DDAF. Il faut aussi en profiter pour regrouper les polices de l'eau continentale et littorale.

Au niveau régional, les DIREN – aujourd'hui les DREAL – devraient être chargées d'animer et de coordonner les différentes polices de l'eau dans leur ressort. Les DRIRE devraient aussi mieux coordonner leurs programmes d'action avec les DIREN, par exemple au sein des MISE. À l'heure actuelle, les programmes et les priorités des polices de l'eau et des établissements classés ne

sont pas coordonnés entre la direction de l'eau et la direction générale de la prévention des risques.

La Cour invite enfin à une rationalisation plus rigoureuse des administrations centrales, car les rôles respectifs demeurent pour elle insuffisamment clairs. Sans conclure, elle pose à sa manière la question de la pertinence de l'organisation française de la gestion de l'eau : la gestion de l'eau peut-elle être efficace sur le terrain lorsque l'organisation administrative sépare au sommet les aspects amicaux et inamicaux de la ressource, considérés comme indissociables dans une gestion intégrée ? **Le Conseil d'État estime pour sa part cette dissociation préjudiciable : elle n'est donc légitime que transitoirement, l'objectif devant être d'aller au bout de la réunification des services centraux chargés de l'eau.**

– Pour renforcer l'efficacité des contrôles, il convient de poursuivre dans la voie engagée de fixation de priorités et de meilleure coordination des efforts. Il convient également de trouver pour chaque grand territoire un équilibre approprié entre les orientations nationales, les orientations régionales fixées dans les SDAGE et les SAGE[834] et les situations locales à surveiller ou les problèmes prédominants à résoudre.

La simplification et l'application plus rigoureuse de la police de l'eau relèvent donc d'une action à long terme, délicate et complexe à conduire sur le terrain.

2.5.4. Simplifier et mieux appliquer le droit pénal de l'eau

La faiblesse de la police administrative de l'eau n'est pas compensée par la vigueur de la répression pénale. L'indulgence de cette dernière s'ajoutant en l'état actuel du droit et de la jurisprudence à celle des sanctions administratives, il faut inverser cette situation.

Une répression faible

De manière générale, la répression pénale du droit de l'eau demeure peu répandue, en particulier parce que les procureurs n'évaluent pas toujours à leur juste mesure la gravité des actes de pollution et parce qu'ils disposent rarement d'une masse critique d'affaires permettant de conduire une politique pénale. Mais, à leur décharge, l'administration leur en fournit peu.

Une sensibilisation et une formation accrues des membres du parquet seraient utiles à cet égard. Elles sont de plus en plus souvent faites localement à l'initiative des DIREN mais ces dernières déplorent la vanité de leurs efforts en raison de la rotation qu'elles jugent trop élevée des procureurs.

Pour assurer une continuité entre contrôle administratif et répression pénale, des protocoles entre les parquets et les services de police de l'eau ont été conclus dans un tiers des départements et l'ONEMA en a également passé dans deux tiers des départements. Dans certains départements, les procureurs sont aussi conviés à participer aux travaux de la MISE.

Une circulaire du 2 août 2005 a par ailleurs déterminé à l'attention des juridictions des orientations de politique pénale en matière d'environnement, en insistant sur la coordination avec les acteurs administratifs notamment pour mettre en œuvre les mesures alternatives aux poursuites.

Malgré ces efforts récents de sensibilisation, la part de l'environnement dans l'activité des parquets reste marginale : elle est estimée à moins de 1 % pour la France entière et a été chiffrée à 0,5 % en région Île-de-France en 2003, seule enquête existant en la matière selon le rapport des cinq inspections de 2005.

5 669 atteintes à l'environnement y ont été dénombrées sur les 1 084 976 affaires traitées (25 % des affaires enregistrées en France). Alors que 81 % des affaires d'environnement étaient poursuivables[835], contre 25 % pour l'ensemble des affaires, seules 47 % d'entre elles ont été poursuivies contre 67,5 % en moyenne pour toutes les autres matières. 53 % des affaires d'environnement ayant été classées sans suite pour des raisons qui n'ont pas été élucidées, le taux de réponse pénale – 47 % – apparaît assez bas. Cette réponse pénale réserve en outre une part prépondérante – 73 % – aux procédures alternatives contre 37 % en moyenne.

Dans son rapport de juillet 2009 consacré à la police de l'eau, la Cour des comptes indique que la transaction a été utilisée pour résoudre 20 % des affaires ayant donné lieu à transmission d'un procès-verbal, principalement dans le domaine de la pêche[836].

Dans son rapport d'activité 2008 relatif à la police de l'eau, le MEDDAT donne un chiffre semblable : 713 transactions sur 3 483 procès-verbaux dressés par l'ONEMA, l'ONCFS et les DDAF, soit un taux de 20,5 %, 640 ayant donné lieu dans 55 départements au paiement d'une amende forfaitaire, principalement les contraventions à la police de la pêche.

Quant aux suites données aux autres procès-verbaux, elles ne sont, selon le ministère, pas connues tandis que la Cour calcule qu'elles le sont dans 30 à 40 % des cas. Cette dernière relève aussi que les données recueillies par la chancellerie et par le MEDDAT sont différentes, incomplètes et non homogènes, ce qui interdit au demeurant de rapporter de manière fiable devant la Commission européenne. La chancellerie estime même que la multiplicité des corps de contrôle chargés d'exercer la police de l'environnement fait obstacle à la mise en place d'un système de transmission systématique et généralisé de l'information.

Si 13 % seulement des affaires poursuivables sont en Île-de-France passées devant un juge en 2003 (tribunal correctionnel et tribunal de police dans respectivement 70 % et 26 % des cas, avec une proportion de citation directe de 80 % devant le tribunal correctionnel), les sanctions prononcées frappent-elles au moins par leur exemplarité ?

Analysant les condamnations prononcées en matière de police de l'eau, la Cour des comptes note dans son rapport de juillet 2009 leur augmentation continue en valeur absolue depuis 1994 (+ 110 %) mais que ce chiffre reste faible. Le taux de condamnation rapporté au nombre de procès-verbaux ressort à 30 % en 2007 mais chute à 13 % si l'on fait abstraction des infractions à la loi pêche.

Le montant des condamnations prononcées entre 2004 et 2007 apparaît – hors frais de remise en état – également réduit, comparativement au bénéfice économique retiré : en cas de délit, la condamnation prononcée par le tribunal est toujours inférieure au plafond de la transaction pénale prévu pour les personnes physiques (20 % de l'amende maximale encourue), à la différence de ce qui

se passe en matière contraventionnelle. À titre d'exemples, on peut relever les montants suivants :
• pour le déversement direct d'effluents agricoles (art. R. 216-8 du code), une condamnation moyenne de 345 € ;
• pour le non-respect en zone vulnérable des prescriptions minimales relatives aux nitrates d'origine agricole (art. R. 216-10), 444 € et 330 € pour une pratique associée à un risque de fuite d'azote ;
• pour le déversement de substances nuisibles (art. L. 216-6), 1 475 € ;
• pour la réalisation d'ouvrages ou de travaux dangereux pour le poisson (art. L. 216-7), 724 € ;
• pour l'exploitation sans autorisation d'installations ou d'ouvrages (art. L. 216-8), 903 € ;
• pour le rejet en eau douce de substance nuisible au poisson (art. L. 432-2), 1 251 €.

De tels montants ne paraissent pas suffisants pour exercer la moindre dissuasion.

Le montant des amendes prononcées en matière contraventionnelle ne l'est pas davantage. Peu d'amendes ont, par exemple, été infligées aux agriculteurs responsables des pollutions diffuses des nappes souterraines : les procès-verbaux constatent les petites pollutions accidentelles et rarement les pollutions diffuses, beaucoup plus insidieuses, qu'il faudrait traiter en amont, lors de l'autorisation de l'établissement classé. Les amendes de 5e classe prononcées en cas de violation des arrêtés sécheresse semblent également d'un montant faible : entre 200 et 500 €[837].

Le rapport des cinq inspections de 2005 dresse un tableau analogue pour l'ensemble du droit pénal de l'environnement, en utilisant les chiffres du casier judiciaire national, qui répertorie 53 groupes d'infractions au code de l'environnement, sur la période 1996-2002, et des notes internes au ministère de la Justice. Le nombre total des condamnations serait revenu de 15 878 en 1984 à 11 152 en 1991. Puis de 1996 à 2002, le nombre des condamnations pour délits et contraventions de 5e classe a baissé de 4 475 à 1 941. En ce qui concerne l'eau et les milieux aquatiques, ce même nombre a en revanche progressé de 30 (30 délits et 0 contravention) à 94 (59 délits et 36 contraventions), augmentation qui corrobore la tendance observée par la Cour des comptes.

Globalement, les amendes sont la sanction la plus utilisée (dans 86 % des cas) mais leur montant total et leur montant moyen diminuent : le montant moyen est revenu de 3 104 € en 2001 à 2 387 € en 2003.

Le rapport conclut que l'action judiciaire demeure marginale dans le domaine de l'environnement, qu'elle est peu organisée et que, faute d'être une priorité affichée, sa mise en œuvre par l'institution judiciaire manque de cohérence.

– Cela étant, le droit pénal national de l'environnement – qui est très fourni en incriminations puisqu'il comporte 540 délits, 263 contraventions de 5e classe et 162 contraventions des quatre premières classes – n'est pas d'application aisée, car il ne réprime que deux catégories d'infractions[838] : les infractions « obstacle » et les infractions ou dommages causés à la ressource.

Les infractions « obstacle » répriment les comportements contraires à la règle sociale, indépendamment des résultats. Il s'agit par exemple de l'exercice d'une activité sans déclaration ou sans autorisation préalable comme la réalisation

d'IOTA sur les cours d'eau sans déclaration ou autorisation préalable ou bien de la méconnaissance des prescriptions techniques imposées au titre de la législation sur les installations classées[839]. La police des installations classées prévoit des délits sanctionnés par deux ans de prison et par une amende[840]. L'inobservation des prescriptions techniques des arrêtés préfectoraux est réprimée quant à elle par des contraventions de la 5e classe (art. R. 514-4 du code de l'environnement)[841]. Quelques contraventions de 4e classe existent également, surtout en matière de pêche, qui donnent lieu au paiement de timbres-amendes.

Les incriminations relatives aux dommages causés à la ressource trouvent leur origine dans la législation de l'Ancien Régime, notamment celle qui est relative aux appâts empoisonnés pour la pêche. Elles répriment les rejets de toute nature qui se traduisent par une atteinte à la vie ou à la reproduction du poisson (art. L. 432-2 du code de l'environnement) ou par la destruction de spécimens d'espèces protégées (art. L. 415-3 du même code). La loi du 3 janvier 1992 en a aggravé la répression en sanctionnant pénalement tout ce qui porte atteinte à la flore et à la faune non piscicole ainsi qu'aux captages et zones de baignade (art. L. 216-6 du même code).

Curieusement, cette législation, hormis l'article L. 216-6 du code de l'environnement qui vise les rejets dans les eaux douces ou marines de substances entraînant des effets nuisibles sur la santé, ignore les impacts de ces rejets sur l'homme. Par ailleurs, il n'y a pas d'échelle des peines en ce qui concerne les contraventions relatives à l'inobservation des prescriptions techniques prévues par les arrêtés préfectoraux en matière d'installations classées : aucune gradation de la sanction n'est prévue selon la gravité des comportements ou des dommages causés.

S'il existe des délits de mise en danger de la vie d'autrui (L. 223-1 du code pénal) [842] et d'homicide ou de blessure involontaire, la preuve de ces délits est très difficile à rapporter puisqu'ils ne se traduisent généralement pas par une incapacité totale de travail. En outre, le lien de causalité n'est pas toujours direct et il ne s'agit pas, bien souvent, de la méconnaissance de dispositions réglementaires[843] mais de prescriptions individuelles d'arrêtés d'autorisation d'établissements classés.

Le droit pénal français de l'environnement et notamment de l'eau reste donc lacunaire à la fois dans sa conception, dans son organisation et dans son application.

Il ne le serait pas si, donnant clairement la priorité aux instruments d'incitation économique (taxes…), il comportait à dessein un faible nombre de sanctions pénales. Mais ce n'est généralement pas le cas : à la faible utilisation des incitations économiques (cf. 2.4.1.2.3.) s'ajoute une répression insignifiante.

La directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, dont le délai de transposition expire le 26 décembre 2010, va prochainement fournir l'occasion de passer en revue l'ensemble de ce droit[844]. Cette directive, issue d'une rude bataille juridique ouverte en 2001 entre la Commission, le Conseil, le Parlement et la CJCE, impose aux États membres d'incriminer en cas de violation grave du droit communautaire de l'environnement mais non pas de poursuivre. Parmi les comportements incriminés figureront des actes illicites comme le rejet dans les eaux de radiations (article 3 a) et b) de la directive).

La Cour a admis à cet égard que l'Union européenne puisse, en vue de garantir la pleine effectivité de la protection de l'environnement, instituer des sanctions pénales réprimant la violation du droit communautaire substantiel[845] et définir les éléments matériels de ces infractions et les comportements à incriminer par les États membres mais en laissant à ces derniers la fixation du quantum de ces sanctions qui doivent être effectives, proportionnées et dissuasives[846].

Les dispositions de cette directive seront étendues à la pollution maritime, qui relève de la politique des transports (art. 80 TCE). Selon le traité de Lisbonne, ces matières relèveront de la codécision[847] et l'Union disposera, lorsque le rapprochement du droit des États membres en matière pénale s'avérera indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union, d'une compétence pour établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans les domaines ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation (art. 83 TFUE paragraphe 2).

Le Conseil d'État recommande donc d'actualiser la liste des infractions environnementales à l'occasion de la transposition de la directive et en escompte un meilleur respect du droit de l'eau, en particulier en matière de pollutions accidentelles ou diffuses.

Simplifier le droit pénal de l'environnement

La simplification des polices de l'environnement et de l'eau appelle son pendant en matière pénale.

– Si des progrès ont été accomplis en matière d'harmonisation des procédures de commissionnement des différents agents et de délai de transmission des procès-verbaux au parquet, de nombreuses améliorations peuvent encore être apportées.

Le Conseil d'État suggère de remplacer les 21 procédures distinctes de commissionnement et d'assermentation existantes en droit de l'environnement et fixées par décret, par arrêté ou par circulaire par une procédure unique. Le commissionnement serait délivré pour toute la carrière de l'agent et un nombre déterminé de spécialités en fonction de la formation reçue ou suivie. Il resterait valable en cas de mutation, avec simple enregistrement auprès du parquet du nouveau lieu de résidence.

– **Il recommande aussi d'uniformiser et de simplifier une procédure pénale inutilement complexe, en adoptant des solutions identiques et communes aux contrôles effectués au titre des polices de l'environnement et des installations classées** (modalités et horaires d'accès au domicile ou aux locaux professionnels, obtention de la communication de documents, conduite des enquêtes, type de contrôles devant être précédés de l'information du procureur, ouverture des effets ou équipements personnels, prélèvements, saisies, délai de transmission des procès-verbaux au parquet[848]…). Pour simplifier la vie des agents, appelés à intervenir au titre de plusieurs polices distinctes, on pourrait également standardiser le type de tous les procès-verbaux et recourir au même logiciel d'optimisation de l'activité de police.

Toutes les dispositions correspondantes pourraient, par souci de cohérence et de lisibilité, être insérées dans le code de procédure pénale à la suite de celles qui concernent la police judiciaire.

– **De même, il convient d'harmoniser le niveau des sanctions pénales et des peines complémentaires, aujourd'hui incohérent**[849], et de définir entre elles une nouvelle cohérence en rapport avec la gravité de l'infraction. La directive du 19 novembre 2008 en fournit l'occasion.

– Comme le taux de recours aux mesures alternatives aux poursuites a atteint en 2003 pour le droit pénal de l'environnement 73 % en région Île-de-France, certains estiment qu'on pourrait y recourir davantage, en particulier pour le droit de l'eau. Le Conseil d'État ne partage pas nécessairement cette conclusion.

D'une part, il n'est pas avéré que le recours assez répandu à la transaction pénale ait eu pour effet d'augmenter l'efficacité globale de la répression : les chiffres ci-dessus témoignent plutôt d'un émoussement et du faible caractère dissuasif des poursuites et des sanctions. La question à se poser semble plutôt la suivante : Ne faut-il pas encourager, eu égard à la modicité de ce contentieux devant les juges, un jugement par les juridictions et donner aux parquets des consignes de requérir avec une sévérité accrue ? **C'est l'avis du Conseil d'État qui recommande au garde des Sceaux de rédiger, après concertation avec le ministère chargé de l'Environnement, une circulaire en ce sens aux parquets.**

D'autre part, si la transaction pénale, étendue aux infractions commises en matière de pêche, d'eaux et forêts et de pollution[850] puis d'infraction à la police de l'eau par l'ordonnance du 18 juillet 2005[851], apparaît comme la formule la plus couramment utilisée, elle a fait l'objet de critiques nombreuses. Le rapport des cinq inspections de 2005 avait noté qu'elle n'offrait pas les garanties d'un examen contradictoire par l'institution judiciaire et ne permettait pas de caractériser la récidive. Elle était par ailleurs mise en œuvre de manière opaque à l'égard des parquets qui, sollicités par l'administration en amont, ignoraient très souvent les suites finalement données aux affaires. Prenant en compte les acquis récents de la jurisprudence (Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 ; CE, Ass., 7 juillet 2006, *France nature environnement*, Leb. p. 328), la loi du 30 décembre 2006 a rétabli un régime de transaction pénale dans le domaine de l'eau et remédié aux lacunes de l'ordonnance de 2005 : elle prévoit que la transaction n'est possible que tant que l'action publique n'est pas engagée et que l'accord du procureur de la République doit être recueilli (art. L. 216-14, L. 331-25 et L. 437-14 du code de l'environnement), elle précise la nature des mesures, en l'espèce le type de travaux, sur lesquelles il est possible de transiger et fixe un plafond pour l'amende que peut proposer l'autorité administrative.

Le décret n° 2007-598 du 26 avril 2007, une circulaire du 14 mai 2007 adressée aux préfets de région et de département par le ministère de l'Écologie et une circulaire du 22 août 2007 adressée aux procureurs généraux par le garde des Sceaux ont précisé le mode d'emploi de ce nouveau régime de transaction. Ces circulaires donnent des consignes claires en excluant le recours à la transaction pour les faits d'une particulière gravité ou en cas de dommages importants à l'environnement ou pour les victimes. Elles invitent à la signature de protocoles entre parquets et administrations chargées de proposer la transaction. À titre d'exemple, un protocole a été signé le 12 mars 2009 pour la région Bretagne organisant la constatation et la répression des pollutions diffuses d'origine agricole, avec autant que possible une réponse judiciaire, accompagnée de sanctions plus sévères, pour les bassins-versants faisant l'objet d'un contentieux communautaire ou pour les bassins-versants affectés par les algues vertes.

Le Conseil d'État approuve le durcissement de ces consignes afin d'éviter que l'extension à la police de l'eau des mesures alternatives aux poursuites pénales ne donne le sentiment que la transaction accompagnée d'une amende de faible montant constituerait la voie normale d'extinction des poursuites dans ce domaine comme cela a été le cas en matière de pêche ou de chasse. Il recommande aussi d'utiliser les autres mesures alternatives aux poursuites – rappel à la loi, classement sous condition, médiation et ordonnance pénale – pour bien montrer que les infractions à la police de l'eau appellent de la part de l'État des sanctions modulées selon la gravité des comportements ou des dommages.

– **La désignation d'un TGI par région comme cela a été fait dans d'autres domaines par les articles L. 211-10 et s. du code de l'organisation judiciaire apparaît également au Conseil d'État comme indispensable pour parvenir à une masse d'affaires suffisante pour que les procureurs et les magistrats maîtrisent mieux ce droit spécialisé.** La mise en place d'un contentieux spécialisé en matière de pollution maritime par les lois des 3 mai 2001, 1er avril 2003 et 9 mars 2004, qui a donné d'excellents résultats en concentrant les affaires auprès de trois juridictions – une par façade maritime –, constitue un précédent dont on pourrait s'inspirer, même si cette formule présente, du point de vue de l'éloignement géographique, des inconvénients pour les parties civiles.

– Il faut aussi améliorer les outils de recueil et de traitement de l'information ainsi que les outils de pilotage pour remédier aux lacunes ci-dessus et assurer un compte rendu correct auprès de la Commission européenne.

Mieux indemniser les atteintes à l'environnement

Une voie complémentaire a été ouverte par le législateur pour favoriser la réparation des atteintes à l'environnement, celle de l'indemnisation des associations agréées de protection de la nature et de l'environnement.

Prévue par la loi du 2 février 1995 (article L. 142-2 du code de l'environnement), cette action civile leur permet de demander réparation du préjudice direct ou indirect causé aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction à la législation sur la protection de la nature et de l'environnement[852]. Mais, d'après le rapport des cinq inspections de 2005, elles restent peu nombreuses à s'adresser au juge pénal, sauf celles qui sont spécialisées dans la lutte contre les pollutions marines.

La jurisprudence de la Cour de cassation ayant interprété cet article comme reconnaissant aux associations une option entre l'action répressive et l'action civile (Cass., 2e ch. civ., 7 décembre 2006, req. no 05-20.297), celles-ci peuvent s'adresser au juge administratif lorsque le dommage a été causé par une collectivité publique.

Il est significatif que parmi les rares jugements rendus en la matière par la juridiction administrative (voir par ex. CAA de Nantes, 25 mars 2008, req. no 07NT01586) deux l'aient été pour infraction aux dispositions sur l'eau. Dans un cas, il s'agissait de réparer le préjudice moral subi par une association du fait de la pollution des baies de Saint-Brieuc et Douarnenez en raison de la carence de l'État dans la mise en œuvre de la législation et de la police des installations classées[853] ; dans l'autre de réparer le dommage écologique causé par

la construction sur l'Allier par une commune d'une aire d'embarquement de canoës-kayaks en méconnaissance des prescriptions de l'autorisation donnée au titre de la police de l'eau[854]. Dans cette dernière affaire, la cour administrative d'appel a indemnisé les désordres causés au milieu aquatique (mortalité de jeunes saumons, colmatage par enfouissement des ovules déposés dans les frayères…), en tenant compte du coût des opérations de réintroduction du saumon atlantique auxquelles l'association avait pris part.

La jurisprudence administrative contribue ainsi, aux côtés de la jurisprudence judiciaire[855], à donner, avec certaines limites[856], leur pleine portée aux dispositions du code : le préjudice indemnisable ne se limite pas aux préjudices matériels et moraux, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs que les associations ont pour objet de défendre mais s'étend aux préjudices découlant des atteintes à l'environnement lésant ces mêmes intérêts. La directive 2004/35/CE et la loi du 1er août 2008 relatives à la responsabilité environnementale devraient également avoir pour effet à bref délai de renouveler les méthodes d'évaluation du dommage environnemental.

Ces dispositions constituent un levier supplémentaire pour obtenir de l'État qu'il assume ses pouvoirs de police administrative et de sanction.

2.6. Peser davantage dans les débats et négociations internationaux

Comme les enjeux nationaux et internationaux de l'eau sont désormais fortement liés, le Conseil d'État tient à conclure ses considérations générales par le volet international de l'action de la France. Pour garantir la cohérence du droit, il faut évoquer la question de la reconnaissance internationale d'un droit à l'eau et à l'assainissement, celle de la place de l'APD dans le financement de l'accès à l'eau et à l'assainissement, celle de la coopération transfrontalière pour prévenir ou résoudre les conflits et celle de la gouvernance de l'eau.

2.6.1. Promouvoir la reconnaissance d'un droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement ?

Même si les autorités françaises soutiennent depuis 2006 dans les enceintes internationales la reconnaissance de l'existence d'un droit d'accès à l'eau et à l'assainissement, la nature – *droit autonome ou droit dérivé* – et la portée d'un tel droit – *droit à ou droit d'accès à* – continuent à faire l'objet de débats internationaux et à diviser au double plan politique et technique[857].

Des interprétations divergentes

Certains attendent ou revendiquent un *droit à l'eau* : entre autres, les pays d'Amérique latine (Bolivie, Venezuela, Cuba, Uruguay) où l'accès à l'eau n'est pas généralisé ainsi que les pays d'aval privés d'eau par les prélèvements effectués par les pays d'amont. Pour tous ceux-là, la reconnaissance d'un tel droit ne pourrait qu'inciter les États à améliorer l'offre et fournir aux ayants droit un levier juridique pour en assurer le respect.

Plusieurs organisations internationales, comme l'OMS et l'UNICEF, souscrivent également à cette reconnaissance[858]. Le secrétaire général des Nations unies n'a pas non plus hésité à affirmer : « *L'accès à l'eau salubre est un besoin fondamental et un droit fondamental*[859]. »

De nombreux États y restent pourtant hostiles, notamment les pays d'amont, craignant les charges financières résultant d'objectifs trop ambitieux ou inatteignables ou la création d'obligations internationales nouvelles vis-à-vis des habitants des pays d'aval[860]. Reconnaissant néanmoins que l'accès à l'eau et à l'assainissement correspond à des besoins essentiels qui doivent être satisfaits, ils adoptent à cette fin des stratégies nationales pour l'eau et l'assainissement comme le recommandent les organisations internationales et engagent des politiques et des plans d'action, aux niveaux national et le plus souvent local. Pour eux, ce statut d'objectif politique majeur au plan interne suffit et ils ne souhaitent pas qu'un tel besoin soit reconnu comme un droit au plan international de peur que sa non-satisfaction puisse engager la responsabilité des pouvoirs publics, voire celle des délégataires de services publics. La portée juridique du *droit à l'eau* doit donc pouvoir varier d'un pays à l'autre de même que ses mesures d'application, d'autant plus que les questions relatives à l'accès à l'eau relèvent dans de nombreux pays exclusivement des autorités régionales ou locales.

L'Union européenne se montre également prudente : sans aller jusqu'à promouvoir un droit à l'eau, elle insiste sur l'eau comme besoin vital pour l'humanité et comme service social de base.

Au total, les réticences, liées à l'incompréhension mutuelle et au flou qui subsiste sur les périmètres concernés, l'ont emporté jusqu'ici dans les enceintes internationales et les grandes réunions telles que les Forums mondiaux de l'eau de Mexico et Istanbul : la Déclaration ministérielle de ce dernier Forum n'a finalement reconnu qu'un besoin humain fondamental et non pas un droit humain fondamental.

Les questions techniques soulevées par la reconnaissance d'un tel droit sont nombreuses et difficiles.

Dans quelle nature de texte conviendrait-il de reconnaître un tel droit : traité international ou régional, Constitution ou loi interne, résolution ou déclaration dépourvues de valeur contraignante ?

Qui serait débiteur de ce droit : l'État central, un État fédéré, une collectivité locale, un fournisseur privé ? Si l'État central en est sans aucun doute le débiteur naturel au plan international, est-ce une garantie suffisante de son effectivité lorsque la compétence en la matière lui échappe dans l'ordre interne au profit d'États, de provinces ou de régions, de collectivités territoriales ou parfois de communautés locales d'usagers qui disposent de droits sur l'utilisation de l'eau ou la répartissent ?

S'agirait-il d'un droit universel ou d'un droit susceptible d'adaptation selon le climat, le pays ou la région et son niveau de développement ?

S'agirait-il d'un droit individuel, d'un droit collectif et même d'un droit transfrontalier ?

Sur quelle eau devrait-il porter – eau potable seulement ? – et sur quelle quantité ? Devrait-il porter également sur l'assainissement, pour lequel le degré d'hésitation est plus élevé encore dans la mesure où ce dernier droit ne peut être rattaché qu'au droit à la santé et à un environnement sain[861] ? Et en matière d'assainissement, peut-on promouvoir l'accès des ménages à l'assainissement sans évoquer l'obligation pour la collectivité de collecter les eaux usées et de les traiter ? Et si on englobe l'assainissement dans le droit positif à l'eau, pourquoi en exclure alors le droit passif à être protégé contre les effets néfastes de l'eau, tels les inondations, etc. ?

Si un droit fondamental à l'eau se déduit d'ores et déjà de deux traités régionaux[862], sa reconnaissance directe par des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme reste débattue[863].

Les progrès du débat et du droit internationaux

Les articles 11 et 12 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie convenable ou suffisant, incluant la nourriture et le logement, et au bien-être ou à la santé, incluant l'hygiène du milieu, sont généralement considérés comme fondant un droit à l'eau comme droit économique et social. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est référé à ces deux articles du pacte dans son observation n° 15 du 26 novembre 2002[864] mais a franchi un pas supplémentaire en déclarant que : « *L'eau est une ressource naturelle limitée et un bien public ; elle est essentielle à la vie et la santé. Le droit à l'eau est indispensable pour mener une vie digne. Il est une condition préalable à la réalisation des autres droits de l'homme. […] Le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun.* » Cette observation rattache aussi le droit à l'eau au droit à la vie et au droit à la dignité. Elle incline à voir dans le droit à l'eau un droit de l'homme et non plus simplement un droit économique et social mais les droits économiques et sociaux ne sont-ils pas déjà, en tant que tels, des droits de l'homme, eux-mêmes indivisibles ? Elle n'a toutefois pas de valeur contraignante.

Le conseil des droits de l'homme a également adopté le 27 novembre 2006 une décision 2/104 sur les droits de l'homme et l'accès à l'eau coparrainée par la France[865].

Le haut-commissariat des droits de l'homme des Nations unies a indiqué dans le même sens le 16 août 2007[866] que le moment était venu « *de considérer l'accès à l'eau potable et à l'assainissement comme un droit de l'homme* », introduisant en outre dans ce débat international une indissociabilité entre les deux aspects de ce droit – à l'eau potable et à l'assainissement.

Ce droit de l'homme à l'eau se déduit aussi de conventions internationales particulières, visant certaines catégories sociales, certains territoires ou certaines circonstances.

La convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes stipule en son article 14, § 2 h) que : « *Les États […] assurent le droit […] de bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en*

électricité et en eau […]»[867]. La convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant prévoit de même en son article 24, § 2 c) que : «*Les États […], en particulier, prennent des mesures appropriées pour […] lutter contre la maladie et la malnutrition […] grâce notamment à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel.*»

Le protocole additionnel à la convention du 17 mars 1992 (cf. annexe 2) sur l'eau et la santé du 17 juin 1999 applicable en Europe prévoit également en son article 4.2 que : «*Les Parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer 1) Un approvisionnement adéquat en eau potable salubre et exempte de micro-organismes, de parasites ou de substances qui […] constituent un danger potentiel pour la santé de l'homme ; 2) Un assainissement adéquat d'une qualité propre à permettre de protéger suffisamment la santé de l'homme et l'environnement.*»

Les conventions de Genève relatives au traitement des prisonniers de guerre (1949) dans ses articles 20, 26, 29 et 46 et à la protection des personnes civiles en temps de guerre dans ses articles 85, 89 et 127, le Protocole additionnel I aux conventions de Genève (1977) dans ses articles 54 et 55 et le Protocole additionnel II aux conventions de Genève (1977) dans ses articles 5 et 14 traitent également du droit à l'eau en période de conflit armé. D'autres règles prescrites par plusieurs conventions sont également susceptibles de s'appliquer à l'eau en période de conflit comme l'interdiction d'utiliser ou de laisser se disperser des toxiques (art. 23 de la 4e convention de La Haye de 1907), des gaz, liquides ou produits asphyxiants ou des armes bactériologiques (protocole de Genève de 1925).

Techniquement, le droit à l'eau potable ou salubre se limite pour le moment au droit à un volume d'eau, d'une qualité suffisante[868] et à un prix abordable. Mais il subsiste une ambiguïté sur le «produit» – recouvre-t-il un droit d'usage ou un droit de propriété – et sur ce que recouvre le prix – le service rendu à une borne fontaine ou à un robinet, la matière première étant gratuite, ou de l'eau de source embouteillée, vendue comme une véritable marchandise – et il n'y a pas convergence sur la détermination du volume, étant rappelé que le droit fondamental ne porte que sur les usages personnels et domestiques de l'eau. Le volume minimal dépend de la nature des besoins pris en compte[869], appréciation délicate qu'il semble préférable à beaucoup de laisser à la discrétion des États : entre 2 et 4 litres par jour pour la consommation d'eau potable individuelle, une vingtaine de litres par jour au minimum pour les usages personnels et domestiques (consommation d'eau potable, assainissement individuel, lavage du linge, préparation des aliments et hygiène personnelle) selon les agences spécialisées de l'ONU (HCR dans les camps de réfugiés, FAO, UNICEF, UNESCO), et au-delà d'une cinquantaine de litres au moins, selon d'autres agences (OMS[870]) ou experts[871] pour l'ensemble des besoins de base au-delà des besoins personnels et domestiques (cf. note 369).

La notion de prix abordable n'implique quant à elle ni une gestion publique de la ressource ni un droit au branchement à un réseau public[872] ni un accès gratuit à l'eau, sauf à fournir gratuitement un volume minimal correspondant aux besoins vitaux à ceux qui ne peuvent pas payer. Cet aspect du débat est essentiel : le droit à l'eau qui est revendiqué est souvent un droit à la gratuité de

l'eau, un principe qui est de plus en plus écarté au plan international et au plan national, sauf sous la forme d'une tarification sociale.

Par ailleurs, la fixation d'un droit à un volume minimal d'eau potable s'accompagne d'une limitation de la distance à parcourir – un kilomètre en zone rurale et 200 m en zone urbaine – pour avoir accès à cette eau dans des conditions sûres[873].

Sur tous ces points, il semble difficile d'adopter le même standard pour tous les États : il serait décalé – vers le bas ou vers le haut – pour la plupart d'entre eux.

Finalement, les hésitations que l'on peut éprouver quant à l'existence d'un droit de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement découlent de ce que ce droit, tant en droit international qu'en droit national, n'a pas encore le statut d'un droit autonome mais celui d'un droit dérivé, que les différents textes internationaux ou nationaux relient, selon le cas, au droit à la vie, à la dignité de la personne, à la santé, à l'alimentation, à un niveau de vie convenable ou décent, au logement[874], à un environnement sain…

La question sous-jacente pour les juristes est donc celle de la reconnaissance de l'autonomie de ce droit : est-il nécessaire et utile d'encourager la reconnaissance d'un droit au contenu vague et mal défini ou la situation actuelle – celle d'un droit fondamental de l'homme qui existe indéniablement mais avec un statut de droit dérivé – n'est-elle pas suffisante surtout si l'on considère que l'essentiel, au-delà des mots, est de s'attaquer aux vrais problèmes posés par l'accès universel à l'eau ? Ceux-ci concernent, s'agissant d'un droit économique et social, tout ce qui concourt à mettre en place l'offre permettant d'honorer le droit d'accès reconnu au plan juridique : la capacité à élaborer des projets techniques, la gouvernance locale, le choix des modes de gestion performants, le financement des infrastructures…

Comme il ne peut pas exister de réponse universelle à ce droit mais uniquement des réponses locales, la sagesse consiste, selon le Conseil d'État, à **demander à chaque État d'inscrire ce droit dans le texte interne jugé le plus approprié (Constitution, loi ordinaire…) pour en définir la portée et le contenu. Cette inscription généralisée obligerait les États à organiser l'accès à l'eau, à dégager les ressources nécessaires et à rendre des comptes aux institutions internationales compétentes**. La France pourrait aussi, pour faciliter cette transcription dans le droit national, militer pour que l'observation n° 15 du 26 novembre 2002 soit complétée par une observation particulière relative à l'assainissement de manière à fournir d'utiles repères aux États.

Pour renforcer la crédibilité et la cohérence entre les positions prises par la France dans les enceintes et Forums internationaux et son droit national, **le Conseil d'État recommande aussi que le droit à l'eau soit complètement mis en œuvre chez elle au profit des plus démunis[875] et que le débat sur la tarification sociale et l'accès des plus pauvres et des sans-abri à l'eau soit traité sous toutes ses facettes** avant le Forum mondial de l'eau qui se tiendra à Marseille en 2012.

2.6.2. Maintenir l'aide publique internationale en faveur de l'eau

Le même souci de cohérence conduit le Conseil d'État à conclure en faveur du maintien de l'effort financier nécessaire pour atteindre les objectifs du Millénaire en matière d'eau et d'assainissement. La France s'est par ailleurs engagée à doubler le montant de son APD lors du sommet du G8 tenu à Évian en 2003[876]. Un cadre d'intervention sectoriel eau, approuvé par le CICID du 18 mai 2005, a défini les axes d'intervention de l'agence française de développement (AFD) et les orientations techniques à mettre en œuvre : l'eau constituait alors l'un des sept secteurs de référence de la coopération française. Ce cadre d'intervention a en outre confirmé l'engagement de doublement de l'APD mais en retenant une base de calcul peu claire, qui ne recoupe pas celle du CAD de l'OCDE : cette base inclut en effet l'aide consacrée à l'eau agricole, à l'hydroélectricité ou à la recherche… qui relèvent d'autres codes du CAD. Rendre compte de cet engagement soulève donc un problème récurrent.

L'APD consacrée à l'eau a atteint en moyenne 368 M€ au début des années 2000 – 268 M€ au titre de l'aide bilatérale et 100 M€ au titre de l'aide multilatérale. L'AFD, opérateur pivot de l'APD française, devait doubler ses engagements dans ce secteur (de 145 M€ à 290 M€ en 2009[877]). L'objectif politique affiché – le « doublement CICID » – a été atteint avec un an d'avance mais le doublement de l'APD ne l'est pas encore si l'on retient l'assiette du CAD de l'OCDE, la référence officielle en la matière.

La France fait également appel à la solidarité internationale pour jouer un rôle d'appoint dans la mobilisation des ressources techniques et financières en faveur d'un accès universel à l'eau. Cette solidarité se manifeste de longue date sur le terrain grâce aux nombreuses initiatives associatives publiques[878] ou privées et aux réseaux d'aide au développement. Les collectivités territoriales, dans le cadre de la coopération décentralisée[879], ont rejoint ce mouvement ainsi que les agences de l'eau. Suivant l'exemple d'autres pays comme le Royaume-Uni, le Canada ou la Nouvelle-Zélande, l'Italie, l'Espagne ou la Belgique et pour compléter l'aide gouvernementale, la loi du 9 février 2005 relative à la coopération internationale des collectivités territoriales et des agences de l'eau dans les domaines de l'alimentation en eau et de l'assainissement autorise ces organismes à consacrer 1 % du budget de fonctionnement de leurs services d'eau et d'assainissement à des actions de coopération, d'urgence ou de solidarité dans ces deux domaines. Cette coopération décentralisée avec des collectivités ou des groupements étrangers nécessite, en application de l'article L. 1115-1 du code général des collectivités territoriales, de passer des conventions, ce qui n'est pas le cas pour les aides d'urgence ni pour les actions de solidarité internationale. Le même régime est applicable aux agences de l'eau en vertu de l'article L. 213-6 du code de l'environnement. Plusieurs programmes ont été lancés à ce titre, souvent en liaison avec des associations de développement qui relaient l'action sur le terrain[880]. Les sommes mobilisées se montaient à 17 M€ en 2008 (3 M€ en provenance des communautés urbaines, 3 M€ des villes, 3 M€ des syndicats des eaux, 5 M€ des agences de l'eau et 3 M€ des autres contributeurs) et ont permis de financer 300 projets. Si les 12 000 collectivités visées par la loi se mettaient à utiliser cette faculté, 120 M€ seraient levés tous les ans[881].
Le potentiel restant élevé, le Conseil d'État recommande qu'un effort plus grand de conviction soit déployé par les ministères des Affaires étrangères

et de l'Intérieur en liaison avec les grandes associations d'élus pour mieux faire connaître ce dispositif et surtout convaincre d'autres collectivités de s'y impliquer.

Si la France figure toujours parmi les principaux contributeurs d'aide au développement dans le secteur de l'eau[882] (les autres grands donateurs bilatéraux sont le Japon, suivi par les États-Unis, l'Allemagne, les Pays-Bas et la France), elle a rétrogradé du 4e au 5e rang en 2006. Et elle ne s'est pas encore conformée à la recommandation du PNUD (cf. 1.4.4.). Par ailleurs, l'aide publique bilatérale en aide-projet pour l'eau (subventions à l'AFD) connaît un fléchissement fort depuis la loi de finances pour 2008.

Ses choix semblent en outre avoir été modifiés parce que de nouveaux secteurs d'intervention prioritaire (santé, éducation et formation professionnelle, sécurité alimentaire, développement durable) ont été définis par le CICID du 5 juin 2009 : l'eau, qui semble avoir été oubliée, n'en fait plus partie et ne représente plus qu'une des composantes du secteur « développement durable » qui inclut en outre le climat, l'environnement, l'énergie et l'assainissement. Le défi climatique a remplacé l'eau dans la hiérarchie des priorités, notamment pour l'octroi de subventions, au risque d'affaiblir la position internationale de la France dans le secteur de l'eau et de contredire sa propre recommandation que l'aide publique au développement soit prévisible dans son montant. À moins qu'il ne s'agisse de faire rentrer la thématique de l'eau dans ces nouvelles priorités de la coopération, en particulier dans celle du réchauffement climatique.

Si l'APD bilatérale doit poursuivre sa hausse jusqu'en 2011, la part relative des subventions baisse au profit des prêts, ce qui va rendre très difficile l'atteinte des objectifs sectoriel et géographique qui ne sont pas finançables sur prêts (assainissement de base, services pour les plus pauvres, interventions en milieu rural). De même, le maintien du ciblage de l'aide sur les pays les moins avancés et sur ceux qui sont en retard par rapport aux objectifs du Millénaire paraît problématique. Il convient enfin de permettre le financement de la réforme des institutions de l'eau et du droit de l'eau pour accompagner les financements européens. **Des clarifications rapides s'imposent : il serait regrettable de perdre en cohérence et en crédibilité internationale par rapport à des engagements pris au plus haut niveau de l'État.**

2.6.3. Promouvoir la coopération transfrontalière

La France, à travers sa coopération, soutient le réseau international des organismes de bassin (RIOB), dont le secrétariat est assuré par l'OI-Eau (Office international de l'eau), et le réseau africain des organismes de bassin (RAOB). Elle concourt avec l'IRD, le CIRAD ou le GRET à de nombreuses actions de formation et finance plusieurs programmes de recherches sur la gestion des eaux transfrontalières. Elle a également axé ses efforts sur l'assistance à quatre bassins transfrontaliers dont l'organisation était déjà bien établie (Sénégal, Niger[883], Nil, Mékong) et a développé son aide à quelques autres bassins en cours de structuration (Volta, Congo, Orange/Sequ) jouant un rôle clé dans l'intégration régionale[884]. Elle appuie aussi la mise en place d'instances de gestion concertée pour les aquifères transfrontaliers surexploités ou menacés de pollution : elle soutient ainsi depuis 1998 le système aquifère du Sahara septentrional

mis en place entre l'Algérie, la Libye et la Tunisie[885], en lui apportant un concours technique portant en particulier sur le recueil des données chiffrées et leur exploitation par un observatoire.

Le Conseil d'État estime qu'il est cohérent pour la France de promouvoir parallèlement le droit à l'eau au plan international dans la perspective du Forum mondial de Marseille en 2012 **ainsi que des programmes de soutien à la mise en place d'une gestion concertée des ressources transfrontalières**. Avec la ratification évoquée ci-après de la convention de New York de 1997, la crédibilité du message international de la France devrait se trouver renforcée.

2.6.4. Renforcer la gouvernance mondiale de l'eau

Cette gouvernance progresse à un rythme lent, comparativement aux progrès enregistrés au niveau régional – communautaire surtout – et local. La mise en place d'institutions adaptées et de règles du jeu coopératives autour de l'ONU ne va en effet pas de soi. Plusieurs recommandations peuvent être formulées pour la faire progresser.

La première conduit à se doter dans le domaine de l'eau d'un outil ou d'un réseau de recherche et d'alerte mondial, analogue au GIEC. Il ne devrait pas se limiter à la question climatique, auquel cas il serait redondant avec le GIEC, mais traiter de tous les aspects liés à la quantité et à la qualité de l'eau et à la préservation du milieu. La coopération internationale en matière d'environnement, où les certitudes scientifiques sont rares et souvent provisoires, commence par un partage des analyses pour éclairer la décision publique internationale. Sans les rapports réguliers du GIEC, les gouvernements ne seraient pas régulièrement mis sous pression par les opinions publiques pour lutter efficacement contre le réchauffement climatique. Les débats autour de l'eau, de sa disponibilité, de son partage et de son usage allant s'intensifier dans les décennies à venir, l'éclairage scientifique et multidisciplinaire des enjeux et des remèdes sera indispensable aux gouvernements et à la communauté internationale. Le droit devrait y trouver sa place.

La deuxième tend à favoriser l'émergence de principes de *soft law*, qui se transforment dans la durée en principes de *hard law.* L'OCDE, qui a joué dans de nombreux domaines un rôle d'éclaireur pour définir les premières solutions à des problèmes internationaux émergents (lutte contre la corruption ; responsabilité des entreprises multinationales…), pourrait se saisir du sujet et jouer un rôle utile, par exemple en formalisant les règles ou les bonnes pratiques en matière de partage des eaux entre États frontaliers ou de règlement des conflits. Adoptées par les membres de l'organisation, elles gagneraient progressivement en reconnaissance internationale et feraient progresser l'état de droit.

La troisième proposition est relative au règlement des différends transfrontaliers. De nombreux États préférant pouvoir réveiller à tout moment les situations de conflit avec leurs voisins, certains auteurs souhaitent que les organisations internationales ou régionales puissent intervenir dans ces situations pour empêcher que des conflits sur la répartition de la ressource en eau ne se transforment en menaces pour la sécurité ou la paix et proposent même de rendre obligatoire le recours à un mécanisme international de règlement de ces conflits. Comme le droit international n'attribue aucun rôle spécifique aux organisations

internationales pour faire respecter par les États riverains les traités relatifs à l'eau ou pour contrôler les transferts internationaux d'eau de bassin à bassin, il a parfois été également suggéré de créer une ONU de l'eau ou à tout le moins en son sein un organisme chargé de régler les conflits interétatiques liés à l'utilisation transfrontalière de l'eau. Mais l'idée même d'une telle création, évoquée par l'UNESCO au début des années 2000, a suscité des réactions si vives de la part des autres organisations des Nations unies et de nombreux États que l'organisation a rapidement dû battre en retraite. L'UNESCO a alors suggéré un mécanisme de coordination plus souple qu'un organe de règlement des différends mais cette proposition n'a pas plus que la précédente recueilli un écho favorable. Par conséquent, en dehors du recours à l'arbitrage, qui nécessite l'accord de toutes les parties, il n'existe pas encore de mécanisme satisfaisant de règlement amiable des conflits internationaux dans ce domaine. Pour avancer néanmoins sur ce terrain miné, la France va bientôt disposer d'un autre moyen : militer activement en faveur de la ratification la plus large possible de la convention de New York du 21 mai 1997 qui peut apporter la solution adéquate (cf. annexe 2.2). Ayant été l'un des vingt-sept États à s'abstenir lors de l'adoption de ce traité en 1997 par crainte de voir un surcroît de responsabilité peser sur l'État d'amont dans le cadre de son litige avec les Pays-Bas au sujet de l'exploitation des potasses d'Alsace, elle va adhérer très prochainement à ce traité. Le Conseil d'État a examiné le projet de loi de ratification le 13 octobre 2009 et lui a réservé un avis favorable. La France devrait ensuite rapidement promouvoir une campagne active de ratifications pour que ce traité entre en vigueur, alors surtout qu'il détaille les méthodes de règlement des différends, dont le recours à l'arbitrage.

Conclusion

Tous les aspects du droit de l'eau (météorologie, prévention et assurabilité des risques d'inondation et de sécheresse, disponibilité de la ressource, hydroélectricité, hydrologie, distribution d'eau potable, assainissement…) sont couverts de manière satisfaisante en France. Le droit international et le droit national l'ont dotée de tous les outils juridiques et de toutes les institutions nécessaires à cet effet. Elle en a même trop. Comme les objectifs à atteindre, désormais largement fixés par l'Union européenne, ne sont contestés par personne, son principal défi est maintenant de s'attacher à simplifier son droit et surtout à appliquer correctement, en y consacrant les moyens nécessaires, les outils juridiques qui ont démontré leur efficacité afin d'atteindre les objectifs fixés par l'Union.

Pour rester au plan international une grande nation de l'eau, elle doit en outre poursuivre les orientations suivantes :

- progresser dans la connaissance géographique et temporelle des prélèvements et des consommations au cours du grand cycle de l'eau pour pouvoir mettre en place une gestion satisfaisante de celui-ci (cf. 2.1.10.) ;
- développer sa recherche, ses savoir-faire techniques et ses capacités industrielles et d'ingénierie (cf. 2.1.6., 2.1.10., 2.2.2., 2.2.4., 2.3.8. et 2.4.1.3.4.) pour les maintenir au meilleur niveau mondial ;
- conserver son modèle de gestion et son organisation par bassin-versant (cf. 1.3.1.) ainsi que sa capacité à planifier l'avenir, les réseaux et les infrastructures (cf. 2.3.9.) ;
- maintenir un financement stable et à long terme autour des agences de l'eau, en s'abstenant de leur confier un rôle de maître d'ouvrage ou d'aménageur (cf. 2.3.2. et 2.3.3.) ;
- simplifier l'organisation et clarifier les responsabilités des différents acteurs (cf. 2.3.1.), en particulier entre État et collectivités territoriales quant au respect du droit communautaire (cf. 2.5.1.2.) ;
- traiter sur un pied d'égalité les problèmes de quantité et de qualité, l'un ne devant pas éclipser l'autre, alors surtout que le réchauffement climatique va multiplier les interférences entre ces deux problématiques ;
- promouvoir une vision socialement partagée de l'eau sous tous ses aspects (cf. 2.4.2.2.), qui n'existe pas aujourd'hui, et s'organiser pour trancher démocratiquement les nombreuses questions posées à ce sujet (cf. 2.3.10.) ;
- simplifier et renforcer la cohérence du droit en tenant compte de l'unicité de la ressource et du milieu et en privilégiant une approche scientifique et pluridisciplinaire axée sur l'usage de l'eau ; de ce point de vue, les règles juridiques applicables au partage et à l'usage de l'eau au plan international et interne méritent d'être les unes promues (cf. 2.6.3. et 2.6.4.), les autres affinées (cf. 2.3.4.) ;
- mettre complètement en œuvre chez elle le droit à l'eau (cf. 2.3.8.) pour mieux le promouvoir hors de ses frontières (cf. 2.6.1.) et appliquer son droit de l'eau en contrôlant de manière plus rigoureuse son application (cf. 2.5.3. et 2.5.4.).

Si la gestion de l'eau est souvent considérée, y compris par l'État, comme une affaire essentiellement communale depuis le XIX^e^ siècle et interrégionale depuis la création des agences de l'eau, ce dernier ne peut pas se désintéresser de tous ces sujets complexes, nationaux ou internationaux, ni de la gestion du grand cycle de l'eau. S'il est aujourd'hui pris en tenaille entre une Union européenne qui légifère et apprécie les résultats et des collectivités locales qui gèrent le petit cycle de l'eau, ses moyens d'intervention, nombreux, pourraient être nettement plus efficaces s'il mettait en œuvre quelques orientations majeures : progresser dans le recueil et l'analyse des données pour pouvoir élaborer la politique de l'eau puis contrôler son application (cf. 2.3.7.), simplifier le droit et les organisations, renforcer sa fonction d'anticipation et d'organisation du débat démocratique sur les grandes questions soulevées par les sciences et les nouvelles technologies. Tous les acteurs de l'eau attendent aussi de lui qu'il reprenne à l'égard des intérêts catégoriels la posture d'autorité, aujourd'hui mal exercée, que personne ne lui conteste et qui devrait être la sienne.

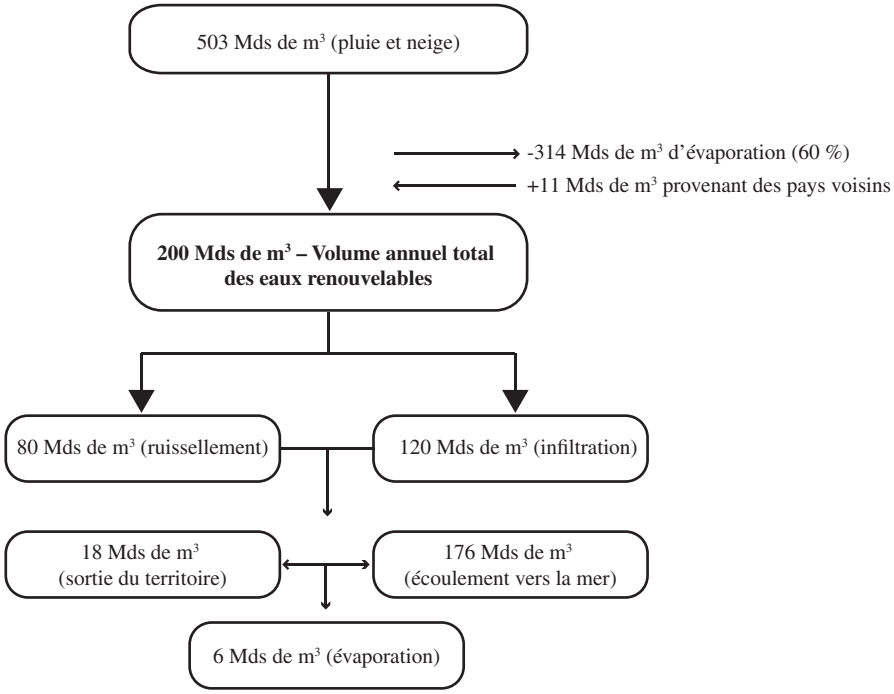
Le droit de l'eau sera un droit de plus en plus ardu à élaborer et à administrer. Touchant des domaines très hétérogènes par nature, il sera de plus en plus influencé par l'état des sciences et des technologies, qui progressent à un rythme inédit. Il tend d'ores et déjà – et le droit communautaire y est pour beaucoup – à se réduire à une collection sans cesse élargie de normes scientifiques et techniques auxquelles se conformer pour limiter les risques de toute nature associés à l'eau. Le droit de l'eau reposera donc sans doute sur une analyse scientifique plus rigoureuse du grand cycle de l'eau et, compte tenu de l'augmentation continue du taux d'utilisation des ressources renouvelables internes, sur de solides études portant sur la meilleure valorisation économique et environnementale de l'eau. Ce droit n'en demeurera pas moins un droit prisonnier du passé lointain, car stratifié par couches géologiques successives, selon les usages, collectifs ou privatifs, prépondérants ou privilégiés par les époques successives et selon la répartition des droits de propriété ou d'usage établie dans une société donnée.

Comme la doctrine l'a déjà relevé, le droit public – national et international – sera de plus en plus mobilisé pour articuler les transitions entre passé et futur lointains, en prolongeant des tendances déjà esquissées : la domanialisation ou la publicisation de la ressource, la collectivisation accrue des usages, la résolution de conflits d'usage plus nombreux… Le droit public retrouve ici son champ de prédilection et toute sa justification : faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

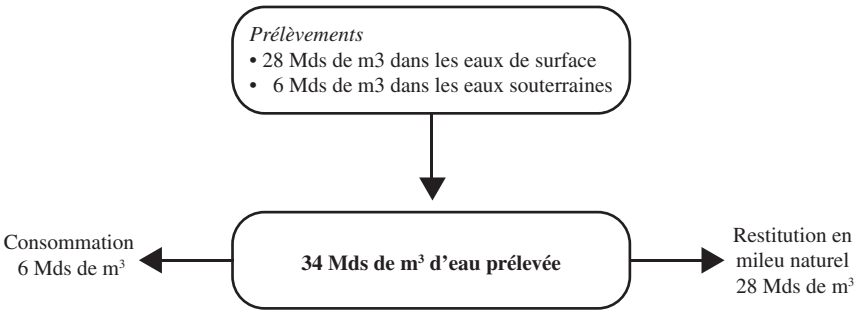
Annexes

Annexe 1
Flux annuels du cycle de l'eau

1.1. Flux annuels du cycle de l'eau en France métropolitaine (milliards de m^3) en 2001



1.2. Quantité d'eau prélevée en France métropolitaine en 2001



Source : *L'Eau*, Les synthèses de l'Ifen, édition 2006

Annexe 2
Le droit international de l'eau

Fondé sur la reconnaissance de la souveraineté des États sur leurs ressources en eau, le droit international de l'eau est ancien. Son développement a néanmoins été spectaculaire depuis le XIXe siècle, accompagnant la libéralisation des échanges commerciaux et la multiplication du nombre des États. Plusieurs principes généraux sont aujourd'hui reconnus par ce droit, qui est de plus en plus influencé par le droit de l'environnement.

1. La souveraineté des États sur leurs ressources en eau

Le droit international de l'eau reconnaît la souveraineté des États sur leurs ressources en eau [1] mais cette souveraineté tend à être de plus en plus limitée sur les eaux limitrophes et sur les bassins partagés entre États riverains ainsi qu'il ressort des évolutions décrites ci-après.

Son application est par ailleurs susceptible de soulever deux difficultés incidentes, d'ampleur inégale.

La définition du fleuve international – «*un cours d'eau navigable reliant au moins deux États à la mer*», selon l'Association de droit international – n'est en premier lieu pas considérée par tous comme parfaitement claire.

En second lieu, les cours d'eau et lacs pouvant servir de frontière entre États riverains, les critères pour déterminer l'emplacement exact de cette frontière sont multiples : plusieurs méthodes de délimitation sont couramment employées à cet effet.

- Celle du thalweg ou chenal principal est la plus répandue.

«*La frontière des États séparés par un fleuve est marquée par le thalweg* [ligne médiane du chenal (passage ouvert à la navigation dans le lit d'un fleuve)] [2]». La CIJ a relevé à cet égard que «*les traités ou conventions qui définissent des frontières dans les cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre*

1 - Sylvie Paquerot, *Le Statut de l'eau douce en droit international : penser la* res publica *universelle*, thèse de doctorat, université Paris-VII Denis-Diderot, 2003.

2 - Institut de droit international, 1887, *Projet de règlement international de navigation fluviale*, art. 3 *in* Annuaire de l'Institut de droit international, 1887-1888, p. 182.

les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière[3] » et conclu en 2005 que la frontière entre le Bénin et le Niger suivait le chenal navigable principal du fleuve Niger tel qu'il existait à la date des indépendances de ces deux pays[4].

• Celle de la ligne médiane.

Les conventions définissant des frontières dans des cours d'eau peuvent désigner la ligne médiane comme frontière entre les deux rives.

• La limite à la rive.

Pour les cours d'eau dont la limite est fixée à la rive, la frontière se situe sur l'une des rives, l'un des États riverains exerçant sa souveraineté sur l'ensemble du lac ou du fleuve, alors que l'autre en est exclu. Cette méthode de délimitation peut être génératrice de tensions entre les pays riverains[5].

• Les autres méthodes de délimitation.

Les lignes astronomiques ou les lignes droites peuvent constituer des méthodes valables de délimitation des frontières. Ces deux méthodes ont été utilisées pour délimiter par des traités bilatéraux conclus à l'époque coloniale entre l'Allemagne, la France et la Grande-Bretagne les frontières sur le lac Tchad, actuellement partagé entre le Cameroun, le Tchad, le Niger et le Nigeria. Ces méthodes ayant été contestées devant la CIJ, le Cameroun a invoqué le respect des traités conclus à l'époque coloniale tandis que le Nigeria a soutenu que la délimitation restait indéterminée dans la région du lac et que cette indétermination devait être levée par la Commission du bassin du lac Tchad. La Cour a jugé que, même si les méthodes utilisées à l'époque coloniale n'étaient pas précises, elles établissent néanmoins une délimitation de cette région du lac[6].

2. Un développement spectaculaire depuis le XIXe siècle

Le droit international de l'eau est ancien : près de quatre cents actes, déclarations et traités ont été dénombrés entre l'an 805, année au cours de laquelle

3 - Affaire relative à l'île Kasikili/Sedudu (*Botswana/Namibie*), 1999, rec. CIJ 1999, p. 1062, § 24.

4 - Affaire du différend frontalier (*Bénin/Niger*), 12 juillet 2005, § 103. Saisie par compromis en 2002, la CIJ a constitué à cet effet une chambre de cinq juges.

5 - Mauritanie et Sénégal à propos du fleuve Sénégal en 1990 ; Nicaragua et Costa Rica à propos du fleuve San Juan [Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (*Costa Rica c/ Nicaragua*), CIJ, 13 juillet 2009].

6 - Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria [*Cameroun c/ Nigeria, Guinée équatoriale (intervenant)*], 10 oct. 2002 § 325.

Charlemagne octroie à un monastère la liberté de navigation sur le Rhin, et la fin du XVIIIe siècle[7].

Accompagnant la multiplication du nombre des États, il se développe de manière spectaculaire au XIXe siècle, au cours duquel 1 619 actes sont signés : répondant aux préoccupations relatives au libre-échange des marchandises, il traite alors essentiellement de la navigation fluviale et de la liberté de navigation[8] et s'inscrit dans la problématique dominante du droit international public, celle de la prévention et du règlement des conflits territoriaux entre États souverains.

Le nombre d'États continuant à croître, il prospère tout autant au XXe siècle. Près de 2 000 textes sont élaborés : leur champ s'étend en particulier à la production d'énergie électrique[9] dès que la technologie permet d'installer des usines hydroélectriques sur les fleuves.

Ce droit, qui se concrétise surtout dans des accords bilatéraux signés à l'issue de guerres ou de crises politiques (décolonisation et accès à l'indépendance), aborde depuis les années 1950 en Europe de l'Ouest mais encore trop rarement ailleurs de nouveaux sujets liés à la gestion des fleuves et des lacs transfrontières comme la pollution ou la maîtrise des crues. Les préoccupations sociales et environnementales, liées à la reconnaissance des droits de l'homme, tendent depuis lors à prédominer.

Si environ 300 traités régissent à l'heure actuelle les cours d'eau internationaux, le champ couvert reste limité à moins de 60 fleuves sur 200.

---

7 - La liberté de navigation sur le Rhin, la Meuse et l'Escaut est reconnue sous la Révolution française par le décret de la Convention du 16 novembre 1792. Elle est confirmée au congrès de Vienne en 1815 (voir l'annexe 16 B de l'acte final du 24 mars 1815 relative au Rhin et à la Commission centrale) au profit des seuls États riverains, les non-riverains ne bénéficiant que de la liberté du commerce (art. 108 et 116) et se concrétise par la création de la Commission centrale pour l'établissement et le contrôle des règles internationales. Quatre principes fondamentaux régissent la navigation sur le Rhin : la liberté de navigation, l'unité du régime de navigation et l'uniformité des règles techniques et juridiques applicables à l'ensemble des sections du fleuve, l'égalité de traitement entre navires, quelle que soit la nationalité de leur pavillon, l'obligation du maintien en bon état du chenal navigable.

8 - La CPJI (avis consultatif relatif à la compétence de la Commission européenne sur le Danube (entre Galatz et Braila), 8 déc. 1927, rec. CPJI, série B, nº 14 ; arrêt relatif à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (*Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie c/ Pologne*), 10 septembre 1929, rec. CPJI, série A, nº 23, p. 25 ; affaire Oscar Chinn (*Grande-Bretagne c/ Belgique*), 12 déc. 1934, rec. CPJI, série A/B, nº 63, p. 83 ; affaire des prises d'eau à la Meuse (*Pays-Bas c/ Belgique*), 28 juin 1937, rec. CPJI, série A/B, nº 70) puis la CIJ (affaire île de Kasikili/Sedudu (*Botswana/Namibie*), 13 déc. 1999, rec. CIJ 1999, § 103 ; affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (*Costa Rica c/ Nicaragua*), 13 juillet 2009) ont par leur jurisprudence précisé depuis le début du XXe siècle la portée de ce principe en se référant aux traités signés à l'issue de la Première Guerre mondiale.

9 - Patricia Buirette, « Genèse d'un droit fluvial international général (utilisation à des fins autres que la navigation) », *RGDIP*, janvier 1991, p. 11 ; Jacques Sironneau, « Le droit international de l'eau existe-t-il ? Évolutions et perspectives », *Droit de l'environnement*, octobre 2003, nº 112, p. 186 ; Jochen Sohnle, *Le Droit international des ressources en eau douce. Solidarité contre souveraineté*, thèse de doctorat en droit international public, univ. Strasbourg-III, 1999 ; Anne Poydenot, « Le droit international de l'eau, état des lieux », *Les Notes d'analyse du CIHEAM*, nº 29, février 2008. La première convention bilatérale relative à l'aménagement hydroélectrique d'un fleuve, le Rhône, est signée par la France le 4 octobre 1913.

Les sources du droit international de l'eau ne se limitent toutefois pas aux conventions internationales : selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, elles incluent la coutume, les principes généraux du droit et la jurisprudence internationale.

2.1. Parmi les traités les plus importants en Europe, il faut mentionner la convention de Mannheim sur le Rhin du 17 octobre 1868 révisée le 20 novembre 1963 [10], le traité de Londres du 18 avril 1839 sur l'Escaut entre la Belgique et les Pays-Bas, le traité de Paris de 1856, la convention de Karlstad relative aux lacs et cours d'eau communs conclue le 26 octobre 1905 entre la Suède et la Norvège [11], le statut du 23 juillet 1921 et la convention de Belgrade du 18 août 1948 [12] sur le Danube, le traité sur la Meuse du 12 mai 1863 entre la Belgique et les Pays-Bas et la convention sur la Moselle du 27 octobre 1956 entre la France, l'Allemagne et le Luxembourg qui prévoit la canalisation de ce fleuve sous l'autorité de la Commission de la Moselle et l'institution d'une navigation à péage [13].

Par contraste, les traités multilatéraux restent en nombre limité et sont peu ratifiés.

L'article 338 du traité de Versailles [14], après avoir posé le principe de l'égalité de traitement entre pavillons des États riverains et non riverains, a prévu la réunion d'une conférence internationale chargée de rédiger une convention générale sur les voies navigables internationales. Cette conférence a débouché sur la convention de Barcelone du 20 avril 1921 sur le régime des voies navigables d'intérêt international, c'est-à-dire celles qui traversent ou séparent le territoire de plusieurs États et sont navigables vers et depuis la mer. Elle reprend les grands principes déjà appliqués sur certains fleuves (liberté de navigation, égalité de traitement entre pavillons, licéité des taxes pour services rendus et illicéité des taxes d'enrichissement…) et surtout inverse la pratique ancienne en vertu de laquelle l'internationalisation d'un fleuve ne pouvait résulter que d'une convention spéciale pour lui substituer une internationalisation de droit dès lors que

10 - En sont signataires l'Allemagne, la Belgique, la France, les Pays-Bas et la Suisse. Sur l'historique de la convention, voir Jonkheer W.J.M. Van Eysinga et Henri Walter, *La Commission centrale pour la navigation du Rhin*, 2e éd., Strasbourg, 1974 ; Jean-Marie Woehrling, « La Commission centrale pour la navigation du Rhin – 200 ans d'histoire », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, t. XXXVI, no 1, 2004, p. 39 et « L'administration de la Commission centrale pour la navigation du Rhin », *Revue française d'administration publique*, 2008, no 126 ; Commission centrale pour la navigation du Rhin, *Célébration du 140e anniversaire de l'acte de Mannheim*, Strasbourg, 2008.

11 - Cette convention englobe tous les lacs et cours d'eau des deux pays ayant un impact transfrontalier et impose l'accord des deux États avant que soient entrepris tous travaux susceptibles d'apporter des changements sérieux au régime des eaux.

12 - En sont signataires l'Allemagne, l'Autriche, la Slovaquie, la Hongrie, la Croatie, la Serbie et le Monténégro, la Roumanie, la Bulgarie, la Moldavie, l'Ukraine et la Russie.

13 - Il résulte clairement de cette convention qu'aucune de ses stipulations ne fait obligation aux États signataires d'interdire le droit de grève aux agents publics assurant le maniement des installations nécessaires à la navigation internationale sur la section internationale de la Moselle (CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement*, Leb. p. 45).

14 - Ce traité a procédé à l'internationalisation de nouveaux cours d'eau (Elbe, Oder, Niémen) et élargi la liberté de navigation sur le Rhin.

certaines conditions sont remplies. Seuls une vingtaine d'États sont encore parties à cette convention, des retraits comme celui de l'Inde ayant été enregistrés.

À partir des années 1970, un important effort de codification du droit international de l'eau est entrepris à l'instigation de l'Assemblée générale des Nations unies [Résolution 2669 (XXV) du 8 décembre 1970]. La doctrine y joue un rôle déterminant : c'est au sein de l'Association du droit international et de l'Institut de droit international qu'ont été débattus et précisés les définitions et concepts nouveaux qui figureront dans les conventions postérieures. Il faut en particulier mentionner les « Règles d'Helsinki » adoptées dès 1966 par l'Association du droit international [15] où l'on trouve une définition du bassin de drainage international et l'affirmation du principe de l'unité entre eaux de surface et eaux souterraines mais aussi toute une série de règles tendant à préserver la santé et la survie des populations civiles en cas de conflit armé.

Cet effort débouche, spécialement en Europe, sur une clarification des règles de répartition de l'eau entre États riverains.

La convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontaliers et des lacs internationaux inclut les eaux souterraines et les eaux de surface dans la définition du bassin hydrographique international (art. 1) et prévoit l'application à l'eau (art. 2-4.) de trois principes dégagés par le droit communautaire de l'environnement pour prévenir et maîtriser les pollutions (principe de précaution, prévention de la pollution et réparation de celle-ci selon le principe pollueur-payeur, préservation de la ressource au profit des générations futures). Elle met aussi l'accent sur la concertation et la coopération bilatérale et multilatérale dans l'exploitation de la ressource [16], qui sont au fondement de la construction européenne et de sa conception de la gouvernance, sur l'usage équitable et raisonnable des eaux partagées, sur l'information du public et sur le règlement négocié des différends ou à défaut par le recours à la CIJ ou à l'arbitrage (art. 22). Elle comporte aussi des clauses pouvant servir de référence pour des accords de gestion de cours d'eau.

Négociée au sein de la commission économique pour l'Europe des Nations unies [17], cette convention a été ratifiée par vingt-six États, dont la France en 1997, et peut s'appliquer à l'Amérique du Nord puisque les États-Unis et le Canada font partie de cette commission [18]. Elle a également été approuvée par

15 - International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference*, Londres, 1967.

16 - Elle revêt de multiples aspects : prise en compte et prévention des impacts transfrontaliers (art. 2-2), consultations (art. 10) et échanges d'informations (art. 13), adoption de mesures appropriées (art. 3), travaux de recherche (art. 5) et surveillance en commun (art. 11), incluant des systèmes d'alerte (art. 14)…

17 - Cette commission demeure active dans ce domaine : elle a par exemple adopté le 17 juin 1999 un protocole sur l'eau et la santé à la convention de 1992, dit Protocole de Londres, qui est entré en vigueur le 4 août 2005 et vise à promouvoir l'accès à l'eau comme un droit fondamental. Elle a également favorisé la conclusion le 3 octobre 2000 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI) qui unifie les règles en la matière.

18 - Alexandre Kiss, « Le droit international à Rio de Janeiro et à côté de Rio de Janeiro », *Revue juridique de l'environnement*, 1-1993, p. 45.

l'Union européenne en vertu de la décision 95/308/CE du Conseil du 24 juillet 1995 et la directive-cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 s'y réfère.

Cette convention a également servi de modèle pour d'autres conventions particulières : la convention du 29 juin 1994 concernant la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube s'en inspire très largement.

La convention de New York du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que de navigation, élaborée par la commission du droit international et largement inspirée des Règles d'Helsinki, reconnaît le droit de tout État du cours d'eau de participer à la négociation de tout accord relatif à ce cours d'eau et d'en devenir partie. Elle consacre le principe d'un partage équitable et raisonnable des eaux en vue de faciliter la compatibilité entre la réponse aux nouveaux besoins et les utilisations antérieures de la ressource. En d'autres termes, cet accord s'inspire plutôt de la doctrine dite de souveraineté limitée des États riverains sur la *res communis*. Elle crée une obligation de ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau et une obligation de coopérer et d'échanger régulièrement des données et informations. Une annexe au traité détaille la procédure du recours à l'arbitrage, l'un des mécanismes prévus pour le règlement des différends.

N'ayant recueilli que 17 ratifications sur les 35 nécessaires à cet effet, elle n'est pas encore entrée en vigueur[19]. Une dizaine d'États supplémentaires ayant annoncé lors du Forum mondial de l'eau d'Istanbul en mars 2009 leur intention d'adhérer à cette convention, la perspective d'une entrée en vigueur du traité au cours des deux ou trois prochaines années n'est plus irréaliste.

Le projet de traité de Bellagio sur les eaux souterraines élaboré en 1989 n'a en revanche jamais débouché. Également inspiré des Règles d'Helsinki, il tire les conséquences du principe d'unicité de la ressource entre eaux superficielles et eaux souterraines. Il prévoit à ce titre le recours à une commission internationale habilitée à décréter des zones de protection ou d'alerte à la sécheresse et à prendre des mesures d'urgence. Cette commission peut aussi adopter des plans de gestion de la ressource et des plans de lutte contre la sécheresse dans les zones de protection.

Malgré cet échec, les Nations unies poursuivent, avec en particulier le soutien du Programme hydrologique international (PHI) de l'UNESCO lancé en 2003, des travaux sur un projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières[20]. Adopté par la commission du droit international (CDI) en deuxième lecture en

19 - Trois États se sont opposés à cette adoption, dont la Turquie et la Chine, États d'amont qui contrôlent des bassins hydrographiques majeurs et se sont lancés dans des projets ambitieux et controversés ; 103 États ayant voté en faveur du traité (des États d'aval, les États développés, des États situés en zone aride), le faible nombre des ratifications à ce jour pose une énigme par rapport à l'accueil favorable réservé à la convention de Montego Bay sur le droit de la mer une vingtaine d'années auparavant.

20 - Adopté par la commission du droit international en deuxième lecture en 2008 dans le cadre de ses travaux sur la codification du droit des « ressources partagées », le texte vise à préciser les règles applicables à l'exploitation équitable et raisonnable et à la protection de cette ressource. Le PHI de l'UNESCO a déjà recensé 273 aquifères transfrontaliers dont 65 en Europe de l'Est et 90 en Europe de l'Ouest, étant rappelé que l'UNESCO est l'organisation internationale la plus active en la matière (46 % du programme « Sciences exactes et naturelles » sont consacrés à l'eau).

2008 dans le cadre de ses travaux sur la codification du droit des « ressources partagées » puis par l'Assemblée générale de l'ONU le 11 décembre 2008 [21], ce texte, élaboré conjointement par des hydrogéologues connaissant la ressource et par des juristes, vise à préciser les règles applicables à l'exploitation équitable et raisonnable et à la protection de cette ressource. S'il reconnaît la souveraineté de chaque État sur la portion de tout aquifère se trouvant sur son territoire, il transpose à la gestion des aquifères les principes et les méthodes de coopération formalisés dans les Règles d'Helsinki.

Même s'ils sont peu signés et ratifiés par des États surtout soucieux d'affirmer leur souveraineté sur leurs eaux intérieures, tous ces textes présentent l'intérêt de formaliser les grands principes applicables à la gestion des eaux transfrontalières : plusieurs décisions juridictionnelles s'y réfèrent permettant de présager qu'ils deviendront peu à peu autant d'éléments de coutume internationale et donc à terme parties intégrantes du droit international. En attendant, le droit international de l'eau présente toutes les caractéristiques d'un droit inachevé.

2.2. En l'absence de traités multilatéraux largement ratifiés, le droit international de l'eau reste dominé par des normes de droit non écrit dont beaucoup de commentateurs soulignent l'ancienneté et la richesse.

De la coutume internationale se dégagent pour les eaux de surface quatre obligations ou principes à la charge des États [22] :
• coopérer et négocier de bonne foi et dans une intention sincère de parvenir à un accord ;
• s'interdire des pratiques de gestion ou d'aménagements pouvant causer aux autres États un préjudice considérable et durable ;
• consultation préalable pour les grands projets ;
• utiliser de manière raisonnable et équitable les ressources d'eau partagées.

Ce dernier principe est au cœur de la doctrine de la « souveraineté territoriale limitée » qui cherche à concilier le droit souverain des États à utiliser les eaux situées sur leur territoire avec l'obligation de ne pas exercer cette souveraineté de manière préjudiciable à un autre État. Elle « *est très largement admise comme une règle générale de droit applicable à la détermination des droits et des obligations des États riverains* [23] ». Si les cours d'eau relèvent de la souveraineté territoriale des États qu'ils traversent et si ces derniers exercent sur ces ressources en eau des droits souverains, ils ont aussi l'obligation de ne pas priver les autres États riverains de leur droit d'utiliser les mêmes eaux. Attribut de leur souveraineté, leur droit s'appuie aussi sur le principe fondamental de l'« égalité des droits » entre États : cette égalité ne signifie ni que chaque État a droit à une part égale des utilisations et des avantages du cours d'eau, ni que les eaux proprement dites doivent être divisées en portions identiques mais implique seulement

21 - Résolution A/RES/63/124 du 11 décembre 2008. Elle recommande en particulier aux États d'élaborer une convention internationale sur la base des articles adoptés par la CDI.

22 - Communication de Dante A. Caponera, président du conseil exécutif de l'Association internationale du droit de l'eau, juin 1998.

23 - Commentaire relatif au projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, rapp. commission du droit international sur les travaux de sa 46e session, assemblée générale, doc. officiels, supplément no 10 A/49/10, p. 242.

que chacun des États du cours d'eau a le droit de l'utiliser et d'en tirer des avantages de façon équitable. Cette doctrine a été consacrée par l'article 5 de la convention du 21 mai 1997 déjà évoquée : « *Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable.* »

Ce principe a également reçu une consécration jurisprudentielle dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* ayant opposé la Hongrie à la Tchécoslovaquie – à la Slovaquie postérieurement à 1993 – devant la CIJ [24]. Dans son arrêt [25], la Cour a notamment fait référence à la convention de 1997, en particulier à son article 5. En se référant à la mise en œuvre de la « Variante C » et eu égard à l'invocation éventuelle du droit à exercer des contre-mesures, la Cour a jugé « *que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube, […] n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international* ». L'usage maximal de la ressource cède le pas à son usage optimal.

3. Les principes généraux du droit international de l'eau

Les principaux concernent l'utilisation raisonnable du bien et les règles de bon voisinage :

- ne pas abuser de ses droits ou utiliser son bien de telle sorte que cette utilisation ne nuise pas aux États riverains ou ne leur cause pas de dommages significatifs (« *Sic utere tuo ut alienum non laedas* ») ;
- ne rien entreprendre qui ait des répercussions négatives sur les autres États riverains ;
- coopérer en raison de la communauté d'intérêts et de droits existant entre États riverains.

3.1. Le premier devoir découle d'une obligation de portée plus générale, celle de ne pas porter atteinte aux territoires des autres États. Dans le domaine de l'eau, ce principe est affirmé par l'article 7 de la convention du 21 mai 1997 : lorsque « *les États utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les*

24 - Elle portait sur la construction d'un ensemble de barrages sur le Danube, prévu par un traité conclu entre les deux États en 1977. Celui-ci prévoyait que cet ensemble, installé sur le territoire des deux États, constituait un « *système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible* ». Cependant, en raison des critiques suscitées chez lui par ce projet, le gouvernement hongrois décida en 1989 de suspendre puis d'abandonner le projet. La Tchécoslovaquie chercha à mettre en place des solutions substitutives mais la Hongrie refusa, en affirmant que des études environnementales supplémentaires étaient nécessaires. L'échec des négociations ouvrit la porte à des mesures unilatérales prises par les parties. La Tchécoslovaquie mit en place la « Variante C » qui prévoyait une diversion unilatérale du Danube sur son territoire, ce qui provoqua la dénonciation du traité par la Hongrie.

25 - Affaire relative au projet *Gabčíkovo*-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), CIJ, 25 septembre 1997, rec. CIJ, § 147 et 85.

États du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux États du cours d'eau[26] ».

Il a reçu sa première consécration jurisprudentielle dans une affaire de pollution de l'air réglée par le biais d'un arbitrage[27]. Dans l'*Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni/Albanie)* de 1949, la CIJ a mentionné l'existence de « *certains principes généraux et bien reconnus* », tels que « *l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États* »[28].

Dans son avis consultatif de 1996, relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, la Cour s'est à nouveau référée à cette obligation : « *La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour […]. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir […]* » ainsi qu'à « *l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale*[29] ».

Si le rapport entre l'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau et l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs aux États riverains a été et continue d'être âprement discuté, la combinaison de ces deux principes semble la meilleure manière d'inciter les États à parvenir à un accord sur l'utilisation d'un cours d'eau international. Et, dans la pratique internationale, ils se trouvent souvent liés. Ainsi, l'*International Law Association* mentionne l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs comme l'un des facteurs à prendre en compte lors de la définition d'une utilisation équitable et raisonnable des eaux d'un cours d'eau[30]. La convention d'Helsinki du 17 mars 1992 affirme de même que les États veillent à « *ce qu'il soit fait un usage raisonnable et équitable des eaux transfrontières, en tenant particulièrement compte de leur caractère transfrontière, dans le cas d'activités qui entraînent ou risquent d'entraîner un impact transfrontière* » (art. 1er).

3.2. Le principe de coopération découle pour sa part de la « *communauté d'intérêts et de droits* » entre États riverains. En 1997, dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a précisé : « *En 1929, la Cour permanente de justice internationale, à propos de la navigation sur l'Oder, a déclaré ce qui suit* : "[la] *communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une*

---

26 - Voir aussi la convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube de 1994, art. 2 ; l'accord de coopération pour un développement durable du bassin du Mékong de 1995, art. 4 ; le protocole révisé sur les cours d'eau partagés de la SADC de 2000, art. 3.10 ; la charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002, art. 4.

27 - Affaire de la fonderie de Trail (*États-Unis/Canada*), 11 mars 1941, RSA, vol. III, p. 1936.

28 - Affaire du détroit de Corfou (*Royaume-Uni/Albanie*), 9 avril 1949, rec. CIJ, p. 22.

29 - Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, 8 juillet 1996, rec. CIJ, p. 242, § 29.

30 - Règles relatives aux usages des eaux de cours d'eau internationaux, dites « Règles d'Helsinki », no 23, art. 10.

communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres[31]"[32]. » Ce principe réaffirmé par la Cour permanente d'arbitrage en 2004[33] ainsi que par la CIJ en juillet 2006[34] vaut également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

3.3. En se fondant notamment sur la coutume internationale, la CIJ a élaboré, à la suite de la Cour permanente de justice internationale (CPJI), une abondante jurisprudence et dégagé plusieurs principes généraux du droit comme le principe de non-modification du régime des eaux[35].

La CIJ n'est toutefois pas la seule juridiction à l'origine de la jurisprudence internationale : la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et de multiples sentences arbitrales[36] ont également dégagé des principes généraux du droit applicables à l'eau.

Une bonne trentaine de décisions sont intervenues depuis le XIX^e^ siècle qui apportent des solutions à la plupart des situations susceptibles d'être rencontrées entre États riverains, notamment en matière d'indemnisation[37].

En définitive, le droit international de l'eau semble accompagner, avec un certain décalage, un mouvement de désappropriation des eaux riveraines : exerçant une souveraineté illimitée sur leurs ressources nationales, les États riverains doivent parallèlement apprendre à n'exercer qu'une souveraineté limitée sur les eaux transnationales. Pour ces dernières, ils devront de plus en plus raisonner en termes d'usages collectifs et partagés. Une évolution similaire s'observe en

---

31 - Arrêt relatif à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, 10 sept. 1929 (*Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie c/ Pologne*), rec. CPJI, série A, n° 23, p. 27.

32 - Affaire relative au projet *Gabčíkovo*-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), § 85.

33 - Affaire concernant l'apurement des comptes entre le royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, sentence arbitrale du 12 mars 2004, § 97 (www.pca-cpa.org).

34 - Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, *Argentine c/ Uruguay*, ordonnance relative à la demande en indication de mesures conservatoires, 13 juillet 2006, § 64.

35 - Chaque État est libre de modifier le cours d'eau, de l'élargir ou de le transformer et même d'en augmenter le débit à l'aide de nouvelles adductions pourvu que la dérivation des eaux, l'affluent visé par le traité et son débit n'en soient pas modifiés (affaire des prises d'eau à la Meuse (*Pays-Bas c/ Belgique*), 28 juin 1937, rec. CPJI, série A/B, n° 70).

36 - Pour résoudre le litige né entre l'Espagne et la France au sujet d'un projet d'aménagement d'une centrale hydroélectrique utilisant l'eau du lac Lanoux et restituant à la partie espagnole de l'eau puisée dans l'Ariège, il a été recouru à un arbitrage dont la sentence a été rendue le 16 novembre 1957 (*Revue générale de droit international public*, t. LXII, 1958, p. 79 ; Françoise Duléry, « L'affaire du lac Lanoux », *Revue générale de droit international public*, t. LXII, 1958, p. 469 ; Achille Mestre, « Quelques remarques sur l'*Affaire du lac Lanoux* », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris 1960, p. 261). La sentence interprète la portée du traité de Bayonne du 26 mai 1866 en jugeant que, si l'État d'amont peut user de ses droits, il doit aussi prendre en compte les intérêts de l'État d'aval, ce qui avait été le cas en l'espèce.

37 - J. Sironneau, *Le Droit international de l'eau existe-t-il ? Évolutions et perspectives*, note de la direction de l'eau, novembre 2002, ministère de l'Environnement.

droit national, qui tend à limiter les droits individuels de propriété des riverains sur la ressource et à en collectiviser l'usage.

Dans les deux cas, les raisons semblent identiques : les usages d'une ressource de plus en plus rare et de plus en plus polluée se trouvent plus souvent en situation de concurrence. Il faut donc trouver des arrangements permettant de concilier au mieux tous ces usages, en préservant la disponibilité à long terme de cette ressource aussi bien en quantité qu'en qualité.

4. Un droit de plus en plus influencé par le droit de l'environnement

L'eau constituant l'un des milieux relevant du droit de l'environnement, s'appliquent aussi à l'eau des conventions internationales telles que la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 qui régissent les aspects transversaux du droit de l'environnement comme l'information des usagers, la participation des citoyens à la décision environnementale ou la réalisation d'études d'impact préalables à la réalisation d'infrastructures [38].

Autre illustration de l'influence de ce pan du droit international sur le droit de l'eau, le Protocole du 21 mai 2003 à la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, inclut dans son champ d'application les plans et programmes élaborés pour la gestion de l'eau ainsi que de très nombreux projets (ports de commerce, voies navigables et ports intérieurs permettant le passage de bateaux de plus de 1 350 tonnes métriques ; grands barrages et réservoirs ; dispositifs de captage des eaux souterraines dépassant un débit annuel de 10 millions de m^3 ; projets d'hydraulique agricole, y compris les projets d'irrigation et de drainage de terres ; installations d'élevage intensif, y compris les exploitations avicoles ; pisciculture intensive ; installations destinées à la production d'énergie hydroélectrique…).

Des conventions relatives à un espace particulier, répondant partiellement à un objectif de protection de l'environnement, peuvent également interférer avec le droit de l'eau.

Par exemple, le Protocole du 16 octobre 1998 d'application de la convention alpine du 7 novembre 1991 dans le domaine de l'énergie [39], en reconnaissant que l'espace alpin contribue durablement à satisfaire les besoins en énergie dans le cadre européen et joue un rôle particulièrement important pour l'interconnexion des systèmes énergétiques des pays européens, édicte des règles de conduite contraignantes en matière d'énergie hydroélectrique (art. 7) : maintien des fonctions écologiques des cours d'eau et de l'intégrité des paysages par

38 - Les stipulations de cette convention sont ou non d'effet direct selon leur libellé (CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, req. 292397 au sujet des paragraphes 2, 3 et 4 de son article 6).

39 - Ce Protocole a été signé par l'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Italie, le Liechtenstein, Monaco, la Slovénie, la Suisse et la Communauté européenne.

les moyens appropriés telles la détermination de débits minimaux ou la mise en œuvre de normes pour la réduction des fluctuations artificielles du niveau d'eau et la garantie de la migration de la faune pour les nouvelles centrales et, si possible, pour les anciennes ; sauvegarde du régime des eaux dans les zones réservées à l'eau potable ; remise en service des centrales désaffectées plutôt que construction de nouvelles…

Autre exemple, la convention du 16 février 1976 pour la protection de la mer en Méditerranée contre la pollution et son Protocole du 17 mai 1980 relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique [40] entraînent pour les rejets de substances des contraintes qui ont été considérées par la CJCE comme méconnues par la France dans l'affaire de la pollution de l'étang de Berre (CJCE, 7 octobre 2004, aff. C-239/03). Un autre Protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée, signé à Madrid le 21 janvier 2008, vient d'être approuvé par la France en vertu de la loi n° 2009-1186 du 7 octobre 2009.

Au-delà de ces textes, la protection de l'environnement et la promotion du développement durable tendent à imprégner non seulement la réglementation relative à la gestion de l'eau douce, mais aussi la jurisprudence de la CIJ relative à la gestion des cours d'eau transfrontaliers.

Dans sa décision rendue en 1997 dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, elle souligne que : « *Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité – qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures –, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement* [41]. »

Dans son ordonnance de juillet 2006 portant sur les mesures conservatoires à prendre dans l'affaire des usines de pâte à papier (*Argentine c/ Uruguay*), la CIJ a repris ce passage de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* pour souligner l'importance qui s'attache à la protection de la qualité des eaux du fleuve Uruguay [42].

40 - Ce Protocole n'étant pas entré en vigueur à la date de la décision attaquée, le Conseil d'État a refusé d'examiner un moyen tiré de sa méconnaissance (CE, 2 octobre 2006, *Association « Les Jardiniers de la mer »*, req. 277722).

41 - Affaire relative au projet *Gabčíkovo*-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), CIJ, 25 septembre 1997, rec. CIJ, § 140.

42 - Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, *Argentine c/ Uruguay*, ordonnance relative à la demande en indication de mesures conservatoires, 13 juillet 2006, § 64.

5. L'eau et le droit international humanitaire

Le droit international n'a abordé que tardivement la question de la protection des réseaux et des installations en temps de guerre [43]. Il a en effet fallu attendre 1977 pour que deux protocoles additionnels [44] aux conventions de Genève du 12 août 1949 soient complétés afin d'interdire à la fois le recours à la famine – à laquelle la privation d'eau est assimilée – comme méthode de guerre et l'interdiction d'attaquer les biens indispensables à la survie de la population civile au nombre desquels figurent les installations et réserves d'eau potable, dont les barrages et les digues, ainsi que les ouvrages d'irrigation [45].

Un autre débat international essentiel pour la protection de la ressource en eau porte sur l'articulation entre le droit international de l'environnement et le droit international humanitaire. La doctrine estime que l'obligation de respect de l'environnement perdure en temps de guerre et que la convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles limite le pouvoir des États parties de causer des destructions ou des dommages environnementaux.

43 - Ameur Zemmali, « La protection de l'eau en période de conflit armé », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 815, 1995, p. 601 ; Théo Boutruche, « Le statut de l'eau en droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 840, 2000, p. 887.

44 - Protocole I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (art. 54 et 56) et Protocole II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (art. 14 et 15).

45 - La CIJ a eu l'occasion d'appliquer l'article 56 du Protocole I dans une situation où les forces armées ougandaises avaient menacé de faire sauter le barrage d'Inga en 1998 (affaire des activités armées sur le territoire du Congo (*République démocratique du Congo c/ Ouganda*), 19 décembre 2005). La Cour a écarté toute violation du Protocole, celui-ci n'interdisant pas la menace de destruction d'un barrage mais seulement les attaques susceptibles de libérer ses forces dangereuses.

Annexe 3
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et droit de l'eau à travers la jurisprudence

La jurisprudence de la Cour relative aux quatre articles pertinents de la convention peut être résumée de la manière suivante.

1. Article 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale »)

L'article 8 stipule que : « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

» *2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

Cet article a été appliqué par la Cour pour sanctionner les conséquences d'atteintes environnementales sur la vie privée et familiale ou les conséquences sur celle-ci d'une interruption de l'alimentation en eau d'un logement.

1.1. Les conséquences d'atteintes environnementales sur la vie privée et familiale

L'arrêt *López Ostra* du 9 décembre 1994 est le premier arrêt majeur de la CEDH en matière d'environnement : il rattache le droit à un environnement sain au droit à la protection de la vie privée et familiale garantie par l'article 8. Selon la Cour, « *des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale* ». Cette affaire concernait de manière incidente le droit de l'eau, l'usine à l'origine des atteintes graves à l'environnement dont se prévalait la requérante étant une station d'épuration d'eaux et de déchets : l'une (parmi de très nombreuses autres) des nuisances engendrées était la « *décantation de résidus chimiques et organiques dans des bassins d'eau* » (§ 9) et généralement la pollution des eaux environnantes.

La Cour appliqua ensuite le même raisonnement dans de nombreuses affaires similaires :
• *Taşkın et autres c/ Turquie* (requête n° 46117/99), 10 novembre 2004 et *Öçkan et autres c/ Turquie* (requête n° 46771/99), 28 mars 2006 : une mine d'or avait provoqué, entre autres nuisances, la pollution des eaux souterraines et l'accroissement du risque d'inondation ;
• *Giacomelli c/ Italie* (requête n° 59909/00), 2 novembre 2006 : une usine de stockage et traitement de « déchets spéciaux » avait provoqué, entre autres nuisances, la pollution des ressources aquatiques environnantes ;
• *Tătar c/ Roumanie* (requête n° 67021/01), 27 janvier 2009 : une mine d'or avait provoqué, entre autres nuisances, la pollution des eaux souterraines et de surface environnantes.

Elle y affirme d'abord : « *Que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'État – adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) […] ou sous celui d'une "ingérence d'une autorité publique", à justifier selon le paragraphe 2 (art. 8-2), les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble, l'État jouissant en toute hypothèse d'une certaine marge d'appréciation. En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1 (art. 8-1), les objectifs énumérés au paragraphe 2 (art. 8-2) peuvent jouer un certain rôle dans la recherche de l'équilibre voulu (voir, notamment, les arrêts* Rees c/ Royaume-Uni *du 17 octobre 1986, série A n° 106, p. 15, par. 37, et* Powell et Rayner c/ Royaume-Uni *du 21 février 1990, série A n° 172, p. 18, § 41)* » (*López Ostra* précité, § 51, *Giacomelli* précité § 78 et *Tătar* précité, § 87).

Elle rappelle ensuite que « *dans une affaire qui a trait à des décisions de l'État ayant une incidence sur des questions d'environnement, l'examen auquel elle peut se livrer comporte deux aspects. Premièrement, elle peut apprécier le contenu matériel de la décision des autorités nationales en vue de s'assurer qu'elle est compatible avec l'article 8. Deuxièmement, elle peut se pencher sur le processus décisionnel afin de vérifier si les intérêts de l'individu ont été dûment pris en compte (voir,* mutatis mutandis*,* Hatton et autres c/ Royaume-Uni *[GC], n° 36022/97, § 99, CEDH 2003-VIII)* » (*Taşkın et autres* précité, § 115-126, *Öçkan et autres* précité, § 41, et *Giacomelli* précité, § 78).

Le contrôle de la Cour en matière environnementale, et donc en matière de droit à l'eau, est cependant strictement encadré. C'est le résultat d'une démarche volontaire de la Cour qui, après avoir appliqué le raisonnement décrit ci-dessus, affirme dans l'arrêt *Kyrtatos* de 2003 que « *l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement. Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier. En l'espèce, à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l'environnement, les requérants n'ont présenté aucun argument convaincant démontrant que*

le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention. Il en irait autrement si, par exemple, les dommages à l'environnement dénoncés avaient occasionné la destruction d'une zone forestière à proximité de la maison des requérants, situation qui aurait pu affecter plus directement leur propre bien-être. En conclusion, la Cour ne saurait admettre que l'ingérence dans les conditions de la vie animale dans le marais nuit à la vie privée ou familiale des requérants » (§ 52-53).

Cet arrêt concernait aussi incidemment le droit de l'eau, puisqu'il portait sur la dégradation d'une zone humide, les marais du sud-est de l'île de Tinos.

1.2. Les conséquences sur la vie privée et familiale d'une interruption de l'alimentation en eau du logement

Si la Cour n'a jamais affirmé de droit à l'alimentation en eau courante ou *a fortiori* potable, quelques arrêts abordent cette question de manière incidente, en partie sous l'angle de l'article 8.

Dans l'affaire *Novosseletski c/ Ukraine* (requête n° 47148/99) du 22 février 2005, la Cour rappelle « *sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 8, qui a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, peut aussi impliquer l'adoption par ceux-ci de mesures visant au respect des droits garantis par cet article jusque dans les relations des individus entre eux (voir, parmi beaucoup d'autres précédents,* López Ostra c/ Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-C, § 51 ;* Surugiu c/ Roumanie*, n° 48995/99, § 59, 20 avril 2004)* » (§ 68) et condamne l'État du fait de dégradations (dont la destruction des mécanismes d'alimentation en eau) causées à l'appartement de fonction d'un fonctionnaire.

Dans l'arrêt *Butan et Dragomir c/ Roumanie* (requête n° 40067/06) du 14 février 2008, la Cour constate une violation de l'article 8 dans un cas où les requérants, suite à un conflit de voisinage, avaient été privés de l'alimentation en eau commune de l'immeuble, l'administration n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour remédier à ce problème.

2. Article 1er du Protocole n° 1 (« Protection de la propriété »)

Cet article stipule que : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

» *Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* »

Plusieurs affaires ont donné lieu à une application de cet article qu'on peut classer en quatre catégories.

2.1. Les affaires comparables à l'affaire López Ostra de 1994

Dans certaines affaires, la Cour a appliqué un raisonnement très proche de celui tenu pour sanctionner une violation de l'article 8 (cf. ci-dessus).

D'ailleurs, dans l'affaire *Novosseletski* précitée, la violation de l'article 1er du Protocole no 1 a été constatée pour les mêmes faits que ceux ayant entraîné la violation de l'article 8.

Quant à l'affaire *Tsirikakis c/ Grèce* (requête no 46355/99) du 17 janvier 2002, elle ressemble à s'y méprendre à une affaire de type *López Ostra* décrite ci-dessus. En l'espèce, l'État avait procédé, pour le compte de la compagnie des eaux locale, à l'expropriation d'une partie d'un îlot pour l'installation d'une station d'épuration. Cette station avait provoqué diverses nuisances, comme des rejets de boues dégradant le reste de l'îlot. Si les requérants avaient résidé à proximité de cette station, nul doute que la Cour eût appliqué le raisonnement *López Ostra* et conclu à une violation de l'article 8. L'îlot étant inhabité, elle s'est bornée à conclure à une violation de l'article 1er du Protocole no 1.

2.2. Les affaires d'expulsion pour défaut de paiement de factures d'eau

On peut inférer de l'arrêt *Burzo c/ Roumanie* (requête no 75240/01) du 4 mars 2008 que la Cour n'est pas prête à reconnaître un quelconque droit à l'eau ou la nécessité d'une tarification sociale de l'eau. En l'espèce, elle a retenu une violation de l'article 1er du Protocole no 1 du fait qu'un propriétaire s'était vu refuser par l'État, pour des raisons sociales, le droit d'expulser des locataires qui avaient, entre autres, omis de s'acquitter de leurs factures d'eau.

2.3. Les affaires concernant les droits de pêche

L'affaire *Posti et Rahko c/ Finlande* (requête no 27824/95) du 24 septembre 2002 présente de nombreux enseignements sur la position de la Cour en matière de réglementation de la pêche (en l'espèce en zones côtières et hauturières, son raisonnement étant transposable à la pêche en eau douce).

Les requérants étaient des pêcheurs exerçant leur activité dans la région côtière du golfe de Botnie en Finlande en vertu de concessions accordées par l'État. Selon l'article 116, paragraphe 3, de la loi de 1982 sur la pêche (*kalastuslaki, lag om fiske* 286/1982), le ministère de l'Agriculture et de la Forêt peut limiter la pêche, y compris dans les eaux privées, notamment s'il juge une telle mesure nécessaire pour protéger les réserves de poissons. À partir de 1986, le ministère prit des décrets imposant de telles restrictions, qui varièrent quant à leur durée, leur portée territoriale, les espèces de poissons concernées et les matériels de pêche interdits. Les requérants contestèrent la légalité de certains de ces décrets, qui interdisaient la pêche avec certains matériels, notamment dans les eaux dont ils avaient obtenu la concession.

D'une part, ils invoquaient l'article 1er du Protocole no 1 pris isolément en se plaignant de ce que les restrictions à la pêche imposées par l'État avaient violé leur droit au respect de leurs biens, qui comprenaient selon eux le droit de pêcher dans certaines zones des eaux côtières du golfe de Botnie (§ 70-78).

Sur ce point, la Cour considéra que le droit des requérants de pratiquer une certaine pêche dans les eaux appartenant à l'État en vertu des concessions qui leur ont été accordées constituait effectivement un de leurs « biens » aux fins de l'article 1er du Protocole no 1, la limitation de ce droit par les décrets de 1996 et 1998 équivalant donc à réglementer l'usage de ces biens au sens du second paragraphe de l'article 1 du Protocole no 1 (§ 76). La Cour jugea, cependant, que cette ingérence dans les droits de propriété des requérants se justifiait, car elle était légale et proportionnée au but légitime d'intérêt général visé, à savoir la protection des réserves de poissons. De plus, l'ingérence n'avait pas complètement supprimé le droit des requérants de pêcher dans ces eaux et ceux-ci avaient été indemnisés des pertes subies à la suite de l'interdiction de pratiquer la pêche résultant du décret de 1996.

D'autre part, ils invoquaient l'article 1er du Protocole no 1 combiné avec l'article 14 en alléguant avoir fait l'objet d'une discrimination par rapport aux pêcheurs travaillant dans la zone hauturière du golfe de Botnie (§ 79-87).

Cet article (« Interdiction de discrimination ») stipule que : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

Sur ce second point, la Cour conclut que les restrictions à la pêche avaient une base légale, la loi sur la pêche de 1992, et se justifiaient pour protéger les réserves de poissons. En outre, il existait des raisons suffisantes – tenir compte des itinéraires de frai des saumons – pour que les périodes d'interdiction et les matériels défendus différassent selon les zones de pêche soumises à restrictions.

2.4. Les expropriations liées à la construction de barrages en Turquie

Le projet controversé d'Anatolie du Sud-Est (*Güneydoğu Anadolu Projesi* ou GAP), lancé en 1989 et qui visait essentiellement à irriguer 1,7 million d'hectares de terres arides à partir de vingt-deux barrages principaux édifiés sur les bassins-versants du Tigre et de l'Euphrate ainsi qu'à la construction de dix-neuf usines hydroélectriques, a engendré non seulement des tensions avec la Syrie et l'Irak, mais encore une jurisprudence extrêmement volumineuse (si 180 arrêts sont recensés sur le moteur de recherche de la CEDH, il en existe sans doute davantage en réalité) depuis l'arrêt *Akkus c/ Turquie* (requête no 19263/92) du 9 juillet 1997.

Dans ces arrêts, la Cour a condamné la Turquie pour violation de l'article 1er du Protocole no 1 lors des expropriations provoquées par la construction des divers barrages. Chaque fois, les requérants turcs se plaignaient de retards dans le paiement d'indemnités qui leur étaient dues à la suite de leur expropriation. Ceux qui avaient perçu une indemnité alléguaient en outre que les sommes touchées ne tenaient pas compte du taux réel d'inflation entre le moment où leur montant avait été fixé et la date de paiement et dénonçaient la durée excessive des procédures en question.

3. Article 3 (« Interdiction de la torture »)

Cet article 3, qui stipule que : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », a été invoqué dans quelques affaires en rapport avec l'eau.

3.1. Les limites à la protection de l'environnement par la CEDH : violation de l'article 8 mais pas l'article 3

Dans l'affaire *López Ostra* de 1994 précitée, la référence à l'article 3 a permis à la Cour de délimiter clairement les limites de son intervention en faveur de la protection de l'environnement. Tandis qu'elle reconnaissait que « *des atteintes graves à l'environnement* » (dont la privation d'un accès à une eau saine) pouvaient constituer une violation de l'article 8, elle affirmait en même temps que ces mêmes atteintes ne constituaient cependant pas une violation de l'article 3 : « *Les conditions dans lesquelles la requérante et sa famille vécurent pendant quelques années furent certainement très difficiles, mais elles ne constituent pas un traitement dégradant au sens de l'article 3* » (§ 60).

Les arrêts ultérieurs de la CEDH concernant des nuisances environnementales en général, et des atteintes à l'eau en particulier, sont restés sur cette même ligne.

3.2. Les détenus privés d'eau

Dans quelques affaires de détention, la privation de tout accès à l'eau courante et/ou à l'eau potable a conduit la Cour à conclure à une violation de l'article 3.

Dans l'affaire *Kadiķis c/ Lettonie (nº 2)* (requête nº 62393/00) du 4 mai 2006, la Cour a relevé, entre autres, « *l'absence d'eau potable et, plus généralement, d'eau courante dans la cellule du requérant. Il apparaît en effet que celui-ci ne pouvait accéder à l'eau potable qu'à l'occasion de ses sorties aux toilettes ou aux lavabos, et ce, nonobstant la chaleur dont il affirme avoir souffert* » (§ 55). La Cour a conclu que le traitement infligé au requérant constituait un « *traitement dégradant* » au sens de l'article 3.

Dans l'affaire *Marian Stoicescu c/ Roumanie* (requête nº 12934/02) du 16 juillet 2009, la Cour a, entre autres, relevé que « *le gouvernement n'a pas contredit les allégations du requérant quant […] à l'eau impropre à la consommation, et qu'il n'a pas fourni de renseignements pertinents à cet égard […] (absence à l'époque des faits d'analyses de l'eau)* » (§ 24), concluant que « *les conditions de détention en cause, que le requérant a dû supporter pendant une période significative, n'ont pas manqué de le soumettre à une épreuve d'une intensité qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* » (§ 25). Elle a également constaté une violation de l'article 3.

4. Article 6 § 1 (« Droit à un procès équitable »)

Cet article stipule que : « *1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal*

indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

La plupart des affaires dans lesquelles l'article 6 § 1 a été invoqué se ressemblent.

Généralement, la Cour y constate une violation du droit de propriété, qui lui permet souvent de constater une violation de l'article 8 ou de l'article 1er du Protocole no 1, ce qui autorise le requérant à se prévaloir de l'article 6 § 1 en tant que « *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

L'application de cet article a donc permis à des requérants, privés par leur droit interne de la possibilité d'exercer de véritables recours contre les décisions autorisant des activités génératrices de pollution des eaux, de remporter quelques victoires.

Ce raisonnement a d'abord été suivi dans l'arrêt précurseur *Zander c/ Suède* (requête no 14282/88) du 25 novembre 1993 [1]. Dans cette affaire, une décharge publique avait provoqué la pollution d'un puits. La Cour a jugé à cette occasion que le droit de jouir de l'eau de son puits comme boisson constituait un élément du droit de propriété protégé par la convention : « *La Cour note que la demande de M. et Mme Zander avait directement trait à leur droit de jouir de l'eau de leur puits comme boisson, élément de leur droit de propriétaires du terrain. Or le droit de propriété revêt manifestement un "caractère civil" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (voir, entre autres, les arrêts* Tre Traktörer AB c/ Suède *du 7 juillet 1989, série A no 159, p. 19, par. 43, et* Oerlemans c/ Pays-Bas *du 27 novembre 1991, série A no 219, p. 20-21, par. 48). Nonobstant les éléments de droit public invoqués par le gouvernement, la Cour estime par conséquent, avec les requérants et la Commission, qu'il y allait d'un droit de "caractère civil"* » (§ 27). Par conséquent le fait qu'« *à l'époque considérée, le droit suédois n'offrait aux intéressés aucun moyen de déférer à un tribunal la décision [d'autorisation de fonctionnement de cette usine] du gouvernement* » (§ 29) constituait une violation de l'article 6 § 1.

Dans d'autres arrêts furent considérés comme une violation de l'article 6 § 1 :
– l'absence d'audience publique devant la cour administrative dans une affaire de pollution par une décharge publique d'une nappe phréatique faisant partie d'un réservoir d'eau potable pour plus de cinq cent mille habitants (*Fischer c/ Autriche* (requête no 16922/90) du 26 avril 1995) ;
– la durée excessive de la procédure interne dirigée contre l'autorisation de fonctionnement d'une station d'épuration (*Tsirikakis*, précité) ;

1 - Commenté à la *RTDH*, 1998, 799, note Philippe Frümer.

– l'absence de toute possibilité de recours contre des décrets limitant les droits de pêche (*Posti et Rahko*, précité) ;
– l'abstention, pendant plus de sept ans, de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à deux décisions judiciaires définitives et exécutoires (les décisions n[os] 3955/1995 et 3956/1995 du Conseil d'État), qui interdisaient aux autorités grecques la poursuite des travaux d'aménagement du marais [2] (§ 30-32) (*Kyrtatos*, précité) ;
– l'abstention de l'administration dans une affaire où les requérants avaient été privés, suite à un conflit de voisinage, de l'alimentation en eau commune de l'immeuble (*Butan et Dragomir*, précité).

2 - La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil et consacre de la sorte le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue l'un des aspects. Toutefois, ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6. Si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être (*Hornsby c/ Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, recueil des arrêts et décisions 1997-II, p. 510-511, § 40-41).

Annexe 4
La directive-cadre sur l'eau et les autres domaines couverts par le droit communautaire de l'eau

I. La directive-cadre sur l'eau

1. Contexte d'élaboration

Prenant la suite d'une longue série de directives sectorielles, la DCE répond à la volonté d'unifier ces règles dispersées et de mettre en œuvre une véritable politique de l'eau, composante de la politique de l'environnement (article 192 § 2 TFUE).

Elle répond à trois préoccupations principales :
– protéger, améliorer et développer les écosystèmes aquatiques ;
– promouvoir une gestion durable et de long terme de la ressource en eau ;
– répondre aux difficultés rencontrées par les États membres à la suite d'inondations et de sécheresses.

Elle vise deux objectifs majeurs :
• garantir la quantité, afin de répondre aux besoins économiques, et la qualité de l'eau, grâce au respect de paramètres ou de valeurs limites ;
• protéger les eaux souterraines des pollutions diffuses et des extractions, grâce à des plans d'action nationaux.

La pollution des milieux marins est quant à elle majoritairement traitée par les conventions internationales, intégrées à l'ordre communautaire.

2. Rédaction

Ce texte particulièrement élaboré a fait l'objet d'un compromis d'autant plus délicat à atteindre que des objectifs chiffrés le rendent contraignant.

Les principes de prévention, de correction prioritairement à la source, de pollueur-payeur et de développement durable ont présidé à sa rédaction.

Cette dernière est marquée par une influence anglo-saxonne indéniable comme en attestent la présence inhabituelle de définitions (41 dans l'art. 1) et de listes dans le corps même du texte ou certains concepts inexistants en droit romano-germanique, comme ceux qualifiant l'intensité des mesures prises (« appropriée »,

« adéquate », « raisonnable »), car considérés comme trop imprécis pour donner lieu à un contrôle juridictionnel efficace.

Le champ de la directive est large et exhaustif : « *La présente directive a pour objet d'établir un cadre pour la protection des eaux intérieures de surface, des eaux de transition, des eaux côtières et des eaux souterraines* » (art. 1er).

C'est une directive-cadre à deux titres : elle est la « mère » qui sert de base à des directives sectorielles « filles » et elle fixe de grandes orientations, souvent accompagnées d'objectifs chiffrés et de moyens prescrits aux États membres pour les atteindre.

3. Structures de gestion

A/ Districts hydrographiques

Pour la première fois, la dimension géographique domine dans une directive.

En effet, les *bassins hydrographiques*, unité géographique [1], doivent faire l'objet d'un recensement par les États membres.

Les *districts hydrographiques* sont composés d'un ou plusieurs bassins. Ils constituent l'unité de gestion de la ressource en eau pour l'application « appropriée » des programmes de mesures prescrits par la DCE, c'est-à-dire adaptée aux caractéristiques du territoire.

Lorsqu'un bassin s'étend au-delà du territoire national, il doit être rattaché à un district hydrographique international. L'État prend les mesures nécessaires pour la partie située sur son territoire.

B/ Zones protégées

Certaines zones exigent une protection renforcée, prévue par la DCE ou par d'autres instruments communautaires spécifiques. Ces zones doivent faire l'objet d'une identification cartographiée dans le plan de gestion du district hydrographique et d'une surveillance régulière dont la fréquence n'est pas précisée.

Parmi ces zones figurent les aires de captage d'eau potable, les eaux où vivent certaines espèces aquatiques, les eaux de baignade, les habitats des espèces protégés dépendant de l'eau, les zones identifiées comme vulnérables en raison d'une pollution par les nitrates.

4. Instruments de gestion

A/ Observation

– Les programmes d'action ne peuvent être définis que suite à deux analyses [2]. La première porte sur les caractéristiques des bassins hydrographiques et les

1 - Article 2 13) : « "*Bassin hydrographique" : toute zone dans laquelle toutes les eaux de ruissellement convergent à travers un réseau de rivières, fleuves et éventuellement de lacs vers la mer, dans laquelle elles se déversent par une seule embouchure, estuaire ou delta.* »

2 - Les annexes II et III de la directive-cadre décrivent les aspects techniques de ces études.

incidences des activités humaines. Une analyse économique des usages de l'eau vise par ailleurs à évaluer le coût des différents services de l'eau et des mesures de restauration de la qualité des eaux, ainsi que la demande et l'offre d'eau à long terme par district.

– La qualité de l'eau fait également l'objet d'une surveillance systématique et comparable entre les États membres, selon des programmes adaptés aux masses d'eau de chaque district.

B/ Organisation

Le respect de la directive-cadre passe par la mise en place de plans d'action que la Commission évalue. Il s'agit de plans de gestion déclinés en programmes intégrés de mesures, qui doivent être élaborés au plus tard le 22 septembre 2009 puis réexaminés tous les six ans, et sont opérationnels avant le 22 décembre 2012.

– Chaque district hydrographique fait l'objet d'un *plan de gestion* qui inclut les résultats des analyses afin de comporter tous les éléments nécessaires à l'application des réglementations. La consultation du public est garantie par la possibilité de formuler des observations écrites [3].

– Des *programmes de mesures* sont établis dans le cadre du plan de gestion, mais ils peuvent aussi répondre à la législation nationale. En France, les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux et leurs programmes associés de mesures en tiennent lieu.

Ils contiennent des mesures de base, qui ne doivent pas augmenter la pollution des eaux marines ni celles des eaux de surface, à moins que cela permette de baisser la pollution globale.

Ces mesures de base sont composées :

• Des directives en vigueur énumérées à l'annexe VI A :
– directive 76/160 sur les eaux de baignade,
– directive 79/409 sur les oiseaux sauvages,
– directive 80/778 sur les eaux potables telle que modifiée par la directive 98/83,
– directive 96/82 sur les risques d'accidents majeurs,
– directive 85/337 relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement,
– directive 86/278 sur les boues d'épuration,
– directive 91/271 sur le traitement des eaux urbaines résiduaires,
– directive 91/414 sur les produits phytopharmaceutiques,
– directive 91/676 sur les nitrates,
– directive 92/43 « habitats »,
– directive 96/91 sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution.

• Des mesures permettant de mettre en œuvre les orientations de la DCE :
– récupération des coûts liés à l'utilisation de l'eau,
– utilisation efficace et durable de l'eau,
– protection des captages d'eau potable,

3 - CJCE, 30 novembre 2006, *Commission c/ Luxembourg* (C-32/05).

– contrôle administratif des captages d'eau douce, d'endiguements d'eau douce de surface, de recharge ou d'augmentation des masses d'eau souterraine, des rejets ponctuels ou diffus susceptibles de polluer le milieu (les rejets directs polluants dans les eaux souterraines sont interdits).

L'annexe VI B énumère les mesures supplémentaires que l'État membre peut mettre en place. Cette liste très vaste (instruments « législatifs », « administratifs », « économiques ou fiscaux », etc.) se traduit principalement par des directives d'application.

C/ Contrôle combiné des rejets

Le contrôle des rejets s'effectue selon « *une approche combinée pour les sources ponctuelles et diffuses* » (art. 10). Des contrôles et des valeurs limites doivent encadrer les émissions ponctuelles alors que les émissions diffuses doivent faire l'objet des « *meilleures pratiques environnementales* ». En réalité, l'article 10 renvoie aux réglementations communautaires existantes.

D/ Tarification de l'eau

L'article 9 § 1 est rédigé de manière souple et peu contraignante puisqu'il dispose que les États membres doivent tenir « *compte du principe de récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau* ». L'usager est appelé à payer en fonction de la quantité prélevée, ce qui implique une mesure du volume consommé, et de la pollution rejetée.

D'ici à 2010, la tarification doit inciter à utiliser efficacement la ressource en eau, en particulier les secteurs agricole, industriel et les ménages, au vu des analyses économiques conduites dans chaque bassin et du principe pollueur-payeur.

Une dérogation au principe de récupération des coûts auprès de l'usager est possible pour des motifs sociaux, environnementaux et économiques ou encore pour tenir compte des conditions géographiques et climatiques de la région.

5. Orientations de la protection de l'eau

A/ Définition des normes de qualité environnementale

Ces normes ne renvoient pas aux réglementations qui s'y référaient déjà[4].

– Une norme de qualité correspond à des conditions dont le niveau d'exigence doit être respecté, même si cela exige d'améliorer un dispositif existant.

– L'objectif le plus strict doit être appliqué pour une masse d'eau donnée.

– Les zones protégées ne peuvent pas faire l'objet de dérogation. En revanche, une dérogation est possible si une activité humaine polluante rend impossible la réalisation de la norme de qualité, à la condition que cette activité réponde à des besoins environnementaux et sociaux.

4 - Comme la directive 96/61 sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution.

Des mesures d'amélioration, de protection et de restauration doivent être prises pour atteindre le bon état des eaux d'ici à 2015, bien que des reports soient possibles, sauf pour les zones protégées, justifiés par des raisons techniques, naturelles ou financières, dans la limite de deux révisions du plan de gestion du bassin hydrographique.

B/ Objectifs environnementaux par catégorie de masse d'eau

Les objectifs de qualité sont détaillés dans l'annexe V. Ils diffèrent en fonction de la catégorie de masse d'eau : eau de surface, eau souterraine ou encore eau protégée.

La *masse d'eau* est le référentiel aquatique qui sert à comparer l'état des eaux en Europe, lequel correspond à un volume d'eau à caractéristiques physiques homogènes et sur lequel les pressions urbaines, agricoles et industrielles sont identiques. Il en existe de cinq types : les cours d'eau, les plans d'eau, les eaux côtières, les eaux de transition et les eaux souterraines.

Les eaux de surface

L'objectif est le retour à un bon état écologique et chimique d'ici à 2015.

Cette exigence est atténuée pour les masses d'eau artificielles (MEA) et les masses d'eau fortement modifiées (MEFM), dans la mesure où le rétablissement du bon état écologique entraînerait un effet négatif sur l'environnement et les activités économiques (régularisation des débits, navigation, protection contre l'inondation et le drainage des sols, etc.).

Les États membres doivent également pouvoir prévenir toute détérioration des eaux.

Enfin, les masses d'eau utilisées pour le captage d'eau destinée à la consommation humaine doivent répondre aux mêmes objectifs que les eaux de surface et satisfaire les critères de qualité définis dans la directive 80/778 du 15 juillet 1980.

Les eaux souterraines

L'objectif est le retour à un bon état chimique et quantitatif d'ici à 2015.

Les normes de qualité du bon état chimique sont définies dans la directive 2006/118, selon le système de la double liste : la première est déterminée par la directive, la seconde, constituée de valeurs seuils, est arrêtée par l'État membre en fonction des substances susceptibles de contribuer à la pollution qu'il a identifiées.

Le bon état chimique correspond à la concordance avec les normes de qualité et les valeurs seuils. Il peut également être établi par une « enquête appropriée » faisant apparaître que l'état de l'eau ne présente pas de dangers pour l'environnement ni ne se détériorera (article 4 § 2).

Les États membres doivent s'engager à inverser toute tendance à la hausse de polluants (article 4 § 1), selon une méthodologie définie[5]. Ils doivent également

5 - Article 5 § 1 et § 3 et annexe VI de la directive 2006/118.

prévenir l'introduction de polluants, de toute substance dangereuse ou susceptible de l'être, ou encore de polluants de source diffuse.

Stratégies spécifiques

Des stratégies s'appliquent spécifiquement aux masses d'eau des captages d'eau potable, à la pollution des eaux souterraines et à certains polluants dont les « substances prioritaires » de l'annexe X de la DCE, et plus particulièrement les « substances dangereuses prioritaires » qui doivent être éliminées[6]. Les substances prioritaires doivent faire l'objet de directives qui déterminent les normes environnementales et les contrôles d'émission avant le 22 décembre 2006.

6. Bilan

La DCE a prévu l'établissement d'un état des lieux global pour 2005 portant à la fois sur les eaux de surface et sur les eaux souterraines pour chaque masse d'eau.

Le retour au bon état étant prévu en 2015, un autre bilan sera établi en 2016.

II. Autres domaines couverts par le droit communautaire de l'eau

Les principaux textes communautaires applicables aux transports par voies navigables intérieures, aux ports, à l'énergie hydroélectrique et aux inondations sont les suivants.

1. L'Union européenne, ses voies navigables et le transport fluvial

Plusieurs actes sont intervenus pour organiser la libre prestation de service sur ce marché : le règlement n° 1101/89 du Conseil du 27 avril 1989 a mis en place un mécanisme coordonné de résorption des surcapacités et institué à cet effet des fonds nationaux de déchirage (règle « du vieux pour du neuf »)[7], règlement qui a été complété par le règlement n° 718/1999 du Conseil du 29 mars 1999 relatif à une politique de capacité des flottes communautaires dans la navigation intérieure en vue de promouvoir le transport par voie navigable ; le règlement n° 3921/91 du Conseil du 16 décembre 1991 a fixé les conditions de l'admission de transporteurs non résidents aux transports nationaux de marchandises

6 - Elle est en fait établie par la décision 2455/2001 du 20 novembre 2001 en annexe I de ce document.

7 - Ce règlement a donné lieu à quelques arrêts de la Cour ou du tribunal de première instance relatifs aux conditions d'octroi des primes de déchirage (CJCE, 5 octobre 1993, aff. C-13/92, C-14/92, C-15/92 et C-16/92, rec. 1993, p. I-04751 ; TPICE, 1er octobre 1998, aff. T-155/97 et 1er février 2000, aff. T-63/98).

ou de personnes par voie navigable dans un État membre (cabotage) et le règlement nº 1356/96 du Conseil du 8 juillet 1996 a déterminé les règles communes applicables aux transports de marchandises ou de personnes par voie navigable entre États membres [8].

La directive nº 96/50/CE du Conseil du 23 juillet 1996 a harmonisé les conditions d'obtention des certificats nationaux de conduite de bateaux de navigation intérieure pour le transport de marchandises et de personnes dans la Communauté [9]. La directive nº 96/75/CE du 19 novembre 1996 concernant les modalités d'affrètement et de formation des prix dans le domaine des transports nationaux et internationaux de marchandises par voie navigable dans la Communauté a affirmé le principe de libre négociation des contrats et des prix et organisé une période transitoire pour sortir des systèmes d'affrètement au tour de rôle [10]. La directive nº 2006/87/CE du 12 décembre 2006 enfin a harmonisé les prescriptions techniques applicables aux bateaux de la navigation intérieure sur l'ensemble du réseau communautaire, incluant le Rhin.

La Commission est également intervenue à plusieurs reprises pour faire cesser des comportements contraires aux règles de concurrence applicables au secteur des transports ou le versement illégal d'aides d'État [11].

Le Conseil européen de Vienne (décembre 1998) ayant demandé que soit élaborée une stratégie intégrant les questions d'environnement et de développement durable dans la politique des transports, un premier rapport du Conseil au Conseil européen d'Helsinki (octobre 1999) en propose les grandes lignes. Plusieurs directives applicables aux différents modes de transport y contribuent. Récemment, l'Union a, par le règlement nº 1692/2006 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 2006, lancé en outre un programme – le programme Marco Polo II – destiné à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises et visant à obtenir un transfert de fret de la route vers les autres modes. La commission transport et tourisme du Parlement européen avait peu auparavant publié, sur le rapport de

8 - La Cour a écarté des griefs tirés de la violation des règlements nº 3921/91 et 1356/96 mais retenu la méconnaissance de l'article 10 TCE dans une affaire mettant en cause des accords relatifs aux transports par voie navigable et signés par le Luxembourg avec trois pays de l'élargissement (CJCE, 2 juin 2005, aff. C-266/03 ; CJCE, 2 juin 2005, aff. C-433/03 pour des accords similaires signés par l'Allemagne).

9 - La France a été condamnée pour transposition tardive de cette directive (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-468/00).

10 - Dans son avis 92/513/CEE du 23 octobre 1992 adressé au gouvernement français au sujet d'un projet de loi relatif à l'exploitation commerciale des voies navigables, la Commission avait déjà indiqué qu'un système d'affrètement au tour de rôle qui serait organisé par des professionnels serait contraire aux règles de concurrence édictées par l'article 85 du TCE.

11 - Voir par exemple dans le premier cas la décision 85/383/CE du 10 juillet 1985 qui retient une infraction au jeu normal de la concurrence à l'encontre de la convention interprofessionnelle du 13 juin 1983 conclue entre l'association nationale des travailleurs indépendants de la batellerie et la chambre syndicale des courtiers de fret fluviaux et dans le second la décision 2002/901/CE du 19 juin 2002 qui censure comme incompatible avec le marché commun une aide d'État octroyée par les Pays-Bas en faveur des remorqueurs néerlandais dans les ports maritimes et sur les voies navigables de la Communauté.

Jörg Leichtfried, un document intitulé *Achieving Sustainable, Efficient and Safe Transport in Europe* dans lequel étaient suggérées toute une série d'actions relatives à la sécurité de la navigation intérieure et des ports, aux normes techniques applicables aux navires fluviaux, à la promotion du transport fluvial (programme NAIADES « navigation intérieure : actions et développement en Europe)… Ce programme d'action européen intégré pour le transport par voies navigables a été lancé par la Commission le 17 janvier 2006 [(COM (2006) 6 final] et a donné lieu à un premier rapport d'activité le 5 décembre 2007 [COM (2007) 770 final].

Pour la gouvernance régionale de ses voies navigables, l'Union européenne a bénéficié avec le Rhin et ses autres fleuves internationaux d'un véritable laboratoire. Les solutions dégagées pour leur gestion ont fréquemment été reprises par l'Union et tendent à s'imposer progressivement dans tous les États membres. Si la directive-cadre sur l'eau de 2000 a conduit les différents États membres signataires à revoir les traités relatifs à la gestion du Rhin [12], de la Meuse et de l'Escaut pour les mettre en conformité avec les exigences de cette directive, l'Union n'est en revanche pas encore parvenue à définir le cadre de ses relations avec les différentes commissions chargées de la gestion de ces fleuves, notamment avec la commission centrale pour la navigation sur le Rhin [13] et la commission du Danube, qui gèrent les deux plus grandes artères fluviales de l'Union et où cette dernière n'a que le statut d'observateur. Après avoir étudié plusieurs

12 - La CJCE a eu l'occasion de se prononcer sur l'articulation entre la directive-cadre de 2000 et la convention de Mannheim au sujet de la navigation sur le Rhin (CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-476/98, rec. 2002, p. I-9855).

13 - En substance, l'UE et la CCNR élaborent certains de leurs règlements dans un groupe de travail commun et les rendent applicables chacune de leur côté. Il en a été ainsi pour les caractéristiques techniques des bateaux adoptées simultanément par l'annexe 2 de la directive du 12 décembre 2006 et par le règlement de visite rhénan, mais cette démarche ne s'étend pas encore aux systèmes d'information et à l'harmonisation des certificats de conduite.

options [14], la Commission a recommandé le 1er août 2003 au Conseil de l'autoriser à négocier l'adhésion de la Communauté à ces deux commissions [15], recommandation [16] demeurée sans suite jusqu'en 2007, faute d'accord politique au sein du Conseil. Mais par décision du 7 juin 2007, celui-ci a finalement autorisé la Commission à négocier une adhésion à la commission du Danube, la situation restant bloquée vis-à-vis de la commission du Rhin.

2. L'Union européenne et les ports

Le Livre vert du 10 décembre 1997 relatif aux ports et aux infrastructures maritimes et la communication de la Commission du 13 octobre 2004 sur la réforme des ports [COM (2004) 654] fournissent le cadre de référence. Et si la Commission a proposé dès 2001 un projet de directive ouvrant l'accès au marché des services portuaires [COM (2001) 35 final], ce texte n'a pas abouti et c'est la jurisprudence de la Cour qui a déclenché l'ouverture de ces services à la concurrence [17], tout en pourchassant, là comme ailleurs, les aides d'État

14 - En particulier la création d'une autorité unique ou agence pour la navigation intérieure regroupant tous les acteurs (commissions fluviales, commission économique pour l'Europe de l'ONU, Commission européenne). S'accorder sur ses caractéristiques et attributions semble toujours hors de portée. Dans ces conditions, les États signataires de la convention de Mannheim ont, dans leur déclaration de Bâle du 16 mai 2006, marqué leur préférence pour une coopération renforcée avec l'UE, chaque organisation devant garder sa dynamique et ses responsabilités (CCNR, *Rapport biennal 2006-2007*, 22 janvier 2008). Le choix entre les différentes options renvoie à un débat, qui n'est toujours pas clairement tranché, sur les rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique rhénan. La convention de Mannheim étant antérieure à la signature du Traité de Rome, les signataires du premier texte considèrent – à la différence de la Commission qui a développé un point de vue inverse dans un mémorandum du 8 avril 1964 – que le droit rhénan, du fait de son antériorité, prime sur le droit communautaire en vertu de l'article 234 du TCE (art. 307 UE) et que la législation communautaire ne s'applique pas *de plano* sur le Rhin, les dispositions arrêtées par l'UE devant être reprises par un acte propre de la CCNR. C'est ainsi que fut bloqué dès 1960 l'application d'un premier règlement communautaire concernant la suppression des discriminations en matière de prix et de conditions de transport, le transport fluvial sur le Rhin faisant l'objet d'un tarif réglementé alors que la Commission souhaitait y introduire davantage de concurrence grâce à un système de tarif à fourchette. La laborieuse mise au point, avant l'institution de la prime de déchirage en 1980, conduisit la Commission à saisir pour avis la CJCE du projet d'accord conclu à cet effet le 9 juillet 1976. Dans son avis du 26 avril 1977 (CJCE, avis 1-76, rec. 1977, p. 741) rendu sur le fondement de l'article 228 TCE (art. 300.6 UE), la Cour a estimé le projet d'accord incompatible avec le Traité communautaire et reconnu la compétence exclusive de la Communauté pour conclure un accord international, y compris en l'absence d'une disposition expresse du Traité, dès lors que ce dernier attribue une compétence interne aux institutions communautaires pour atteindre un objectif déterminé. Mais elle a en même temps admis que la participation des États signataires de l'acte de Mannheim était nécessaire, car la mise en place du projet d'accord supposait une modification de cet acte pour le rendre compatible avec l'ordre communautaire (Jean-Marie Woehrling, *Kooperation oder Konkurrenz ? Die Zentralkommission für die Rheinschiffart und die Europäische Gemeinschaft im Streben nach einem einheitlichen Binnenschiffahrtssystem*, Institut für Binnenschiffahrtsrecht, Vorträge zum Binnenschiffahrtsrecht (Band 2), 2000).

15 - Une offre d'adhésion à l'acte de Mannheim avait déjà été présentée à l'UE lors des négociations qui ont abouti au Protocole additionnel no 2 à la convention révisée pour la navigation du Rhin signé à Strasbourg le 17 octobre 1979 et entré en vigueur le 1er février 1985.

16 - SEC (2003) 897.

17 - CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, rec. 1991, p. I-5889 ; CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, rec. p. I-1547.

accordées sous forme d'avantages fiscaux discriminatoires ou de fixation inéquitable du montant des taxes portuaires [18]. Des directives d'ordre technique sont néanmoins intervenues pour obliger les États membres à prévoir des installations de réception portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison (directive 2000/59/CE du 27 novembre 2000) ou à améliorer la sûreté dans les ports (directive 2005/65/CE du 26 octobre 2005).

3. L'Union européenne et la production d'énergie hydroélectrique

Si aucun texte spécifique n'est intervenu pour en fixer le régime, ce secteur est impacté par la politique énergétique de l'Union, notamment en matière d'énergies renouvelables, et par l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie [19].

La directive 2001/77/CE du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables s'attache à lever les quatre grands obstacles susceptibles d'entraver le développement de ces nouvelles énergies : elle met en place des régimes de soutien attrayants, vise à supprimer les obstacles de nature administrative et à garantir un accès équitable au réseau [20] et organise la délivrance d'un certificat d'origine. Cette directive devrait être abrogée par une nouvelle directive en préparation sur le même sujet [21].

Et la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003, qui abroge la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 ayant le même objet, fixe les règles communes concernant le marché intérieur de l'électricité dans ses divers aspects : production, transport, distribution et fourniture du service.

La Commission a en outre indiqué à la France que les dispositions contenues aux articles 13 de la loi du 16 octobre 1919 et 29 du décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, qui reconnaissaient un droit de préférence à l'exploitant en place lors du renouvellement de la concession – EDF dans 80 % des cas et le groupe Suez (CNR et SHEN) dans les 20 % restants –, n'étaient pas conformes à l'article 43 du traité relatif à la liberté d'établissement [22]. C'est notamment en vertu de l'exigence communautaire d'ouverture à la concurrence de ce marché que la France a été conduite à revoir par l'article 7 de la loi du 30 décembre 2006 et par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre

18 - CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-242/95.

19 - Sur la marge de manœuvre dont disposent les États membres pour organiser la tarification durant la période de transition entre marché réglementé et marché ouvert à la concurrence, en évitant le double écueil de la discrimination et de l'aide d'État, voir CJCE, 14 avril 2005, aff. C-128/03 et C-129/03.

20 - L'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a institué au profit des producteurs d'énergies renouvelables qui souhaiteraient en bénéficier et qui exploitent des installations d'une puissance inférieure à 12 MW une obligation d'achat de l'énergie qu'ils produisent à un tarif fixé par les ministres chargés de l'Économie et de l'Écologie. Et le décret n° 55-549 du 20 mai 1955 a été abrogé.

21 - Proposition de directive relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2008) 19 final.

22 - Communiqué de la Commission du 13 juillet 2005 (IP/05/920).

2008 son régime d'attribution des concessions d'énergie hydraulique et devra procéder à une mise en concurrence lors du renouvellement de ces concessions à compter de 2012[23] (cf. 2.4.3.3.).

4. L'Union européenne et la gestion des risques naturels

La Commission a mis en chantier en novembre 2002, à la demande des directeurs de l'eau des États membres, une initiative sur les inondations peu après celles qui sont survenues en Europe de l'Est (Elbe et Danube) en août 2002 et ont provoqué la création immédiate d'un Fonds de solidarité de l'UE[24]. Une communication sur le sujet est publiée par la Commission le 12 juillet 2004[25] et une proposition de « paquet inondation », comprenant notamment un programme d'action[26], un projet de directive relative à l'évaluation et à la gestion des inondations et un réseau d'échange portant sur l'alerte et la cartographie (EXCIFF et EXCIMAP), est mise sur la table en janvier 2006. La directive 2007/60/CE du 23 octobre 2007 institue un cadre commun permettant d'évaluer et de réduire les risques liés à tous les types d'inondations pour la santé humaine, l'environnement, les biens et les activités économiques. Elle prévoit à cet effet une méthodologie en trois étapes : l'évaluation des risques par bassin hydrographique et un classement des zones présentant ou non des risques significatifs, puis l'établissement, avant fin 2013, d'une cartographie devant préciser la probabilité de risque et les dommages potentiels pour les populations, les biens et l'environnement et, avant fin 2015, de plans de gestion des risques d'inondation pour chaque district hydrographique. Un plan de gestion fixe un niveau approprié de protection par bassin et énumère les mesures de prévention,

23 - Jean-Pierre Leteurtrois, Jean-Louis Ravard, Georges Rozen, Bernard Schneiter, Laurent Winter, *Rapport sur le renouvellement des concessions hydroélectriques*, novembre 2006, consultable sur www.developpement-durable.gouv.fr/energie/electric/pdf/rap-cgm-concession-hydraulique.pdf ; F. Sabiani, *La Mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué*, Dr. Adm. 2008, étude 12 ; Éric Delacour, « Soumission des concessions d'énergie hydraulique à la loi "Sapin" », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2008, comm. 273 ; Bernadette Le Baut-Ferrarese et Isabelle Michallet, « Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique », *La Semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, n° 13, 23 mars 2009, p. 2071 ; Christophe Barthélemy et Vanessa Rambaldelli, « L'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence », *Contrats publics*, n° 86, mars 2009. Le changement de la réglementation s'avérait également nécessaire du fait de l'intervention de la loi du 29 janvier 1993, notamment de ses articles 38 et 41 qui exonéraient EDF, établissement public, de cette procédure et du changement du statut d'EDF, EPIC devenu société anonyme en vertu de la loi du 9 août 2004.

24 - La France a bénéficié à cinq reprises de ce Fonds, en dernier lieu après la tempête Klaus survenue en janvier 2009 (109,4 M€ en novembre 2009).

25 - *Gestion des risques liés aux inondations. Prévention, protection et mitigation des inondations*, COM (2004) 472. La Commission note que l'Europe a connu plus de cent inondations majeures entre 1998 et 2004, occasionnant 700 décès, le déplacement de 500 000 personnes et des pertes économiques d'au moins 25 Mds€.

26 - L'élaboration de ce programme a été facilitée par une étude conjointe pilotée par la France et les Pays-Bas qui a présenté une nouvelle approche pour réduire les risques et inventorié les bonnes pratiques à promouvoir. Les Pays-Bas intègrent une approche socio-économique dans leur politique de prévention et de protection en proportionnant les investissements aux dommages potentiels (Jean-Roland Barthélémy, *Évaluation économique du risque d'inondation. Comparaison France-Pays-Bas*, Fondation des villes, novembre 2005).

de protection et de préparation visant à réduire la probabilité d'inondation et l'ampleur de ses conséquences. Tous ces documents seront mis à disposition du public avant fin décembre 2018. La directive, qui devait être transposée avant le 25 novembre 2009, va obliger la France à systématiser l'évaluation préliminaire sur l'ensemble du territoire et non plus seulement dans les zones couvertes par un PPRN (cf. 2.4.2.2.) et à généraliser à toutes les zones à risque l'analyse des enjeux et la cartographie des risques selon trois scénarios (probabilité faible, moyenne ou forte).

Le traité de Lisbonne a introduit une clause de solidarité en ce qui concerne les catastrophes naturelles (art. 122 TFUE) et des compétences nouvelles en matière de protection civile (art. 196 TFUE).

Le risque sécheresse étant en revanche mal pris en compte par le droit communautaire, le Parlement européen a émis le souhait que le Fonds de solidarité de l'UE, créé par le règlement (CE) n° 2012/2002 du Conseil du 11 novembre 2002, inclue les épisodes de sécheresse au nombre des phénomènes naturels éligibles mais le règlement instituant ce Fonds n'a pas encore été modifié en ce sens.

Annexe 5
Évolution des principaux articles du code civil

	Code civil 1804	Code civil modifié par la loi du 8 avril 1898 puis par le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)
Article 538	Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.	*Non repris et abrogé par l'ordonnance CG3P*
Article 563	Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé. **CHAPITRE PREMIER** **Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux**	Si un cours d'eau domanial se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit soi, jusqu'à une ligne qu'on suppose tracée au milieu du cours d'eau. Le prix de l'ancien lit est fixé par des experts nommés par le président du tribunal de la situation des lieux, à la requête de l'autorité compétente. À défaut par les propriétaires riverains de déclarer, dans les trois mois de la notification qui leur sera faite par l'autorité compétente, l'intention de faire l'acquisition aux prix fixés par les experts, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit selon les règles qui président aux aliénations du domaine des personnes publiques. Le prix provenant de la vente est distribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours à titre d'indemnité dans la proportion de la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux. **Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété** **Titre IV : Des servitudes ou services fonciers** **CHAPITRE PREMIER** **Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux**

	Code civil 1804	Code civil modifié par la loi du 8 avril 1898 puis par le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)
Article 640	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.
Article 641	Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* *Modifié par loi 1898-04-08 art. 1* Bulletin des lois, *12^{o} s., B 1970, n^{o} 34577* Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur. La même disposition est applicable aux eaux de sources nées sur un fonds. Lorsque, par des sondages ou des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir ; mais ils ont droit à une indemnité en cas de dommages résultant de leur écoulement. Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par les paragraphes précédents. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes prévues par ces paragraphes et le règlement, s'il y a lieu, des indemnités dues aux propriétaires des fonds inférieurs sont portées, en premier ressort, devant le juge du tribunal d'instance du canton qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété. S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert.

	Code civil 1804	Code civil modifié par la loi du 8 avril 1898 puis par le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)
Article 642	La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* *Modifié par loi 1898-04-08 art. 1* Bulletin des lois, *12° S., B 1970, n° 34577* Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage. Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété. Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.
Article 643	Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire : mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* *Modifié par loi 1898-04-08 art. 1* Bulletin des lois, *12° S., B. 1970, n° 34577* Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leurs cours naturel au préjudice des usagers inférieurs.
Article 644	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre « De la distinction des biens », peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre « De la distinction des biens », peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.
Article 645	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.	*Créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804* S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

Annexe 6
Le domaine public fluvial : d'un domaine par nature à un domaine par l'usage

1. L'appartenance des cours d'eau navigables au domaine public trouve son origine dans le droit romain qui rangeait les cours d'eau dans les choses publiques : « *Flumina autem omnia et portus*[1] *publica sunt*[2]. »

Pendant la période féodale qui s'ouvre avec le démembrement de l'empire carolingien après Louis le Pieux[3], « *une confusion profonde ne tarda pas à naître entre les biens dont le souverain pouvait disposer et ceux dont il n'avait que la surintendance* » et on vit « *les rois se dépouiller progressivement des droits que leur avait légués le fisc romain* »[4]. Cependant, à la fin de cette époque, qui est aussi celle de la redécouverte du droit[5], le pouvoir royal réaffirme progressivement son autorité sur le domaine[6] de la couronne.

Un des premiers textes identifiés portant en germe la notion d'inaliénabilité du domaine, l'*Ordonnance pour la révision des dons des biens du domaine faits*

1 - La mention des « *portus* » dans un texte qui n'aborde pas la « navigabilité » fournit le meilleur fondement théorique au lien juridique, depuis constamment réaffirmé, entre les cours d'eau au sens de « cours d'eau navigables » et ce qui sera plus tard appelé « domaine public fluvial ». Voir par exemple Paul-Lucas Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, 1846, Charles-Hingray libraire éditeur, p. 17 : « *Que reste-t-il donc des usages possibles d'une grande rivière ? La navigation. Là, mais là seulement, l'usage est public.* »

2 - Iustinianus Imperator, *Institutiones*, Liber II, Titulus I, « *De rerum divisione* », 529 ; Digeste 1.8.4.1 « *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.* »

3 - Empereur d'Occident de 814 à 840. Marc Bloch date de cette époque l'effacement du droit in *La Société féodale*, 1939 (tome premier, première partie, livre deuxième, chapitre v).

4 - Les formulations sont d'Alfred Picard (inspecteur général des ponts et chaussées, président de la section des travaux publics du Conseil d'État) in *Traité des eaux*, t. III, 1893.

5 - On la date généralement de la réforme grégorienne, du nom du pape Grégoire VII (mort le 25 mai 1085) que la querelle des investitures opposa à l'empereur Henri IV. Cette époque coïncide avec la redécouverte du code justinien à l'université de Bologne, université fondée vers 1088, le *Concordia discordantium canonum* de Gratien, « *concorde des canons discordants* », rédigé entre 1140 et 1150, qui rassemble plus de 3 800 textes du droit canonique et le don à la ville de Pise du manuscrit du Digeste de Justinien par Burgundio, qui avait séjourné à Constantinople de 1135 à 1140.

6 - De *dominus*, le maître : Montesquieu souligne que Saint Louis fit traduire le Digeste puis que Philippe le Bel fit enseigner les lois de Justinien (*L'Esprit des lois*, livre XXVIII, ch. 42).

depuis Saint Louis, remonte au 29 juillet 1318[7]. De nombreux textes postérieurs n'eurent de cesse de rappeler ce principe renaissant, certains d'entre eux n'ayant pas eu d'autre objet que de réaffirmer l'appartenance des cours d'eau (navigables) à la couronne tel le *Mandatement de la chambre des comptes, portant que la rivière du Rhône appartient au Roi dans tout son cours* du 28 août 1388[8].

La postérité n'a retenu de cette longue série de textes que le célèbre *Édit sur l'inaliénabilité du domaine de la couronne* de février 1566, dit *édit de Moulins*[9], alors que ce texte est précédé d'un édit de 1539[10] proclamant déjà un tel principe et suivi d'un édit de 1579[11] par lequel le roi réitère sa proclamation de 1566. Paradoxalement, aucune disposition de cet édit ne concerne les fleuves ou rivières, même si la doctrine a toujours estimé que les cours d'eau navigables étaient régis par cet acte, ce que semble pouvoir corroborer l'exemple du « *mandatement* » mentionné ci-dessus.

2. C'est finalement le titre XXVII de l'ordonnance pour les eaux et forêts d'août 1669 qui a explicité ce qui n'était sans doute auparavant qu'implicite. Son article 41 dispose en effet : « *Déclarons la propriété de tous les fleuves portant bateau…, sans artifices et ouvrages de mains, dans notre royaume et terres de notre obéissance, faire partie du domaine de notre couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires ; sauf les droits de pêche, moulins, bacs et autres usages que les particuliers peuvent y avoir par titres et possessions valables, auxquels ils seront maintenus.* »

7 - Abbaye de Pontoise, 29 juillet 1318, nº 553 du recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 (*RGALF*) par MM. Jourdan, Decrusy et Isambert, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821-1833, 29 vol., dont 1 de tables. L'ordonnance de 1318 est également reproduite au recueil des ordonnances des roys de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique, t. I, p. 665. Recueillis d'abord par Eusèbe Jacob de Laurière, puis Denis François Secousse, Louis Guillaume de Vilevault, Louis Georges Oudard Feudrix de Bréquigny, Claude Emmanuel Joseph Pierre de Pastoret et Jean-Marie Pardessus, ces textes forment vingt et un tomes dont les quatorze premiers sont parus entre 1723 et 1790. Le deuxième recueil est également connu sous le nom de collection du Louvre (C. L.).

8 - Paris, 28 août 1388 (*RGALF*, nº 1056 ; C. L., t. VII, p. 208).

9 - Moulins, février 1566, enregistré au parlement de Paris le 13 mai (*RGALF*, nº 108). « *Le domaine de la couronne ne peut être aliéné qu'en deux cas seulement : l'un pour appanage des puisnez masles de la Maison de France : auquel cas y a retour à nostre couronne par leur decez sans masles, en pareil estat et condition qu'estoit ledict domaine lors de la concession de l'appanage : nonobstant toute disposition, possession, acte expres ou taisible faict ou intervenu pendant l'appanage ; l'autre pour l'aliénation à deniers comtans pour la nécessité de la guerre […] auquel cas y a faculté de rachat perpetuel.* »

10 - Paris, 30 juin 1539 (*RGALF*, nº 277). « *Édit qui porte que le domaine de la couronne est inaliénable, et n'est soumis à aucune prescription, pas même à celle de cent ans.* »

11 - Mai 1579 (*RGALF*, nº 103). Ordonnance relative à la police générale du royaume dont l'article 329 proclame : « *Voulons que les édits faits par les rois nos prédécesseurs pour la conservation du domaine de nostre couronne, même celui fait par le feu roy Charles […] l'an 1566, contenant les règles et maximes anciennes de noster dit domaine, soient exactement et inviolablement gardez et observez […].* »

Ce texte général appelait des éclaircissements, qui ont été apportés par un édit d'avril 1683 [12]. Ce dernier précise, d'une part, que la date de l'édit de Moulins, soit le 1er avril 1566, constitue le point de départ de l'inaliénabilité du domaine public, et, d'autre part, que la couronne ne revendique la propriété des rivières que « *depuis les lieux où elles sont navigables sans écluses ni artifice* » [13]. Cet édit est réitéré en décembre 1693 [14] avec quelques adoucissements quant aux conditions exigées pour faire valoir ce que la jurisprudence appellera plus tard « *un droit fondé en titre* » (cf. 2.5.2.5.).

L'édit de 1683, celui de 1693 et bien d'autres encore [15], dont l'accumulation même révèle les difficultés d'en obtenir l'application, sont vraisemblablement à l'origine de la fortune reconnue à l'édit de Moulins comme point de départ de l'inaliénabilité reconnue au domaine royal par le pouvoir central.

3. Indépendamment de l'aliénation des biens nationaux à laquelle elle a procédé et de la modernisation des termes employés, la Révolution a prolongé l'œuvre royale. L'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 dispose en effet que : « *Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., en général toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.* » Ce texte a été repris, sous une forme quasiment identique, en 1804 par l'article 538 du code civil [16].

La domanialité reconnue aux fleuves et rivières navigables a pour conséquence que le droit de pêche y est exercé au profit de l'État [17]. Un avis du Conseil d'État du 21 février 1822 l'énonce sans ambiguïté, qui trouve sa traduction législative dans la loi du 15 avril 1829. L'étendue du domaine public fluvial va en outre être précisée, à la suite d'enquêtes minutieuses, par la nomenclature arrêtée pour l'application de cette loi et approuvée par une ordonnance du 10 juillet 1835. Cette

---

12 - Versailles, avril 1683 (*RGALF*, nº 1056). Édit concernant les droits de propriété sur les îles, atterrissements, passages, bacs, ponts, moulins et autres droits sur les rivières navigables : « *Et quant aux possesseurs desdits îles, îlots, fonds, édifices et droits susdits sur lesdites rivières depuis les lieux où elles sont navigables sans écluses ni artifice, qui rapporteront seulement des actes authentiques de possession commencée sans vice avant le 1er avril 1566, et continuée sans trouble, voulons et nous plaît, qu'eux, leurs héritiers, successeurs et ayant cause, demeurent confirmés, comme nous les confirmons en leur possession […].* »

13 - Le principe selon lequel les *fleuves et les rivières navigables font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables* n'a jamais depuis lors souffert de discussion sur un plan jurisprudentiel : CE, 11 janvier 1851, *veuve Roux-Laborie* ; CC civ. 23 août 1819, *Brousse c/ Iché de Tou*, mais n'a été précisé par la loi que fort tardivement (art. 34 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux en annexe 7).

14 - Édit de Versailles de décembre 1693 (*RGALF*, nº 1526). Il dispose que les détenteurs, propriétaires et possesseurs des îles, atterrissements, etc., qui justifieront de titres de propriété ou de faits de possession antérieurs au 1er avril 1566 y seront maintenus.

15 - Par exemple, les déclarations des mois d'avril 1686 et août 1689.

16 - « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.* » Cet article a été abrogé par l'ordonnance nº 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

17 - Cela reste encore vrai aujourd'hui (cf. l'article L. 435-1 du code de l'environnement).

nomenclature, plus connue sous le nom de *Nomenclature des voies navigables et flottables*, n'avait pas pour objet initial de constater l'étendue du domaine public fluvial, composé des «*fleuves et rivières navigables*», mais de déterminer «*les parties des fleuves et rivières […] où le droit de pêche sera exercé au profit de l'État*». La coïncidence entre un domaine public fluvial défini par sa capacité naturelle à assurer la navigation mais susceptible de nombreuses interprétations locales[18] et une nomenclature des cours d'eau où le droit de pêche appartient à l'État mérite d'être soulignée, car l'assimilation de l'un à l'autre, inéluctable à terme, est effectivement survenue avec la loi du 8 avril 1910.

Pendant près d'un siècle, jusqu'à la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation ne fera que préciser ou approfondir ces principes séculaires qui rangent dans le domaine public les cours d'eau répondant à ce critère «*naturel*» tiré de leur capacité à assurer la navigation[19]. Il est remarquable à cet égard que les articles 556 à 562 du code civil, figurant au chapitre «Droit d'accession relativement aux choses immobilières», règlent la question des alluvions, atterrissements, îles[20], etc., sans faire de différence, sinon sur certains points de procédure, entre les cours d'eau domaniaux et les cours d'eau non domaniaux. Cette question est en outre abordée sans faire référence à la «propriété» de l'eau, question réglée par les articles 640, 644 et 645 du chapitre du code civil relatifs aux «*servitudes qui dérivent de la situation des lieux*».

La loi du 8 avril 1898, qui fait suite à de nombreux projets présentés tout au long du XIX^e^ siècle, a également précisé en son article 34 que : «*Les fleuves et*

18 - L'article 133 § 7 de la loi du 5 avril 1884 ayant réservé aux communes le produit des permis de stationnement et de location sur les rivières, ports et quais fluviaux, il a par exemple fallu distinguer les rivières, les rivières canalisées et les canaux. Saisi de cette question, le Conseil d'État a répondu que les canaux ne figuraient pas au nombre des dépendances du domaine public énumérées à cet article (avis des sections des finances et de l'intérieur réunies du 1er décembre 1928, no 196.892) et que l'assimilation des rivières canalisées à ces voies de navigation artificielles n'était possible que pour les sections présentant les mêmes caractéristiques essentielles [même structure par suite de l'exécution de travaux qui en ont modifié profondément l'assiette et l'apparence (berges et lit à profil géométrique, profondeur constante)] et dont la conséquence peut être de s'opposer à tout accroissement (alluvions ou relais) au profit des propriétaires riverains et de rendre inapplicable la servitude de halage (avis de l'Assemblée générale du 27 janvier 1931, no 198.866). Un autre avis (section des finances et de l'intérieur réunies du 19 juin 1928, no 196.240), reprenant la solution dégagée au contentieux (CE, *Montmasson*, 27 janvier 1928, p. 124 et CE, *Laubeuf*, 28 mars 1928, p. 474), s'était déjà prononcé sur le rattachement au budget communal des redevances dues à raison des anneaux ou piquets d'amarrage scellés ou enfoncés dans le sol de la berge ou du lit des cours d'eau domaniaux.

19 - La jurisprudence s'attache à la présence et à la permanence d'un lit naturel à l'origine et à la permanence d'un débit suffisant une majeure partie de l'année, appréciée *in concreto*, en fonction des situations hydrographiques locales. Ainsi un canal creusé de main d'homme mais qui n'est qu'une dérivation du gave de Pau et d'un ruisseau et qui n'est affecté qu'à l'écoulement normal des eaux de ces rivières constitue un cours d'eau non navigable ni flottable (CE, 2 décembre 1959, *Sieur Bijon et autres*, rec. t. p. 991). Il est également possible de classer dans le domaine public fluvial un cours d'eau par suite d'une déclaration d'utilité publique et de l'exécution des travaux qui l'ont rendu navigable.

20 - Les terrains constitués d'alluvions et de relais émergeant des eaux d'un cours d'eau domanial coulant à pleins bords avant de déborder ne font pas partie du domaine public fluvial mais du domaine privé de même que les îles et atterrissements exhaussés au-dessus de ce niveau (CE, 22 février 1978, *D'Herbes*, Leb. p. 101 ; TC, 23 janvier 1978, *Schwartz*, Leb. p. 644).

les rivières navigables avec bateaux, trains ou radeaux, font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure[21] », point que la jurisprudence avait toujours affirmé et que l'édit d'avril 1683 avait déjà tranché.

4. L'article 128 de la loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910[22] franchit une nouvelle étape en disposant que « *sont cours d'eau du domaine fluvial public* :
» – *ceux qui figurent au tableau annexé à l'ordonnance du 10 juillet 1835 (fixant la "nomenclature des voies navigables et flottables"), en tenant compte des modifications apportées à ce tableau par les décrets postérieurs de classement et de déclassement*[23] *;*

---

21 - La question du régime juridique applicable à l'embouchure ne revêt pas une aussi grande acuité que celle de savoir où les cours d'eau commencent à être navigables ou flottables : l'embouchure relève du domaine public maritime et de son régime juridique spécifique.

22 - En fait l'article 128 complète l'article 67 de la loi du 26 décembre 1908 qui utilise la terminologie « *cours d'eau du domaine fluvial public* » pour des dispositions relatives aux transferts d'eau.

23 - Consulté sur la question de savoir si au cas où une rivière a été rayée du tableau annexé à l'ordonnance du 10 juillet 1835 tout en étant maintenue dans le domaine public par le décret du 28 décembre 1926 la servitude de halage continuait d'exister le long d'une section de cette rivière qui est le siège d'une navigation effective, le Conseil d'État a précisé les conséquences qu'il convenait de tirer de cette radiation selon un raisonnement très éclairant (avis de la section des travaux publics du 14 février 1928, nº 195.456). Le décret du 28 décembre 1926, en rayant de la nomenclature des voies d'eau navigables ou flottables un certain nombre de rivières, canaux et portions de rivières, tout en les maintenant dans le domaine public, a eu pour objet exclusif de réaliser des économies dans le budget de l'État par la suppression des dépenses d'entretien des ouvrages nécessaires à la navigation ainsi que de celles du personnel affecté à leur surveillance et à leur exploitation. La nomenclature des voies navigables ou flottables a été dressée par l'ordonnance du 10 juillet 1835 en exécution de la loi du 15 avril 1829 et dans le seul intérêt de la pêche fluviale. Si l'article 128 de la loi de finances du 8 avril 1910 a donné un effet nouveau à cette nomenclature en disposant que les cours d'eau y figurant ne pourraient être distraits du domaine public que par une loi, cette disposition n'a en rien modifié pour le surplus le régime applicable aux voies navigables et à la détermination de ces voies. Il en est de même du décret du 28 décembre 1926, qui, en maintenant dans le domaine public les cours d'eau qu'il a rayés de la liste des voies navigables ou flottables, a voulu que cette radiation n'eût même pas pour conséquence de priver l'État des recettes qu'il tirait antérieurement, sur les cours d'eau compris dans ce domaine, de l'amodiation du droit de pêche, ainsi que des redevances pour extraction de matériaux, occupations temporaires et prises d'eau. Ce décret n'a pas eu davantage pour objet et ne saurait avoir pour effet de supprimer la servitude de halage dans les cas où elle était précédemment applicable. Sous le régime antérieur audit décret, la servitude de halage, comme le spécifie l'article 46 de la loi du 8 avril 1898, qui l'a consacrée (cf. annexe 7), a été établie dans l'intérêt de la navigation et partout où il existe un chemin approprié à cet effet sur les propriétés riveraines des fleuves et rivières navigables ou flottables. Il est de jurisprudence constante que la navigabilité ou la flottabilité d'un cours d'eau est une question de fait, indépendante de l'inscription de ce cours d'eau sur la nomenclature prévue par la loi du 15 avril 1829 et, là où elle est constatée, elle entraîne *ipso facto* l'application de la servitude de halage. Par suite, pour apprécier si les fonds riverains d'un cours d'eau, rayé par le décret du 28 décembre 1926 de la nomenclature des voies navigables ou flottables, sont encore grevés de ladite servitude, il convient de rechercher si ce cours d'eau, qui fait toujours partie du domaine public fluvial, est encore en fait susceptible de navigation ou de flottage dans la section envisagée. La servitude de halage continue donc d'exister le long d'une section de rivière susceptible de navigation ou de flottage bien que la rivière en cause figure dans la liste des cours d'eau rayés par le décret du 28 décembre 1926 de la nomenclature des voies navigables ou flottables prévue par la loi du 15 avril 1829. La section du contentieux du Conseil d'État a adopté peu après une solution semblable (CE, 17 janvier 1934, *Sestacq et Casty*, rec. p. 78).

» – *ceux qui sont entrés dans le domaine public à la suite de l'exécution de travaux déclarés d'utilité publique ou d'actes de rachat* »,

étant rappelé que « *ces dispositions ne s'appliquent pas aux usines ayant une existence légale* ». Les cours d'eau ou portions de cours d'eau appartenant au domaine public fluvial « *ne pourront être distraits du domaine public qu'en vertu d'une loi* »[24].

Cette loi constitue donc une étape dans l'évolution qui voit le critère « naturel » de la navigabilité s'effacer devant celui de la formalité du classement[25]. La loi du 16 décembre 1964 a ensuite précisé que ce classement peut survenir pour satisfaire « *l'alimentation en eau des voies navigables, les besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, l'alimentation des populations ou la protection contre les inondations* ». Et la loi du 22 juillet 1983 n'a pas modifié la définition des voies navigables, à savoir « *les cours d'eau, lacs et canaux inscrits à la nomenclature des voies navigables* » (avis de la section des travaux publics du 23 juin 1987, n° 342.254).

5. L'article 5 de la loi du 22 juillet 1983 a transféré aux régions la compétence pour créer des canaux et ports fluviaux et pour aménager et exploiter les voies navigables et ports fluviaux qui leur seraient transférés[26] puis l'article 56 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages a introduit au profit des collectivités territoriales et de leurs groupements la possibilité de recueillir en pleine propriété des cours d'eau, canaux, lacs et plans d'eau appartenant au domaine public fluvial[27], privilège auparavant réservé à l'État (cf. note 159)[28].

---

24 - Ces dispositions ont été ultérieurement reprises dans le code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure avant d'être abrogées à leur tour par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

25 - La jurisprudence continue néanmoins à prendre en compte la navigabilité appréciée *in concreto* pour décider si les servitudes visant à protéger le domaine s'appliquent et s'il y a contravention de voirie (CE, 13 mai 1933, *Ministre des Travaux publics c/ Guillemin*, rec. p. 523).

26 - Sur la compétence maintenue de l'État pour incorporer un cours d'eau dans le domaine public fluvial, voir CE, Ass., 15 octobre 1999, *Commune de Lattes et région Languedoc-Roussillon*, Leb. p. 317). Pour un exemple d'utilisation de la procédure de transfert prévue aux articles L. 35 et R. 58 du code du domaine de l'État pour transférer à la commune d'Agde la gestion de dépendances du domaine public fluvial et maritime de l'Hérault voir CE, 8 juillet 1996, *Merie*, Leb. p. 272.

27 - Liste à laquelle l'article 32 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a ajouté les ports intérieurs. Le décret n° 2005-992 du 16 août 2005 relatif à la constitution et à la gestion du domaine public fluvial de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements a fixé la liste limitative du domaine public fluvial non transférable.

28 - Il s'en déduit que les communes n'avaient aucune compétence pour mettre en valeur et exploiter un cours d'eau et qu'elles ne pouvaient pas légalement transférer à un district une compétence dont elles ne disposaient pas (CE, 13 janvier 1995, *District de l'agglomération de Montpellier*, Leb. p. 322). Un exemple récent tout à la fois de classement dans le domaine public fluvial puis de transfert aux collectivités territoriales est donné par le barrage de Naussac (annexe 17), transféré avec sa retenue de 1 000 ha en dérivation sur l'Allier du domaine public de l'État dans son domaine public fluvial par arrêté préfectoral du 12 avril 2006, puis transféré en pleine propriété à l'établissement public Loire au 1er janvier 2007 par arrêté préfectoral du 2 mars 2007.

6. L'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques représente, pour cette longue succession de textes, un aboutissement.

Son entrée en vigueur s'est accompagnée de l'abrogation de l'article 538 du code civil et de la modernisation des formulations utilisées pour le domaine public fluvial naturel, sans modification de fond en ce qui concerne la consistance de ce domaine fixée par les lois de 1910 et 1964 [29].

Le nouveau code n'a pas manqué non plus de reprendre les dispositions des anciens édits relatifs à l'inaliénabilité du domaine public fluvial, imprescriptible [30] depuis 1566 [31].

Finalement, il ne reste plus, en ce début de XXIe siècle, de domaine public par nature que le domaine public maritime naturel de l'État dont la définition, issue

29 - Le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'État, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, et classés dans leur domaine public fluvial (art. L. 2111-7). Ce classement, sur le fondement de l'intérêt général constaté après enquête publique, est effectué par décision du préfet coordonnateur de bassin (art. L. 2111-12 de ce même code). La délimitation des cours d'eau domaniaux est effectuée par arrêté préfectoral, à la hauteur de leurs eaux «*coulant à pleins bords avant de déborder*» (art. L. 2111-9 du CGPPP ; CE, 14 décembre 1984, *Ministre de l'Environnement c/ d'Herbes*, Leb. p. 422). De cette définition il résulte que la partie des quais de la Seine où exercent les bouquinistes ne relève pas du domaine public fluvial mais constitue une dépendance de la voie publique (CE, 6 novembre 1998, *Association amicale des bouquinistes des quais de Paris*, Leb. t. p. 893). La délimitation des lacs domaniaux s'effectue d'après les dispositions de l'article 558 du code civil et, lorsqu'il n'existe pas de décharge fixe, par l'intersection avec les rives du lac du plan formé par le plus haut niveau atteint par les eaux en dehors des crues exceptionnelles (CE, Sect., 23 février 1979, *Association syndicale des copropriétaires du domaine de Coudrée et autres*, Leb. p. 84). Selon la jurisprudence, l'administration est tenue de procéder à la délimitation du domaine public lorsqu'un riverain le lui demande (CE, 13 octobre 1972, *Ministre de l'Équipement c/ époux Loze*, t. p. 1087) mais cette délimitation ne peut pas s'effectuer par la voie d'une transaction que le juge administratif pourrait entériner (CE, 20 juin 1975, *Leverrier*, Leb. p. 382).

30 - CE, 3 décembre 1846, *Ministre des Travaux publics c/ sieur Peyrousse*, rec. p. 529 au sujet de la suppression d'un moulin constituant un obstacle à la navigation sur un cours d'eau navigable ; CE, 7 décembre 1854, *De Matha et consorts*, rec. p. 951 ; CE, Sect., *Sieur Cazeaux*, 13 oct. 1967, p. 368.

31 - Dans le cas particulier des cours d'eau réunis à la France après 1566, les principes des édits anciens ne sont devenus applicables que du jour de l'annexion (pour la basse Navarre, le Béarn et le duché d'Albret, par arrêt du Parlement du 29 avril 1591 ; pour la Bresse et le Bugey, par le traité de Lyon du 17 juillet 1601 ; pour l'Artois, par le traité des Pyrénées (1659), etc. Pour une liste plus complète, voir le *Traité des eaux* d'Alfred Picard, t. III, 1893.
La date d'annexion ne préjuge en rien de la date ultime des «*droits fondés en titre*» qui peuvent, suivant les régions, n'avoir jamais existé ou remonter à une date antérieure à l'annexion ! À titre d'exemple, pour la Lorraine rattachée à la France en 1737, la date à prendre en compte est l'année 1600, date elle-même postérieure à un premier édit de 1446 du duc René Ier comparable à l'édit de Moulins, l'effectivité du principe d'inaliénabilité ayant connu sur ce territoire les mêmes vicissitudes qu'en France (Cour cass., req., 6 nov. 1834, *D'Hofflize c/ préfet des Vosges*).

du code général de la propriété des personnes publiques [32], traduit le caractère purement recognitif, comme c'était déjà le cas en droit romain [33].

7. Le domaine public fluvial artificiel, défini aux articles L. 2111-10 et s. du code général de la propriété des personnes publiques, comprend, en premier lieu, les canaux et plans d'eau, en second lieu, les ouvrages et installations édifiés en vue d'assurer l'alimentation en eau des canaux et plans d'eau ainsi que la sécurité et la facilité de la navigation, du halage ou de l'exploitation et, en troisième lieu, les biens immobiliers appartenant à l'État, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements et qui concourent au fonctionnement d'ensemble des ports intérieurs, des ports maritimes à l'intérieur de leurs limites administratives.

8. Le statut du domaine public fluvial superpose plusieurs régimes juridiques : la propriété publique du lit, un régime administratif exorbitant du droit commun – la domanialité publique – et un droit d'usage sur les eaux.

La collectivité publique est tout d'abord propriétaire du lit du cours d'eau mais aussi des « *îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit des cours d'eau domaniaux […] en l'absence de titre ou de prescription contraire* » (art. 560 du code civil). En vertu de l'article L. 2124-6 du CGPPP, la collectivité propriétaire est, de manière générale, « *chargée de son aménagement et de son exploitation* ».

Sur ce régime de propriété publique se greffe l'appartenance du bien au domaine public (par opposition au domaine privé) de la personne publique. De cette domanialité publique dérivent un certain nombre de règles exorbitantes du droit commun, comme l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Par ailleurs, toute utilisation privative est soumise à autorisation. L'article L. 2124-8 du code général de la propriété des personnes publiques dispose par ailleurs qu'« *aucun travail ne peut être exécuté, aucune prise d'eau ne peut être pratiquée sur le domaine public fluvial sans autorisation du propriétaire de ce domaine. Les décisions d'autorisation fixent les dispositions nécessaires pour assurer notamment la sécurité des personnes et la protection de l'environnement* ». L'usage du domaine public fluvial est par ailleurs protégé par une police de la conservation du domaine public fluvial (art. L. 2131-2 et s. de ce même code), qui, poursuivant une finalité différente, est distincte de la police des eaux (cf. 2.5.3.1.). S'agissant du domaine artificiel, la collectivité publique peut en concéder la gestion à des tiers. Les propriétaires riverains supportent des obligations et des

32 - L'article L. 2111-4 dispose : « *Le domaine public maritime naturel de l'État comprend : 1° Le sol et le sous-sol de la mer entre la limite extérieure de la mer territoriale et, côté terre, le rivage de la mer. Le rivage de la mer est constitué par tout ce qu'elle couvre et découvre jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles […].* » Reprenant à la fois une longue histoire et la jurisprudence, le code général de la propriété des personnes publiques a substitué ce texte à celui de l'ordonnance de Colbert.

33 - « *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec : aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris* » (« Et par droit naturel sont le bien commun de tous : l'air, l'eau s'écoulant, la mer et, pour cela, les rivages de la mer »). Iustinianus Imperator, *Institutiones*, Liber II, Titulus I, « *De rerum divisione* », 529.

servitudes [34] dans l'intérêt du domaine : entretien des berges et des rives, respect des servitudes de halage [35] et de marchepied [36]…

Enfin, s'agissant des eaux elles-mêmes, la personne publique dispose du droit d'usage, qui ne constitue pas un droit de propriété, réservé au lit et à certains autres éléments précédemment décrits.

En application de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques : «*Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.* » Il en résulte que les tiers disposent d'un libre droit d'usage conforme aux principes régissant l'utilisation du domaine public, dans le respect des lois et règlements en vigueur, à certaines fins : baignade, navigation [37], puisage de l'eau…

Ce régime proprement domanial d'usage des eaux s'applique sous réserve des régimes administratifs d'autorisation ou de déclaration spécifiquement prévus dans d'autres législations spéciales, par exemple lorsque l'utilisation est susceptible de «*présenter des dangers pour la santé et la sécurité publique, de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique, notamment aux peuplements piscicoles* » (art. L. 214-3 du code de l'environnement).

---

34 - Ces servitudes ne peuvent être établies que par la loi (CE, 22 mai 1996, *Ministre de l'Environnement c/ M^me^ Perreault*, Leb. t. p. 670 pour l'établissement par décret d'une servitude de passage des engins mécaniques servant aux opérations de curage et de faucardement opposable aux propriétaires riverains des cours d'eau non navigables ni flottables).

35 - Il résulte des articles 15 et 16 du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure, issus de l'article 31 de la loi du 16 décembre 1964, rapprochés de l'article 46 de la loi du 8 avril 1898, lequel avait maintenu les règles définies par l'article 7 du titre XXVIII de l'ordonnance sur les eaux et forêts du 12 août 1669 et par l'article 2 de l'arrêt du Conseil du roi du 24 juin 1777, que la servitude de halage n'est plus susceptible de s'appliquer à l'ensemble des propriétés riveraines des cours d'eau mais seulement à celles qui bordent les fleuves et rivières inscrits sur la nomenclature et que le législateur n'a pas entendu modifier la règle, issue de l'ordonnance de 1669 et de l'arrêt de 1777, suivant laquelle le maintien de cette servitude est subordonné à la double condition qu'il existe un chemin de halage et que celui-ci présente un intérêt pour la navigation (CE, 13 février 2002, *Voies navigables de France*, Leb. p. 34). L'article 1^er^ du Protocole additionnel n^o^ 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne portant pas atteinte au droit que détient chaque État, conformément aux termes mêmes du second alinéa de cet article, de mettre en œuvre les dispositions qu'il juge nécessaires pour réglementer l'usage des biens dans l'intérêt général, les dispositions de l'article 15 du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure qui réglementent, dans l'intérêt de la navigation, les abords des fleuves et rivières (servitude de halage) ne peuvent être ainsi regardées comme étant contraires à cette stipulation (CAA de Paris, 16 octobre 1997, *M^me^ Roelofsen*, Leb. t. p. 815).

36 - Cette servitude, qui n'est pas subordonnée au caractère navigable du cours d'eau, subsiste alors même que le cours d'eau a été rayé de la liste des cours d'eau navigables (CE, 9 février 1955, *Ministre des Travaux publics c/ Vivier*, rec. p. 75) et que les conditions auxquelles est subordonnée l'existence d'une servitude de halage feraient défaut (CE, 13 février 2002, *Voies navigables de France*, Leb. p. 34).

37 - Mais le stationnement prolongé sur les rives d'un cours d'eau domanial constitue une occupation privative du domaine public et doit faire l'objet d'une autorisation, permission de voirie si un dispositif d'amarrage modifie l'assiette du domaine ou permis de stationnement dans les autres cas. Les atteintes portées à l'intégrité du domaine public ou à son utilisation normale par les utilisateurs de bateaux stationnés constituent des contraventions de grande voirie (avis de la section des travaux publics du 15 avril 1980, n^o^ 326.691).

Annexe 7
La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux

La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, première loi à vocation générale sur l'eau, distingue les eaux relevant de la propriété privée de celles relevant du domaine public et réglemente leur usage. Elle comporte deux sections, l'une touchant au droit civil, l'autre au droit administratif. Les titres I, II (chapitre I), IV (chapitre I, articles 37 à 39) et les articles 32 et 50 concernent le droit civil. Le reste, soit la majeure partie des cinquante-trois articles de la loi, le droit administratif.

Son objet était de constituer le livre II du nouveau code rural, œuvre en préparation depuis près d'un demi-siècle.

Elle a connu un parcours législatif extrêmement long et chaotique, dont les principales étapes ont été les suivantes :
• 1854 : le Sénat trace les grandes lignes d'un code rural dont le livre II serait « Le régime des eaux » ;
• Juin 1870 : le projet de livre II est achevé mais son examen est interrompu par la guerre ;
• 1876 : le projet est repris par le gouvernement et déposé au Sénat en juillet ;
• 1880 : discussion devant le Sénat ;
• 1883 : le Sénat vote le 25 octobre le texte amendé des titres I à IV (titre I : eaux pluviales et sources ; II : cours d'eau non navigables et non flottables ; III : rivières flottables à bûches perdues ; IV : fleuves et rivières navigables et flottables) mais abandonne les titres V (travaux de défense contre les cours d'eau et la mer), VI (eaux utiles) et VII (eaux nuisibles). Ces derniers titres, définitivement séparés de la loi sur le régime des eaux votée en 1898, ne déboucheront sur une législation que beaucoup plus tard.
• 1886 : le projet de loi est déposé par le gouvernement sur le bureau de la Chambre des députés le 2 février. Pendant plus de deux législatures, soit douze ans, ce projet n'est pas examiné.
• Mars 1898 : suite aux efforts du gouvernement (notamment du président du Conseil et ministre de l'Agriculture Jules Méline, fervent partisan du développement agricole, du ministre des Travaux publics Adolphe Turrel et de la commission du code rural – nommée le 29 novembre 1894, elle ne se mit sérieusement au travail qu'en 1897, sous la présidence de Georges Édouard Graux), la Chambre se décide enfin à voter le projet de loi tel que le Sénat l'avait adopté.

Il aura donc fallu quinze ans pour que la Chambre adopte, sans y apporter la moindre modification, un texte déjà voté par le Sénat, celui-ci ayant lui-même pris sept ans pour voter le texte déposé par le gouvernement, gouvernement qui avait lui-même mis six ans pour le déposer sur le bureau du Sénat alors qu'il

existait dans ses grandes lignes depuis seize ans. Le délai de quarante-quatre ans qu'a nécessité le vote de la loi de 1898 relativise la dizaine d'années qui a été nécessaire à l'élaboration de la loi du 30 décembre 2006. Si l'âpreté des débats explique ce long délai autour des années 2000, c'est le désintérêt des décideurs pour un projet de loi technique qui l'explique au XIXe siècle.

Le rapport au Sénat a été rédigé par Paul Cuvinot en janvier 1883 [1], celui de la Chambre des députés, plus succinct, par Ernest Delbet en juin 1888 [2]. Ils présentent un tableau synthétique de l'ensemble de la législation et de la jurisprudence alors en vigueur. Après le vote de la loi, le président de la commission du code rural Georges Édouard Graux publia une analyse et un commentaire du travail du législateur parus en 1899 [3].

Georges Édouard Graux insista à l'époque sur l'importance de cette loi : «*La loi du 8 avril 1898 fera époque dans l'histoire du droit français contemporain : le législateur fait un pas décisif ; jusqu'à ce jour il n'avait adopté que quelques lois éparses destinées à figurer dans le code rural. Aujourd'hui le législateur a abordé résolument et adopté en partie les deux derniers livres de notre code rural, qui dès ce moment prend corps et que l'on peut considérer désormais comme véritablement constitué et digne de figurer dans les recueils après ses aînés. Bien que leur œuvre soit encore incomplète, il faut féliciter les Chambres d'avoir triomphé d'une impuissance invétérée qui faisait craindre l'avortement d'une réforme si nécessaire* [4].»

La conception et la préparation de cette loi répondent à une préoccupation que Jules Méline, ministre de l'Agriculture, a formulée en ces termes lors de la séance du 21 juin 1883 : «*Nous avons pour but de mettre la constitution de la propriété rurale en rapport avec les besoins économiques de notre époque.*» Pour atteindre ce but, la loi de 1898 a ménagé à l'initiative privée la plus grande liberté compatible avec l'intérêt général, en vue de placer l'agriculture française dans les conditions les plus favorables à son développement. Ainsi, dans son rapport, le sénateur Cuvinot estime que l'«*on trouve dans les premiers articles de la loi, l'indice de la pensée qui a présidé à la rédaction du projet et du but qu'on a poursuivi : assurer à chaque ayant droit une liberté aussi complète que possible de l'usage et de la disposition de l'eau, sous la seule réserve de réparer le dommage causé à autrui : c'est le plus sûr moyen d'arriver à l'utilisation maximum des eaux*».

Georges Graux et C. Renard estiment néanmoins que l'on n'est pas «*toujours resté fidèle à cette méthode, si libérale dans son point de départ.* [On n'a pas]

1 - «Rapport au Sénat fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur le régime des eaux», séance du 22 décembre 1882, par Paul Cuvinot, sénateur, publié au *Journal officiel*, documents parlementaires du Sénat de janvier 1883, annexe no 202, p. 102.

2 - «Rapport à la Chambre des députés fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi adopté par le Sénat, sur le régime des eaux (titres I, II, III et IV)», séance du 24 mars 1888, par Jacques Maunoury, publié au *Journal officiel*, documents parlementaires de la Chambre des députés du 7 juin 1888, annexe no 2578, p. 456.

3 - Georges Graux et C. Renard, *Le Nouveau Code rural. Commentaires de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux et de la loi du 21 juin 1898 sur la police administrative*, Paris, éditions extrait des *lois nouvelles*, 1899.

4 - Georges Graux et C. Renard, p. 7 et 8.

atteint exactement le but que l'on se proposait». Cependant, malgré les vicissitudes qui en ont retardé l'éclosion, la loi du 8 avril 1898 «*a au moins une fortune bien rare :* [elle a été votée] *par la Chambre des députés sans modifications, de sorte que c'est le projet du Conseil d'État, que le Sénat avait en très grande partie respecté, qui est sorti des délibérations de nos assemblées et qui est aujourd'hui promulgué*».

Le résultat est pour eux finalement très satisfaisant : «*Ce danger, s'il était réalisé dans notre sujet, y eût été peut-être plus grave que partout ailleurs. Nous touchons en effet de très près aux questions les plus ardues du droit, aux questions de contentieux administratif et de conflit. Le mal causé par l'introduction, dans une matière aussi délicate, d'idées nouvelles, séduisantes à première vue mais imprudentes peut-être dans la pratique, eût été irréparable pour les tribunaux. Le texte actuel, qui n'est que la résultante d'une jurisprudence mûrie pendant un siècle par le Conseil d'État, laquelle a ses racines dans le droit ancien et intermédiaire, tout en puisant ses aspirations dans les idées nouvelles et en sauvegardant dans le détail tous les intérêts complexes, si minimes soient-ils, que la pratique lui a révélés, amène sans brusquerie le progrès dans la législation. Grâce à l'intervention si précieuse du Conseil d'État,* [la loi du 8 avril 1898] *est bien supérieure au niveau ordinaire des lois modernes.»* Certes, la loi du 8 avril 1898 est essentiellement la codification des textes des lois et de la jurisprudence existantes, mais elle consacre également de nombreuses améliorations et des progrès réels pour «*nos campagnes*»[5].

I. Généralités

A) Historique du régime des eaux

La réglementation de l'eau est un édifice complexe, résultat de l'influence du droit romain puis de la féodalité. La loi de 1898 a réformé l'ancien édifice juridique mais sans en faire table rase, comme cela avait été envisagé un temps, notamment par la Chambre.

B) Législations étrangères

Des pays étrangers avaient déjà adopté des législations importantes sur l'eau : installations d'usines et prises d'eau en Suisse et en Suède-Norvège, protection des cours d'eau contre les pollutions par des matières nuisibles en Belgique et en Angleterre, pays industriels.

Surtout, une législation avancée avait été mise en place dans deux pays semblables à la France par leur organisation juridique et politique : l'Italie et la Hongrie.

5 - La loi de 1898 est donc essentiellement issue des travaux du Conseil d'État, qui ont malheureusement disparu lors de la Commune.

Il a été envisagé au Sénat et à la Chambre de s'inspirer de ces quelques exemples étrangers. La loi de 1898 établit en fin de compte un équilibre beaucoup plus favorable aux intérêts et aux droits des particuliers que ces législations étrangères qui favorisent davantage l'administration, qui a pleins pouvoirs de disposer et de régler l'usage de l'eau avec la préoccupation exclusive de l'intérêt public, les riverains n'ayant que pas ou peu de droits à l'eau. Dès l'origine, la législation française semble favoriser les droits et libertés des usagers, c'est-à-dire essentiellement les agriculteurs, par rapport à l'administration, garant théorique de l'intérêt commun.

C) Le livre II du code rural relatif au régime des eaux

Par « eaux », le législateur entend uniquement, à l'exclusion des eaux urbaines, les eaux de mer et les eaux dormantes, les eaux rurales courantes « *aquae profluentes* » ou eaux vives, comprenant (selon une distinction issue du droit romain) les eaux pluviales, les sources et les cours d'eau.

Le régime des eaux courantes adopté par le législateur comprend deux sortes de mesures et de règles :
1. des mesures spéciales qui ne régissent pas les autres eaux et qui sont imposées par la nature essentiellement mobile des eaux courantes (essentiellement des servitudes d'écoulement, étant rappelé que la loi de 1898 ne change rien en matière d'eaux d'irrigation, qui restent régies par la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations, ni d'eaux industrielles) ;
2. des mesures générales (droits des riverains, prises d'eaux, établissements d'usines…).

La loi de 1898 révèle à cet égard le choix fait par le droit français entre trois « systèmes » possibles pour le régime des eaux vives :

1. Les eaux vives sont des biens *in commercio*.

Elles font partie du patrimoine des particuliers.

L'autorité administrative se désintéresse d'elles, ne les réglemente pas, ne prend aucune mesure d'autorisation, de police ni de surveillance en vue du bien-être général.

Elles sont régies intégralement par le droit civil. Le juge judiciaire tranche les litiges entre ayants droit.

2. Les eaux vives sont hors du commerce.

Les particuliers ne peuvent prétendre à aucun droit sur elles, elles ne sont pas susceptibles de propriété, la nature les ayant destinées à l'usage de tous, et l'intérêt public doit toujours l'emporter sur l'intérêt privé.

L'autorité administrative les répartit dans un but d'intérêt général.

Elles sont régies intégralement par le droit public, c'est-à-dire le droit administratif.

3. Au lieu de retenir franchement l'un de ces deux systèmes, la loi de 1898 consolide en droit français une position intermédiaire.

Si les eaux vives, dans leur fluidité et leur mouvement incessant, ne sont pas susceptibles d'une véritable propriété privée, les riverains ne sont pourtant pas dépourvus de droits sur elles.

En fait, dans la mesure restreinte où leur appropriation est possible, la loi l'autorise, tout en veillant à ce que cette appropriation ne nuise pas à la collectivité et en obligeant les particuliers à se conformer aux dispositions des règlements et autorisations émanant de l'administration (comme l'affirme l'article 2 de la loi de 1898).

Par conséquent, les eaux vives sont régies par deux droits concurrents, mis constamment en présence et souvent aux prises :

1° Le droit civil qui régit les droits des particuliers sur les eaux vives ;

2° Le droit administratif qui fonde les droits de l'État sur celles-ci.

Dans le régime des eaux vives finalement adopté, le droit français maintient en permanence un équilibre entre ces deux droits, civil et administratif, ou entre les intérêts particuliers et l'intérêt général.

Dans la continuité du droit romain, le droit français part du principe que les eaux vives sont des *res communes* qui, excluant tout droit de propriété, ne peuvent faire l'objet de commerce.

Cependant, cette exclusion n'est pas absolue : selon leur nature, les eaux vives sont susceptibles dans une mesure variable, d'appropriation privée. On distingue donc :
• les eaux de pluie (titre I^er^, modification de l'article 641 du code civil par la loi de 1898) : elles sont dans le commerce, susceptibles d'appropriation privée puisque captées à leur arrivée au sol par « les travaux et la main de l'homme » ;
• les eaux de source (titre I^er^, modification des articles 642 et 643 du code civil) : avec quelques nuances, les remarques faites pour les eaux de pluie s'appliquent aux eaux de source comme l'a confirmé la loi de 1898 ;
• les cours d'eau non importants, c'est-à-dire les cours d'eau non navigables ni flottables et les rivières flottables à bûches perdues (titres II et III)) : la question de savoir s'ils sont susceptibles d'appropriation a été fortement débattue et tranchée par la loi de 1898 ;
• les cours d'eau importants, c'est-à-dire les fleuves et rivières navigables et flottables (titre IV) : ces eaux vives sont presque complètement hors du commerce, même si les riverains peuvent exercer certaines facultés (puiser de l'eau…).

La loi de 1898 traite l'ensemble de ces matières en suivant un ordre logique : les eaux tombent du ciel et pénètrent dans le sol (eaux pluviales) ; puis elles jaillissent en source (eaux de source) et forment ensuite un cours d'eau trop peu important pour être utilisé comme moyen de transport mais suffisant pour l'agriculture et l'industrie (cours d'eau non navigables et non flottables) avant de devenir, par la réunion avec d'autres, capable de transporter des bois flottants (rivières flottables à bûches perdues) ou de se changer en rivière navigable et flottable.

II. Droit civil

Les eaux de pluie et les eaux de source (titre I[er], article 1[er], modification des articles 641 et 642 du code civil), ainsi que les droits des riverains sur l'eau courante (titre II, chapitre I[er] et titre IV, chapitre I[er], articles 37 à 39) et certaines dispositions relatives aux cours d'eau (titre I[er], article 1[er], modification de l'article 643 du code civil) sont régies par le droit civil.

Le but principal du législateur, dans l'affirmation des principes comme dans celle de leurs exceptions, a été de rechercher la solution la plus favorable au développement de l'agriculture et de l'industrie, comme les débats parlementaires l'indiquent explicitement et à de multiples reprises, sans aucunement se préoccuper à l'époque de la préservation de la ressource.

A) Eaux de pluie (titre I[er], article 1[er], modification de l'article 641 du code civil)

L'eau pluviale, avant de toucher le sol, est *res nullius* (n'appartenant à personne, mais susceptible d'appropriation). Une fois qu'elle a touché le sol, elle devient susceptible d'appropriation.

La loi de 1898 donne pleine possession (droit d'user et de disposer, *uti et abuti*, droit de propriété absolue) au propriétaire privé sur les eaux pluviales qui sont tombées sur son fonds (titre I[er], article 1[er], modification de l'article 641 du code civil).

B) Eaux de source (titre I[er], article 1[er], modification de l'article 642 du code civil)

1) Le principe : la propriété de la source appartient au propriétaire du fonds où elle jaillit (titre I[er], article 1[er], modification de l'article 642, nouveau § 1 de cet article)

Les eaux de pluie en pénétrant dans le sol donnent naissance à des nappes souterraines qui s'en échappent sous le nom de sources.

Les sources sont-elles susceptibles d'être l'objet d'une véritable propriété privée ou faut-il les considérer comme faisant partie de ces choses que la nature a destinées à l'usage de tous ?

Le législateur avait à trancher entre deux conceptions du droit que le propriétaire du fonds peut exercer sur la source qui y jaillit.

1. Selon la première théorie, le propriétaire du fonds n'a qu'un droit de propriété limité sur la source : il peut en user pour la satisfaction de ses besoins (y compris pour un usage agricole ou industriel) mais il doit tenir compte des intérêts des riverains inférieurs (situés en aval et qui sont susceptibles de profiter des eaux de la source laissée à elle-même). Il ne peut les priver de toute jouissance de cette source (en la détournant à son seul profit ou en en provoquant l'extinction).

2. Selon la seconde théorie, le propriétaire du fonds a un droit de propriété total, complet sur la source, qui n'est qu'une portion et partie intégrante de son fonds. Il peut en user comme il le souhaite, y compris en détourner le cours pour en priver les riverains inférieurs ou en provoquer l'extinction.

La rédaction maladroite du code civil de 1804 ne permettant pas de trancher entre la 1re et la 2e théorie, la doctrine et la jurisprudence avaient clairement et de manière constante tranché depuis près d'un siècle en faveur de la 2e théorie. Après quelques hésitations, le législateur décida de confirmer explicitement cette solution (ce qui est le but du titre Ier, article 1er, modification de l'article 642 du code civil, § 1 de ce nouvel article), en considérant notamment qu'elle était plus favorable à l'agriculture et à l'industrie. Cependant, le parcours chaotique du projet de loi conduisit à adopter une formulation du code civil aussi maladroite que celle de 1804, laissant à nouveau à la doctrine et à la jurisprudence la responsabilité de clarifier le débat.

2) Les limites du principe (titre Ier, article 1er, modification de l'article 642, nouveau § 2 de cet article)

Après avoir énoncé le principe que la propriété de la source revient au propriétaire du fonds sur laquelle elle jaillit (titre Ier, article 1er, modification de l'article 642 du code civil, § 1 de ce nouvel article), le législateur s'est employé à énumérer des exceptions à ce principe et à l'aménager. Si ce principe vise à protéger les droits et intérêts du propriétaire du fonds, les accommodements visent à concilier ces droits avec les droits et intérêts des riverains, agriculteurs, industriels et collectivités territoriales « inférieurs » c'est-à-dire situés en aval. C'est le but du titre Ier, article 1er, modification de l'article 642, § 2 et 3 de ce nouvel article.

La loi de 1898 a sur ce point et pour l'essentiel codifié la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'est surtout agi de définir les cas où se créent des servitudes de prise d'eau au bénéfice des riverains inférieurs (art. 642 nouveau § 2) et de la nécessité de ne pas enlever aux habitants d'une collectivité territoriale d'aval l'eau qui leur est nécessaire, sous réserve d'une éventuelle indemnité pour le propriétaire de la source (art. 642 nouveau § 3).

C) Des cours d'eau (titre Ier, article 1er, modification de l'article 643 du code civil)

Le titre Ier, article 1er, en tant qu'il modifie l'article 643 du code civil, traite d'une autre situation dans laquelle le législateur s'efforce de concilier les droits et intérêts du propriétaire de la source avec ceux des agriculteurs et industriels situés en aval. La question posée est celle de la distinction à opérer entre les sources en fonction de leur importance, c'est-à-dire selon que la source ne constitue à l'endroit où elle surgit qu'un simple filet d'eau ou, au contraire, « *un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes* ».

L'article 643, qui reprend des notions apparues dans la jurisprudence et la doctrine, retient la solution suivante : si les eaux de source constituent dès l'origine un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le principe de l'article 642 ne s'applique pas et le propriétaire du fonds où jaillit la source ne dispose pas de droits de propriété sur elle : il ne peut en priver les riverains, agriculteurs et industriels situés en aval.

Selon la doctrine et la jurisprudence, trois critères cumulatifs sont nécessaires pour que l'eau jaillissant d'une source puisse recevoir le qualificatif de « cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes » :
1. les eaux qui s'échappent de la source présentent un volume et une étendue considérables de sorte que l'appellation de courant puisse lui être attribuée de façon crédible ;
2. il existe un abandon exprès ou tacite, mais très net, et qui sera le plus souvent immémorial du propriétaire du fonds sur lequel le cours d'eau jaillit ;
3. il existe une réunion d'intérêts divers le long des rives, constatant la publicité des eaux, cette publicité devant être caractérisée par un état de fait contraire à une propriété unique et privée.

D) Droits des riverains sur les cours d'eau non navigables (titre II, chapitre I^er^ et titre IV, chapitre I^er^, articles 37 à 39)

1) Droit des riverains sur l'eau des cours d'eau non navigables

a) Principe

L'article 2 du chapitre I^er^ du titre II de la loi de 1898 se contente de proclamer que le droit des riverains d'user de l'eau courante de ces cours d'eau est limité par les lois et règlements.

La doctrine et la jurisprudence avaient déjà affirmé que, quand le propriétaire riverain use de l'eau d'un cours d'eau, il n'agit pas en tant que propriétaire de celui-ci, mais uniquement en tant que propriétaire du fonds riverain, n'exerçant que les attributions du propriétaire du sol qui, comme tel, a la faculté d'user de l'eau qui se trouve sur son fonds. Aucune servitude ne lui est reconnue sur le plan d'eau. Au contraire, la propriété riveraine du cours d'eau est grevée d'une servitude, parfois qualifiée de négative : le droit du riverain, propriétaire du sol, d'user de l'eau est restreint dans l'intérêt d'autres personnes et défense lui est faite d'exécuter certains actes sur son propre fonds. Par ailleurs, la faculté de jouir de l'eau du cours d'eau qui appartient aux différents riverains comme un attribut de leur propriété est une faculté commune et indivise qui leur est reconnue en tant que compensation des charges occasionnées par le cours d'eau et qui n'est limitée que par la contrainte de ne pas en abuser au détriment des autres intéressés.

b) Limitations

La jurisprudence de la Cour de cassation avait clairement énoncé les limitations légales du droit des riverains : « *Le droit d'user de l'eau implique pour le riverain l'obligation de ne point la rendre impropre, soit à l'irrigation, soit aux usages ordinaires de la vie en l'altérant ou en y mélangeant des matières qui la corrompent*[6] » (art. 640, code Napoléon) et « *l'usage fait du cours d'eau ne*

6 - Cass. civ., 16/1/1866.

doit pas non plus diminuer le volume nécessaire aux besoins des riverains du même cours d'eau[7] ».

La jurisprudence de la Cour a également défini avec précision le régime de certains droits spécifiques (droit d'irrigation, droit d'établir des prises d'eau).

c) Droit de circuler en bateau

Le droit de circuler en bateau sur les rivières non navigables ni flottables[8] n'a pas été remis en cause par la loi de 1898.

2) Droit des riverains sur le lit des cours d'eau non navigables

a) Propriété du lit

Le reste du titre II, chapitre Ier (art. 2 à 7) traite de la propriété du lit des cours d'eau non navigables et non flottables.

La loi tranche clairement, en allant à l'encontre de la jurisprudence, le débat doctrinal en distinguant entre la propriété du cours d'eau non navigable et non flottable et la propriété du lit de ce cours d'eau. L'article 3 affirme que la propriété du lit du cours d'eau revient aux riverains.

Les articles 4 à 6 définissent les conséquences de changement de lit du cours d'eau, que ce changement ait eu lieu en raison de causes naturelles ou par suite de travaux. L'article 7 confirme les dispositions en vigueur en matière de propriété de diverses formations sédimentaires sur ces cours d'eau.

Le choix très tranché fait par le législateur a pu engendrer des difficultés pour l'administration, le public et les riverains, sans que ces derniers tirent le moindre intérêt d'une propriété essentiellement nominale.

b) Changement du lit des rivières

Conséquence de l'attribution du droit de propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables aux riverains, le changement du lit d'une rivière non navigable ni flottable est désormais exclusivement régi par l'article 4 de la loi de 1898, tandis que l'article 563 du code civil ne régit plus que les cas de changement du lit d'une rivière navigable ou flottable. L'article 37 de la loi de 1898 modifie l'article 563 du code civil en ce sens tandis que l'article 38 en tire les conséquences en matière de droits de préemption (l'article 39 étant l'équivalent de l'article 7 pour ce type de cours d'eau).

E) Procédure civile. Compétence des juges de paix

La loi de 1898 apporte quelques modifications aux règles de procédure civile applicables aux articles 1er, 6, 32 et 50. Dans tous les cas, il s'agit essentiellement

7 - Cass. civ., 17/1/1888.

8 - La formulation de ce droit peut paraître contradictoire dans les termes. En fait, il est possible de faire circuler des embarcations diverses sur certaines portions de ce qu'on appelle des « rivières non navigables ni flottables » (des barges contenant des produits agricoles par exemple).

de donner au juge de paix du canton (précurseur des tribunaux d'instance) la responsabilité de fixer, sur rapport d'expert, une indemnité de dépossession fondée sur le dommage causé. Un pouvoir plus important lui est donné par le nouvel article 641 du code civil modifié par l'article 1er de la loi : le juge de paix doit soit fixer une indemnité, soit statuer sur l'établissement de la servitude prévue par le nouvel article 641, étant entendu qu'il sera compétent pour statuer sur toutes les questions relatives à l'exercice de ces servitudes, même au pétitoire.

III. Droit administratif

Alors que les dispositions précédentes traitent des limitations réciproques aux droits des particuliers, les autres dispositions de la loi traitent des limitations susceptibles de leur être également apportées par la collectivité publique.

A) Des cours d'eau non navigables et non flottables (titre II)

La loi de 1898 n'a pas apporté de grandes modifications au droit administratif des rivières non navigables et non flottables. Si les solutions consacrées ne sont pas nouvelles, la plupart étant déjà contenues dans la jurisprudence et la doctrine, le législateur a néanmoins mis un terme à certaines controverses doctrinales encore très vives.

1) Police et conservation des eaux (chapitre II)

Ce chapitre définit les pouvoirs réglementaires de l'administration et énumère les droits que les riverains ne pourront exercer que moyennant certaines autorisations à obtenir de l'autorité administrative.

Le pouvoir de police des eaux de l'administration est fondé sur les articles 2 et 8 de la loi :
- article 2 : les riverains sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leur droit, aux dispositions des règlements et autorisations émanés de l'administration ;
- article 8 : l'autorité administrative est chargée de la conservation et de la police des cours d'eau non navigables et non flottables.

Il s'agit simplement de l'expression de la règle générale selon laquelle l'administration est dotée de pouvoirs de police qui lui permettent de limiter les droits de chacun, en vue du plus grand bien de tous. Ce principe est énoncé par l'article 9 : « *Des décrets rendus après enquête dans la forme des règlements d'administration publique fixent, s'il y a lieu, le régime général de ces cours d'eau, de manière à concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et aux droits et usages antérieurement établis.* »

Le principe prévu à l'article 2 est ensuite appliqué à diverses matières spécifiques :
- article 10 : travaux exécutés par un riverain sur le cours d'eau (ils ne peuvent préjudicier à l'écoulement ni causer de dommages aux propriétés voisines) ;
- articles 11 et 12 : barrages, prises d'eau, moulins et usines (nécessité d'obtenir une autorisation préalable) ;
- article 14 : révocation des permissions ;
- article 15 : responsabilité des propriétaires ou fermiers de moulins et d'usines.

L'article 13 énonce les diverses voies de recours ouvertes contre les décisions de police administrative des eaux, qui sont identiques à celles prévues pour tout acte administratif (recours gracieux et recours contentieux pour excès de pouvoir).

L'article 16 ne revient pas sur le fait que la police des eaux appartient au préfet[9], mais précise que « *les maires peuvent, sous l'autorité des préfets, prendre toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau* ».

L'article 17 conclut que, « *dans tous les cas, les droits des tiers sont et demeurent réservés* » : les riverains pourront être indemnisés pour des dommages subis du fait d'une décision de police administrative prise en parfait accord avec le titre II, chapitre II de la présente loi. Il s'agit en fait d'instaurer un régime de responsabilité administrative sans faute avant même que la jurisprudence n'ait clairement défini son régime.

2) Curages, élargissements et redressements (chapitre III)

Le curage et les travaux complémentaires (élargissement et redressement) sont pratiqués sur les cours d'eau dans l'intérêt public (au contraire des travaux prévus au chapitre II du titre II qui l'étaient dans un intérêt privé). Par conséquent, le chapitre III du titre II vise à les imposer comme des obligations légales pour le riverain et non simplement à prévoir les conditions dans lesquelles ils peuvent être tolérés.

Les innovations apportées dans ce domaine par le chapitre III sont très limitées : la loi reprend les règles existantes qui imposent ces travaux selon des méthodes traditionnelles et au respect desquelles veille le préfet. La loi se contente de prévoir la possibilité de modification des règles par décret, notamment pour tenir compte des progrès techniques.

En général, la loi ne fait que codifier la jurisprudence et la doctrine :
• art. 18 : il reprend la définition classique du curage[10] ;
• art. 19 : la législation antérieure continue de s'appliquer sous l'autorité du préfet ;
• art. 20 : à défaut de législation antérieure, il est pourvu au curage par des syndicats ;

9 - Article 7 de la loi du 20 avril 1810. C'est ainsi que le préfet a le pouvoir de réglementer l'extraction de la vase, du sable et de pierres dans le lit des cours d'eau non navigables ni flottables pour éviter une modification du régime des eaux (CE, 25 mai 1962, *Musso et société « Sablière de la Fénerie, A. Frega et Cie »*, rec. p. 353).

10 - Il comprend tous les travaux nécessaires pour rétablir le cours d'eau dans sa largeur et sa profondeur naturelles, notamment l'enlèvement des arbres empiétant sur le lit et en saillie ou en surplomb par rapport aux berges (CE, 16 juin 1933, *Gueudet-Farcot et autres*, rec. p. 650). Il comprend aussi les travaux de réfection des berges, qui sont l'accessoire des travaux de curage (CE, 4 mars 1932, *Decuers et autres*, rec. p. 254). L'entretien incombant aux riverains, l'autorité de police ne peut intervenir que pour sauvegarder la salubrité ou le libre écoulement des eaux, les frais étant répartis entre les riverains d'après leur degré d'intérêt à l'opération (CE, 6 juin 1958, *Ministre de l'Agriculture c/ commune de Mondescourt et autres*, rec. p. 314). Le curage des cours d'eau rayés de la liste des rivières navigables mais maintenus dans le domaine public incombe à l'État qui demeure responsable des dommages causés par le défaut de curage (CE, 17 mai 1946, *Ministre des Travaux publics c/ commune de Vieux-Boucau*, rec. p. 135).

• art. 21 et 22 : à défaut de syndicats constitués, il y est pourvu par décret en Conseil d'État ;
• art. 23 : financement des travaux de curage (reprise à l'identique des règles antérieures fixées par la loi du 14 floréal an XI, article 3, malgré l'abrogation de la loi du 14 floréal an XI par l'article 29) ;
• art. 24 : possibilité de recours administratif contentieux en matière de curage (compétence de premier ressort des conseils de préfecture, puis cassation devant le Conseil d'État) ;
• art. 25 à 27 : simplification des règles en matière de travaux complémentaires du curage (élargissement, régularisation et redressement) par alignement sur les règles applicables au curage (art. 18 à 24) ;
• art. 28 : le règlement ordonnant le curage ou des travaux complémentaires peut mettre une partie des dépenses à la charge des communes si celles-ci en bénéficient en termes de salubrité publique (après avis des conseils généraux et municipaux concernés).

B) Des rivières flottables à bûches perdues (titre III)

Le titre III réglemente les rivières non navigables sur lesquelles peut seulement s'effectuer le flottage à bûches perdues, activité aujourd'hui complètement disparue, en les soumettant aux dispositions du titre II, sauf quelques dispositions spéciales.

C) Des fleuves et rivières navigables ou flottables (titre IV)

Les fleuves et rivières navigables ou flottables (qui font l'objet du titre IV de la loi) sont soumis à un régime distinct de celui des rivières non navigables ni flottables «*depuis un temps immémorial et d'après un usage séculaire*». Ils intéressent directement l'État : ils procurent en effet au public des avantages de premier ordre, au maintien desquels l'autorité veille ; en tant que voies de communication, ils jouent un rôle fondamental dans le commerce intérieur et extérieur (en 1898, les voies fluviales demeurent des voies de communication très importantes, malgré la concurrence grandissante du chemin de fer).

1) Des droits du domaine et des riverains (chapitre I^er^)

a) Les rivières navigables ou flottables font partie du domaine public (art. 34 et 35)

Les articles 34 et 35 reprennent et réaffirment avec force la législation antérieure.

L'article 34 affirme que les fleuves et les rivières navigables avec bateaux, trains ou radeaux font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure, point affirmé par toutes les législations antérieures[11]. Il dispose aussi que les bras même non navigables et non flottables lorsqu'ils prennent naissance au-dessous du point où

11 - Ordonnance de 1669 (art. 41) ; édit de 1683 ; loi du 22 novembre-1^er^ décembre 1790 (art. 2) (reproduits dans le rapport Cuvinot).

les fleuves et rivières commencent à être navigables ou flottables, ainsi que les noues [12] et boires [13] qui tirent leurs eaux des mêmes fleuves et rivières font également partie du domaine public. Ce dernier point, qui a fait l'objet de davantage de controverses, est néanmoins présent dans la législation depuis longtemps (ordonnance du 10 août 1694).

L'article 35 précise que les dérivations ou prises d'eau artificielles établies dans les propriétés particulières ne font pas partie du domaine public, à moins qu'elles n'aient été pratiquées par l'État dans l'intérêt de la navigation ou du flottage.

b) Critères de définition, de reconnaissance et de délimitation des rivières navigables ou flottables (art. 36)

L'article 36 dispose : «*Des arrêtés préfectoraux rendus après enquête, sous l'approbation du ministre des Travaux publics, fixeront les limites des fleuves et rivières navigables et flottables, ces limites étant déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder.*

» *Les arrêtés de délimitation pourront être l'objet d'un recours contentieux. Ils seront toujours pris sous la réserve des droits de propriété.* »

1. L'article 36 confirme l'opinion dominante selon laquelle cette déclaration préfectorale de navigabilité est purement facultative ; elle ne change rien à la situation légale de la rivière, laquelle est navigable ou flottable, ou ni navigable ni flottable, en vertu de sa nature propre et de plein droit, et non pas en vertu d'une reconnaissance faite par décret. En un mot, les conséquences qui s'attachent à la qualité juridique de navigabilité des cours d'eau sont indépendantes de la promulgation d'un règlement proclamant cette navigabilité.

2. L'une des innovations les plus importantes est l'obligation qui est faite de mener une enquête préalable à l'arrêté préfectoral de reconnaissance de navigabilité. Cette innovation a été introduite au Sénat à l'initiative du rapporteur afin de faire gagner en autorité aux arrêtés préfectoraux. Les questions de délimitation touchent souvent à des intérêts importants et à des problèmes complexes. Il était donc regrettable qu'aucune enquête ne soit menée. Cela aboutissait souvent à ce que les arrêtés surviennent sans que les intéressés aient pu présenter leurs observations, donnant aux décisions préfectorales une apparence de caractère arbitraire. En pratique, les formes des enquêtes se conformeront aux prescriptions de l'ordonnance du 18 février 1834 : l'enquête préalable s'ouvre sur un avant-projet donnant des premières estimations de limites de navigabilité. Cet avant-projet est ensuite proposé à une commission départementale composée de neuf à treize membres choisis parmi les principaux agriculteurs, directeurs d'usines et industriels, négociants, armateurs et commerçants. Dans

12 - Ancien lit d'un cours d'eau où les eaux ont une tendance à revenir en cas de débordements (*Dictionnaire de l'Académie française*, 1934-1935).

13 - A. – Dans le cours inférieur de la Loire petit golfe formé par le fleuve (cf. Vidal de La Blache, *Tabl. de la géogr. de la France*, 1908, p. 166).
B. – Rigole à ciel ouvert faisant communiquer une masse d'eau stagnante avec une rivière ; fossé pratiqué sur le bord d'une rivière (cf. *Code de la pêche fluviale*, 1875, p. 58).

le même temps, des registres destinés à réunir les observations du public sont ouverts durant un à quatre mois au chef-lieu de tous les départements concernés, l'ouverture de ces registres étant rendue publique par campagne d'affichage. À la fin de cette consultation du public, la commission départementale précitée examine les registres, procède à l'audition des ingénieurs de la navigation ainsi qu'à toutes les consultations qu'elle juge nécessaires. À l'issue de ces auditions, elle rend un avis motivé par procès-verbal dans un délai d'un mois. Les chambres de commerce et les chambres consultatives des arts et manufactures sont appelées à délibérer et à exprimer leur opinion sur l'utilité et l'opportunité de l'opération. Le président de la commission transmet les pièces au préfet, qui les adresse avec son avis à l'administration supérieure (en l'espèce le ministre des Travaux publics) dans les quinze jours qui suivent la clôture du procès-verbal. Les arrêtés préfectoraux de délimitation devront être approuvés par le ministre des Travaux publics : étant donné les conflits soulevés par ces questions de délimitation, il semblait souhaitable d'établir des règles précises et des prescriptions uniformes, l'administration centrale pouvant ainsi les imposer de manière à garantir l'unité de doctrine.

3. Quand un cours d'eau a été déclaré navigable, il n'en résulte pas qu'il a le caractère de rivière navigable ou flottable (et donc le caractère de domaine public) sur tout son parcours : il ne le sera que dans la limite de l'arrêté de « délimitation » pris par le préfet [14]. Le préfet doit déterminer la ligne de séparation du domaine public et de la propriété privée qui correspondra aux bornes naturelles du fleuve ou de la rivière navigable ou flottable, que le préfet doit simplement reconnaître et déclarer. Le préfet exerce donc une sorte de « compétence liée » dans la détermination du domaine public par les limites naturelles du cours d'eau : aucune parcelle de terrain située en dehors des limites naturelles du cours d'eau ne saurait, même sous la réserve d'une indemnité, être comprise par voie de délimitation administrative dans le lit du cours d'eau.

En ce qui concerne la détermination de la limite naturelle d'un cours d'eau navigable ou flottable, la loi de 1898 tranche clairement une controverse doctrinale et jurisprudentielle qui avait vivement opposé quatre écoles différentes :

1. la limite naturelle d'un cours d'eau navigable ou flottable est, rationnellement, la limite ou le *niveau moyen* de ses eaux (opinion ayant quelquefois triomphé dans la jurisprudence) ;

2. la limite naturelle est déterminée par le *niveau le plus bas* ou le *niveau actuel* des eaux (cela rendrait toujours mobile et variable le domaine fluvial de l'État) ;

3. la limite naturelle est la *hauteur du débordement* (cette opinion avait quelquefois été émise et utilisée par l'administration [15]) ;

4. la limite naturelle est déterminée par les *plus hautes eaux, coulant à pleins bords avant tout débordement* (thèse adoptée par l'article 36 de la loi de 1898) : « *Des arrêtés […] fixeront les limites des fleuves et rivières navigables et flottables, ces limites étant déterminées par la hauteur des eaux coulant à*

14 - Cass. 23/8/1819, CE, 11/1/1851 et 28/11/1879.

15 - Circulaire ministérielle du ministère des Travaux publics du 10 mars 1854.

pleins bords avant de déborder»). Elle dominait depuis longtemps dans la jurisprudence [16].

Sur les îles entourées par des cours d'eau navigables, la délimitation du domaine public fluvial est effectuée selon la même méthode (art. 36) mais appliquée spécifiquement à l'île en question. L'arrêté de délimitation ne peut en effet se contenter de reprendre les mêmes limites que celles des rives du cours d'eau dans lequel se trouve l'île (et, de fait, en appliquant la même méthode à l'île et au cours d'eau, on obtient généralement des résultats différents) : il faut procéder à une délimitation « distincte et indépendante » de la délimitation des limites sur les rives [17].

4. L'article 36 dispose que : « *Les arrêtés de délimitation pourront être l'objet d'un recours contentieux. Ils seront toujours pris sous réserve des droits de propriété.* » Actes administratifs, les arrêtés de délimitation sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif (le Conseil d'État), qui peut annuler l'acte en présence d'une expropriation qui n'aurait pas respecté les formalités exigées par la loi du 3 mai 1841 (l'article 36 permet également au riverain de faire un recours gracieux devant le ministre des Travaux publics). Le juge judiciaire (civil), qui ne peut annuler l'arrêté de délimitation, peut accorder une indemnité de dépossession s'il estime que les droits de propriété du riverain ont été violés. La loi de 1898 consacre finalement des principes qui avaient pu faire l'objet de jurisprudences divergentes du Conseil d'État et de la Cour de cassation. D'une part, lorsque le Conseil d'État commença au XIX^e^ siècle à statuer sur des « recours pour excès de pouvoir », il n'acceptait de statuer que sur des moyens de légalité externe (incompétence de l'auteur de l'acte, vice de forme) [18]. Il n'accepta de statuer sur des moyens de légalité interne que plus tard : d'abord, à partir des années 1860, il accepta que soit invoqué le moyen tiré du « détournement de pouvoir ; puis, il commença à reconnaître la possibilité d'invoquer une « illégalité portant atteinte à un droit »). D'autre part, du milieu du XIX^e^ siècle aux années 1870, la Cour de cassation a pu sembler hésiter sur les limites exactes de ses compétences à l'égard des actes administratifs. Ce flou jurisprudentiel était particulièrement visible dans le domaine original du contentieux de grande voirie, qui soulève la question de la délimitation du domaine public fluvial. Il donna lieu à de nombreux conflits de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif [19] alors qu'il n'existait pas de mécanisme clair et impartial de résolution des conflits entre les deux ordres de juridiction (le premier Tribunal des conflits ne fonctionna que de 1848 à 1852 ; de 1852 à 1872 les conflits étaient résolus par le Conseil d'État). Certains des arguments doctrinaux en faveur de la compétence du juge judiciaire en matière de délimitation du domaine public fluvial étaient davantage fondés sur le pragmatisme que sur des arguments juridiques. Ainsi, au début des années 1870-1871, certains

16 - CE, 24/1/1890, 27/01/1891, 12/6/1891, 24/2/1893, 12/1/1894 ; Cour de cass., 8/12/1813 ; Picard, *Traité des eaux*, t. I^er^, p. 263.

17 - CE, 4/5/1894, *Tostain* et 15/1/1897 ; Graux et Renard, p. 154.

18 - CE, 4/4/1845, *Barsalon*, 31/3/1847, *Balias de Soubra et Casse*, 20/4/1854, *Ville de Nogent-sur-Seine* ; Cour de Cass. 23/5/1849.

19 - Voir Tribunal des conflits, 11/1/1873, 1/3/1873 ; CE, 7/5/1871, *Jabouin*, 13/3/1872, 27/7/1877, 28/4/1882, 22/3/1884, 24/1/1890.

jurisconsultes défendaient l'idée de la compétence du juge judiciaire simplement parce que l'occupation du territoire par l'armée prussienne rendait Paris – et donc le Conseil d'État – difficilement accessible, ce à quoi M. Laferrière répondit que de toute façon, pour un particulier, la cour d'appel de son ressort était à peine plus accessible [20]. La recréation du Tribunal des conflits par la loi du 24 mai 1872 mit très rapidement un terme à cette controverse en réglant précisément les questions de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. La loi de 1898 ne fit donc que codifier une situation déjà assez bien réglée par la jurisprudence.

5. Sans même que le domaine public fluvial ait été délimité par un arrêté préfectoral, l'administration pourra poursuivre pour contravention de grande voirie ceux qui se livrent sur ce domaine à des travaux ou autres actes répréhensibles, le contrevenant pouvant alors soulever une exception de propriété, prétendant que le terrain en question lui appartient. La loi de 1898 ne précisant pas clairement qui tranchera une telle question, elle maintient de fait la jurisprudence du Conseil d'État, qui opère une triple distinction selon que le requérant prétend :

1. que la délimitation a été faite de manière erronée. Le préfet ayant assigné à une rivière navigable des bornes autres que les bornes naturelles (définies à l'art. 36 § 1, cf. *supra*), l'exception de propriété se résout en une question administrative (application de l'art. 3 de la loi) que le juge administratif est compétent pour apprécier, le juge de l'action étant le juge de l'exception [21] ;

2. qu'un ouvrage public qu'il a endommagé se trouvait sur sa propriété. La même solution s'impose en vertu du principe de l'accessoire ;

3. que le terrain occupé par l'administration en vue de travaux d'intérêt général non encore réalisés est sa propriété. Dans ce cas, une question préjudicielle est renvoyée à l'autorité judiciaire [22].

2) Des concessions et autorisations (chapitre II)

a) Principe général : interdiction des travaux et prises d'eau sur le domaine public

Les simples citoyens n'ont le droit de faire aucun travail ni aucune construction sur le domaine public de l'État, dans l'intérêt de la navigation, mais l'administration peut, pour le bien public, consentir des exceptions. Le chapitre II du titre IV de la loi de 1898 réaffirme et précise ce principe synthétisé par l'article 40 : «*Aucun travail ne peut être exécuté et aucune prise d'eau ne peut être pratiquée dans les fleuves et rivières navigables ou flottables sans autorisation de l'administration.*» Cet article consacre le droit antérieur [23], y compris le fait que ce principe s'applique quand bien même le travail ne porterait aucune

20 - Recueil Lebon, 1871, p. 37-41.

21 - CE, 7/4/1886, 19/1/1877, 13/4/1883, 23/5/1884, 19/11/1886.

22 - CE, 11/5/1850, 29/5/1867, 22/8/1868, 10/5/1878, 13/4/1883, 5/3/1867, 20/5/1882, 14/4/1883 ; TC, 12/5/1877.

23 - Ordonnances d'avril 1668, de 1669 sur les eaux et forêts, titre 27, article 42, édit de 1683, arrêts du Conseil du 8/3/1746 et du 24/6/1777.

atteinte à la navigation ou qu'aucune diminution du débit de la rivière du fait d'une prise d'eau n'aurait été constatée. En outre, la prescription, si longue soit-elle, ne peut rendre légaux un travail ou une prise d'eau non autorisés [24].

b) Procédures des concessions et autorisations

b. 1) Concessions et autorisations attribuées par le préfet

Ces cas sont prévus aux articles 41 (« *Les préfets statuent, après enquête et sur l'avis des ingénieurs, et sauf recours au ministre, sur les demandes ayant pour objet de faire des prises d'eau au moyen de machines, lorsqu'il est constaté que, eu égard au volume des cours d'eau, elles n'auront pas pour effet d'en altérer le régime* ») et 42 (« *Ils statuent également sur l'avis des ingénieurs, sauf recours au ministre, sur les demandes en autorisation d'établissements temporaires sur les cours d'eau navigables ou flottables, alors même que ces établissements auraient pour effet de modifier le régime ou le niveau des eaux. Ils fixent, dans ce cas, la durée de l'autorisation, qui ne devra jamais dépasser deux ans* »), qui ne font que reprendre la législation antérieure [25].

L'article 41 reprend une disposition du tableau D annexé au décret du 25 mars 1852, la loi de 1898 n'ajoutant que l'obligation d'une enquête [26] (même si la jurisprudence estimait déjà que l'absence d'enquête entraînait la nullité de la concession [27]) pour déterminer si la prise d'eau est à usage industriel ou agricole, si elle nuira à la navigation ou au flottage ou aux droits anciens des concessionnaires [28] ou si elle diminuera le niveau du cours d'eau de façon inacceptable [29].

L'article 42 reprend une disposition du n° 2 du tableau 2 annexé au décret du 25 mars 1852. L'autorisation ne peut être donnée, sans enquête, que s'il n'en résulte aucun inconvénient pour la navigation.

b. 2) Concessions et autorisations attribuées par décret rendu sur avis du Conseil d'État

Ces cas sont prévus par l'article 43 (« *Toutes autres autorisations ne peuvent être accordées que par décrets rendus, après enquête, sur l'avis du Conseil d'État* »), qui ne fait que reprendre la législation antérieure [30], en y ajoutant

24 - CE, 7/12/1854.

25 - Loi du 10/4/1861, décret du 25/3/1852, circulaire du 27/7/1852.

26 - Sur les formes de l'enquête : avis du CE du 2/12/1874 et circulaire ministérielle du 29/1/1875.

27 - CE, 26/11/1863, 19/7/1871.

28 - CE, 13/2/1880, 4/5/1883.

29 - CE, 3/6/1881, 16/12/1881.

30 - Articles 9 et 10 de l'arrêté du 19 ventôse an VI, commenté par l'instruction du 19 thermidor an VI et la circulaire ministérielle du 23 octobre 1851 ; CE, 3/8/1865, 8/3/1866, 14/6/1868, 25/6/1868, 6/7/1872.

l'exigence que le décret soit rendu sur avis du Conseil d'État[31], même si le Conseil était dans la pratique presque toujours consulté.

b. 3) Concessions et redevances

L'article 44, qui prévoit que « *les concessionnaires sont assujettis à payer une redevance à l'État, d'après les bases qui seront fixées par un règlement d'administration publique* », ne fait que reprendre la législation antérieure, ce principe remontant à la loi du 16 juillet 1840[32]. Cette redevance ne doit pas être considérée comme une source de revenu mais comme une reconnaissance de la propriété publique[33].

b. 4) Modification ou suppression des permissions et autorisations

L'article 45 § 1, 1re phrase selon lequel « *les prises d'eau et autres établissements créés sur les cours d'eau navigables ou flottables, même avec autorisation, peuvent toujours être modifiés ou supprimés* » ne fait que reprendre la doctrine et la jurisprudence[34] antérieures : le domaine public étant inaliénable, les autorisations ne sont que précaires.

L'article 45 § 2, ajouté à l'initiative de la commission du Sénat, a cependant précisé que, « *toutefois, aucune suppression ou modification ne pourra être prononcée que suivant les formes et avec les garanties établies par les articles précédents* ».

L'article 45 § 1, 2e phrase précise qu'« *une indemnité n'est due que lorsque les prises d'eau ou établissements dont la modification ou la suppression est ordonnée ont une existence légale* ». Il s'agit :
1. des concessions antérieures à l'édit de Moulins du 15 février 1566, qui ont toujours une existence légale[35] ;
2. des concessions postérieures à l'ordonnance de Moulins qui peuvent avoir une existence légale dans la mesure où l'ordonnance autorise l'aliénation du « petit domaine » (terres vaines et vagues, palus, marais, lais et relais) ;
3. des concessions ou autorisations faites par les ventes nationales effectuées en vertu des Constitutions de l'an III et de l'an VIII, qui ont toujours une existence légale[36].

31 - Avant 1898, l'absence d'avis n'entraînait pas la nullité du décret de concession ou d'autorisation (CE, 4/3/1883, *Batbie*, t. V, no 336 et 18/3/1868 (conclusions du commissaire du gouvernement).

32 - Voir aussi : circulaire ministérielle du 27/7/1852, décret du 25/3/1853.

33 - Lettre du 14/3/1853 du ministre des Travaux publics à celui des Finances.

34 - Cour de cass., chambre civile, 18/10/1886 (S. 87.1.24 ; D. 87.1.173 ; *Pandectes*, 87.1.37).

35 - CE, 15/2/1866, 20/1/1882.

36 - CE, 15/4/1869, 14/11/1884 (revirement de jurisprudence : jurisprudence antérieure dans CE, 30/5/1821, 24/4/1828).

3) Des servitudes (chapitre III)

a) Définition

Le chapitre III du titre IV traite des servitudes sur les bords des rivières navigables ou flottables. Il s'agit des servitudes traditionnelles de halage et de marchepied. Elles sont définies à l'article 46 (« *Les propriétaires riverains des fleuves et rivières navigables ou flottables sont tenus, dans l'intérêt du service de la navigation et partout où il existe un chemin de halage, de laisser le long des bords desdits fleuves et rivières, ainsi que sur les îles où il en est besoin, un espace libre de 7,80 mètres de largeur. Ils ne peuvent planter d'arbre ni se clore par haies ou autrement qu'à une distance de 9,75 mètres du côté où les bateaux se tirent et de 3,25 mètres sur le bord où il n'existe pas de chemin de halage*[37] »), qui ne modifie en rien la législation antérieure[38] et se borne à reprendre les mêmes distances que l'ordonnance de 1669, en les convertissant dans le système métrique.

Aucune dispense, même antérieure à l'ordonnance de 1669, ne peut valablement être invoquée pour se soustraire à la servitude de halage[39], servitude qui n'est pas non plus susceptible de cesser par prescription extinctive (faisant, en tant que servitude active, partie du domaine public inaliénable). Elle pèse sur tous les riverains, qui ne peuvent labourer le chemin de halage[40], y faire paître leurs bestiaux[41], ou y bâtir, mais ne sont pas tenus de demander un alignement pour construire au-delà des limites de la servitude (voir art. 48). L'administration peut aussi, en vertu de ses pouvoirs de police, leur ordonner de couper les branches qui font obstacle à la circulation mais ne peut pas exiger d'eux qu'ils fassent empierrer le chemin de halage, ce qui constituerait une aggravation de la servitude légale[42]. Ces obligations existent sur tout chemin de halage[43], y compris sur les îles. La loi l'a précisé explicitement alors que l'opinion inverse dominait en doctrine et en jurisprudence[44], en s'appuyant sur le droit romain, les arrêts du Conseil du Roi des 8/11/1689, 6/3/1739 et 24/6/1777 et l'avis du Conseil d'État du 27 vendémiaire an XII.

---

37 - Les distances de 7,80 m et 3,25 m constituent la servitude de halage, celle de 3,25 m la servitude de marchepied.

38 - Ordonnances de février 1415, de mai 1520 (art. 3), d'août 1669 (titre VIII, art. 7), de 1672 ; arrêt du Conseil d'État du Roi du 24/6/1777 ; arrêté du gouvernement du 13 nivôse an V (art. 1 et 2) ; articles 536 et 650 du code civil ; décret du 22/1/1808 (art. 1 et 2) (textes reproduits dans le rapport sénatorial de M. Cuvinot) ; avis du CE du 8-16 messidor an XIII (Dalloz, verbo Eaux n° 119) ; loi du 29 floréal an X (art. 1), loi du 15 avril 1829 (art. 35).

39 - CE, 23/3/1854.

40 - CE, 17/1/1867.

41 - CE, 18/2/1854.

42 - CE, 17/4/1869 (par suite, aucune indemnité n'est due pour le rétablissement d'une servitude qui avait existé antérieurement).

43 - CE, 10/1/1867, 14/2/1873, 4/7/1875, 2/12/1881, 16/3/1883, 24/4/1891 ; Cass., 2/1/1895.

44 - CE, 14/6/1851, 2/8/1851, 14/4/1853, 15/12/1853, 18/2/1854, 6/7/1856, 9/7/1859, 12/2/1863, 10/1/1867, 14/2/1873, 2/5/1879, 2/12/1881, 4/4/1884, 28/1/1887 ; circulaire ministérielle du 27/5/1861.

Les infractions à la servitude de halage constituent des contraventions de grande voirie réprimées par l'ordonnance de 1669 et l'arrêt du Conseil du Roi du 24/6/1777.

b) Obligation pour l'administration de réduire l'étendue de la servitude de halage

L'article 47, en prévoyant que, « *lorsque l'intérêt du service de la navigation le permettra, les distances fixées par l'article précédent seront réduites par un arrêté ministériel* », atténue la rigueur des prescriptions générales en prenant en compte le fait qu'en raison de progrès techniques il est souvent possible de définir une servitude de halage largement réduite (jusqu'aux dimensions de la servitude de marchepied), au bénéfice des riverains et sans inconvénient pour la navigation. Il reprend la législation antérieure[45] à ceci près que le Sénat en a fait une obligation et non une simple faculté pour l'administration.

c) Reconnaissance de la limite de la servitude

L'article 48, qui dispose que « *les propriétaires riverains qui veulent faire des constructions, plantations ou clôtures le long des fleuves ou rivières navigables ou flottables peuvent, au préalable, demander à l'administration de reconnaître la limite de la servitude. Si, dans les trois mois à compter de la demande, l'administration n'a pas fixé la limite, les constructions, plantations ou clôtures faites par les riverains ne peuvent plus être supprimées que moyennant indemnité* », constitue une innovation au bénéfice des riverains dans la législation.

Si cet article ne change rien au fait qu'aucun texte de loi *n'oblige* le riverain d'un cours d'eau navigable à demander à l'administration de reconnaître la limite de la servitude, les riverains peuvent avoir un intérêt à *bénéficier de la possibilité* de faire une telle demande, ce que la pratique administrative tendait à leur *interdire*[46]. Cet article est donc très favorable aux riverains[47].

d) Établissement des servitudes

Les articles 49, 50 et 51 modifient la législation dans le cas où un cours d'eau est rendu navigable ou flottable et s'accompagne par conséquent de l'institution d'une nouvelle servitude de halage. Si aucune indemnité n'était accordée avant 1808, le décret du 22 janvier 1808 admit la possibilité de versement d'une indemnité dont le montant était fixé par l'administration elle-même[48]. L'article 49 al. 1 de la loi de 1898 dispose que, « *lorsqu'une rivière ou partie de rivière est rendue navigable ou flottable et que ce fait a été déclaré par un décret, les propriétaires riverains sont soumis aux servitudes établies par l'article 46 ; mais il leur est dû*

45 - Arrêt du 1/12/1781 du parlement de Bretagne ; arrêt du Conseil d'État du Roi portant règlement général pour la navigation de la Loire et des rivières affluentes (art. 20 et 23) ; décrets des 22/1/1808 (art. 4), 29/5/1808 (texte reproduit au rapport Cuvinot).

46 - Circulaire ministérielle du 27 mai 1861.

47 - Si l'administration consent à fixer la limite de la servitude, elle devra appliquer l'article 7 du titre XXVIII de l'ordonnance de 1669.

48 - CE, 19/3/1868.

une indemnité proportionnée au dommage qu'ils éprouvent, en tenant compte des avantages que l'établissement de la navigation ou du flottage peut leur procurer». Le montant de l'indemnité est fixé à l'amiable par entente entre l'administration et le riverain, le litige étant tranché en premier ressort par le juge de paix du canton sur le rapport d'un expert (art. 50).

Cette innovation s'inscrit dans une orientation plus générale de cette loi, qui donne à plusieurs reprises compétence au juge de paix pour trancher les litiges en matière de régime des eaux, ce magistrat étant réputé plus proche du justiciable et statuer avec célérité et à peu de frais. Le président de la commission du code rural et un docteur en droit en 1899 en tirent une conclusion [49] : «*Cette réforme mérite de fixer l'attention, surtout à raison des promesses qu'elle contient pour l'avenir : elle est un indice très net que nous marchons, par la force de l'évolution juridique, vers ce rêve caressé depuis si longtemps par nos jurisconsultes, la suppression des tribunaux administratifs et l'attribution à la magistrature judiciaire, plus indépendante du pouvoir, de la connaissance des litiges réservés jusqu'ici aux juridictions administratives.*» Ils estiment ensuite qu'il eût été préférable de faire fixer l'indemnité due par un jury d'expropriation dans le cadre du mécanisme prévu par la loi du 3 mai 1841.

La loi de 1898 confirme, par ailleurs, que l'établissement de la servitude de halage ne comporte aucune cession de fonds : son contentieux relève, en toute logique, du juge administratif.

En outre, l'article 49 al. 2 tranche une controverse et renverse la solution dégagée par la jurisprudence [50] en disposant que «*les propriétaires riverains d'une rivière navigable ou flottable auront également droit à l'indemnité lorsque, pour les besoins de la navigation, la servitude de halage sera établie sur une rive où cette servitude n'existait pas*».

Enfin, l'article 51 applique le droit commun de l'expropriation pour cause d'utilité publique en disposant que : «*Dans le cas où l'administration juge que la servitude de halage est insuffisante et veut établir le long du fleuve ou de la rivière un chemin dans des conditions constantes de viabilité, elle doit, à défaut du consentement exprès des riverains, acquérir le terrain nécessaire à l'établissement du chemin, en se conformant aux lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.*»

e) Défense d'extraire des terres du lit des rivières

L'article 52 dispose qu'«*il est interdit d'extraire, sans autorisation spéciale, des terres, sables et autres matières à une distance moindre de 11,70 mètres de la limite des fleuves et rivières navigables ou flottables*», reprenant ainsi presque textuellement une disposition de l'ordonnance de 1669 [51].

49 - Graux et Renard, p. 169.

50 - CE, 13/4/1853.

51 - Ordonnance de 1669 (titre XXVII, art. 40).

f) Curage des cours d'eau navigables ou flottables

L'article 53 dispose que « *le curage des cours d'eau navigables ou flottables et de leurs dépendances faisant partie du domaine public est à la charge de l'État. Néanmoins, un règlement d'administration publique peut, les parties intéressées entendues, appeler à contribuer au curage les communes, les usiniers, les concessionnaires des prises d'eau et les propriétaires voisins qui, par l'usage exceptionnel et spécial qu'ils font des eaux, rendent les frais de curage plus considérables* », reprenant ainsi la doctrine et la jurisprudence en vigueur[52].

Ce dernier article de la loi de 1898 peut apparaître à certains égards comme une préfiguration sur un point très précis du débat sur les redevances des agences de l'eau instituées par la loi de 1964. Il prévoit qu'une part des frais de curage pourra être mise à la charge des collectivités locales (communes) et des usagers industriels (« usiniers ») et agriculteurs (« concessionnaires de prises d'eau »), comme le prévoyait déjà la loi de 1807[53]. Le motif invoqué pour leur demander une contribution à la dépense est que « *ce sont eux qui ont sali la rivière* [y ayant répandu] *des eaux ayant servi à l'irrigation et chargées de terres ou des eaux lourdes de produits industriels.* [En outre]*, toute prise d'eaux diminue toujours le courant* [rendant] *plus pressant le curage. Enfin, les riverains qui ont obtenu une concession, tirent de la bienveillance de l'État un avantage qu'ils ne paient pas trop cher en participant au curage ; il est donc juste que l'État puisse leur demander d'y contribuer*[54] ».

Conclusion

Si la loi de 1898 comporte peu d'innovations puisqu'elle s'est largement inspirée de la jurisprudence antérieure, elle a codifié l'ensemble du droit en vigueur, civil et administratif, en tranchant clairement tous les débats de l'époque. L'immense avantage de cette œuvre tient à la sécurité juridique qu'elle a apportée à l'agriculteur et à l'industriel, la loi présentant un caractère de fixité plus grand que celui de la jurisprudence pour Georges Édouard Graux.

52 - Loi du 15/4/1829 (art. 1) ; CE des 5/7/1851, 13 et 14/8/1867 ; Proudhon, t. III, n° 869, Dalloz verbo Eaux n° 107.

53 - CE, 12/4/1860 (en outre, les boues issues du curage ne peuvent être mises sur les terres des riverains contre leur gré).

54 - Graux et Renard, p. 172-173

Annexe 8
Jurisprudence de la Cour de cassation relative aux articles 640 à 645 du code civil

I. Jurisprudence sur les articles 640 et 641 du code civil

Article 640 du code civil

1. Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

2. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

3. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

Article 641 du code civil

1. Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds.

2. Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur.

3. La même disposition est applicable aux eaux de sources nées sur un fonds.

4. Lorsque, par des sondages ou des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir ; mais ils ont droit à une indemnité en cas de dommages résultant de leur écoulement.

5. Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par les paragraphes précédents.

1. Conditions d'application des articles 640 et 641

- ***Nature des eaux visées par les articles 640 et 641***

La servitude d'écoulement des eaux prévue aux articles 640 et 641 «*ne vise que les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur sans que la main de l'homme y ait contribué*»[1]. Selon les différentes listes établies par la doctrine[2], il s'agit d'eaux *naturelles* : eaux de source, eau d'infiltration ou provenant de

1 - Cass., 3e civ., 4 juin 1975, pourvoi no 74-10.777.

2 - M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III par M. Picard : LGDJ, 1952, no 504 ; R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. IV par Voirin : Schmidt Periodicals GMBH, 2e éd. 1996, no 518 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. V Paris, 2e éd., no 822.

la fonte des neiges (article 640), eaux de pluie qui ont le caractère de *res nullius*[3] (art. 641). Ces eaux naturelles peuvent transporter les « *matières qu'elles ont rencontrées et entraînent avec elles, alors du moins que l'intervention de l'homme y est étrangère*[4] », ce qui englobe les eaux de ruissellement[5].

Les eaux visées devant présenter un caractère naturel, celles qui sont altérées par la main de l'homme ne le sont pas : il s'agit des « *eaux industrielles, usées, fétides et insalubres*[6] » y compris les eaux qui découlent d'éléments extérieurs (camion, lavage industriel)[7]. Le juge du fond apprécie souverainement la nature des eaux : il applique l'article 640 aux eaux ménagères et, plus rarement, aux eaux partiellement usées[8], tant que le degré d'altération de l'eau reste acceptable pour le voisinage [9], ce qui exclut les eaux totalement usées [10] ou les eaux fortement polluées [11]. Les eaux de débordement d'un cours d'eau qui ne provient pas d'un fonds supérieur [12] ne sont pas non plus visées.

• ***Caractéristique de la servitude d'écoulement des eaux***

La servitude d'écoulement des eaux à laquelle le propriétaire inférieur est tenu l'empêche de réclamer toute indemnisation[13] ou d'obliger le propriétaire supérieur à réaliser un système de canalisation ou d'évacuation des eaux[14]. Les articles 640 et 641 prévoient d'indemniser le propriétaire inférieur si sa servitude est aggravée, y compris pour les dommages causés par l'écoulement d'eaux surgies à l'occasion de sondages ou de travaux souterrains entrepris par le propriétaire supérieur (art. 641 al. 4).

Par ailleurs, il s'agit d'une servitude continue et naturelle[15] puisqu'elle dépend de la situation naturelle des lieux. Cela signifie que la seule configuration des lieux suffit à rendre cette servitude apparente[16], et n'oblige pas le vendeur du fonds servant à l'indiquer. Cette servitude est un corollaire du droit de propriété et son non-usage n'engendre pas son extinction, contrairement aux enseignements de Domat[17]. Cependant, la réalisation d'un obstacle depuis plus de trente ans par le propriétaire inférieur entraîne une prescription extinctive[18],

3 - Cass. Civ., 5 mars 1902.

4 - T. civ. Cholet, 3 avril 1957.

5 - Cass., 3e civ., 7 juin 1989, pourvoi no 88-12.301.

6 - Cass., 1re civ., 4 déc. 1963.

7 - Cass., 3e civ., 4 juin 1975, pourvoi no 74-10.777.

8 - *Idem*.

9 - CA de Bordeaux, 30 juin 1986, Juris-Data no 1986-042024.

10 - Cass., 3e civ., 20 décembre 1994, pourvoi no 93-11.472.

11 - Cass., 3e civ., 18 juillet 1995, pourvoi no 93-19.149/K.

12 - Cass., 3e civ., 18 mars 1987, pourvoi no 85-17.752.

13 - Cass., 3e civ., 14 décembre 1983, Juris-Data no 1983-002629.

14 - Cass., 3e civ., 11 mai 1976, pourvoi no 75-10.074 et 2 février 2000, pourvoi no 97-14.935.

15 - Voirin, *op. cit.*, no 515.

16 - Cass., 3e civ., 3 novembre 1981, Juris-Data no 1981-003137.

17 - Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, livre I, titre XII, sect. 1, « Des servitudes ».

18 - Cass., 1re civ., 2 novembre 1953.

mais la servitude s'applique à nouveau dès lors que l'obstacle disparaît [19]. À l'inverse, le propriétaire inférieur peut invoquer une prescription trentenaire du droit de recevoir et utiliser les eaux pluviales découlant de l'article 641 alinéa 1 grâce à la réalisation d'ouvrages apparents et permanents qui facilitent leur réception [20]. Le propriétaire qui se prévaut d'une telle servitude doit prouver sa conformité à l'article 690.

2. La jurisprudence admet des aménagements de la situation naturelle des lieux

L'application de l'article 640 n'a pas été restreinte aux seuls cas où les eaux s'écoulent selon la configuration naturelle des lieux. Des modifications sont admises tant que l'ouvrage ne nuit pas au voisin inférieur [21]. Chaque propriétaire est par ailleurs responsable des ouvrages réalisés sur son terrain, y compris ceux édifiés avant l'acquisition du fonds [22].

- ***Sur l'article 640, alinéa 2, concernant le propriétaire inférieur***

La servitude grève le fonds en quelque main qu'il passe [23]. Le propriétaire inférieur est tenu au fait négatif de ne pas empêcher l'écoulement des eaux provenant du fonds supérieur au moyen d'une digue. Cette notion est interprétée dans le sens de « ce qui fait office de digue [24] » : il peut s'agir d'un mur, d'une murette ou d'un parapet. Tout en acceptant des aménagements, le juge du fond examine chaque fois leur effet sur l'écoulement des eaux. Il veille en effet à leur libre passage à l'occasion de la construction ou de l'écroulement d'une digue [25], malgré les préjudices causés.

- ***Sur l'article 640, alinéa 3, concernant le propriétaire supérieur***

Toute modification qui change l'écoulement normal des eaux, en augmente le volume ou ajoute des matières polluantes peut engendrer une aggravation de la servitude d'écoulement. Le juge du fond apprécie souverainement l'aggravation [26] engendrée sur le fonds inférieur par la modification à l'origine du différend ainsi que les modalités de réparation du dommage, allocation de dommages et intérêts ou remise en état des lieux [27].

19 - Cass., 3e civ., 25 janvier 1972, Bull. civ. III no 51.

20 - CA Nancy, 19 déc. 1868.

21 - Cass. req., 4 juin 1872.

22 - Dans le cas du propriétaire inférieur : Cass., 3e civ., 29 mai 1973, *Époux Grelewiecz c/ époux Duranthon*.

23 - Cass., 3e civ., 29 mai 1973, Bull. civ. III no 378.

24 - Cass., 3e civ., 5 juillet 1995, pourvoi no 93-13.404, *M. Jean Ribuot et autres c/ M. Émile Vigne et autres*.

25 - Respectivement : Cass., 3e civ., 7 janvier 1971, pourvoi no 68-13.977 et 29 mai 1973, pourvoi no 71-14.758.

26 - Cass., 1re civ., 28 octobre 1964, Bull. civ. I, no 479.

27 - Cass., 3e civ., 11 juin 1974, Bull. civ. III no 247.

Néanmoins, l'altération de l'eau ou l'augmentation du volume d'eau [28] ne constituent que des aggravations préjudiciables appréciées par rapport à l'écoulement *naturel* des eaux qui sert d'étalon. La destruction d'un mur qui avait antérieurement modifié la pente naturelle du sol et libère le passage des eaux de ruissellement conduit le juge à constater un retour à la situation d'origine malgré les préjudices causés au propriétaire inférieur [29].

Tout type d'aménagement est admis tant que les eaux s'écoulent sans encombre.

La construction d'un mur par le propriétaire supérieur qui empêche le bon écoulement des eaux en cas de fortes pluies, « *faisant* [ainsi] *office de digue* [30] », ou à l'origine d'inondations [31] constitue une aggravation de la servitude d'écoulement du fonds inférieur. Les modifications peuvent être de toutes sortes : abattage de haie [32] ; collecteur d'eaux pluviales [33] ; travaux [34] ; fosse, puisard, roubine et autres canalisations [35], etc. Le juge du fond examine dans chaque cas si l'aménagement litigieux cause un préjudice au fonds inférieur. Par exemple, un puisard réalisé par le propriétaire supérieur peut être à l'origine d'une aggravation de la servitude d'écoulement des eaux pour le voisin inférieur en provoquant des inondations [36], alors que, dans un autre cas, une canalisation n'aggravera pas la servitude grâce à un étang qui joue le rôle de collecteur pour toutes les propriétés [37]. Cet exemple montre que l'« on doit rechercher si les travaux exécutés sont conformes ou non à l'usage et aux exigences de la propriété », et plus généralement « *la théorie ne fournit qu'une direction, dont l'application est une question de fait et d'espèce* [38] ».

28 - Cass., 3e civ., 19 avril 1886.

29 - Cass., 3e civ., 3 mai 1977, pourvoi no 75-13.493, *Consorts Nigoul, dame Pavaud c/Donnat*.

30 - Cass., 3e civ., 5 juillet 1995, *M. Jean Ribuot et autres c/ M. Émile Vigne et autres*.

31 - Cass., 3e civ., 17 février 1988, pourvoi no 86-16.032, *Cortes c/ Plaut*.

32 - Cass., ch. crim., 24 février 1965, pourvoi no 64-91.234, Cass., 3e civ., 24 mai 1989, pourvoi no 88-10.032.

33 - Cass., 2e civ., 4 octobre 1995, pourvoi no 93-20.514, *M. François Baur et autres c/ M. Hurst et autres*.

34 - Cass., 2e civ., 6 mai 1976, pourvoi no 75-12.619 ; Cass., 3e civ., 15 mai 1991, pourvoi no 89-19.288.

35 - Cass., 3e civ., 25 avril 1990, pourvoi no 88-17.739 ; 20 juillet 1989, pourvoi no 88-10.956/B ; 18 novembre 1992, pourvoi no 90-21.554/N ; 30 avril 2001, pourvoi no H 01-10.383 ; 10 juin 2009, pourvoi no A 08-17.489.

36 - Cass., 3e civ., 25 avril 1990, pourvoi no 88-17.739 : il est écrit « *le mur de clôture faisant office de digue* ».

37 - Cass., 3e civ., 18 novembre 1992, pourvoi no 90-21.554/N.

38 - C. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. IV : *Les Biens*, par Voirin, Rousseau, Paris, 1938, no 517.

3. L'article 641 étend l'article 640 aux eaux pluviales et aux eaux de source

Le propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux pluviales détient un droit de disposition et d'usage défini à l'article 641 alinéa 1 : il peut les retenir, les céder, ou les abandonner. L'article 641 alinéas 2 et 3 élargit l'application de l'article 640 aux eaux pluviales et aux eaux de source. En effet, la modification de la direction des eaux pluviales par un puisard [39] ou un mur [40], ou due au ruissellement des eaux sur une terre argileuse [41] peuvent constituer une aggravation de la servitude du fonds servant. À l'inverse, le droit de disposer des eaux pluviales permet au propriétaire d'un fonds contigu à un autre de détruire une murette séparant les deux fonds et de laisser les eaux de ruissellement s'écouler sur le fonds voisin [42].

L'article 641 alinéa 5 prévoit une exemption de l'aggravation de la servitude d'écoulement pour les «*maisons, cours, parcs et enclos attenant aux habitations*» dont l'utilité pratique est de pouvoir obtenir une cessation effective de l'aggravation des ruissellements [43].

L'article 641 alinéa 4 illustre les limites du droit d'usage du propriétaire supérieur. Conformément aux alinéas 1 et 3 de l'article 552 du code civil, la propriété du sol emporte celle des eaux souterraines et permet à tout propriétaire d'en disposer, mais dans la limite des dommages causés aux fonds voisins inférieurs, et sans agir avec malveillance ou sans utilité pour lui-même [44].

4. Les dispositions des articles 640 et 641 du code civil restent encadrées…

• La Cour de cassation veille au respect des dispositions des articles 640 et 641

Un requérant ne peut se prévaloir des usages et coutumes locaux, tels que la loi naturelle décrite par le manuel de Truchelut de 1881 qui régit les étangs de Dombes et de la Bresse [45], pour déroger à la règle législative, ni d'un décret pris en application d'une législation [46].

En cas d'origines multiples à l'aggravation de la servitude du fonds inférieur, la Cour se montre exigeante quant à l'établissement par le juge du fond de la relation de cause à effet entre ces différentes causes et l'inondation [47] .En cas de recours à l'expertise par application de l'article 641 alinéa 7, la Cour considère

39 - Cass., 3e civ., 5 juillet 1995, pourvoi no 93-13.404.

40 - Cass., 3e civ., 25 avril 1990, pourvoi no 88-17.739.

41 - Cass., 3e civ., 27 juin 2001, pourvoi no 99-14.757.

42 - Cass., 3e civ., 13 novembre 1970, pourvoi no 68-14.247.

43 - Cass., 1re civ., 13 janv. 1965, Bull. civ. I no 34.

44 - Cass., 3e civ., 26 novembre 1974 Bull. civ. III no 441.

45 - Manuel cité dans : Cass., 3e civ., 16 juin 1999, pourvoi no 96-16.976.

46 - Cass., 3e civ., 7 janvier 1971, pourvoi no 68-13.977, *CI Source Mozart c/ Sourzat*.

47 - Cass., 3e civ., 18 novembre 1998, pourvoi no T 96-13.326.

qu'une seconde expertise est possible si la première n'a pas été contradictoire à l'égard de toutes les parties et si aucun texte ne l'interdit[48].

• ***L'article 640 et le droit public***

Un préfet se prévaut, à tort, de l'article 640 pour ne pas exercer les pouvoirs que lui confère l'article 28 du code de la santé publique en cas d'insalubrité d'un immeuble[49].

Les ouvrages publics ne sont pas visés par l'article 640 du code civil, à la fois pour la Cour de cassation[50] et le Conseil d'État ; et la juridiction administrative est compétente pour se prononcer sur la responsabilité des collectivités publiques à raison de leurs ouvrages. Cette inapplicabilité ne dispense pas le propriétaire du fonds d'où se déversent les eaux dans un ouvrage public de vérifier la conformité du raccordement aux réglementations administratives[51]. Le Conseil d'État a jugé que l'article 640 n'était pas non plus invocable à l'encontre d'une délibération municipale autorisant des travaux publics susceptibles d'engendrer une aggravation de la servitude d'écoulement des eaux du propriétaire inférieur[52].

Selon le Conseil d'État, l'applicabilité de l'article 640 est conditionnée à l'existence d'« *eaux* [qui] *découlent naturellement des fonds supérieurs* sans que la main de l'homme y ait contribué »[53]. Alors que la Cour de cassation considère qu'« *il n'importe que le système d'écoulement ait été ou non aménagé de main d'homme […] du moment qu'il existait un système de libre écoulement*[54] ».

II. Jurisprudence sur l'article 642 du code civil

Article 642

1. Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage.

2. Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété.

3. Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.

• ***L'article 642 définit un droit d'usage appropriable par le propriétaire inférieur***

48 - *Idem.*

49 - CE, 22 mars 1985, *Syndicat des copropriétés du 16-18 rue du Chevalier-de-La-Barre.*

50 - Cass., Ch. crim., 24 février 1965, pourvoi n° 64-91.234.

51 - Cass., 3e civ., 20 juillet 1989, pourvoi n° 88-10.956/B.

52 - CE, 15 février 1989, *Mignot*, et 10 janvier 2001, *Mme Coren*.

53 - CE, 9 juillet 1975, *Commune de Simiane-la-Rotonde* et 4 mai 1990, *Commune de Marly-le-Roi c/ consorts Delacroix.*

54 - Cass., Ch. crim., 24 février 1965, pourvoi n° 64-91.234.

La source appartient au propriétaire du fonds sur lequel elle naît mais elle constitue un immeuble dont la propriété est prescriptible et transmissible [55] indépendamment du fonds [56]. L'assèchement des eaux du voisin inférieur lors de travaux effectués par le propriétaire supérieur est certes considéré comme un inconvénient normal de voisinage [57], mais une « *servitude d'alimentation en eau de source* [58] » peut grever le fonds supérieur, ou une « *servitude de puiser à la fontaine d'autrui* », qui suppose également une servitude de passage [59].

La puissance publique doit au contraire indemniser le propriétaire privé dont l'eau est captée lors de travaux publics [60]. Pour la cour d'appel de Paris, la servitude d'alimentation en eau de source ne s'annule pas pour cause d'inutilité, lors d'un raccordement au réseau d'eau courante par exemple [61].

- ***L'article 642 alinéa 3 illustre l'emprise de l'intérêt général sur le droit privé***

L'article 642 alinéa 3 fait référence à la fonction sociale du droit de propriété, présente dès 1804 dans le code civil. Il s'agit d'une dérogation au droit commun puisque aucune expropriation pour cause d'utilité publique n'est prévue alors que le propriétaire est privé de son droit d'usage [62].

Les habitants n'acquièrent un droit que pour les eaux auxquelles ils ont librement accès, même si elles traversent d'autres fonds, et ce droit ne correspond pas à un droit de puisage ou de passage [63]. L'indemnité que reçoit le propriétaire disparaît quand les habitants acquièrent l'usage de l'eau.

L'article s'applique aux eaux nécessaires et non simplement utiles [64] selon l'appréciation souveraine du juge du fond [65]. La prise d'eau ponctuelle effectuée par une commune en période d'étiage afin d'alimenter son réseau principal suffit à fonder le caractère nécessaire du droit d'usage [66]. M. Chauveau considère que les eaux doivent être utiles aux personnes et aux animaux, mais une jurisprudence récente a également mis en avant l'usage destiné à l'irrigation et le rôle d'équilibre de l'eau dans l'écosystème [67].

---

55 - CA Nancy, 12 octobre 1955.

56 - CA Grenoble, 17 mars 1992 : Juris-Data n° 1992-042253.

57 - Le propriétaire supérieur jouit d'un droit d'intercepter les veines d'eaux souterraines. A. Picard, *Traité des eaux*, t. I, titre 1, p. 74-75 (éd. J. Rothschild, 1890), citant notamment Ch. req., 4 décembre 1860, *Commune de Varennes-lès-Nevers c/ Boignes et consorts*, confirmé par Cass., 3e civ., 26 novembre 1974, Bull. civ. III n° 441.

58 - CA Lyon, 20 janvier 1982, Juris-Data n° 1982-041377.

59 - Code civil, article 696.

60 - A. Picard, *op. cit.*, titre Ier, chap. II, § 2-7, p. 101 et p. 165 ; CE, 11 mai 1883, *Chamboredon et Brahie c/ Cie de PLM*.

61 - CA Paris, 23e ch. B, 8 septembre 1995 ; Juris-Data n° 1995-023488 ; Cass. 3e civ., 3 novembre 1981.

62 - M. Chauveau, *op. cit.*, n° 847.

63 - Cass., 3e civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 04-18.994.

64 - M. Picard, *op. cit.*, n° 481.

65 - Cass. req., 4 décembre 1895 : DP 1896, 1, p. 342.

66 - Cass., 3e civ., 2 juillet 1997, pourvoi n° 95-13.457, *Époux Brule c/ M. Gavet et autres*.

67 - Cass., 3e civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 04-18.994.

L'article 642 alinéa 3 ne vise pas les eaux vives, car elles constituent des eaux courantes [68], ni les nappes souterraines [69], mais il s'applique à la prise d'eau sur un canal privé [70].

Les ouvrages publics ne sont pas visés par cet article. Le propriétaire d'un fonds inférieur à une fontaine publique qui y puise, conformément à l'autorisation donnée par la commune, ne peut pas prétendre à une servitude au sens de l'article 642 [71].

III. Jurisprudence sur les articles 644 et 645 du code civil

Article 644

1. Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre « De la distinction des biens », peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

2. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

Article 645

S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

1. Quels droits d'usage pour des eaux non domaniales courantes, « res communes » ?

Le droit d'usage reconnu au propriétaire par l'article 644 est réductible, au bénéfice de la collectivité. Par exemple, si un riverain tire de cet article le droit d'utiliser toute l'eau de son canal privé en période de sécheresse pour subvenir à ses besoins personnels [72], il ne peut s'opposer à son utilisation pour les besoins des habitants [73], et l'abus de droit n'est théoriquement pas exclu. L'utilité publique a ainsi petit à petit infléchi la portée du droit de propriété, ce que le Conseil constitutionnel a relevé [74].

D'ailleurs, en vertu des articles L. 215 alinéa 1 et L. 214 alinéas 12 et 13 du code de l'environnement, le public a le droit de circuler en bateau sur les eaux non domaniales, sous le contrôle de la police de la navigation. Néanmoins, malgré le principe de libre navigation, un arrêté préfectoral à l'origine d'une réglementa-

68 - Cass. civ., 21 juin 1909, 2 arrêts.

69 - CA Toulouse, 17 janvier 1938.

70 - Cass. civ., 26 janvier 1880, 30 juin 1896, 27 juin 1927.

71 - CE, 23 juin 1976, pourvoi n° 90774.

72 - Cass., 1re civ., 20 janvier 1958, Bull. civ. 1958 I n° 41 p. 32.

73 - Cass., civ., 13 juin 1827 ; Cass., civ., 1er juillet 1872.

74 - Conseil constitutionnel, 15 janvier 1992, *JO*, 18 janvier 1992.

tion qui ne tient pas compte de la tranquillité des riverains ou ne respecte pas la propriété des usages établis [75] peut être annulé pour excès de pouvoir.

2. Un droit de propriété et des droits d'usage fortement encadrés

La jurisprudence sépare le droit d'usage du droit de propriété de l'eau [76], qui n'est pour la doctrine qu'un droit réel accessoire du droit de propriété du fonds traversé ou bordé par un cours d'eau [77].

– L'article 644 ne décrit que les droits d'usage provenant du droit de propriété portant sur le lit du cours d'eau non domanial [78]. Par exemple, l'ouvrage à l'origine d'une prise d'eau est soumis à autorisation administrative, « *sauf à veiller au respect de l'intérêt général en cause* [79] », et les travaux engendrés ne doivent pas nuire aux droits des autres riverains [80].

– L'article 644 alinéa 1 reconnaît un droit d'usage aux propriétaires d'un fonds bordé par une eau courante. Selon la doctrine, il s'agit d'un droit réel, même si cette thèse reste critiquée [81]. Ce droit n'est pas réservé à l'irrigation mais a fait l'objet d'une interprétation extensive qui inclut les usages domestiques et industriels [82] dans le respect des réglementations applicables aux ouvrages.

– L'article 644 alinéa 2 confère ce droit d'usage au propriétaire du fonds traversé par une eau courante. Il est jugé plus étendu par Picard [83], car le propriétaire n'a qu'à restituer les eaux à la sortie du fonds [84]. En revanche, l'entretien, le curage et le redressement sont des obligations auxquelles est tenu tout propriétaire du fonds sur lequel passent les eaux courantes [85], ce qui engage éventuellement sa responsabilité civile [86], même si le préfet, et donc l'État, sont responsables de l'exécution [87]. Enfin, en cas d'obstacle à la sortie du fonds, la restitution des eaux peut avoir lieu là où la pente du sol la rend possible [88].

---

75 - Respectivement : CE, 19 février 1998 ; code de l'environnement article L-215-8.

76 - CA Grenoble, 17 mars 1997.

77 - Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. II : *Les Biens*, Economica, 5e éd., 2006, no 623 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les Biens*, Précis Dalloz, 6e éd., 2002, no 233.

78 - Code de l'environnement, article L. 215 alinéas 1 et 2.

79 - CE, 28 novembre 1986.

80 - Code de l'environnement, article L. 215-9.

81 - Béraud et Debeaurain, *Mitoyenneté, bornage, servitudes*, Sirey, 1981, p. 189 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les Biens*, Précis Dalloz, 6e éd., 2002, no 233 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, no 490 ; Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. V, 2e éd., 1899 ; V. Laurent, *Principes de droit civil français*, 4e éd., 1887, t. VII, no 277 ; D. Ferru, *La Notion de servitude*, préface P. Raynaud, LGDJ, 1973, p. 74.

82 - A. Picard, *Traité des eaux*, t. I, titre 2, p. 348-349.

83 - *Op. cit.*, t. III no 495.

84 - Cass., 1re civ., 12 mars 1968.

85 - CE, 19 novembre 1975, obligation codifiée : code de l'environnement art. L. 215-14.

86 - Cass., 1re civ., 26 novembre 1957.

87 - CE, 31 juillet 1968 ; CE, 2 mars 1984.

88 - Cass., 3e civ., 26 octobre 1971, pourvoi no 70-11.198 et 6 janvier 1972.

L'usage d'eau provenant de cours d'eau non domaniaux pour l'irrigation régulière de terres agricoles en application de l'article 644 ne dispense pas du paiement de redevances à l'agence de bassin, dans la mesure où il rend «*nécessaire ou utile l'intervention de l'agence*», conformément à l'article 14 de la loi du 16 décembre 1964[89].

3. Le juge du fond apprécie souverainement l'abus de droit

Le juge du fond apprécie souverainement l'abus de droit, examinant si le captage d'eau constitue un acte malveillant, inutile, ou encore un inconvénient anormal de voisinage. En effet, l'article 644 ne reconnaît pas un droit illimité du riverain en amont. La Cour de cassation a toujours veillé à ce que le droit d'usage reste modéré et respectueux des riverains inférieurs, en fonction des circonstances propres à chaque situation[90]. Elle considère qu'il découle de l'article 644[91] que le juge doit systématiquement rechercher si le propriétaire attaqué n'a pas abusé de son droit d'usage. Seule la reconnaissance de cet abus ouvre droit à dédommagement[92]. Cette recherche implique souvent l'intervention d'un expert, dont le rapport ne lie pas le juge[93], ce rapport pouvant au demeurant avoir été établi à la demande d'une juridiction administrative [94].

La Cour a ainsi jugé que des «*ouvrages minimes d'apparence ancienne*», ne permettant qu'un «*captage intermittent*», ne constituaient pas un abus du droit d'usage conformément à l'article 644 alinéa 1[95]. Une pénurie d'eau telle qu'elle provoque la mort des alevins d'un éleveur ne constitue pas non plus aux yeux de la Cour un abus de droit, au motif que les propriétaires en amont ont mis en place des systèmes de restitution d'eau[96]. De même, une pose de prise d'eau exigée par un règlement d'eau rend l'article 644-2 applicable[97]. En outre, ce dernier est fortement encadré par des restrictions tenant à la maîtrise de la pollution. L'altération de l'eau peut faire l'objet d'une réclamation seulement si un tiers subit un préjudice[98], mais il est interdit de rendre l'eau impropre aux usages auxquels elle est destinée[99]. Par exemple, l'érosion excessive ou la production d'algues et de boues dans un étang en aval dues à l'eau restituée constituent un abus du droit d'usage[100]. Enfin, la pollution fait l'objet d'une infraction

89 - CE, 1er juin 1988, *Grimault*.

90 - Cass. civ., 21 août 1844, *Baric c/ Combes* ; Cass. req., 12 février 1845 ; Cass. req., 8 juillet 1846 ; Cass. civ., 4 décembre 1861 ; Cass. civ., 17 décembre 1861 ; Cass. civ., 19 janvier 1874.

91 - Cass., 3e civ., 4 février 1975, pourvoi no 73-13.975.

92 - Cass. req., 21 janvier 1901 ; CA Aix-en-Provence, 23 juillet 1997.

93 - *Idem*.

94 - Cass., 2e civ., 18 mai 1989, pourvoi no 87-17.085.

95 - Cass., 3e civ., 4 février 1975, pourvoi no 73-13.975.

96 - Cass., 3e civ., 4 février 1975, pourvoi no 75-13.101.

97 - Cass., 3e civ., 14 novembre 2002, pourvoi no 00-16.898.

98 - CA Caen, 20 décembre 1855 ; CA Dijon, 21 décembre 1877.

99 - Cass. civ., 23 août 1882 : DP 1883, 1, p. 237.

100 - Cass., 3e civ., 15 février 1989, pourvoi no 87-17.469.

qui peut causer des dommages aux particuliers, notamment dans des bassins piscicoles [101].

L'article 645 permet une régulation quantitative de l'usage des eaux non domaniales.

En cas d'abus de droit d'usage, l'article 645 permet au juge du fond de déterminer un règlement d'eau pour fixer la proportion d'eau à restituer. Ce juge n'est cependant pas tenu de l'imposer s'il n'a pas été saisi de conclusions en ce sens par l'une des parties mais, pour constater l'absence d'abus de droit dans ce cas, il peut tenir compte des dispositions prises pour restituer l'eau [102]. Cependant, la Cour de cassation avait auparavant jugé qu'« une contestation de cette nature contient virtuellement et nécessairement une demande en règlement [103] ».

101 - Cass., ch. crim., 24 octobre 1991.

102 - Cass., 3e civ., 4 février 1975, pourvoi no 75-13.101.

103 - Cass. req., 19 juillet 1865 : DP 1866, 1, p. 140.

Annexe 9
Droit de l'eau et grandes lois sur l'eau

La doctrine identifie volontiers sept « grandes lois » d'où découle le droit de l'eau actuel.

1. La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux

Cette loi est la première et la plus importante loi à vocation générale sur l'eau. Ses dispositions, essentielles pour décrypter le droit contemporain et mesurer le poids des considérations agricoles dans son élaboration, sont analysées en détail en annexe 7. Si cette loi consolide pour une bonne part les acquis de la jurisprudence, elle modifie plusieurs articles du code civil et, en atténuant l'*usus* attaché au droit de propriété sur les eaux souterraines, amorce un mouvement pluriséculaire de restriction du droit de propriété sur l'eau et de collectivisation de son usage sous le contrôle de l'administration. Elle tranche aussi d'importants débats doctrinaux, tel son article 3 qui rétablit l'état du droit qui semble avoir prévalu antérieurement à la Révolution (« *Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives* »[1]) et supprime en conséquence à l'article 563 du code civil la mention des cours d'eau non domaniaux. La loi comporte aussi de nombreuses dispositions qui touchent au droit public. Elle renforce la police de l'eau : son article 11 par exemple donne compétence à l'État pour régler toutes les questions autres que le droit d'usage de l'eau, attribué au riverain par le code civil (« *Aucun barrage, aucun ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine ne peut être entrepris dans un cours d'eau non navigable et non flottable sans l'autorisation de l'administration* »). Elle précise aussi le régime des servitudes et les obligations de curage ou d'entretien des cours d'eau. Rétrospectivement, la loi du 8 avril 1898 est une grande loi sur l'eau, car elle a clarifié et codifié pour près d'un siècle le droit applicable en consolidant les apports de la jurisprudence et tranché tous les conflits doctrinaux âprement débattus en son temps.

1 - Les dispositions du titre II de la loi de 1898 relatif aux cours d'eau non navigables et non flottables ont successivement été reprises dans le code rural, puis dans le code de l'environnement au chapitre relatif aux dispositions propres aux cours d'eau non domaniaux où figurent les articles L. 215-1 et s.

2. La loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique

Suivant de peu la création d'un service de surveillance des eaux dans le département de la Seine, elle est la première loi de santé publique adoptée en France. Son article 9 inaugure l'intervention publique dans la surveillance de la qualité de l'eau[2] et crée deux commissions administratives à cet effet, le conseil d'hygiène départemental et le Comité consultatif d'hygiène de France. Son article 1er institue un règlement sanitaire communal qui détermine «*2o les prescriptions destinées à assurer la salubrité des maisons et de leurs dépendances, des voies privées, closes ou non à leurs extrémités, des logements loués en garni et des autres agglomérations quelle qu'en soit la nature, notamment les prescriptions relatives à l'alimentation en eau potable ou à l'évacuation des matières usées*». Elle organise aussi la substitution du préfet au maire en cas de carence de ce dernier. Son article 10 organise enfin la protection des sources d'eau potable en prévoyant l'instauration de périmètres de protection contre la pollution de ces sources à l'intérieur desquels il est interdit d'épandre des engrais humains et de forer des puits sans l'autorisation du préfet. Ces servitudes peuvent faire l'objet d'une indemnisation déterminée selon les formes de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

3. La loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique

Votée à l'issue de la Première Guerre mondiale, elle vise à développer la production d'énergie électrique à partir des chutes d'eau. Son article 1er, en prévoyant que : «*Nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État*», confisque au profit de l'État le monopole de l'usage de la force motrice des eaux[3], qu'il peut autoriser ou concéder. Le vote de cette loi avait été précédé de l'établissement en 1917 d'une commission interministérielle qui débattit du choix entre deux types de concession, la concession minière et la concession de travaux publics (Jean L'Huillier, *Répertoire de droit*

2 - «*Article 9 – Lorsque pendant trois années consécutives le nombre des décès dans une commune a dépassé le chiffre de la mortalité moyenne de la France, le préfet est tenu de charger le conseil départemental d'hygiène de procéder, soit par lui-même, soit par la commission sanitaire de la circonscription, à une enquête sur les conditions sanitaires de la commune. Si cette enquête établit que l'état sanitaire de la commune nécessite des travaux d'assainissement, notamment qu'elle n'est pas pourvue d'eau potable de bonne qualité ou en quantité suffisante, ou bien que les eaux usées y restent stagnantes, le préfet, après une mise en demeure à la commune, non suivie d'effet, invite le conseil départemental d'hygiène à délibérer sur l'utilité et la nature des travaux jugés nécessaires […].*» Ce même article organise une procédure d'exécution d'office des travaux à la charge de la commune par décret du président de la République rendu en Conseil d'État mais en vertu de la loi pour ce qui concerne la charge des dépenses.

3 - D'où la formulation selon laquelle «*la force motrice produite par l'écoulement des eaux courantes ne peut faire l'objet que d'un droit d'usage et en aucun cas d'un droit de propriété*» (CE, 5 juillet 2004, *SA Laprade énergie*, *AJDA*, 2004, p. 2219).

administratif Dalloz, Énergie hydraulique). Le Parlement opta pour le second type de concession, non sans retenir quelques solutions inspirées de la concession minière : « *Le statut juridique actuel de l'énergie hydraulique présente, de ce fait, de nombreuses anomalies qui ont contribué à provoquer des difficultés dans son application pratique* », relève déjà cet auteur.

4. La loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et la lutte contre leur pollution

Elle intervient dans une période de forte croissance économique – les Trente Glorieuses – où la consommation double tous les quinze ans : il s'agit d'assurer la disponibilité d'une ressource assimilée à une matière première et d'améliorer son rendement. Les préoccupations qualitatives font néanmoins pour la première fois leur apparition dans la législation : l'assainissement des eaux usées, la création des agences financières de bassin et la réalisation d'un inventaire établissant le degré de pollution des eaux superficielles sont présentés comme autant de moyens essentiels pour rétablir la qualité des rejets d'effluents dans le milieu. Quantité et qualité de l'eau sont depuis lors considérées comme deux aspects indissociables de la gestion d'une même ressource ou d'un même problème.

Autre caractéristique, toutes les catégories d'eaux – à l'exception des eaux minérales – sont englobées par cette loi qui instaure par bassin-versant une gestion intégrée de toutes ces ressources : les eaux maritimes (mer territoriale, eaux intérieures, ports et rades)[4], les rivières (domaniales et non domaniales) et les canaux, les canaux d'irrigation, les étangs et les lacs (naturels ou artificiels), les sources et nappes souterraines.

La loi modernise par ailleurs le régime juridique des cours d'eau, domaniaux et non domaniaux, et introduit, de manière provisoire, une innovation juridique, celle de cours d'eau mixte dans laquelle le lit appartient aux riverains mais où l'usage de l'eau appartient à l'État. La loi rénove le régime des travaux et aménagements affectant les eaux ainsi que celui de la police administrative des prélèvements et des rejets en aggravant aussi les sanctions applicables et en instaurant une faculté pour le juge d'ordonner des travaux d'office. Elle institue enfin des zones spéciales d'aménagement des eaux dans lesquelles la puissance publique peut instituer et déclarer d'utilité publique des plans de répartition de la ressource hydraulique et des programmes de dérivation ou de travaux[5]. Au sein de ces zones, un régime strict de déclaration des installations et d'autorisation est instauré.

4 - Le Conseil d'État a estimé que la loi nouvelle s'appliquait immédiatement y compris si la canalisation de rejet en mer Méditerranée des « boues rouges » débouchait au-delà de la limite des eaux territoriales (avis de la section des travaux publics du 4 août 1965, n° 292.523).

5 - Le régime juridique de ces zones préfigure le régime des zones de répartition des eaux institué par la loi du 3 janvier 1992 (cf. note 436, Notes de fin de document).

Cette loi reposait sur un trépied : la réglementation définie par l'État ; la concertation, incluant les usagers, au sein des comités de bassin ; l'incitation par le biais des redevances et des concours financiers accordés par les agences. Mais l'opposition combinée des agriculteurs et des communes ainsi que les tribulations infligées par les juges aux redevances perçues par les agences de bassin ont eu raison des grandes ambitions de cette loi et en ont dénaturé les institutions.

5. La loi n° 84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles

Elle modifie et simplifie la centaine d'articles du code rural régissant cette matière (art. 401 à 501). Parmi ses nombreuses dispositions, son article 2 (anc. art. 401 du code rural, devenu L. 230-1 du code rural puis L. 430-1 du code de l'environnement) introduit la notion de préservation du milieu : « *La préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général. La protection du patrimoine piscicole implique une gestion équilibrée des ressources piscicoles dont la pêche, activité à caractère social et économique, constitue le principal élément.* » Cette notion de *gestion équilibrée* fait son apparition dans la législation et sera reprise en 1992 pour la gestion de l'eau elle-même. Au titre de la protection de la ressource, elle durcit les règles applicables aux travaux ou aménagements des cours d'eau (anc. art. 408 du code rural, devenu L. 232-3 du même code) qui mettent en péril les habitats et l'avenir de la ressource[6]. Elle introduit pour les exploitants d'ouvrages une obligation de maintenir un débit réservé dans les cours d'eau (anc. art. 410, devenu L. 232-5, et anc. art. 432 du code rural) de manière à protéger la bio-

6 - Par exemple les gravières et sablières. Pour remédier aux impacts négatifs de ces activités, plusieurs mesures avaient déjà été prises : instauration en 1975 d'une taxe sur les granulats et, à l'occasion de la réforme du code minier en 1977, mise en place de schémas d'exploitation coordonnés des carrières (art. 109-1 du code) et obligation de remise des lieux en état par l'exploitant qui cesse toute extraction.

diversité[7]. Elle prévoit aussi à la charge de ces exploitants sur certains cours d'eau l'obligation d'assurer la circulation des espèces migratrices (anc. art. 411 du code rural, devenu L. 232-6) et une mise en conformité des ouvrages existants [8]. Elle réorganise les activités de pêche en distinguant entre pratique amateur et pêche professionnelle [9] et instaure un plan départemental pour la protection du milieu aquatique et la gestion des ressources piscicoles (PDPG) et des plans de gestion locaux pour chaque cours d'eau. Elle lance des programmes de restauration des grands migrateurs. Elle revoit le régime juridique applicable aux enclos piscicoles.

---

7 - «*Tout ouvrage à construire dans le lit d'un cours d'eau doit comporter des dispositifs maintenant dans ce lit un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces qui peuplent les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, des dispositifs empêchant la pénétration du poisson dans les canaux d'amenée et de fuite. Ce débit minimal ne doit pas être inférieur au dixième du module du cours d'eau au droit de l'ouvrage correspondant au débit moyen interannuel, évalué à partir des informations disponibles portant sur une période minimale de cinq années, ou au débit à l'amont immédiat de l'ouvrage, si celui-ci est inférieur. Toutefois, pour les cours d'eau ou parties de cours d'eau dont le module est supérieur à 80 mètres cubes par seconde, des décrets en Conseil d'État pourront, pour chacun d'eux, fixer à ce débit minimal une limite inférieure qui ne devra pas se situer en dessous du vingtième du module. L'exploitant de l'ouvrage est tenu d'assurer le fonctionnement et l'entretien des dispositifs garantissant dans le lit du cours d'eau le débit minimal défini aux deux alinéas précédents*» (art. L. 410 du code rural). Auparavant, la jurisprudence considérait que la loi du 8 avril 1898 (art. 97 du code rural) ne permettait pas au préfet d'imposer, en vue d'assurer la conservation du poisson, un débit minimal ou des grillages à l'amont d'une prise d'eau, car la sauvegarde du poisson ne figurait pas au nombre des intérêts visés par son article 14 (CE, 12 février 1936, *Sieur Boussioux*, rec. p. 189). La prescription d'une échelle à poissons ne pouvait donc être prescrite qu'en vertu de l'article 1er de la loi du 31 mai 1865 sur la pêche fluviale (devenu art. 428 du code rural) ou de l'article 28 de la loi du 16 octobre 1919 (CE, 18 mars 1966, *Ministre de l'Agriculture c/ Établissements Etchegoyen*, rec. p. 218, CJEG 1967. 299). La loi du 23 mars 1957 ayant ensuite complété l'article 428 du code rural pour prévoir l'installation, le cas échéant, de grilles dans les canaux de fuite, le Conseil d'État a été amené à préciser que l'application de ces prescriptions nouvelles, de nature à porter atteinte aux droits des usiniers et susceptible d'ouvrir droit aux indemnités prévues par l'article 429 du code rural, implique un examen de chaque situation individuelle et doit être précédée d'une enquête et de la consultation des conseils généraux (avis de la section des travaux publics du 10 juin 1964, no 289.605).

8 - Art. 411 : «*Dans les cours d'eau ou parties de cours d'eau et canaux dont la liste est fixée par décret, après avis des conseils généraux rendus dans un délai de six mois, tout ouvrage doit comporter des dispositifs assurant la circulation des poissons migrateurs. L'exploitant de l'ouvrage est tenu d'assurer le fonctionnement et l'entretien de ces dispositifs. Les ouvrages existants doivent être mis en conformité, sans indemnité, avec les dispositions du présent article dans un délai de cinq ans à compter de la publication d'une liste d'espèces migratrices par bassin ou sous-bassin fixée par le ministre chargé de la Pêche en eau douce et, le cas échéant, par le ministre chargé de la Mer.*»

9 - La distinction est toutefois difficile à appliquer en pratique. À la différence du professionnel assujetti aux charges fiscales et sociales, l'amateur n'a pas le droit de vendre le produit de sa pêche, interdiction difficile à faire respecter, spécialement par les amateurs pêcheurs aux engins et aux filets. D'autant plus que les amateurs sont en nombre croissant – 2 500 000 déjà en 1984 sur 275 000 km de cours d'eau et 55 000 ha de plans d'eau – et les professionnels – quelques milliers – en nombre décroissant. S'ajoute à cela le problème du braconnage, assez répandu spécialement à l'égard des espèces rares ou des grands migrateurs comme les saumons, et que la police de la pêche vise à contenir avec une efficacité plus ou moins grande. L'adhésion à une association agréée ou à la Fédération nationale des pêcheurs aux engins et aux filets est obligatoire pour les amateurs ; elle s'accompagne du paiement d'une cotisation et d'une taxe piscicole dont le produit est affecté au Conseil supérieur de la pêche, aujourd'hui remplacé par l'ONEMA.

6. La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau

Codifiée au code de l'environnement, elle marque une reprise en main par l'État de la gestion de l'eau et complète sur deux points les principes contenus dans la loi de 1964[10] : l'eau est considérée comme patrimoine commun de la nation et la protection de la ressource, notamment des nappes, et des milieux aquatiques est déclarée d'intérêt général au même titre que sa mise en valeur ou son développement, le tout étant synthétisé sous un vocable, la gestion *équilibrée* de la ressource[11], que le droit communautaire n'a jamais repris à son compte. La loi affirme clairement l'unicité de la ressource (eaux souterraines et superficielles, domaniales et non domaniales) et tend à réduire, dans le respect des droits antérieurement établis, les droits des propriétaires sur les eaux superficielles, sans remettre en cause les principes du code civil. Elle amorce l'unification par le législateur de la police de l'eau et met en place, en se référant à une nomenclature des installations, ouvrages, travaux ou activités (IOTA) ayant des incidences sur l'eau ou les milieux aquatiques (art. 10-I et L. 214-1 et s. du code de l'environnement) un régime gradué comportant trois niveaux, selon l'importance du prélèvement ou de l'usage : l'exemption pour les usages domestiques et assimilés, la déclaration pour les ouvrages de faible importance et l'autorisation pour les autres, la distinction entre déclaration et autorisation servant aussi depuis la loi du 3 janvier 1992 de ligne de partage entre contravention et délit en matière de répression pénale. Transposant la directive de 1991 sur les eaux résiduaires urbaines, elle accroît la compétence des collectivités territoriales en matière d'assainissement et de gestion des cours d'eau non domaniaux qui ne sont pas classés comme voies navigables ainsi que les pouvoirs des préfets dans les zones de répartition des eaux. Elle introduit une démarche de planification au niveau des agences de bassin et crée un nouvel outil de gestion quantitative de la ressource, la zone de répartition des eaux (ZRE), qui est depuis lors fréquemment utilisé pour gérer au mieux les situations de tension sur la ressource.

---

10 - Christian Huglo, « Les grandes orientations de la loi sur l'eau », *Les Petites Affiches*, 19 octobre 1992, p. 12 ; Jean-François Auby, *Les Principes du droit de l'eau*, *ibidem ;* Jean Lamarque, *La Loi du 3 janvier 1992 sur l'eau*, chron., CJEG février 1993 ; Jacques Sironneau, « La nouvelle loi sur l'eau ou la recherche d'une gestion équilibrée », *RJE* 1992, 2, p. 137 et s. ; Pascal Trouilly, « Le principe de gestion équilibrée de la ressource en eau est-il devenu inutile ? », *Environnement*, n° 7, juillet 2004, étude 13.

11 - L'objet de cet article (art. L. 211-1 du code de l'environnement) est de poser le principe et les objectifs de la gestion équilibrée de la ressource en eau ainsi que les exigences qui en résultent, notamment en matière de sécurité civile et de protection contre les inondations, à l'occasion des différents usages, activités ou travaux portant sur cette ressource. Ses dispositions ne sont pas susceptibles de fonder légalement la prescription, par le détenteur des pouvoirs de police spéciale de l'eau, d'une remise en état des lieux, notamment par la suppression partielle ou totale d'un ouvrage légalement réalisé qui utilise la ressource en eau (CE, 12 mars 2007, *Ministre de l'Écologie c/ M. et M^me^ Durand*, t. p. 863). La jurisprudence sur la portée de la conciliation entre les intérêts en présence impliquée par cette notion est toutefois demeurée rare (CAA de Bordeaux, 11 juin 2001, *Commune de Buros c/ M. Lahore*, req. n° 97BX00613 ; CAA de Paris, 25 juin 2002, *Institut de recherche Servier*, req. n° 01PA02106, 01PA02121 et 01PA02180). La notion très large de gestion équilibrée de la ressource peut également être invoquée au soutien d'autres politiques environnementales comme la préservation des espaces naturels ou paysages remarquables (CE, 13 septembre 2000, *Fédération nationale des syndicats forestiers sylviculteurs*, Leb. t. p. 1106).

Elle renforce les sanctions administratives et pénales en prévoyant une faculté d'exécution d'office et de restauration du milieu aux frais du contrevenant.

Selon certains commentateurs [12], la loi de 1992 s'inscrit dans un mouvement de convergence entre les législations nationales observable dès la fin des années 1990, qui ne se limite pas à l'Europe où le droit communautaire l'organise. Sans qu'on leur reconnaisse une portée universelle, plusieurs lignes de force se seraient alors dégagées : la mise en place d'une gestion intégrée par bassin-versant, appuyée sur un exercice de planification, l'association des usagers à la gestion de la ressource et l'instauration de systèmes de taxation des usages polluants, l'homogénéisation du régime juridique des eaux superficielles et des eaux souterraines, une précarisation accrue des autorisations de prélèvement [13] et le renforcement des droits des États sur l'usage de l'eau [14] à la fois en matière de procédure (autorisations, permis, planification) et de contrôle des droits d'utilisation de la ressource [15] pouvant aller jusqu'à une domanialisation de la ressource en eau au profit de la collectivité et au détriment des droits des riverains [16].

7. Le projet de loi sur l'eau adopté le 27 juin 2001

Adopté à l'issue de longues et difficiles négociations avec les organisations agricoles et celles des distributeurs d'eau, il est déposé à l'Assemblée nationale le 8 janvier 2002 mais finalement retiré de son ordre du jour en août 2002.

12 - Jacques Sironneau, « Droit et gestion de l'eau, grandes tendances mondiales et applications récentes », *Revue juridique de l'environnement*, 3-1998, p. 301.

13 - L'instauration d'autorisations administratives dans les pays de *common law* aurait par ailleurs pour effet de rapprocher le droit des pays de *common law* de celui des pays qui appliquent le code civil.

14 - Sur l'évolution récente des droits de propriété en Europe et du rôle attendu des États, on peut se reporter à Bernard Barraqué, « L'Europe, troisième monde de l'eau », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 99. La loi espagnole 29/85 sur l'eau de 1985 fait rentrer, après les eaux de surface (cf. 1.2.3.2.1.) les eaux souterraines dans le domaine public, même si elle institue une période transitoire de maintien des droits acquis. Cette loi a été modifiée en 1999 pour y inclure aussi l'eau issue de la désalinisation et réglementer les marchés de l'eau. Ce mouvement ne se limite pas à l'Europe. La loi de 1998 sur l'eau adoptée par l'Afrique du Sud en 1998 prévoit de même que la conservation des eaux souterraines et de surface incombe à l'État et que les droits d'accès et d'usage de l'eau font l'objet de licences délivrées par des agences locales. En Australie, le *Water Act* de 2007 et le *Water Amendment Act* de 2008 ont retiré aux États leurs prérogatives en matière de répartition des eaux pour les attribuer à une agence fédérale désormais chargée de l'octroi des droits d'utilisation de l'eau ; l'Australian Competition and Consumer Commission a été parallèlement chargée de conseiller le ministre de l'Eau sur la tarification de l'eau et la mise en place d'un système d'échange des droits.

15 - Bernard Barraqué, « Aspects institutionnels, socio-économiques et juridiques de la gestion durable de l'eau en Europe », actes de la journée d'études *Les Territoires de l'eau*, université d'Artois, Arras, 26 mars 2004.

16 - Au même moment, on assiste à une privatisation croissante de la gestion des services. Il ne faut donc pas confondre privatisation des services et privatisation de la ressource : l'utilisation de celle-ci est au contraire de plus en plus soumise à des contraintes publiques.

8. La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques

Elle prend en compte les nouveaux enjeux relatifs à la gestion de l'eau [17] : le réchauffement climatique, les risques accrus de déséquilibre entre demande et offre mais aussi d'inondation qui en découlent, la lutte contre les pollutions diffuses, l'impact sur l'environnement de la production hydroélectrique, les conflits d'usage dans la répartition des eaux et la maîtrise de la consommation. Elle s'inscrit dans l'objectif communautaire d'un retour au bon état des eaux à l'horizon 2015. Elle réaménage – enfin –, en prenant en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. note 293, Notes de fin de document), le régime des redevances perçues par les agences de l'eau, encadre solidement leur action et revoit la composition de leurs comités de bassin et conseils d'administration ; elle promeut aussi le développement des SAGE en simplifiant le fonctionnement des commissions locales de l'eau. Elle réorganise la pêche en eau douce en imposant l'adhésion à une association, elle-même adhérente d'une fédération départementale, toutes les fédérations départementales étant confédérées au sein d'une Fédération nationale de manière à favoriser une gestion harmonisée et centralisée du milieu aquatique. Elle crée l'ONEMA et apporte de nombreuses retouches techniques à des pans de législation figurant dans vingt codes différents : dans un souci de transparence, elle complète la législation sur la délégation de service public et encadre davantage la tarification des services liés à l'eau, elle encourage le développement des réseaux de récupération des eaux pluviales, notamment en instituant une taxe sur les surfaces imperméabilisées et elle essaie de surmonter l'échec rencontré dans la mise en place du service public de l'assainissement non collectif.

Pour la plupart des commentateurs, cette loi de caractère très technique a été très bien préparée durant neuf années et rassemble des dispositions très disparates. Elle manquerait de lisibilité et marquerait une nouvelle étape vers un droit de l'eau toujours plus centralisé et plus coercitif dans l'élaboration duquel le Parlement prend une part désormais prépondérante [18]. En réalité, cette recentralisation découle assez largement de la directive-cadre sur l'eau de 2000 : alors que les lois de 1964 et 1992, centrées sur la gestion de la ressource, étaient d'inspiration décentralisatrice, les exigences de reportage instaurées par l'Union européenne obligent l'État à se doter des moyens nécessaires pour lui permettre de rendre des comptes sur la gestion du milieu dans ses différentes dimensions (eaux de baignade, eaux de surface, eaux souterraines…).

17 - Nelly Ollin, « Une réforme législative nécessaire pour réformer la gestion des ressources en eau en France », *Revue politique et parlementaire*, n° 1043, avril-juin 2007 ; Sylvie Caudal et Patrick Janin, « La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements », *Droit administratif*, n° 4, avril 2007.

18 - La mise en application de cette loi supposait néanmoins l'intervention de nombreux textes réglementaires. Sur les 60 mentionnés par la loi elle-même, 46 avaient été publiés et 12 étaient dans les circuits de la concertation informelle ou de la consultation formelle au 1er janvier 2009 ; deux projets seulement étaient encore au stade de la rédaction.

Annexe 10
Grande loi sur l'eau et droit de propriété

Considérée par sa conception et ses apports doctrinaux comme une grande loi sur l'eau (annexe 9-5) et votée à l'unanimité au Parlement, la loi du 29 juin 1984 sur la pêche illustre les difficultés de conception et d'application de la norme juridique lorsqu'il faut combiner le droit de propriété et une police spécifique – ici la police de la pêche régie par la loi du 15 avril 1829[1] – sur fond de fragmentation des droits de propriété et de complexité ou d'imbrication des notions juridiques et des administrations gestionnaires.

1. Cette loi a entendu distinguer trois grands régimes de pêche en eau douce : celui applicable aux « eaux libres », celui applicable aux « eaux closes » et celui applicable aux enclos piscicoles.

Les eaux libres (anciens art. 401 et 402 du code rural et actuel art. L. 431-3 du code de l'environnement) correspondent aux eaux courantes du code civil et englobent, à l'époque, les cours d'eau domaniaux et les cours d'eau mixtes créés par la loi de 1964 mais supprimés par la loi de 1992 (cf. 2.5.2.5.), où le droit d'usage de l'eau et le droit de pêche reviennent à l'État, ainsi que les cours d'eau non domaniaux où le droit d'usage de l'eau appartient à tous et le droit de pêche aux riverains. Ces cours d'eau sont classés en deux catégories pour l'exercice du droit de pêche[2].

Les eaux closes (anciens art. 427 et 438 du code rural et actuel art. L. 431-4 du code de l'environnement) sont traditionnellement définies par le code rural, par la jurisprudence judiciaire (cf. annexe 8) et par la jurisprudence administrative[3] comme des masses d'eau qui ne permettent pas la circulation du

1 - Cette police a pour objet de protéger la ressource contre les captures excessives ou les destructions massives et contre les atteintes à sa reproduction, à sa nutrition ou à sa valeur alimentaire par la pollution ou l'empoisonnement. Par extension, elle vise également à assurer la libre circulation des migrateurs dans les cours d'eau.

2 - La première catégorie correspond au milieu normal des salmonidés, la seconde à celui des cyprinidés.

3 - Voir par exemple CE, 8 mai 1963, *Commune de Laffrey*, rec. p. 280 pour la qualification d'enclos, CE, 4 mars 1981, *Consorts Gautier et autres*, Leb. t. p. 615, qui qualifie d'eaux libres susceptibles d'exercice du droit de pêche et non pas d'enclos un étang qui n'est pas doté d'un dispositif destiné à intercepter la circulation des poissons ou CE, 28 février 1964, *Commune de Lacanau et autres*, rec. p. 152 qui admet la légalité du classement des étangs de Carcans et Lacanau parmi les eaux présentant un intérêt pour la pêche en soulignant que les eaux de ces étangs communiquent avec l'extérieur et permettent la circulation du poisson avec les eaux libres.

poisson[4]. Le droit de pêche et ses fruits, immeubles par destination selon l'article 524 du code civil, appartiennent au propriétaire du fonds où sont retenues les eaux, sous quelque forme que ce soit (étang, lac, plan d'eau…). Cette qualification d'eaux closes a pour conséquence importante que le droit de pêche n'y est soumis ni à la police de la pêche ni au paiement de la carte de pêche.

Dans les enclos piscicoles (anciens art. 432 et 433 du code rural, devenus L. 231-6 et L. 231-7, et actuel art. L. 431-6 et 431-7 du code de l'environnement), requalifiés en piscicultures par la loi de 1984 pour ne plus les confondre avec les eaux closes, aménagés dans les cours d'eau libres, le droit de pêche appartient, comme dans les eaux closes, au propriétaire ou à l'exploitant qui bénéficie d'une autorisation ou d'une concession. Afin de lutter contre la transformation d'enclos piscicoles en lieux privés de pêche à la ligne échappant au contrôle des sociétés de pêche, l'article 427 du code rural y oblige cependant l'exploitant à améliorer le rendement piscicole du fonds d'eau, c'est-à-dire à y pratiquer l'élevage, ce qui exclut la possibilité de pêcher à la ligne à titre de loisirs (CE, 27 mai 1988, *Époux Debonne*, Leb. p. 209).

Eu égard à l'histoire et à l'ancienneté du droit de pêche, il existe naturellement des droits acquis (anciens art. 419, 422, 432 et 433 du code rural, devenus L. 235-1, L. 235-4 et L. 231-7 du même code, mentionnant les droits fondés sur titre), survivance du passé[5], analogues aux établissements fondés en titre (cf. 2.5.2.5.), qui constituent autant de dérogations aux règles générales de la police de la pêche.

Il faut également tenir compte de l'imbrication entre eau douce et eau marine[6]. Les lacs et étangs dont le taux de salinité dépasse un certain seuil sont soumis au régime de la pêche maritime. Les estuaires, lieux privilégiés de pêche pour les professionnels et les amateurs[7], sont soumis à un régime spécifique de licence (art. 430 du code rural, devenu L. 236-10). Dans les sections de cours d'eau non domaniaux comprises dans les anciennes limites de l'inscription maritime, le droit de pêche appartient également à l'État…

---

4 - La doctrine administrative (circulaire du 16 septembre 1987) définit de même les eaux libres par rapport aux eaux closes, ces dernières étant définies par référence à deux critères : l'absence de communication en amont avec des eaux libres et en aval sauf, éventuellement, par des fossés ou des exutoires de drainage ne permettant pas la vie piscicole. Les tribunaux administratifs considèrent aussi que la présence en quantité importante d'invertébrés aquatiques dans un exutoire de drainage et la présence de ce fait d'une vie piscicole entraînent la qualification d'eaux libres du plan d'eau qui perd alors celle d'eaux closes.

5 - Il s'agit de droits fondés sur titres accordés par les seigneurs avant 1789, de barrages édifiés avant le 15 avril 1829 en vue de la pisciculture, de droits de pêche dans des cours d'eau classés en 1829 sans indemnisation des propriétaires ou de concessions anciennes et de longue durée.

6 - L'actuel article L. 431-3 deuxième alinéa du code de l'environnement (ancien art. 402 puis L. 231-3 du code rural) dispose que : « *Dans les cours d'eau et canaux affluant à la mer, le présent titre s'applique en amont de la limite de la salure des eaux.* »

7 - Les marins-pêcheurs ont le droit de pêcher dans les estuaires (on en dénombre environ 1 200). Les pêcheurs professionnels non inscrits maritimes (environ 300) également, mais ils doivent obtenir une licence dont la délivrance est subordonnée à trois conditions (exercice de la pêche à titre d'activité principale plus de six mois par an ; inscription à l'AMEXA ; engagement de déposer une déclaration fiscale). Les amateurs (environ 4 000) doivent également obtenir une licence (licence de grande pêche, de petite pêche ou licence particulière pour la pibale). Ils s'engagent à ne pas commercialiser le produit de leur pêche, réservé à la consommation familiale.

Il faut également rappeler que le droit de pêche détenu par l'État dans les eaux libres appartenant au domaine public est en fait administré en son nom par des affectataires nombreux et variés : VNF sur les canaux, l'ONF dans les forêts, les parcs nationaux dans les parcs, le concessionnaire lorsque le barrage et le lac de retenue appartiennent au domaine public …

2. La loi du 29 juin 1984 avait pour objet de revoir le régime des enclos piscicoles et ne devait s'appliquer qu'aux eaux libres. La difficulté est venue de ce qu'elle a donné une nouvelle définition, très extensive, des eaux libres – par référence à la communication des eaux même de façon discontinue [8] et non plus par référence à la circulation des poissons et à la présence de la vie piscicole –, ce qui impliquait *ipso facto* une définition beaucoup plus restrictive des eaux closes [9], et de ce qu'elle a lié le bénéfice des dispositions de l'article 433 du code rural relatif aux enclos piscicoles à une déclaration-régularisation auprès de l'administration avant le 1er janvier 1990 par les titulaires de droits, concessions ou autorisations. L'entrée en vigueur de la loi était prévue, pour ses dispositions essentielles, un an après sa promulgation, soit le 1er juillet 1985.

La loi s'étant révélée inapplicable du fait de la confusion malencontreusement introduite au sujet des définitions – respectives mais liées – des eaux libres et des eaux closes, deux difficultés ont dû être résolues.

8 - « *Sous réserve des dispositions des articles 432 et 433, les dispositions du présent titre s'appliquent à tous les cours d'eau, canaux, ruisseaux ainsi qu'aux plans d'eau avec lesquels ils communiquent même de façon discontinue […].* » La plupart des eaux closes communiquant de façon discontinue avec les eaux libres par des fossés ou des exutoires de drainage ou de vidange, la question juridique était d'autant plus délicate qu'un plan d'eau n'est jamais totalement en situation de discontinuité par rapport aux eaux libres. Par exemple, en cas d'inondation, les masses d'eau closes communiquent avec les eaux libres et les poissons se remettent à circuler. Rare, la jurisprudence judiciaire n'est pas homogène sur ce point : certaines décisions considèrent que l'inondation fait perdre temporairement au propriétaire le droit de pêche attaché aux eaux closes, d'autres que le propriétaire conserve le droit utile de pêche attaché à la propriété du fonds. En ce qui concerne en revanche les opérations de vidange destinées à capter les poissons, l'article 403 du code rural, devenu L. 213-3, prévoit qu'elles ne constituent pas une mise en communication au sens de l'article 403.

9 - Plusieurs commentateurs de la loi y ont vu une spoliation cachée du droit de propriété (cf. 2.5.2.5) et une dissimulation aux parlementaires de la portée d'une loi qui supprimait de fait le régime de pêche attaché aux eaux closes ou une tentative de nationalisation du droit de pêche sous l'influence des associations ou fédérations de pêcheurs qui souhaitaient restreindre la catégorie des eaux closes et stopper la privatisation alors dénoncée de la nature pour élargir le champ des eaux libres où le droit de pêche s'exerce de façon collective par l'adhésion obligatoire à une association agréée et le paiement d'une cotisation (Jehan de Malafosse, « Un "miracle législatif" : le poisson rouge devient sauvage », *Revue de droit rural*, 1986, no 142, p. 93 ; Jean Roche, *La « nationalisation » déguisée du droit de pêche*, AJPI 1986.698).

Le gouvernement a tenté de surmonter la première, relative aux définitions, par voie de circulaires [10] et en s'abstenant de publier la plupart des décrets d'application de la loi.

Pour sortir de l'imbroglio des définitions, une proposition de loi nº 297 fut ensuite déposée au Sénat le 18 février 1986 tendant à rectifier la loi du 29 juin 1984. Sa motivation était la suivante : « *C'est pourquoi la proposition de loi s'apparente à une démarche de juridiction gracieuse. Il s'agit d'en appeler du législateur mal informé au législateur mieux informé […]. Nous proposons de substituer au critère de la communication de l'eau celui de la communication du poisson, car il est évident que s'il ne peut y avoir de poisson sans eau, la réciproque n'est pas vraie.* » Mais cette proposition de loi ne fut jamais votée. En revanche, l'article 35 de la loi nº 91-5 du 3 janvier 1991 modifiant diverses dispositions intéressant l'agriculture et la forêt a supprimé à l'article L. 231-3 du code rural la mention « *même de façon discontinue* ».

La seconde difficulté tenait à l'entrée en vigueur de la loi et au délai de régularisation offert par l'article 7 de la loi de 1984 aux propriétaires ayant ouvert sans autorisation des enclos piscicoles avant le 1er janvier 1986. L'article 9 de la loi nº 85-542 du 22 mai 1985 relative à la pêche maritime a tout d'abord repoussé de six mois l'entrée en vigueur de la loi de 1984, soit au 1er janvier 1986. Puis une série de lois successives ont reporté l'entrée en vigueur de l'article 7 de la loi de 1984 : l'article 59 de la loi nº 86-1290 du 26 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, l'article 47 de la loi nº 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, l'article 36 de la loi nº 91-5 du 3 janvier 1991 modifiant diverses dispositions intéressant l'agriculture et la forêt, l'article 41 II de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, l'article 5 de la loi nº 96-1139 du 26 décembre 1996 relative à la collecte et à l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs et modifiant le code rural, qui a repoussé cette date d'entrée en vigueur de 1996 à 1999.

3. Les controverses sur les définitions n'ayant jamais réellement cessé, le ministre de l'Écologie et du Développement durable a finalement constitué un groupe de travail « Eaux libres, eaux closes » afin de redéfinir de manière dépourvue d'ambiguïté et d'insécurité juridique le champ d'application de la

10 - Jehan de Malafosse, « La pêche (propositions de lois en série, « cavaliers législatifs » à répétition, la circulaire : panacée législative) », *Revue de droit rural*, nº 161, mars 1988, p. 119. En particulier, une circulaire Md/ER PN/85/33 31 du 4 décembre 1985 du ministre de l'Environnement indique aux préfets que : « *Afin d'éviter toute interprétation inexacte de la loi nº 84-512 du 29 juin 1984 en ce qui concerne la définition de son champ d'application, je vous demande de préciser les points suivants aux services chargés de la police de la pêche : Cette loi ne modifie pas le champ d'application de la législation sur la pêche fluviale. Elle le précise toutefois et reprend la distinction établie traditionnellement entre les "eaux libres et les eaux closes" […]. Les plans d'eau à vocation d'élevage du poisson, sans communication en amont avec des eaux libres, c'est-à-dire alimentés par des eaux de ruissellement, de source […] ou par d'autres plans d'eau auxquels ils sont reliés par des fossés et en communication en aval avec des eaux libres uniquement lors des vidanges […] ne sont pas soumis à la réglementation de la pêche.* » Cela n'empêchait pas les services extérieurs du ministre de l'Agriculture d'appliquer au même moment la loi nouvelle dans toute sa rigueur.

législation sur la pêche. Son rapport remis en mars 2005, le rapport d'Hélène Vestur, a préconisé d'en revenir au critère fondé sur la circulation du poisson.

Le vote de la loi du 31 décembre 2006 a donc fourni l'occasion de clarifier le droit et de concrétiser ces propositions : les articles L. 431-3 et 431-4 du code de l'environnement se réfèrent aux plans d'eau «*dans lesquels le poisson ne peut pas passer naturellement*». L'article 2 du décret du 15 mai 2007 précise la définition des eaux closes[11] au sens l'article L. 431-4 : constitue une eau close le fossé, canal, étang, réservoir ou autre plan d'eau dont la configuration, qu'elle résulte de la disposition des lieux ou d'un aménagement permanent de ceux-ci, fait obstacle au passage naturel du poisson, hors événement hydrologique exceptionnel. Et un dispositif d'interception du poisson ne peut, à lui seul, être regardé comme un élément de la configuration des lieux au sens de l'alinéa précédent (article R. 431-7 du code de l'environnement).

11 - Le conflit de définitions entre eaux libres et eaux closes dissimulait en réalité, selon le rapport Vestur, un problème de financement de la pêche publique : «*Si l'application des règles du chapitre IV relatives à l'exercice du droit de pêche se justifie lorsque le pêcheur opère un prélèvement sur la ressource collective, elle n'a pas de sens lorsque le poisson pêché doit son existence aux seuls investissements et à la seule gestion piscicole du propriétaire du plan d'eau : le poisson est la propriété de ce dernier, qui en dispose à sa guise et dont on ne saurait exiger une contribution financière destinée à assurer un repeuplement piscicole dont il ne bénéficiera pas puisque le poisson "sauvage" n'a pas accès à son plan d'eau.*» Le Parlement a repris cette manière de voir, considérant que la capture d'un poisson *res propria* ne pouvait pas être soumise à l'adhésion obligatoire à une association de pêche par le propriétaire dudit poisson et à une contribution à une fédération de pêche.

Annexe 11
La nature juridique des différents services publics locaux

Si la distribution de l'eau potable, bien public, a été très tôt considérée comme un service public local, sa nature juridique est longtemps restée mixte avant de basculer franchement du côté des services publics industriels et commerciaux (SPIC). Le statut de l'assainissement, qui est également aujourd'hui un SPIC, a aussi connu une période d'incertitude. Quant au service de collecte des eaux pluviales, sa nature diffère de celle des deux services précédents.

1. La nature juridique du service de distribution d'eau potable

Avant 1926, le service public de distribution d'eau potable est considéré comme industriel et commercial si sa gestion est déléguée au secteur privé et administratif s'il est géré en régie. La jurisprudence du Conseil d'État, quoique réservée sur la gestion directe de services industriels et commerciaux par les collectivités publiques et sur le développement d'un socialisme municipal [1], a toujours considéré l'eau comme un bien particulier, pouvant indifféremment être exploité en régie par la commune [2] ou délégué à un entrepreneur alors qu'il considérait par principe que toutes les activités industrielles et commerciales étaient étrangères aux attributions légales des conseils municipaux (avis du 2 août 1894).

1 - CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, rec. p. 583, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16e éd., no 44, p. 277.

2 - La doctrine cite à cet égard des avis des 7 juin 1877, 1er et 15 mars 1900. L'article 133 alinéa 10 de la loi de 1884 ayant également prévu que les recettes des communes se composaient «*du produit des concessions d'eau*» (survivance des privilèges accordés par le roi aux particuliers qui payaient un raccordement de leur habitation à la fontaine publique la plus proche), il existait aussi une base légale à la vente directe d'eau par les communes.

C'est que la fourniture d'eau, service public administratif (SPA)[3], est liée à la police de la salubrité et de la sécurité publique.

Les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 reconnaissent aux communes et syndicats de communes la possibilité d'exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial et considèrent comme tels les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées. Puis la jurisprudence du Conseil d'État, en consacrant la catégorie juridique nouvelle des SPIC[4], permet aux communes de gérer désormais le service indifféremment sous forme de SPA ou de SPIC selon les critères dégagés par elle[5]. Il faut donc s'attacher au mode concret d'organisation et de financement du service : s'il est financé par l'usager, il s'agit d'un SPIC, s'il ne donne pas lieu à un paiement de sa part en lien avec le volume consommé, c'est un SPA[6].

Quel que soit le mode de gestion choisi, le service de distribution d'eau potable doit appliquer les trois grands principes applicables à tous les services publics : l'égalité des usagers[7], la continuité du service[8] et sa mutabilité.

---

3 - De nombreuses décisions rendues en matière fiscale dans les années 1860-1870 (CE, 17 juillet 1867, *Ville de Châteauroux*, p. 650 qui écarte l'assujettissement à la contribution des portes et fenêtres ; CE, 27 avril 1877, *Ville de Poitiers et Ville de Blois*, rec. p. 385 et 28 décembre 1877, *Ville de Carpentras*, p. 1058) vont en ce sens qui exonèrent des régies des eaux du paiement des impôts locaux (contribution des portes et fenêtres, patente) au motif que leurs bâtiments sont affectés au service public ou que leur activité doit être considérée comme un service public. La solution est naturellement contraire pour les concessions (CE, 14 décembre 1859, *Compagnie générale des eaux*, p. 729 au sujet de l'assujettissement à la contribution des portes et fenêtres).

4 - CE, Ass., *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, 30 mai 1930, GAJA, 16e éd., no 44, p. 277.

5 - TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, GAJA, 16e éd., no 37, p. 230.

6 - CE, 7 mai 1982, *Verdier*, Leb. t. p. 554 dans un cas où l'usager ne payait qu'un versement unique lors de son branchement au réseau.

7 - La jurisprudence n'estime pas contraire au principe d'égalité devant les services publics le refus d'une commune de prolonger le réseau municipal jusqu'à un hameau séparé de l'agglomération (CE, 30 mai 1962, *Parmentier*, rec. t. p. 912). Elle censure en revanche tout refus abusif d'octroi d'une concession d'eau (CE, *Tondut*, 6 mai 1931, p. 477) ou toute tarification qui introduit des discriminations injustifiées, par exemple entre résidents permanents et autres abonnés, pour les mêmes quantités d'eau consommées aux mêmes époques de l'année (CE, 28 avril 1993, *Commune de Coux*, Leb. p. 138), ou toute discrimination dans l'accès au service selon le lieu d'habitation (CE, 30 décembre 1998, *Commune de Gluiras*, req. 169361). Une différenciation tarifaire n'est possible que dans trois hypothèses : en application de la loi (cf. note 229, Notes de fin de document), en cas de situations objectivement différentes entre les usagers (par exemple en cas de possession d'une piscine privée, CE, 14 janvier 1991, *Bachelet*, Leb. p. 13) ou pour des motifs d'intérêt général qui doivent pouvoir être justifiés. Mais le principe d'égalité n'implique pas que des abonnés se trouvant dans des situations différentes soient soumis à des tarifs différents (CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean-d'Aulps*, req. 300608, AJDA, 2009, p. 1922).

8 - L'article 6.1 de la loi no 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile met à la charge des exploitants du service une obligation de prendre les mesures nécessaires au maintien de la satisfaction des besoins prioritaires de la population lors des situations de crise. Et au titre de la police de la salubrité, il revient aussi aux communes d'organiser un approvisionnement d'urgence en cas de coupure du réseau. Le principe de continuité du service public permet à une collectivité, malgré l'annulation des contrats de délégation, de passer avec l'exploitant, dans l'attente de l'aboutissement d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, une convention d'exploitation provisoire de ses services d'eau et d'assainissement (CAA Marseille, 9 avril 2009, *AJDA*, 2009, p. 1418, note Laurent Marcovici).

Comme tout SPIC, quel que soit son mode de gestion, doit équilibrer ses dépenses par ses recettes, les redevances dues par les usagers en vertu de l'article L. 2224-12 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et assises sur le volume d'eau potable acquis doivent normalement être fixées à un niveau suffisant pour couvrir les charges du service [9]. Revenant sur la rigueur de ce principe, l'article 14 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation a rétabli trois hypothèses dans lesquelles la collectivité peut subventionner un SPIC d'eau potable : lorsque la collectivité impose des contraintes particulières de fonctionnement, lorsque des investissements ne peuvent pas être financés sans augmentation excessive des tarifs et lorsque, au sortir d'une période de contrôle des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la collectivité générerait une hausse excessive des tarifs. La règle de l'équilibre des dépenses par les recettes, qui figure maintenant à l'article L. 2224-1 du CGCT, s'accompagne en définitive d'une exception au champ très large [10].

Le tarif doit trouver sa contrepartie directe dans le service rendu à l'usager : s'il ne peut incorporer des sommes sans rapport avec la valeur des prestations fournies (CE, 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des eaux et Ville de Saint-Étienne*, p. 355 [11]), il doit incorporer les déficits résultant des impayés, les intérêts des emprunts contractés en vue de l'extension des réseaux ainsi que les extensions du réseau rendues nécessaires par l'augmentation de la population et l'étendue des secteurs à desservir (CE, 30 juillet 2003, *Compagnie générale des eaux*, *ibidem*) [12]. Il n'est en revanche pas possible d'instituer, sauf sous forme d'un contrat d'offre de concours, une redevance pour service rendu perçue auprès des propriétaires dont les immeubles seront raccordés au réseau

9 - CE, 4 juin 1975, *Bocholier*, p. 332 ; CE, *Compagnie générale des eaux*, 30 juillet 2003, t. p. 674.

10 - L'article L. 2224-2 du CGCT exempte du respect de cette règle les communes de moins de 3 000 h, soit 33 000 communes sur 36 500. Lorsqu'un SPIC est en revanche géré par un département, les dispositions combinées des articles L. 3241-4 et L. 3241-5 du CGCT font obstacle à tout subventionnement par le budget général de la collectivité.

11 - Dans cette affaire, la Ville avait prévu qu'une partie des redevances serait reversée au budget général afin de couvrir des dépenses étrangères à la mission dévolue au service. Le concessionnaire avait par ailleurs intégré dans son offre le paiement de droits d'usage des installations et diverses redevances dont le coût était répercuté dans le prix demandé aux usagers. Les délibérations prévoyant l'institution de redevances à la charge des usagers sans que celles-ci trouvent leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ont donc été jugées entachées d'une erreur de droit. Auparavant, les textes et la jurisprudence n'empêchaient pas que les résultats d'un SPIC servent à alimenter le budget général de la commune. Saisies de cette question au sujet de la vente de gaz et d'électricité aux particuliers, les sections de l'intérieur et des travaux publics réunies (CE, avis du 26 février 1919, n° 173.374) avaient estimé qu'une commune était en droit de réaliser dans l'exploitation de ses services publics à caractère industriel, en régie ou concédés, des bénéfices susceptibles d'être affectés aux dépenses générales de leur budget, sous la réserve que l'autorité de tutelle veille à ce que les tarifs fixés ne soient pas exagérés.

12 - La jurisprudence semble ainsi admettre en matière de SPIC (en particulier pour l'adduction d'eau) le financement de l'extension du réseau par les anciens abonnés, qui n'en bénéficient pas, alors qu'en matière domaniale (dans les ports par exemple) elle n'admet le financement de l'extension de la capacité d'un port par les redevances perçues auprès des usagers actuels que si ceux-ci sont susceptibles d'en tirer un bénéfice (CE, 2 février 1996, *Fauquet et autres*, req. 149427 ; voir aussi pour une situation où les usagers actuels bénéficient d'une amélioration des prestations fournies dans un port CE, 8 juillet 1996, *Merie*, Leb. p. 272).

communal d'adduction d'eau, équipement public d'intérêt général (CE, 24 mai 1991, *M^me^ Carrère*, Leb. p. 202).

2. La nature juridique du service d'assainissement

Si la distribution d'eau potable se traduit de manière prépondérante par un service rendu directement à l'usager et peut aisément se définir comme un service privatif que concrétise la nécessité de financer un branchement particulier privé, il n'en va pas nécessairement de même pour l'assainissement. Ce service possède en effet une dimension collective nettement plus caractérisée que la distribution d'eau potable : s'il exige aussi un raccordement privé au réseau public, les bénéfices attendus de l'assainissement concernent principalement l'amélioration de la santé publique, d'où l'incorporation dès l'origine des règles correspondantes dans ce code, et la préservation de la ressource contre la pollution.

L'hésitation sur la nature juridique de ce service était d'autant plus permise que le raccordement au réseau collectif d'assainissement donnait parallèlement lieu, en vertu du code de la santé publique, à la perception d'une taxe, indépendante du service rendu à l'usager. L'article 75 de la loi de finances du 29 novembre 1965 et le décret n° 67-945 du 24 octobre 1967 ayant prévu que «*les réseaux d'assainissement et les installations d'épuration publics sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial*», quelles conséquences fallait-il tirer de cette affirmation ? La jurisprudence du Conseil d'État, dans ses formations tant contentieuses qu'administratives [13], et la jurisprudence judiciaire [14] ont, dans un premier temps, écarté la nature de SPIC. Puis le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits [15] ont qualifié le service d'assainissement de SPIC. Certaines décisions du Conseil d'État l'impliquaient également déjà [16] avant que le Conseil constitutionnel ne se prononce en 1983 mais la plupart des commentateurs estiment que la jurisprudence n'a été définitivement clarifiée que plus tard [17]. La nature de SPIC du service d'assainissement est maintenant affirmée par l'article L. 2224-11 du CGCT.

---

13 - CE, Sect., 21 novembre 1975, *Société «La grande brasserie moderne»*, p. 584 ; avis de la section des finances du 15 avril 1982, n° 330.792. Selon cet avis, les redevances instituées, recouvrées et affectées par la loi du 29 novembre 1965 et par le décret du 24 octobre 1967, dont le paiement peut être exigé non seulement des usagers, mais aussi, et à un taux éventuellement majoré, de ceux qui ne recourraient pas aux installations desservant leur propriété, présentent le caractère d'une taxe.

14 - Le service d'assainissement, touchant à l'hygiène et à la salubrité publique, constituait un service administratif pour la Cour de cassation (Cass., 1re civ., 9 juillet 1974, Bull. civ. I, n° 236 et 26 juin 1985, Bull. civ. I, n° 104).

15 - Décision n° 83-166 DC du 29 décembre 1983, rec. p. 77 ; TC, 12 janvier 1987, *Compagnie des eaux et de l'ozone*, Leb. p. 442, RFDA, 1987, p. 284, concl. Massot.

16 - CE, 14 juin 1975, *Bocholier*, Leb. p. 332 ; CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, Leb. p. 427.

17 - CE, 20 janvier 1988, *SCI la Colline c/ commune de La Bénisson-Dieu*, Leb. p. 21, RFDA, 1988, p. 880 concl. Charles de La Verpillière, *AJDA*, 1988, p. 407, note Jean-Bernard Auby ; CE, avis de la section de l'intérieur du 10 avril 1996, n° 358783, rapport annuel 1997, p. 295.

La loi de décentralisation de 1982, qui entraîne la suppression du pouvoir qu'avait l'État d'encadrer les contrats des collectivités locales par des cahiers des charges types, confirme aussi qu'un SPIC est soumis à la règle de l'équilibre budgétaire (CE, 9 novembre 1988, *Commune de Piseux*, Leb. p. 397) et supprime toute dérogation antérieure au principe de la vérité des prix [18]. Cette règle de la couverture obligatoire des dépenses par les recettes perçues auprès des usagers des SPIC, quel que soit le mode d'exploitation du service, avait été rappelée par l'avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986 (n° 340.609) : une commune ne peut pas subventionner un SPIC et il lui est dès lors interdit de lui octroyer une garantie de recettes ou toute autre forme de subvention.

Comme pour la distribution d'eau potable, le service d'assainissement est soumis aux trois grands principes du service public, et notamment au principe d'égalité des usagers en matière tarifaire [19].

3. La nature juridique du service de collecte des eaux pluviales

Quant au service facultatif de la collecte des eaux pluviales, il demeure un SPA (art. L. 2224-10 du CGCT) à la charge du budget général de la collectivité mais peut être jumelé et délégué avec celui du traitement des eaux usées, auquel cas il donne lieu à des calculs savants mais opaques d'imputation sur le budget général de la collectivité [20]. Les charges de ce service sont particulièrement lourdes dans les grandes villes où, du fait de l'imperméabilisation généralisée des sols, il faut réaliser et entretenir des ouvrages de stockage et de dépollution des eaux de ruissellement pour limiter la pollution des cours d'eau ou du littoral où elles sont rejetées : ces dépenses sont estimées à un tiers des dépenses du service d'assainissement collectif.

18 - Georges Frankart, « Services publics locaux. Le bilan des récentes évolutions », *AJDA*, 20 novembre 1990, p. 758.

19 - CE, 6 janvier 1967, *Ville d'Elbeuf*, Leb. p. 1 pour une participation au titre de l'article 35-8 du CSP établissant une discrimination qui n'est pas fondée sur le volume d'eau consommé ou sur le degré de pollution ; CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, Leb. p. 427.

20 - Philippe Blanquefort, « Collectivités territoriales et service public de l'assainissement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 38, septembre 2008. *Code pratique de l'eau et de l'assainissement*, Éditions Le Moniteur, 2009, p. 1215. Dans son rapport de décembre 2003, la Cour des comptes souligne aussi les grandes difficultés rencontrées par les collectivités territoriales pour chiffrer la participation de leur budget général.

4. Le statut de SPIC et ses conséquences pour la gestion des agents et des relations avec les usagers

La qualification de SPIC emporte deux conséquences.

Le personnel recruté par une régie, personnalisée ou non, relève, à défaut de disposition législative contraire et sauf le directeur et le comptable, du droit privé [21].

Le contentieux relatif aux rapports entre les usagers et leur fournisseur d'eau potable relève du juge judiciaire [22]. Le contentieux relatif aux branchements

21 - CE, avis de la section de l'intérieur du 3 juin 1986, n° 340.127 ; CE, 9 mai 1980, *M^me^ Abdesselem*, Leb. t. p. 634.

22 - Pour l'alimentation en eau potable, voir CE, 30 janvier 1868, *Sieur Pradier*, p. 125 ; TC, 19 février 1990, *Thomas c/ commune de Francazal*, Leb. t. p. 618, req. 02589 dans l'hypothèse d'un forfait annuel qui ne couvre pas les coûts ; TC, 21 mars 2005, *M^me^ Alberti-Scott c/ commune de Tournefort*, Leb. p. 651. Pour les eaux minérales et thermales, voir TC, 6 novembre 1967, *Sébie c/ Entraide sociale des Basses-Pyrénées et autre*, rec. t. p. 813). Il en va de même pour les contestations relatives à la redevance perçue par un EPCI pour l'exploitation d'un service de distribution d'eau d'irrigation (TC, 16 octobre 2006, *Monteil et autres c/ Syndicat intercommunal d'études, de travaux et de gestion d'irrigation du canton de Montignac*, Leb. p. 637). Et lorsque existe un contrat d'abonnement entre un distributeur et un usager, l'usager ne peut, en cas de dommage subi à l'occasion de la fourniture du service, exercer d'action contre son cocontractant que sur le fondement du contrat, alors même que la cause du dommage résiderait dans un vice de conception, de construction, d'entretien ou de fonctionnement d'un ouvrage public (CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, Leb. p. 348 avec concl. Catherine Bergeal). La Cour de cassation, pour éviter la multiplication des contestations, se refuse à examiner les vices de procédure affectant la conclusion des contrats de délégation à l'occasion d'un litige portant sur une facture d'eau (Cour cass., 1re civ., 6 février 2001, req. 99-11996 : « *L'usager du service public, tiers à la convention de délégation, ne peut exciper, après l'expiration du délai du recours contentieux, que de l'illégalité des clauses tarifaires elles-mêmes et non des vices entachant la convention dans laquelle elles étaient insérées* ») ; Cour cass., 1re civ., 20 novembre 2001, req. n° 99-13.731). Le juge judiciaire saisit assez souvent le juge administratif de questions préjudicielles portant sur la légalité des décisions tarifaires prises par les collectivités territoriales ou leurs groupements (TA de Grenoble, 12 mai 1999, *Comparat*, req. n° 982087, *La Semaine juridique* EG n° 49, 8 décembre 1999, II 10214, comm. Xavier Cabannes) et parfois sur celle des décisions de délégation dans des contentieux non tarifaires.

particuliers [23] est devenu judiciaire après l'intervention de la loi du 24 juillet 1937 lorsqu'il concerne les abonnés (CE, 20 février 1948, *Sieur Bassac*, p. 87) mais demeure administratif si sont en cause des dommages causés aux tiers [24]. Le contentieux relatif à l'assainissement obéit aux mêmes règles : il est judiciaire pour tout ce qui concerne les rapports du service avec les usagers actuels ou potentiels [25] mais le contentieux relatif à la redevance de raccordement au réseau d'assainissement prévue aux articles L. 35 et s. du code de la santé publique [26] et à son montant demeure administratif, quoiqu'elle soit perçue sur de futurs usagers d'un SPIC.

23 - Une jurisprudence abondante s'est développée à leur sujet dès le début du XIXe siècle. Le Conseil d'État a considéré que les travaux de branchement chez les particuliers faisaient partie de ceux qui étaient confiés au concessionnaire dans le cadre d'une concession exclusive et que les particuliers, quoique propriétaires et ayant à financer ces branchements, ne pouvaient pas librement retenir l'entrepreneur de leur choix pour se raccorder au réseau (CE, 24 janvier 1934, *Soc. française de distribution d'eau*, p. 109 ; 6 janvier 1937, *Sieur Sant-Oyan*, p. 6 ; Sect., 11 décembre 1942, *Compagnie générale des eaux c/ dame Fighiera*, p. 352 ; 31 décembre 1943, *Compagnie générale des eaux*, p. 313). Il en va de même lorsque le service est géré en régie (CE, 21 mars 1952, *Ville de Strasbourg*, p. 178). Pour les compteurs, la solution est différenciée : la pose d'un compteur relève du concessionnaire (CE, 20 novembre 1903, *Ville de Biarritz*, p. 691) ou de la ville si celle-ci le sollicite sans avoir mis l'installation à sa charge dans le cahier des charges de la concession (28 janvier 1910, *Ville de Sainte-Maxime-sur-Mer*, p. 73), mais l'abonné peut, en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie, choisir son installateur lorsque le service est exploité en régie (CE, 26 décembre 1913, *Sieur Laune*, p. 1300 ; 24 mars 1922, *Sieur Favatier*, p. 263) et même sa marque (CE, 17 juin 1938, *Syndicat de défense des concessionnaires d'eau de Rilly-la-Montagne*, p. 546). Le compteur, qui est un accessoire du service d'eau, peut être loué (CE, 6 novembre 1925, *Compagnie générale des eaux*, p. 858). Les travaux de pose de conduites à l'intérieur des locaux de l'abonné ne relèvent pour leur part pas de l'exclusivité accordée au concessionnaire, même s'il peut les réaliser (CE, 12 juillet 1911, *Dame Teyssier c/ Ville de Haiphong*, p. 833).

24 - TC, 7 mai 1953, *SARL des établissements C.O.C. c/ SLE*, p. 587 ; CE, 13 mars 1952, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, p. 547 ; CE, Sect., 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin*, p. 38.

25 - TC, 2 décembre 1991, *SA de Molitg-les-Bains*, Leb. p. 480 ; CAA de Nancy, *Chevalier*, 10 décembre 1992, Leb. t. p. 810 ; CAA de Nancy, *Haution*, 19 mars 1992, Leb. t. p. 810.

26 - Cette redevance ne peut pas être perçue auprès de ceux qui financent par ailleurs ces dépenses de raccordement ou qui se dotent d'une installation individuelle d'épuration (CE, Sect., 11 mars 1977, *Commune d'Achen c/ Wolf*, Leb. p. 134).

Annexe 12
Répartition des compétences par grand domaine entre les différents services départementaux de l'État avant leur réforme

Thèmes	Domaines concernés	Services compétents
Gestion des étiages et des crues des cours d'eau (hors annonce des crues)	Ouvrages sur les cours d'eau.	**DDEA/PE**
	Prévention et protection contre les inondations sur l'ensemble du territoire départemental	**DDEA/SRGCSR**
Gestion des eaux superficielles (autres aspects)	Sur l'ensemble du territoire et des cours d'eau départementaux.	**DDEA/PE**
	Préservation et gestion des écosystèmes	**ONEMA**
	Sur l'aspect eaux de consommation humaine et eaux de loisirs	**DDASS**
	Lutte contre les pollutions diffuses	**DDEA/PE – DDSV**
Police judiciaire	Agents assermentés	**Tous les services**
Gestion des eaux souterraines (aspects quantitatifs et qualitatifs)	Sur l'ensemble du département pour les ouvrages et les prélèvements	**DDEA**
	Sur l'ensemble du département pour l'utilisation à des fins de consommation humaine	**DDASS**
	Protection des points de captage	**DDASS**
Épandage	Bâtiments d'élevage, industries agro-alimentaires et stations traitant leurs effluents	**DDSV**
	Boues et effluents issus du traitement des eaux usées urbaines	**DDEA/PE**
	Boues issues du traitement des eaux industrielles	**DRIRE-DDSV**

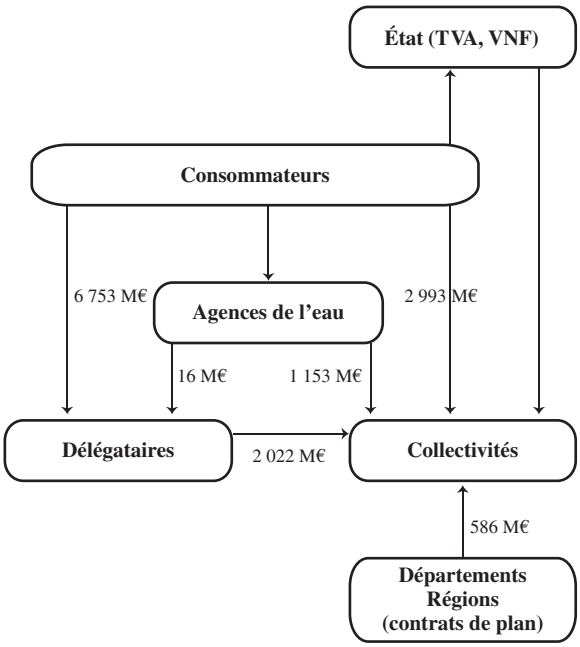
PE = Service unique police de l'eau

SRGCSR = Service risque, gestion de crise, sécurité routière

Certains des services ou directions mentionnés ci-dessus ont été intégrés au sein des directions départementales des territoires, ou dans les départements du littoral des directions départementales du territoire et du littoral, des directions départementales de la cohésion sociale, ou des directions départementales de la protection des populations et de la cohésion sociale, suivant la taille du département.

D'autres constituent des unités territoriales des nouvelles directions régionales.

Annexe 13
Flux financiers en 2006 – Services collectifs d'eau et d'assainissement



Source : BIPE d'après enquête opérateurs 2007, données Agence de l'eau, Cercle français de l'eau, DGCL, FP2E, IFEN, INSEE, VNF.

Annexe 14
Les guerres de l'eau : conflits interétatiques et infraétatiques

Les tenants et les aboutissants des guerres de l'eau font l'objet d'une littérature abondante dont les points saillants sont les suivants.

1. Les situations de conflit entre États

Deux données essentielles permettent d'appréhender les situations conflictuelles entre États. D'une part, 40 % de la population mondiale est installée sur 263 bassins fluviaux transfrontaliers, d'autre part, quelques États dépendent fortement, pour leur approvisionnement en eau, de ressources externes [1].

L'exploitation en commun et le partage de ces ressources sont devenus dès la fin du XIXe siècle une préoccupation de sécurité internationale. Ainsi, dès 1894, un affrontement diplomatique éclata entre les États-Unis et le Mexique au sujet du partage des eaux du Rio Grande [2]. Les États-Unis demeurent de nos jours opposés au Canada sur un autre projet consistant à puiser des eaux dans la baie de l'Hudson pour l'acheminer 3 000 km plus bas, vers le sud des États-Unis [3].

Et plusieurs conflits graves – trente sept sur les cent cinquante litiges relatifs à l'eau recensés par le PNUD – ont émaillé les relations entre États au cours des cinquante dernières années (entre Israël et la Syrie, entre Israël et le Liban, entre la Syrie et l'Irak, entre la Turquie et la Syrie et l'Irak [4], entre l'Arabie saoudite

1 - Le taux de dépendance atteint 97 % pour l'Égypte, 94 % pour la Hongrie, 80 % pour la Syrie, 77 % pour le Soudan, 55 % pour Israël, 53 % pour l'Irak… En Afrique, 80 % des eaux de surface utilisées proviennent de ressources transfrontières.

2 - Sur ce sujet, voir James Simsarian, « The diversion of waters affecting the United States and Mexico », *Texas Law Review*, vol. XVII, 1938-1939, p. 27 ; Stephen C. McCaffrey, « The Harmon Doctrine one hundred years later : buried, not praised », *National Resources Journal*, vol. XXXVI, p. 549 et Tuomas Kuokkanen, *International Law and the Environment. Variations on a Theme*, Erik Castrén Institute International Legal Studies, Kluwer Law International, avril 2002, p. 9. Ce conflit fut résolu par le traité du 21 mai 1906 entre les États-Unis et le Mexique (*Convention Concerning the Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande for Irrigation Purposes*, 21/5/1906, U.S.-Mex., T.S. no 455, entré en vigueur le 16 janvier 1907).

3 - Frédéric Lasserre, *Transferts massifs d'eau. Outils de développement ou instruments de pouvoir*, Presses de l'université du Québec, 2005. Conseil économique, social et environnemental, *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport 2008, p. II-98.

4 - La tension entre la Syrie et l'Irak a culminé en 1991 lorsque la Turquie a procédé au remplissage du barrage Atatürk, l'un des nombreux barrages installés sur l'Euphrate.

et la Jordanie, entre la Libye et l'Égypte, entre l'Égypte et le Soudan[5], entre l'Éthiopie et la Somalie, entre l'Afrique du Sud et le Lesotho…), dont vingt-sept au Moyen-Orient. L'ONU recense toujours trois cents zones de conflits potentiels au sujet de l'eau, dont les plus tendus se situent au Proche-Orient, au Moyen-Orient, en Afrique de l'Ouest, en Asie centrale et dans le bassin du Mékong. Une abondante littérature s'est d'ailleurs multipliée sur le sujet[6], soulignant que si très peu d'affrontements armés entre États sont survenus dans

5 - Souvent cité comme un exemple de traité inégal, l'accord conclu en 1959 entre l'Égypte et le Soudan répartit la ressource de la manière suivante : 10 Mds de m^3 pour l'évaporation due au barrage d'Assouan, 18,5 Mds de m^3 pour le Soudan et 55,5 Mds pour l'Égypte. Rien n'est prévu pour les autres pays riverains situés en amont, notamment l'Éthiopie d'où provient 75 % de la ressource.

6 - Frederick Frey et Thomas Naff, « Water : an emerging issue in the Middle East ? », *Annals of the American Academy*, nº 482, 1985 ; Peter Gleick, « Water and conflict : fresh water resources and international security », *International Security*, vol. XVIII, nº 1, 1993 ; Frederick Frey, « The political context of conflict and cooperation over international river basins », *Water International*, nº 18, 1993 ; John Bulloch et Adel Darwish, *Water Wars. Coming Conflicts in the Middle East*, Londres, Gollancz, 1993 ; Jean Dibie, « L'eau, enjeu stratégique ou facteur de paix ? », *Études du centre d'information civique*, 4e trimestre 1994, nº 113 ; Jacques Sironneau, « L'eau, ressource stratégique. Menaces et enjeux de l'hydropolitique », *Géopolitique*, nº 43, automne 1993, p. 41 et *L'Eau, nouvel enjeu stratégique mondial*, Economica, coll. « Poche Géopolitique », 1996 ; « De l'eau pour demain. Stratégies, conflits et coopération », *Revue française de géoéconomie*, nº 4, hiver 1997-1998, p. 37 ; Aaron Wolf, « Conflict and cooperation along international waterways », *Water Policy*, vol. I, nº 2, 1998 ; Frédéric Lasserre, « Le prochain siècle sera-t-il celui des guerres de l'eau ? », *La Revue internationale et stratégique*, nº 33, 1999 ; Thomas Homer-Dixon, *Environment, Scarcity and Violence*, Princeton, Princeton University Press, 1999 ; Anthony Turton, « Water wars : enduring myth or impending reality ? », *in* Hussein Solomon et Anthony Turton (sous la dir.), « Water wars : enduring myth or impending reality ? », *Africa Dialogue Monograph Series*, nº 2, Pretoria, juin 2000 ; Alain Lamballe, *L'Eau, source de conflits en Asie du Sud*, 2000, www.svabhinava.org/IndoChina/AlainLamballe/EauConflits-frame.php ; Yves Lacoste, « Géopolitique de l'eau », *Hérodote*, 3e trimestre 2001, nº 102, p. 3 ; Jacques Bethemont, « L'eau, le pouvoir, la violence dans le monde méditerranéen », *Hérodote*, nº 103, 2001 ; Pierre-Alain Roche, « L'eau au 21e siècle : enjeux, conflits, marché », *Ramses 2001*, Dunod, p. 79 ; Yves Jeanclos (sous la dir.), *L'Eau, arme stratégique du xxie siècle ?*, Paris, CIRPES, 2002 ; Mohamed Larbi Bouguerra, *Les Batailles de l'eau. Pour un bien commun de l'humanité*, Éditions de l'Atelier, coll. « Enjeux planète », septembre 2003 ; Aaron T. Wolf *et al.*, « International waters : identifying basins at risk », *Water Policy*, 2003, nº 5, p. 29 ; Tien Duc Nguyen, *La guerre de l'eau aura-t-elle lieu ?*, Johanet, 2004 ; Jeremy Allouche, *Water Nationalism : An Explanation of Past and Present Conflicts in Central Asia, the Middle East and the Indian Subcontinent ?*, thèse de doctorat de l'université de Genève, 2005 ; Luc Delcroix et Frédéric Lasserre, *Eaux et territoires. Tensions, coopérations et géopolitique de l'eau*, Paris, L'Harmattan, coll. « Ressources renouvelables », 2005 ; Franck Galland, « L'eau, cause ou cible de conflits », *Défense nationale et sécurité collective*, nº 11, 2006 ; Jean-Pierre Gélard (sous la dir.), *L'Eau, source de vie, source de conflits*, Presses universitaires de Rennes, 2006 ; Unesco/IHP, *Urban Water Conflicts. An Analysis of the Origins and Nature of Water-Related Unrest and Conflicts in the Urban Context*, Unesco Working Series SC-2006/WS/19, 2006 ; « L'or bleu, nouvel enjeu géopolitique », *La Revue internationale et stratégique*, nº 66, été 2007 ; Franck Galland, *L'Eau. Géopolitique, enjeux, stratégies*, Paris, CNRS Éditions, 2008 ; Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces ?*, Dalloz/IRIS, coll. « Enjeux stratégiques », 2008.

le passé à ce sujet[7], la situation pourrait changer dans un avenir proche : l'expansion démographique mondiale et sa répercussion sur l'extension de l'agriculture irriguée dans un contexte de changement climatique aggraveraient les tensions et les risques d'affrontements directs. En tout état de cause, des gestes unilatéraux d'appropriation de la ressource en eau comme la réalisation de nouveaux barrages[8] ou l'ouverture d'usines très polluantes le long des fleuves transfrontaliers[9] qui perturbent l'écoulement ou la qualité des eaux en aval, fréquents dans le monde malgré les traités internationaux s'efforçant depuis peu d'encadrer la pratique du fait accompli, constituent un facteur supplémentaire de tensions entre États voisins autour du partage d'une ressource estimée de plus en plus stratégique[10].

2. Les doctrines invoquées par les États au soutien de leurs prétentions

Pour justifier leurs prétentions, les États ont développé trois doctrines coutumières différentes.

Si des États font parfois référence à l'une ou l'autre de ces trois doctrines au gré de leurs intérêts[11], leur caractère simpliste fait qu'aucune d'elles n'a jamais servi de base à un droit international de l'eau accepté par tous. La doctrine

7 - Peter Gleick distingue, dans ses travaux, six types de conflits entre États : la volonté de contrôler les ressources en eau ; la volonté de faire de l'eau une arme militaire, par exemple en en privant l'ennemi ; l'utilisation de l'eau comme arme politique en vue d'obtenir un avantage ou une prédominance ; le terrorisme, rendant l'eau impropre à la consommation ; le ciblage des infrastructures et leur destruction pour empêcher l'ennemi d'en jouir ; l'eau comme objet de contentieux volontairement entretenu avec les voisins pour tirer profit de ressources qui ne leur reviennent pas de droit (Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces ?*, Dalloz/IRIS, coll. « Enjeux stratégiques », 2008, p. 92).

8 - Afin d'accroître la disponibilité de l'eau, de régulariser le débit des fleuves et de pouvoir pratiquer une agriculture irriguée, de nombreux États (URSS, Chine, Inde…) ont multiplié les barrages sur les grands fleuves. Sur 45 000 grands barrages dans le monde – un grand barrage est un barrage d'une hauteur supérieure à 15 m ou dont la hauteur est comprise entre 5 et 15 m mais dont le réservoir a une capacité supérieure à 3 millions de m^3 –, 35 000 ont été installés après 1950, avec une tendance croissante au gigantisme. Il en résulte des risques accrus, des dommages à la population et à l'environnement, etc. L'Europe n'est pas à l'abri de ces conflits : par exemple l'édification sur le Danube du barrage de *Gabčíkovo* par la Slovaquie en 1992 a suscité un conflit avec la Hongrie, qui a été porté devant la CIJ. Celle-ci a estimé que les deux États avaient méconnu le droit international et leur a enjoint de négocier de bonne foi conformément au traité de 1977 et de gérer en commun le barrage en prenant en considération les conséquences environnementales de cette nouvelle installation.

9 - On peut citer à cet égard l'exemple de l'Uruguay qui a autorisé en 2003 et 2004 deux usines de production de cellulose sur le Río de la Plata, la première étant entrée en service en 2007. L'Argentine a porté l'affaire devant la CIJ en mai 2006 en se prévalant de la méconnaissance du traité du Río de la Plata du 23 avril 1969.

10 - Rémi Lambert et Véronique Verdeil, « L'eau, ressource stratégique », *Les Cahiers du Quai d'Orsay*, nº 1, 2009, p. 45.

11 - Frédéric Lasserre, *L'Eau, enjeu mondial. Géopolitique du partage de l'eau*, Le Serpent à plumes, 2003.

qui s'est imposée est en effet celle de la « souveraineté territoriale limitée » (cf. annexe 2).

La doctrine de la souveraineté territoriale absolue ou doctrine Harmon [12].

Elle soutient que l'État est en termes tant de droits de propriété que d'utilisation maître de toutes les eaux, souterraines ou de surface, présentes sur son territoire, ce qui revient à reconnaître l'avantage à l'État d'amont.

Elle a été exprimée pour la première fois à l'occasion du différend opposant de 1880 à 1906 les États-Unis et le Mexique sur la question de l'utilisation des eaux du Rio Grande, fleuve qui prend sa source aux États-Unis et y coule sur un tiers de sa longueur avant de constituer la frontière avec le Mexique [13].

Rendu le 12 décembre 1895 sous la forme d'une note de neuf pages, l'avis juridique d'Harmon affirme en quelques paragraphes que les États-Unis n'avaient, à l'égard du Mexique, aucune obligation de limiter leur exploitation des eaux du Rio Grande puisque leur « *souveraineté territoriale absolue* » leur donnait le droit de disposer des eaux situées sur leur territoire comme ils le souhaitaient, quelles qu'en soient les conséquences pour le Mexique.

Cette doctrine n'a jamais obtenu le moindre soutien au niveau international et n'a jamais été appliquée. Les États-Unis eux-mêmes ne lui ont jamais été fidèles puisque leur différend avec le Mexique fut finalement résolu par un traité du 21 mai 1906 [14] dans lequel ils affirmaient leur attachement théorique à la doctrine Harmon (art. IV et V) tout en recherchant, en pratique, avec leur voisin une « *répartition équitable* » des eaux du Rio Grande, prenant pleinement en compte les intérêts de l'État d'aval (cf. Préambule, art. I, II et III) et s'engageant à leur garantir une distribution régulière de ces eaux.

La doctrine de l'intégrité territoriale absolue

Elle protège les droits de l'État situé en aval en lui garantissant le bénéfice des eaux dans des conditions naturelles de débit.

Cette doctrine reprend la doctrine Harmon à la nuance près que l'État d'aval se voit reconnaître le droit d'exiger la permanence de l'écoulement naturel des eaux provenant d'autres pays riverains. Elle garantit aux États en amont le droit d'exploiter les ressources en eau passant sur leur territoire à la condition de ne pas en altérer ou en modifier le débit.

---

12 - Judson Harmon est l'attorney général qui a formulé cette doctrine en 1895 dans le cadre du règlement du litige opposant les États-Unis au Mexique au sujet du détournement des eaux du Rio Grande à des fins agricoles.

13 - À partir de 1880, le détournement, pour l'essentiel par les fermiers américains à des fins d'irrigation, des eaux du fleuve au détriment du Mexique donna lieu à des affrontements diplomatiques entre les deux pays. Dans leur échange de lettres de 1894-1895, l'ambassadeur Matias Romero demanda au secrétaire d'État Walter Q. Gresham une « *division équitable* » des eaux de la rivière, invoquant la survie même des communautés mexicaines frontalières. Le secrétaire d'État sollicita alors de Judson Harmon un avis sur la valeur juridique des revendications mexicaines.

14 - *Convention Concerning the Equitable Distribution of the Waters of the Rio Grande for Irrigation Purposes*.

Cette doctrine fait l'objet de nombreuses critiques, contradictoires : elle favoriserait trop l'État d'amont, dont l'engagement à ne pas détourner les ressources d'un cours d'eau ne l'empêcherait pas pour autant de procéder à un pompage démesuré qui ne manquerait pas de porter préjudice à l'État d'aval [15] ; elle serait trop favorable à l'État d'aval, entraînant un immobilisme total quant aux aménagements éventuels qui pourraient être envisagés par l'État d'amont [16].

La doctrine de la première appropriation

Reposant sur l'antériorité de l'exploitation, elle soutient que le droit de propriété et d'exploitation d'une ressource d'eau dépend non pas de sa localisation géographique mais plutôt de l'antériorité de son exploitation [17].

Le Mexique s'était référé dans un premier temps à cette doctrine dans son différend avec les États-Unis, citant l'utilisation du Rio Grande à des fins d'irrigation par les habitants de Ciudad Juárez (ex-Paso del Norte) depuis 1659, mais aucune mention n'en a finalement été faite dans la convention de 1906. Ce principe est encore invoqué, mais en vain, par les États arabes dans leurs conflits hydrauliques avec Israël.

3. Les méthodes de prévention et de résolution des conflits interétatiques

La littérature sur l'eau comme source de conflits comporte plusieurs ouvrages présentant les méthodes utilisables pour prévenir ou résoudre les conflits [18].

Elles passent par la signature d'accords, souvent à durée déterminée, de partage de la ressource, par des échanges de concessions réciproques entre État d'amont

15 - Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces ?*, Dalloz/IRIS, coll. « Enjeux stratégiques », 2008.

16 - JurisClasseur Environnement, Fasc. 2900, Laurence Boisson de Chazournes, *Droit international et eau douce*, 1er octobre 2006.

17 - Cette doctrine présente une conséquence juridique importante : en cas de cessation de l'exploitation, le droit de propriété peut être révoqué et transféré à un autre titulaire. Ainsi, au Wyoming, toute source d'eau non exploitée pendant cinq ans peut faire l'objet d'un recours en transfert de propriété (Frédéric Lasserre, *L'Eau, enjeu mondial. Géopolitique du partage de l'eau*, Le Serpent à plumes, 2003, p. 121).

18 - John Allan, *Avoiding War Over Natural Resources*, *in* S. Fleming (sous la dir.), *War and Water*, Genève, ICRC Publication Division, 1999 ; Heather L. Beach *et al.*, *Transboundary Freshwater Dispute Resolution. Theory and Practice and Annotated References*, New York, United Nations University Press, coll. « Water Resources Management and Policy », 2000 ; *Water and Conflict, the Second World Water Forum*, 17-22 mars 2000, La Haye (www.worldwaterforum.org) ; Laurence Boisson de Chazournes *et al.*, *Cours d'eau internationaux. Renforcer la coopération et gérer les différends*, Washington, actes du séminaire de la Banque mondiale, rapport technique no 414, Washington, 1999 ; Jürgen Clemens, « La paix au travers de la gestion transfrontalière de l'eau ? Le traité des eaux de l'Indus entre l'Inde et le Pakistan », *Agriculture et développement rural*, 1/2005, p. 60 ; Aaron T. Wolf, « Shared waters : conflict and cooperation », *Annual Review of Environment and Resources*, vol. XXXII, 2007, p. 241-269.

et d'aval[19], l'institution d'instances de concertation[20] telles que des commissions mixtes[21], par l'échange d'informations et la notification des projets respectifs, ou, formule plus ambitieuse, de gestion commune de la ressource ou d'organismes *ad hoc* ou permanents de règlement des différends. Elles pourraient aussi passer par le développement concerté d'échanges d'eau virtuelle[22] de manière à concilier entre États riverains optimisation de la ressource en eau et sécurité des approvisionnements alimentaires.

Les organisations internationales jouent à cet égard un rôle utile en promouvant, par le levier du financement de projet, des solutions de coopération[23].

Des solutions régionales existent aussi. Elles trouvent souvent leur origine dans les pays du Nord et revêtent, pour certaines, une valeur d'exemple ou de bonne pratique généralisable ailleurs.

4. L'approche américaine

Les accords conclus entre le Canada et les États-Unis au XX^e^ siècle sont parfois mentionnés comme des modèles du genre. Dix actes internationaux (quatre traités, trois conventions et trois accords) organisent, sur la base d'un partage

19 - L'État d'amont étant souvent avantagé et en situation de force, l'État d'aval doit convaincre l'État d'amont qu'il a néanmoins intérêt à coopérer, soit en partageant des avantages liés à l'exploitation de l'eau (fourniture d'énergie hydroélectrique…) soit en offrant des contreparties dans d'autres domaines.

20 - Par exemple, les États-Unis et le Canada ont institué dès 1909 une commission conjointe chargée de prévenir les conflits relatifs à l'utilisation partagée de la ressource. Les commissions mixtes mises en place par les traités n'ont pas forcément la personnalité morale. Elles n'exercent la plupart du temps que des activités consultatives – car les États restent maîtres de la gestion de leurs ressources naturelles sur leur territoire – et leurs avis ne s'imposent pas aux gouvernements. Lorsqu'elles sont dotées de la personnalité morale, elles sont généralement dénommées « organisations fluviales internationales ». Beaucoup possèdent un pouvoir de recommandation pour le règlement des différends.

21 - La CIJ a souligné leur rôle important dans le règlement des différends entre pays riverains. Voir par exemple l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, *Argentine c/ Uruguay*, ordonnance relative à la demande en indication de mesures conservatoires, 13 juillet 2006, § 81. La commission du fleuve Uruguay constitue un « *mécanisme commun doté de fonctions réglementaires, administratives, techniques, de gestion et de conciliation* », chargé de la « *bonne application des dispositions du statut de 1975 régissant la gestion des ressources fluviales partagées* ».

22 - Cette notion (cf. note 377, Notes de fin de document), apparue en 1993, permet d'appréhender l'utilisation réelle des eaux par un pays et sa spécialisation économique. Ses échanges internationaux peuvent en effet être infléchis pour diminuer son empreinte sur l'eau. Pour un exemple d'application de cette méthode à l'agriculture espagnole, voir Teresa Elola Calderón, « Le commerce de l'eau virtuelle : vers la durabilité de la politique agricole commune », *Cahiers de sciences politiques de l'ULg*, n° 9, http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=196.

23 - La Banque mondiale a ainsi joué un grand rôle dans la signature par l'Inde et le Pakistan en 1960 du traité de l'Indus. Le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) a lancé en 1986 un plan d'action pour une gestion durable des eaux intérieures et transfrontalières, comportant en particulier un code de bonne conduite sur la prévention et le traitement des pollutions transfrontalières. De même, le Programme des Nations unies pour le développement a contribué, avec l'Agence canadienne de développement international, à l'initiative du bassin du Nil (IBN) à la fin des années 1990, dialogue multilatéral entre les dix pays concernés qui n'a pas encore débouché sur un partage des eaux ni sur la mise en place d'une organisation supranationale.

des ressources d'égal à égal [24], la gestion des eaux limitrophes et transfrontalières [25]. Point saillant, la commission mixte internationale établie dès 1912 veille au respect des accords, sert d'organe de concertation, de réglementation et d'enquête [26] et comporte un organe spécialisé de règlement des différends relatifs à la quantité ou à la qualité des eaux. Le traité du fleuve Columbia signé en 1961 prévoit en outre un mécanisme d'intéressement financier, qui peut consister en fourniture d'électricité, au profit de l'État amont. Et l'accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs de 1978 a donné naissance à une organisation spécifique pour la gestion écologique des eaux. Mais ces accords rencontrent aussi des limites [27].

5. L'approche de l'Union européenne

L'Union européenne, qui a adopté en 1998 des lignes directrices pour la coopération au développement dans le domaine des ressources en eau [28], encourage la résolution pacifique des différends par voie diplomatique puis juridictionnelle [29].

La directive-cadre du 23 octobre 2000 prévoit par ailleurs une coordination entre États membres des programmes permettant d'atteindre les objectifs environnementaux de l'Union pour les bassins hydrographiques transfrontaliers. La même démarche est préconisée pour les bassins s'étendant au-delà des frontières de la Communauté (considérant 35).

---

24 - Cette règle n'a pas prévalu dans les rapports entre les États-Unis et le Mexique. Si le traité de Washington du 3 février 1944 conclu entre ces deux pays met en place une commission chargée de construire en commun les barrages sur les trois fleuves concernés (Colorado, Tijuana, Rio Grande) et comporte une clause de solidarité en cas de sécheresse exceptionnelle dans un pays et d'abondance dans l'autre, il demeure marqué par un déséquilibre des forces. Pour le Colorado, par exemple, les États-Unis n'ont garanti au pays d'aval que 11 % de la ressource (1,85 Md de m^3 sur 17 Mds) et ont à plusieurs reprises recouru à des initiatives unilatérales. Voir notamment Luc Descroix et Frédéric Lasserre, « Or bleu et grands ensembles économiques : une redéfinition en cours des rapports de force interétatiques ? », *La Revue internationale et stratégique*, n° 66, été 2007, p. 96. Le traité de 1944, qui n'a réglé que la question de la quantité, a dû être complété en 1972 pour aborder celle de la qualité de l'eau : les États-Unis ayant développé l'irrigation, ils rejetaient une eau salinisée, inutilisable au Mexique. Le nouvel accord limite la salinité de l'eau qui entre au Mexique.

25 - Barah Mikaïl, « La gestion nord-américaine des ressources hydrauliques, un modèle exportable ? », *La Revue internationale et stratégique*, n° 66, été 2007, p. 131.

26 - La commission est notamment chargée d'examiner les projets susceptibles de modifier le niveau ou le débit des eaux. À ce titre, elle a par exemple mené une enquête pour étudier des transferts massifs d'eau des Grands Lacs vers le Midwest et l'Ouest américains. Les conclusions négatives de cette étude ont amené chacun des États à légiférer pour interdire de tels transferts.

27 - Luc Descroix et Frédéric Lasserre, « Or bleu et grands ensembles économiques : une redéfinition en cours des rapports de force interétatiques ? », *La Revue internationale et stratégique*, n° 66, été 2007, p. 94.

28 - Elle avait déjà lancé en 1984 un programme Solidarité-Eau (ps-Eau). Ce programme se décompose en deux programmes thématiques (Méditerranée et bassin du Sénégal) et trois programmes thématiques.

29 - Jochen Sohnle, « Le dispositif juridique de l'Europe pour appréhender les conflits transfrontaliers de l'eau », *Lex electronica*, vol. XII, n° 2, automne 2007.

La directive détaille en son article 3-3 les modalités de création et de coordination pour les districts hydrographiques internationaux compris dans le territoire commun, en rappelant que les États membres peuvent utiliser les structures existantes dérivées d'accords internationaux et désigner comme autorité compétente un organisme international existant.

Pour les districts s'étendant au-delà du territoire commun, les États membres sont invités à rechercher la coordination appropriée avec les pays tiers concernés. La directive, en retenant le principe de la coopération et de la coordination entre États riverains, constitue un facteur de règlement mais surtout de prévention des conflits, spécialement à l'égard des pays de l'élargissement[30]. Ces mécanismes de coordination ne font évidemment pas obstacle à ce qu'un ressortissant étranger saisisse le juge national pour tenter d'obtenir la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour obtenir réparation de la pollution d'un fleuve international par les rejets d'une entreprise (CE, 26 juillet 2007, *Soc. NV PWN Waterleidingbedrijf Noord-Holland*, req. 282177).

6. Les situations de conflit infraétatique

Les situations et risques d'affrontements intercommunautaires – entre ethnies ou entre groupes sociaux particulièrement (habitants des campagnes/habitants des villes) – en raison d'une raréfaction de l'eau accessible sont en réalité plus sérieux[31], même s'ils ne font pas l'objet d'une attention aussi soutenue que les conflits interétatiques.

Ces conflits surviennent en règle générale dans des situations de concurrence aggravée par une rupture majeure dans la disponibilité de la ressource résultant de phénomènes naturels (sécheresse…), de modification rapide des usages (captage de l'eau pour l'irrigation ou l'approvisionnement des villes au détriment des campagnes ou des éleveurs…) ou simplement de l'irruption d'un nouvel acteur qui bouleverse les équilibres ancestraux relatifs au partage de l'eau.

Des conflits de ce type surviennent aussi lorsque des États, des régions ou des grandes villes[32] entreprennent de transporter ou de détourner des ressources en eau sur de très longues distances, privant ou risquant de priver les régions d'origine d'une partie de leurs ressources au nom de la solidarité nationale ou internationale. La Chine, qui projette de transférer de l'eau vers le nord et la

30 - Eugénie Prevedourou, « La nouvelle loi hellénique sur la protection et la gestion des ressources aquatiques », *Environnement*, n° 7, juillet 2005, étude 15. Dans cet article, l'auteur explique que la Grèce dépend pour une bonne partie de son approvisionnement de ressources internationales et qu'aucun accord international n'a été signé par ce pays, hormis un accord avec la Bulgarie sur la gestion du fleuve Nestos. L'adhésion de la Bulgarie à l'Union permettra, en application de la directive-cadre de 2000, de mettre sur pied un plan de gestion unique pour l'ensemble du district hydrographique commun aux deux pays.

31 - Frédéric Lasserre et Luc Descroix, *Eaux et territoires. Tensions, coopérations et géopolitique de l'eau*, Presses de l'université du Québec, Québec, 2e éd., août 2005 ; Frédéric Lasserre, « Conflits hydrauliques et guerres de l'eau : un essai de modélisation », *La Revue internationale et stratégique*, n° 66, été 2007, p. 105.

32 - Au XIXe, la distance se limitait à quelques centaines de kilomètres (Paris, Berlin…) ; elle tend à s'allonger à l'époque contemporaine (500 km pour Riyad ; 1 000 km pour Pékin…).

Mandchourie sur une distance de 3 000 km, a connu de fortes tensions autour de projets de ce genre [33]. L'Algérie, dont la population réside à 70 % sur les côtes, étudie un projet consistant à transférer de vastes quantités d'eau du nord vers le sud, où se situent les ressources énergétiques mais où l'eau manque. Pour désamorcer et résoudre ces conflits, certains États américains (Arizona, Californie, Nevada) ont créé des banques de l'eau et contractualisé des transferts d'eau à vaste échelle [34].

Les progrès techniques susciteront sous peu d'autres conflits de même nature : comme il est désormais possible de capter la pluie contenue dans les nuages [35], des conflits internes se développent à ce sujet dans plusieurs États, notamment en Espagne. Ils posent au juriste la délicate question de savoir à qui appartiennent les nuages, la question de leur statut apparaissant plus problématique encore en cas de déplacement transfrontalier [36].

La capacité d'adaptation des sociétés aux situations de tension dans la disponibilité de la ressource étant inégale, les conflits les plus durs surviennent dans les pays en développement, où la part de l'agriculture dans l'activité économique demeure aussi la plus élevée. La dégradation des conditions de vie à la campagne (moindre disponibilité en eau, déforestation et désertification, salinisation, pollution et épuisement des sols…) accentue aussi l'émigration interne vers les villes, où les problèmes d'alimentation en eau et d'assainissement ne sont pas moindres.

La résolution des conflits intracommunautaires relevant de la responsabilité des États, les observateurs notent que les pistes de solutions sont, à de rares exceptions [37], bien moins avancées qu'en droit international. D'où la crainte que de tels conflits puissent se développer plus facilement à l'avenir et contribuer à la déstabilisation de certains États si ceux-ci ne se dotaient pas de mécanismes appropriés.

---

33 - Alexandre Taithe, *L'Eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Unicomm, 2008, p. 52.

34 - Erik Orsenna, *L'Avenir de l'eau*, Fayard, 2008, p. 350. Entre 1900 et 1930, la ville de Los Angeles avait déjà négocié l'arrêt des activités agricoles dans la vallée de l'Owens, distante de 400 km, afin d'en capter l'eau.

35 - Deux méthodes sont utilisables : agripper les nuages avec des filets pour récupérer les ruissellements d'eau le long des mailles ; ensemencer les nuages avec des aérosols (d'iodure d'argent notamment) en vue de déclencher une pluie et d'accroître son rendement (de l'ordre de 10 %).

36 - Fabienne Quilleré-Majzoub, *À qui appartiennent les nuages ? Essai de définition d'un statut des nuages en droit international public*, Annuaire français de droit international, L-2004, CNRS Éditions, 2005, p. 653 ; Michel Rogalski, *À qui appartiennent les nuages ?*, note de la fondation Gabriel-Péri, juin 2006.

37 - Il existe dans certains pays des modes traditionnels de résolution de ces conflits. Par exemple, à Valence (Espagne), un tribunal des eaux, créé en 960 par le calife de Cordoue et composé de huit syndics élus par les usagers agricoles des huit canaux distribuant les eaux de la Turia, règle à voix haute à partir de midi chaque jeudi et depuis plus de mille ans les litiges relatifs à l'utilisation de l'eau (gestion de la ressource, entretien des canaux et des équipements, respect des tours d'eau entre arrosants) sur les 17 000 ha de surface irriguée autour de la ville. L'instruction d'un dossier est limitée à une semaine, toute décision doit être prise en trois semaines au plus et les sentences, insusceptibles d'appel, sont immédiatement exécutoires. Aux Pays-Bas, les wateringues résolvent également ce type de conflits.

Annexe 15
Le régime juridique des associations syndicales autorisées (ASA) et des sociétés d'aménagement régional (SAR)

1. Le régime juridique des ASA

Les ASA sont des établissements publics administratifs de nature coopérative créés en vertu de la loi du 21 juin 1865 et du décret du 18 décembre 1927 et destinés à regrouper les agriculteurs irrigants d'un même périmètre en vue de réaliser collectivement les ouvrages de drainage et d'irrigation dont ils sont propriétaires puis de les entretenir. Ils ne sont rattachés à aucune collectivité locale [1]. Leur régime juridique a été revu en dernier lieu par l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires, ratifiée par l'article 25 de la loi du 30 décembre 2006 [2].

Leurs budgets doivent être votés et exécutés à l'équilibre ; ils sont financés par des taxes syndicales réparties entre les propriétaires à raison de l'intérêt qu'ils trouvent aux dépenses (CE, 2 octobre 2006, *M. Pech*, req. 278676) et qui présentent donc la nature de redevances pour service rendu (CE, Sect., 28 juillet 1993, *Bernadet*, Leb. p. 233). La tarification de l'eau par les ASA est généralement forfaitaire (à la surface) lorsqu'il s'agit de réseaux gravitaires et de type volumétrique lorsque sont installés des réseaux sous pression ou des bornes avec limiteurs de débit. Les délibérations fixant le niveau des redevances présentent un caractère réglementaire (CE, 25 mars 1998, *Association syndicale autorisée des arrosants du canal de Saint-Tropez*, Leb. t. p. 756). Les propriétaires fonciers, obligatoirement adhérents à l'intérieur de son périmètre, d'où leur qualification d'« *associations forcées* » (CE, 21 février 1958, *Guibert*, rec. p. 117), garantissent les emprunts.

1 - CE, 12 juillet 1995, *Tatin*, Leb. t. p. 669 ; CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, juge des référés, t. p. 738.

2 - Pour une première application de cette ordonnance voir TA de Montpellier, 21 avril 2009, *M. et Mme Reynes*, req. n° 0703856, AJDA, 2009, p. 1566 pour une distraction de parcelles non irrigables du périmètre.

Ils ont donné lieu à une jurisprudence abondante et fameuse quant à leurs prérogatives de puissance publique [3]. Les travaux qu'ils réalisent sont des travaux publics (TC, 28 septembre 1998, *Ribeiro c/ Association syndicale autorisée pour le développement de l'irrigation des coteaux du Vaucluse*, Leb. p. 543).

2. Les ASA souffrent selon les commentateurs de quatre maux

En premier lieu, leur faible taille. En 2000, un millier d'ASA centenaires regroupaient 95 000 propriétaires et 194 000 ha équipés (dont 90 000 ha irrigués), soit en moyenne 95 adhérents et 194 ha. Près d'un millier d'ASA plus récentes regroupent 45 000 propriétaires et 307 000 ha, soit en moyenne 52 propriétaires et 357 ha.

En deuxième lieu, leur faible surface financière, les ASA recourant surtout à l'emprunt pour compléter le financement de leurs équipements par subventions publiques. Le budget de fonctionnement d'une ASA médiane se situe aux environs de 20 000 €, avec une forte dispersion entre 1 000 € et 1 M€. Leur responsabilité est mise en jeu en cas d'entretien insuffisant ou fautif de l'infrastructure sans qu'elles puissent invoquer la médiocrité de leurs ressources, qu'elles doivent proportionner aux travaux à effectuer [4].

En troisième lieu, la base étroite des bénévoles s'impliquant dans la gestion [5], même si les ASA présentent une bonne plasticité pour se réformer [6]. L'arrivée de nombreux habitants périurbains dans leurs rangs, qui ne sont plus agriculteurs, change la nature de leurs adhérents.

En quatrième lieu, les règles qui leur sont imposées (pas de rémunération de leur trésorerie obligatoirement déposée au Trésor public, pas de provisionnement pour le renouvellement des immobilisations…) et le taux élevé de subventionnement public de leurs dépenses d'équipement (entre 60 et 80 %) ne les prédisposent pas à adopter une stratégie de maintenance de long terme efficace, ces dépenses de maintenance étant d'ailleurs retracées en compte de fonctionne-

3 - TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, rec. p. 731, GAJA, 16e éd., no 7, p. 47 ; voir aussi en ce sens CC, 22 janvier 1990, décision no 89-267 DC, considérant 13, rec. p. 27.

4 - CE, 25 octobre 1968, *Association du syndicat d'assèchement du Bas-Mouriès*, rec. p. 520) ; elle l'est également en cas de déficiences dans sa conception ou son aménagement (21 octobre 1970, *Syndicat des Mayres d'Althen-les-Paluds*, rec. p. 600 ; CE, Ass., 27 avril 1973, *Syndicat association de dessèchement des marais d'Arles*, Leb. p. 304.

5 - Patrice Garin et Sébastien Loubier, « Trois réformes des institutions, trois conceptions du juste au sein des communautés d'irrigants », séminaire WADEMED *Nouveaux Arrangements institutionnels pour une gestion de la demande en eau*, Éditions Cahors ; T. Ruf, « Usages et droits d'eau dans les canaux de montagne. Sept siècles d'histoire à Prades », *Histoire et sociétés rurales*, no 16, p. 11.

6 - Patrice Garin et Sébastien Loubier, « Trois associations d'irrigants se réforment en façonnant ce qu'elles trouvent juste et équitable », *Ingénieries*, no 49, mars 2007, p. 27.

ment et grevant le prix de l'eau [7]. La réglementation à courte vue de la comptabilité publique avait de même bloqué le renouvellement de leurs immobilisations par les communes jusqu'à sa modification par la loi du 30 décembre 2006 (cf. 1.3.4.), qui a malencontreusement laissé de côté les ASA. Il a donc été proposé de mutualiser les provisions pour renouvellement, de lier les concours publics à ce provisionnement, d'obliger les ASA à provisionner le renouvellement de leurs immobilisations et de réformer les règles de placement des fonds des ASA.

Par ailleurs, eu égard à la diversité des services rendus par leurs infrastructures, de plus en plus multifonctionnelles, les ASA signent de plus en plus d'accords locaux avec des partenaires variés, ce qui pourrait dessiner de nouveaux schémas d'évolution [8].

3. Le régime juridique des SAR

Les SAR sont des sociétés anonymes dont le capital est majoritairement détenu par des collectivités territoriales. Leur statut est régi par l'article 112 du code rural qui leur confie des missions d'intérêt général comme la maîtrise de l'eau ou l'aménagement hydraulique. Leur champ d'intervention géographique relevant du décret en Conseil d'État, des ministres ne peuvent pas procéder à cette extension (CE, 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, Leb. t. p. 638). Elles gèrent des barrages, des stations de pompage, des réseaux de drainage et d'adduction d'eau brute à l'échelle régionale, des réseaux d'irrigation dans des périmètres larges (110 000 ha pour la CACG, 130 000 ha pour la CBRL, 68 000 ha pour la Société du canal de Provence), souvent en vertu de concessions. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs mis au point des modes de gestion quantitative concertée de l'eau très avancés, adossés sur des contrats privés passés avec chacun des irrigants dont le respect est strictement contrôlé grâce à des outils de mesure dont la pose est obligatoire, à des inspections de ces instruments par des surveillants de rivière.

La tarification pratiquée par les SAR est de type binôme (forfait + facturation au volume) lorsque le réseau est sous pression.

7 - Sébastien Loubier, « Les stratégies de financement de la maintenance et du renouvellement des équipements gérés par des ASA : une gestion optimale non durable », in *La Gestion des périmètres irrigués collectifs à l'aube du XXIe siècle, enjeux, problèmes, démarches*, Cirad Édition, séminaire PCSI, Montpellier, 22-23 janvier 2001 ; Patrice Garin et Sébastien Loubier, « Durabilité et fragilité des associations syndicales autorisées d'irrigation en France », *Académie d'agriculture de France*, vol. LXXXVIII, no 3, p. 61 ; Garin, Loubier *et al.*, *Les Associations syndicales autorisées : bilan d'étude sur leur fonctionnement et leurs stratégies de maintenance*, CEMAGREF, série Irrigation « Rapports », 2001-01, Montpellier.

8 - Marwan Ladki et Patrice Garin, *La Rétribution et la gestion collaborative de la multifonctionnalité des systèmes d'irrigation gravitaire : pourquoi, pour qui, et comment ?*, UMR G-Eau, CEMAGREF-UR Irrigation, 2007.

Annexe 16
La nature juridique de la concession d'énergie hydraulique

De quel type de concession relève la concession d'énergie hydraulique et ce contrat peut-il faire l'objet de modifications unilatérales ?

1. Sur la première question, la loi (concession de Jonage en vertu de la loi du 7 juillet 1892) et la jurisprudence ont qualifié ces concessions de concessions de travaux publics, avant [1] comme après l'intervention de la loi du 16 octobre 1919 [2]. La qualification de concession de travaux publics découlant de la loi de 1919 peut se prévaloir de nombreux arguments : la réalisation de travaux publics pour aménager la retenue, la chute et l'usine [3], ce qui nécessite de recourir à des prérogatives de puissance publique comme l'expropriation [4] ou l'occupation temporaire de terrains privés. Ces concessions avaient généralement aussi pour objet la production d'électricité pour compte propre ou autoconsommation par le producteur lui-même, la vente d'électricité à des tiers, admise dans le cahier des charges, ne jouant qu'un rôle accessoire. Ces concessions pouvaient donc difficilement être regardées comme des concessions de service public, lesquelles supposent de vendre un service directement à un usager ou

1 - CE, 8 mai 1924, *Société des grands travaux de Marseille*, rec. p. 435, D. 1926, III, p. 65, note André Pépy ; CE, 16 novembre 1928, *Mizgier*, rec. p. 1192, *D. P*. 1932.3.41 concl. Ettori.

2 - CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas*, rec. p. 785, *DP* 1928, 3, p. 49, concl. Josse, note André Pépy, S. 1928, III, p. 113, concl. L. Josse et note Maurice Hauriou ; TC, 18 décembre 1933, *Société des forces motrices d'Arrens*, *D. P*. 1934.3.57 qui réserve à la juridiction administrative l'examen de la question de savoir si un bassin régulateur nécessaire au bon fonctionnement d'une usine hydroélectrique constitue un ouvrage public au sens de l'article 4 de la loi du 16 octobre 1919 nécessitant ou non le recours à l'expropriation compte tenu de l'occupation provisoire ou définitive des terrains ; TC, 6 novembre 1967, *Société des Bois du Sud*, rec. p. 655 ; CAA Bordeaux, 10 mars 1994, *Société d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des Ondes*, req. nº 90BX00645 dans une affaire d'assujettissement à la taxe pour frais de chambre de commerce. Voir aussi en ce sens André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, t. I, nº 256 bis, p. 313 et Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2004, p. 363.

3 - Les dommages causés aux tiers et résultant du fonctionnement ou de l'exploitation d'une concession hydraulique relèvent de la catégorie des dommages de travaux publics (TC, 12 décembre 1955, *Ané*, CJEG 1956, J. p. 1). En sens inverse, les travaux réalisés par un usinier, titulaire d'une simple permission de voirie, sous l'empire de la loi du 8 avril 1898 et dans son seul intérêt privé ne constituent pas des travaux publics, y compris lorsqu'ils ont été réalisés sur un cours d'eau domanial (CE, 16 novembre 1928, *Mizgier*, rec., p. 1192, *D.P.* 1932.3.41, note André Pépy).

4 - Sur la qualification d'une déclaration d'utilité publique pour la réalisation de travaux d'aménagement d'une chute, voir aussi CE, Ass., 30 octobre 1959, *Commune de Tignes*, rec. p. 558.

à un distributeur lui-même chargé d'une telle mission et d'être rémunéré par lui[5]. Mais si le concessionnaire vendait (distribuait) à titre principal son électricité à des usagers qui le rémunéraient ou à EDF, établissement public chargé d'une mission de service public, la concession devenait une concession de service public. La doctrine dominante a ainsi toujours soutenu que ces concessions pouvaient présenter selon leur objet une double nature[6], une partie minoritaire d'entre elle les assimilant en outre parfois à de simples concessions d'occupation du domaine public assorties d'obligations d'intérêt général[7].

C'est en cet état du droit que l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 a de manière oblique posé la question de savoir si les concessions hydroélectriques devaient être soumises à cette loi et faire l'objet d'une procédure de publicité

5 - Dans ces conditions, un contrat tel que celui conclu entre la CNR, chargée de la mission de service public d'aménagement du Rhône (cf. note 105, Notes de fin de document), et EDF peut recevoir la qualification de contrat administratif dans la mesure où l'électricité produite est vendue à un organisme lui-même chargé d'une mission de service public, EDF (TC, 16 janvier 1995, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et CNR c/ EDF*, Leb. p. 489, CJEG 1995, p. 259, concl. Philippe Martin), le Conseil d'État ayant précisé par la suite que ce contrat devait être modifié pour permettre aux clients éligibles, dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité, de s'adresser directement à la CNR, producteur indépendant (avis de l'Assemblée générale du 24 septembre 1998, n° 362.487). Le Conseil d'État l'avait également admis antérieurement (CE, avis du 15 novembre 1928, Bull. ch. syndicale force hydraul. 1929, p. 133 au sujet de l'application de la loi du 28 juillet 1928 ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges de gaz et d'électricité) : «*[…] bien que l'on se trouve en présence de deux concessions juridiquement distinctes, l'une des forces hydrauliques et l'autre de distribution d'énergie électrique, il est évident, à raison de la solidarité de fait existant entre les deux concessions, que la continuité du service public de distribution de l'électricité peut être gravement compromise, au cas où l'usine hydraulique qui a pour principal objet d'alimenter ce service public de distribution viendrait à interrompre son fonctionnement. On est donc amené à considérer que les usines concédées en vertu de la loi du 16 octobre 1919 sont soumises à la loi du 28 juillet 1928, quand leur principal objet, tel qu'il est défini à l'article 1^er^ du cahier des charges, est d'alimenter, directement ou indirectement, des services publics de distribution d'énergie au public dans les communes. Il en résulte, au contraire, que l'on doit considérer comme étant en dehors du domaine d'application de la loi du 28 juillet 1928 les concessions accordées en vertu de la loi du 16 octobre 1919 dont telle n'est pas la destination essentielle, comme c'est le cas de concessions accordées directement à des entreprises électrochimiques ou électrométallurgiques ou à des services de traction ou aux fournisseurs de ces derniers*». Il l'a confirmé, s'agissant de l'application de la loi du 29 janvier 1993, dans l'hypothèse où l'électricité produite est destinée à être mise à la disposition des services publics à des tarifs préférentiels ou de certaines activités d'intérêt général dans le cadre de concessions de service public (CE, section des travaux publics, avis du 28 septembre 1995, EDCE 1996, n° 47, p. 402).

6 - Il est arrivé de rencontrer une situation analogue en matière de concession de distribution d'eau potable : certaines sont qualifiées de concessions de travaux publics par la jurisprudence (CE, 17 juillet 1946, *Compagnie française des eaux*, rec. p. 203).

7 - Pierre Sablière, *La Mise en concurrence des concessions de force hydraulique*, AJDA, 2007, p. 2012 ; François Brenet, «La qualification des concessions hydroélectriques», *Contrats publics*, n° 86, mars 2009, p. 36. Une explication plausible de cette troisième thèse réside probablement dans l'histoire plus ancienne : les installations de production hydroélectrique sur les cours d'eau navigables et flottables relevaient avant la loi de 1919 d'un régime d'autorisation d'occupation du domaine public, l'autorisation étant souvent qualifiée de concession contre le paiement d'une redevance domaniale. Aujourd'hui, la concession hydroélectrique s'apparenterait plutôt, lorsque l'électricité est principalement vendue à un tiers, à un contrat d'affermage portant sur l'exploitation par un particulier de la *res communis* que constituent les eaux courantes des chutes d'eau dont l'État s'est attribué le monopole d'exploitation. Voir en ce sens Jacques Fournier, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Éditions universitaires, Fribourg, 2002, p. 271.

et de mise en concurrence. Le Conseil d'État y a répondu par l'affirmative et beaucoup de commentateurs ont déduit de cet avis que le régime des concessions hydroélectriques avait été simplifié et unifié autour d'une seule catégorie, celle de la concession de service public (CE, avis de l'Assemblée générale, 28 septembre 1995, EDCE 1995, p. 402)[8] : une concession hydroélectrique, qui se rapporte à l'exécution d'une mission de service public, est une délégation de service public (DSP) au sens de cette loi, la DSP englobant elle-même la concession de service public. Le décret nº 94-694 du 13 octobre 1994 avait d'ailleurs prévu la soumission de l'attribution des concessions hydrauliques relevant de la loi du 29 janvier 1993 à la procédure prévue par les articles 38 et 40 de cette loi, procédure qui a été généralisée à toutes les concessions, quelle que soit leur nature juridique, par le décret nº 2008-1009 du 26 septembre 2008. Mais l'avis du Conseil d'État de 1995 est interprété à tort comme ayant unifié le régime juridique de la concession hydroélectrique, car il rappelle que l'exploitation de l'énergie hydraulique présente le caractère d'un service public «*dans la mesure où cette exploitation a pour objet la fourniture de l'électricité produite au public ou aux services publics*». Par conséquent, si l'électricité produite n'est pas fournie à titre principal directement au public ou à un service public, la qualification de service public ne s'impose pas et l'on peut raisonnablement tirer de cette réserve de rédaction que l'avis de 1995 a laissé ouverte la question de la double qualification juridique possible de ce type de concession. De manière très cohérente avec cet avis, le Conseil d'État a précisé plus tard que la production d'électricité perd son caractère de service public lorsque l'énergie produite n'est pas destinée au public ou aux services publics (CE, avis de la section des travaux publics, 28 septembre 2005, EDCE nº 47, p. 402). L'évolution du droit communautaire et le récent changement de statut d'EDF ont donc sensiblement affaibli la thèse selon laquelle une concession hydraulique nouvelle relèverait d'une concession de service public et réévalué celle selon laquelle elle relèverait plutôt de la catégorie des concessions de travaux publics (il faudrait en réalité, dans le dernier état du droit communautaire, examiner l'objet principal du contrat pour définir sa catégorie de rattachement). L'avis de 1995 rappelant en outre que la loi du 29 janvier 1993 n'est pas applicable lorsque le choix du délégataire est le résultat d'une décision unilatérale, la publicité et la mise en concurrence ne sont pas obligatoires pour les installations hydroélectriques qui relèvent d'un régime d'autorisation et le sont uniquement pour les concessions de service public, sous réserve que ces dernières présentent toujours en matière d'énergie hydraulique la nature d'un contrat comme la loi de 1919 l'avait affirmé en son temps.

8 - Interrogé auparavant sur les conséquences à tirer de l'article 47 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, qui avait raccourci les délais avant lesquels l'administration devait faire connaître ses intentions au concessionnaire en place et supprimé le renouvellement tacite des titres pour trente ans, le Conseil d'État n'avait pas du tout abordé la question de la nature juridique de la concession (avis de la section des travaux publics du 13 décembre 1994, nº 356.770). Une partie de la doctrine interprète aussi la jurisprudence contentieuse postérieure comme ayant implicitement reconnu à ces concessions la nature d'une concession de service public, la référence aux clauses *réglementaires* du contrat de concession le laissant supposer (CE, 10 juillet 1996, *Association « Les amis de Remiremont et site des hautes Vosges » et autre*, req. 128476, *RD. imm.* 1996, p. 563 pour une concession communale d'hydroélectricité).

Les directives européennes sur l'ouverture du marché de l'électricité et sur la passation des marchés publics sont également venues interférer dans ce deuxième débat à deux titres.

Service marchand, la production d'électricité n'est pas pour autant incompatible avec un régime de concession – technique ou procédure de droit interne choisie par l'État pour exploiter un droit qui lui appartient en vertu de la loi – si l'électricité produite est vendue à des usagers qui la paient au concessionnaire.

En généralisant toutefois à toutes les concessions d'énergie hydraulique régies par la loi du 16 octobre 1919 la procédure prévue par la loi du 29 janvier 1993, l'article 1er du décret no 2008-1009 du 26 septembre 2008 a renforcé la thèse de l'assimilation de ces concessions aux concessions de service public et a imposé une obligation de publicité et de mise en concurrence allant au-delà des exigences communautaires puisque celles-ci se limitent, s'agissant de concessions de service auxquelles la directive 2004/18/CE ne s'applique pas [9], au respect des principes fondamentaux du traité pour les concessions d'intérêt communautaire (jurisprudence *Telaustria* et, en dernier lieu, CJCE, aff. C-196/08, § 46 à 49). Sans revenir ici sur la distinction entre marché public et concession de service public en droit national ni sur la distinction communautaire entre marché de travaux ou de services et concession de travaux ou de services, notions qui n'ont pas dans ces deux droits le même contenu et ne se recouvrent pas encore entièrement [10] même si elles tendent à converger grâce au rapprochement progressif des jurisprudences de la CJUE et du Conseil d'État, force est de constater que le régime juridique de la concession d'énergie hydraulique, qui était déjà particulièrement obscur et délicat à manier, a, à cette occasion, encore davantage perdu en intelligibilité et en lisibilité.

2. Quant à la seconde question, la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 (art. 10 V et art. 47) [11], qui est une loi de renforcement de la police de l'eau, a accru, dans un dispositif fondé sur un contrat, la possibilité pour l'administration de modifier unilatéralement les conditions d'exploitation de l'ouvrage concédé. Contrairement à ce que leur nom laisse supposer, les règlements d'usine et les règlements d'eau ne sont pas des actes réglementaires (CE, 13 mars 1935, *Beillevert*, rec. p. 324 ;

9 - CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, § 4 et 44.

10 - CE, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, p. 128. Dans un arrêt récent (10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, AJDA, 2009, p. 1637, *La CJCE précise la distinction entre marché de services et concession de services*), la CJCE vient de préciser la notion de concession de service au sens de l'article 1er de la directive 2004/17 du 31 mars 2004 : la rémunération par des tiers suffit à caractériser une concession de services dès lors que le cocontractant prend en charge une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès le départ, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service. Sur les notions, en droit national, de gestion d'un service public confiée à un délégataire, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service et de part significative du risque d'exploitation laissée à ce délégataire, voir en dernier lieu CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, Leb. t. p. 805.

11 - Art. 10 V : « *Les règlements d'eau des entreprises hydroélectriques sont pris conjointement au titre de l'article 10 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et du présent article. Ces règlements peuvent faire l'objet de modifications, sans toutefois remettre en cause l'équilibre général de la concession.* » Art. 47 : « *Lors de l'établissement d'une autorisation nouvelle, le permissionnaire actuel a un droit de préférence, s'il accepte les conditions du nouveau règlement d'eau.* »

CE, 18 mars 1966, *Ministre de l'Agriculture c/ Établissements Etchegoyen*, rec. p. 218) mais désignent les prescriptions à caractère individuel qui accompagnent les autorisations données par l'administration pour des travaux ou installations au titre de la police de l'eau, autrefois en vertu de la loi de 1898 sur l'eau et de la loi du 16 octobre 1919 sur l'hydroélectricité (CE, 25 mai 1962, *Musso et société « Sablière de la Fénerie, A. Frega et Cie »*, rec. p. 353), aujourd'hui en vertu des lois du 30 décembre 2006 et du 16 octobre 1919. Un *règlement* d'eau, pris par le préfet, est en effet annexé à la concession (art. 19 du décret du 13 octobre 1994). Le décret du 26 septembre 2008 a rendu ce règlement obligatoire, dont un avant-projet est proposé par le pétitionnaire selon l'arrêté du 23 décembre 2008 (art. 21 du cahier des charges type) définissant le dossier de demande de concession. La doctrine considère à juste titre que ce règlement, quoique introduit comme un des éléments d'un contrat de concession, ne présente ni une nature contractuelle ni celle d'un cahier des charges [12], mais celle d'une mesure unilatérale de police fixant les conditions d'exploitation d'un ouvrage [13]. Cette nature juridique du règlement d'eau n'est au demeurant pas sans incidence sur la question précédente. L'article 45 de la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 (art. L. 211-8 du code de l'environnement) avait déjà conféré au représentant de l'État, dans des circonstances de sécheresse grave, le pouvoir d'imposer unilatéralement et sans indemnité, après consultation du concessionnaire, un débit réservé supérieur à celui fixé au cahier des charges. L'article 4-II de la loi du 30 décembre 2006 permet de même de modifier sans indemnité (sauf bouleversement de l'équilibre économique du contrat) les autorisations accordées aux concessionnaires dès lors que le fonctionnement de l'ouvrage concédé en vertu de la loi du 16 octobre 1919 ne permet pas la préservation des espèces migratrices vivant alternativement en eau douce et en eau salée. Comme par ailleurs les SADGE et les SAGE incluent de plus en plus d'objectifs relatifs à la préservation de la biodiversité et à la continuité du milieu en les formulant à l'aide de notions juridiques encore parfois imprécises et pour cette raison discutées (corridor écologique, taux d'étagement, réservoir biologique…) et s'imposent aux décisions que prend l'administration, les préfets tendent en outre à prescrire aux concessionnaires de nouvelles obligations par application directe de ces schémas. L'arrivée prochaine de schémas de cohérence écologique, dont

12 - Un cahier des charges accompagne par ailleurs la concession d'énergie hydraulique, ce qui complique singulièrement les choses et la combinaison entre les stipulations du cahier des charges relatives aux conditions techniques de l'exploitation et les prescriptions individuelles au titre de la police de l'eau. Ce cahier des charges doit être considéré comme un acte mixte, car une décision du Conseil d'État a annulé le décret approuvant la convention d'aménagement d'une chute passée entre l'État et la CNR en tant que ce décret portait approbation d'un article du cahier des charges attribuant les droits de pêche au concessionnaire alors que l'article 403 du code rural les réserve à l'État (CE, 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, Leb. p. 392, CJEG 1984.16 note Dominique Delpirou, dans le même sens voir CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, rec. p. 675). Cette stipulation, qui permettait d'amodier et de réglementer le droit de pêche, faisait ainsi partie des clauses réglementaires du cahier des charges et a été jugée divisible, impliquant le caractère réglementaire de cette stipulation de la concession, au demeurant non qualifiée.

13 - Ce raisonnement est convaincant dans la mesure où l'autorisation ou la concession sont accordées en vertu de deux législations distinctes, dont celle relative à la police de l'eau qui permet à l'administration d'imposer à tout moment des prescriptions particulières, comme en matière de police des installations classées.

la combinaison avec les SDAGE et les SAGE n'apparaît pas non plus encore très clairement, va encore accroître l'insécurité juridique. La législation récente a ainsi pour effet d'introduire, dans une procédure diligentée au titre de deux législations distinctes, de plus en plus d'unilatéral dans le rapport contractuel de la concession et permet d'imposer unilatéralement au concessionnaire sur le fondement de la seconde législation des obligations qui ne sont pas prévues dans son cahier des charges négocié au titre de la première législation. Du fait du renforcement croissant de la police des eaux, le concessionnaire se trouve de ce fait placé par l'État dans une situation de plus en plus instable et imprévisible, contrairement à la définition séculaire de la concession : on peut lui imposer partout, à tout moment et à tous les niveaux de l'administration de nouvelles obligations unilatérales, incompatibles avec son cahier des charges, sans qu'il puisse protester ni se faire indemniser tant que l'économie du contrat n'est pas bouleversée (art. L. 214-5 du code de l'environnement).

3. En définitive, à la lueur du droit communautaire, une concession d'énergie hydraulique semble pouvoir et devoir être rattachée :
– soit à la catégorie des concessions de travaux publics lorsqu'elle a pour principal objet de réaliser des travaux et comme objet accessoire d'exploiter la chute d'eau (cf. par analogie CE, Sect., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, req. 290604 pour la réalisation et l'exploitation d'un nouveau tronçon d'autoroute) ; le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, récemment publié et pris en application, de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (art. 3), vient de préciser les modalités de passation de ces contrats, y compris lorsqu'ils sont conclus par l'État, mais ce décret n'est pas applicable aux concessions d'énergie hydraulique ;
– soit à la catégorie des concessions de service du droit communautaire et des délégations de service public lorsqu'elle a pour principal objet d'exploiter une chute d'eau existante et de revendre l'électricité produite directement aux usagers ou à un service public de distribution d'électricité ;
– soit à la catégorie des concessions domaniales lorsque son objet principal est d'exploiter une chute existante pour répondre aux besoins propres en énergie de l'exploitant.

Annexe 17
Des procédures complexes et à haut risque juridique

La réalisation des barrages de Villerest et Naussac sur la Loire ou dans les parcs nationaux illustre la complexité des procédures à mettre en œuvre et l'ampleur des risques juridiques à assumer à chaque stade.

Les procédures applicables à la réalisation de barrages sur la Loire…

Il a fallu déterminer dans quelles communes devait être conduite l'enquête d'utilité publique prévue par le décret du 6 juin 1959. Selon les dispositions des articles 5, 9 et 10 de ce décret, l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique d'une opération n'est requise que dans les communes ou départements sur le territoire desquels des travaux ou des acquisitions foncières sont prévus. L'opération projetée ne comportant de travaux ou d'acquisitions foncières que sur le territoire de communes du seul département de la Loire, il n'était pas nécessaire d'étendre l'enquête à d'autres communes et il n'y avait pas lieu de faire application des dispositions de l'article 10 du décret et de désigner un préfet chargé de centraliser les résultats de l'enquête.

Puis il a fallu que le Conseil d'État explicite comment la procédure précédente devait se combiner avec trois autres enquêtes : l'enquête prévue par le décret n° 71-121 du 5 février 1971 relatif à l'autorisation des travaux sur les voies d'eau domaniales et dans les ports fluviaux et à l'autorisation de travaux de défense des lieux habités contre les inondations, l'enquête hydraulique prévue par le décret du 1er août 1905 pris pour l'application de l'article 12 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux et enfin l'enquête prévue par la loi du 10 juillet 1973 relative à la défense contre les eaux et son décret d'application du 8 octobre 1974.

Sur le premier point, le Conseil d'État a estimé qu'il y avait lieu de procéder à l'enquête prévue à l'article 7 du décret du 5 février 1971, car l'opération envisagée entrait dans le champ d'application du titre III de ce décret concernant les travaux de défense des lieux habités contre les inondations. Le ministre ne pouvait donc pas faire usage de la possibilité, offerte à l'article 6, de se dispenser de cette enquête, dont les formalités sont imposées par le code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure et par la loi du 29 novembre 1952 sur les travaux mixtes. En revanche, l'enquête prévue à l'article 3 du même décret en cas de travaux de construction, d'aménagement et de modernisation sur les voies d'eau domaniales ne s'imposait pas, car, par application des dispositions de l'article 2 de ce décret, le ministre pouvait se dispenser de la prescrire : l'absence de répercussion notable de l'opération envisagée sur la navigation conduisait normalement à une telle dispense.

Et, si l'enquête hydraulique prévue par le décret du 1er août 1905 et prescrite à l'article 7 du décret du 5 février 1971 pouvait suivre la déclaration d'utilité publique, l'instruction mixte, que prescrit ce même article 7, devait la précéder.

Quant à l'enquête hydraulique prévue par le décret du 1er août 1905, elle ne pouvait, à la différence de l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, être poursuivie dans les seules communes où il serait procédé à des travaux ou à des acquisitions foncières. De l'article 9 de ce décret, il ressort en effet que l'enquête doit être poursuivie dans toutes les communes où l'entreprise «*paraît de nature à étendre son effet*», c'est-à-dire dans toutes les communes où la modification du régime des eaux doit être ressentie, que ces communes se situent en aval ou en amont du barrage. Les communes d'aval intéressées de ce point de vue ne comprennent pas celles où les répercussions de l'action du barrage peuvent avoir un caractère négligeable, ce qui, sur le fondement des indications figurant dans la demande d'avis, paraît être le cas de celles qui sont comprises dans le département de la Loire-Atlantique.

Par application des dispositions du 3e alinéa de l'article 11 du décret du 1er août 1905, les résultats de cette enquête doivent être centralisés par le préfet du «*siège principal de l'établissement*». Compte tenu du sens qui est donné au mot «établissement» par l'ensemble des dispositions du décret, cette formule désigne le préfet de la Loire, département où se situera l'ouvrage projeté.

Sur le second point, concernant l'enquête relative à la défense contre les eaux, le Conseil d'État a précisé que, si les dispositions de l'article 8 du décret du 8 octobre 1974 autorisaient à mener l'enquête prévue à l'article 2 de la loi du 10 juillet 1973 en même temps que l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, elles n'y obligeaient pas. Par application des dispositions de l'article 1er du décret du 8 octobre 1974, l'instruction devait être faite par le directeur départemental de l'équipement chargé du contrôle des travaux de défense contre les eaux, et le préfet centralisateur devait être le préfet du Loiret, département où est situé le siège de l'institution interdépartementale maître de l'ouvrage. Cette enquête devait concerner tout le territoire où doit être menée l'enquête hydraulique (avis de la section des travaux publics du 5 novembre 1975, no 316.202).

… ou dans un parc national

Autoriser la construction d'un barrage dans un parc national ne constitue pas non plus une opération simple, toute décision d'adoption d'un programme de travaux publics à l'intérieur de ses limites ne pouvant être légalement prise que si ces travaux ne sont pas de nature à altérer l'aspect, la composition et l'évolution du milieu naturel selon l'article 1er de la loi du 22 juillet 1960 et l'article 14 du décret du 6 juillet 1963. S'agissant du projet de déclaration d'utilité publique du barrage, l'appréciation de la compatibilité du projet avec le régime juridique du parc est de la compétence du gouvernement, sous le contrôle éventuel du juge. Pour former son opinion sur ce point, le gouvernement peut procéder à toute consultation qu'il estime utile, et notamment demander l'avis du conseil d'administration du parc. S'il apparaît au gouvernement, au vu de cet examen, que le projet en cause n'est pas de nature à altérer le milieu naturel du parc, mais simplement à modifier l'état ou l'aspect des lieux, il lui incombe d'obtenir, après intervention d'une déclaration d'utilité publique, l'inscription des travaux au programme d'aménagement du parc conformément à l'article 15 du décret du 6 juillet 1963 et l'autorisation du directeur conformément à l'article 14 du même décret, avant d'entreprendre leur réalisation (CE, avis de la section des travaux publics du 3 juillet 1984, EDCE 1985, p. 207).

Notes de fin de document

1. Sur l'eau comme élément de la gastronomie, on peut se reporter à Jean-Louis Flandrin, « Le goût de l'eau, anciens discours diététiques et culinaires », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 119. L'auteur y aborde notamment les mérites comparés, selon les époques, de l'eau de pluie, de source, de rivière, des lacs, des étangs, des puits ou des marais.

2. François Dagognet, « Un élément fécondant », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 129.

3. Dominique Lecourt, « L'eau et les mythes », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 114. Centre d'information sur l'eau, *L'Eau : mythes et symboliques*, février 2001.

4. Ce cycle a été exposé pour la première fois par Pierre Perrault, receveur général des finances de Paris, dans un ouvrage publié en 1674 : *De l'origine des fontaines*. Il décompose le cycle de l'eau et dresse le bilan hydrologique de la Seine à partir de mesures effectuées entre 1668 et 1674. Les volumes d'eau impliqués dans le cycle de l'eau sont mentionnés dans plusieurs ouvrages, dont Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 146.

5. On dénombre en France métropolitaine environ 1 500 aquifères de plus de 10 km^2 de superficie.

6. Sylvie Paquerot, *Un monde sans gouvernail. Enjeux de l'eau douce*, Outremont (Québec, Canada), Athéna, 2005.

7. La distinction entre prélèvements et consommation est importante. Car certains prélèvements donnent lieu à un rejet quasi immédiat sur place sans que l'eau prélevée ait fait l'objet d'un traitement ou d'une pollution notable (le refroidissement des centrales thermiques ou nucléaires ou l'agriculture irriguée sont les principales activités concernées). Une fraction seulement des prélèvements fait l'objet d'une consommation, c'est-à-dire d'une utilisation éloignée du lieu de prélèvement et, à cette occasion, d'un traitement ou d'une pollution.

8. Les prélèvements de l'industrie sont effectués à hauteur de 60 % en eaux souterraines et à 40 % en eaux superficielles.

9. Guy Gleyses et Thierry Rieu, *L'Irrigation en France. État des lieux 2000 et évolution*, CEMAGREF, 2004. Ce taux varie selon les localités. Dans certains cantons d'Aquitaine, il dépasse 60 % avec la culture irriguée du maïs sur sable.

10. L'écart entre 1,5-1,8 million et 3 millions d'hectares ne tient pas à une défaillance statistique mais au fait que les terres équipées pour l'irrigation ne sont pas toutes réellement utilisées : selon les régions, les années et le profil des précipitations, une plus ou moins grande proportion des terrains équipés est utilisée. En 2000, elle était de l'ordre de 55 %. Le recours à l'irrigation augmente en période de sécheresse : la surface irriguée est passée à plus de 1,8 million d'hectares en 2003.

11. Six départements comportent plus de 40 000 ha de culture irriguée en céréales et oléagineux : Landes, Gers, Lot-et-Garonne, Charente-Maritime, Vendée et Haute-Garonne. La surface irriguée dans le bassin de la Charente est passée de 3 800 ha en 1970 à 81 530 ha en 2000, dont 83 % pour le maïs irrigué.

12. Le taux de prélèvement atteint 66 % pour les centrales thermiques en Allemagne. L'eau consommée représente entre 1 % et 3 % des prélèvements mais 22 % du volume consommé en France (1,3 Md de m^3 sur 6 Mds).

13. La France possède le deuxième parc hydroélectrique en Europe, derrière la Norvège (125 TWh) et devant la Suède (60 TWh). Les parcs les plus importants se trouvent en Chine (500 TWh), au Brésil et au Canada (370 TWh). La capacité annuelle de production de la France (à partir de 2 000 ouvrages) dépasse 70 TWh : elle se décompose en 37 TWh pour les installations produisant en continu, 30 TWh pour les installations équipées de retenues et 5 TWh pour les stations de transfert d'énergie par pompage. La production réelle issue de ce parc tend à décliner. Cette production suppose de lourdes infrastructures : par exemple, la retenue de Serre-Ponçon, d'une capacité de 1,3 Md de m^3 et d'une superficie de 28 km^2, forme le plus important lac artificiel d'Europe ; le barrage de Grand'Maison (Isère), le plus puissant, est capable de fournir en quelques

minutes l'équivalent de l'énergie produite par deux tranches nucléaires. La double contribution de l'électricité d'origine nucléaire et d'origine hydroélectrique rend la France moins dépendante des importations de pétrole ou de gaz et permet, en théorie, de déconnecter le prix intérieur de l'électricité des variations du prix international de ces matières premières.

14. L'article 7 a) de la loi n° 2006-437 du 14 avril 2006 portant diverses dispositions relatives au tourisme, qui a ratifié la partie législative du nouveau code du tourisme, a rénové la notion de commune touristique et simplifié l'ancienne classification des stations de tourisme, issue de la loi du 24 septembre 1919 et qui comportait six catégories dont celle de station hydrominérale, pour la ramener à une seule, celle de station classée. Le décret du 2 septembre 2008 détaille les six conditions auxquelles doit satisfaire une commune jouissant du statut de commune touristique (art. R. 133-32 du code du tourisme) pour devenir ensuite une station classée de tourisme (art. R. 133-37 du même code). Le classement en station de tourisme procure plusieurs avantages : le surclassement démographique, la perception de la taxe additionnelle aux droits d'enregistrement et à la taxe de publicité foncière (art. 1584 et 1595 bis du CGI), un taux réduit pour les droits de mutation dans les communes dont la population est inférieure à 5 000 habitants et situées en zone de revitalisation rurale, la possibilité d'accueillir un casino. La loi du 14 avril 2006 a toutefois modifié la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos et resserré les conditions de cet accueil en imposant des dates strictes de reconnaissance préalable de la qualité de station climatique, hydrominérale ou balnéaire et d'obtention du classement en station de tourisme.

15. Détente consultants, *Impact des politiques territoriales sur le secteur thermal en France*, étude réalisée pour l'Association nationale des maires des communes thermales, 3 février 2005, disponible sur www.france-thermale.org/documents/dossierthermalies.PDF.

16. Conseil national des exploitants thermaux, *Aspects économiques du thermalisme français*, 5 février 2004, disponible sur www.france-thermale.org/documents/dossierEco2004.PDF.

17. Ibidem.

18. Direction du tourisme, *Tourisme de santé et de bien-être*, disponible sur www.tourisme.equipement.gouv.fr/fr/navd/dossiers/taz/att00002082/tourisme_sante_bien_etre07.pdf.

19. L'OCDE a développé un modèle « *Forces motrices-pressions-état-impact réponses* » (FPEIR) permettant de mesurer à l'aide d'indicateurs les réponses de la société à la dégradation de l'état quantitatif et qualitatif de l'écosystème du fait des pressions exercées sur lui par les activités humaines. Ce modèle a été repris par l'Agence européenne pour l'environnement pour analyser l'état des masses d'eau et par l'ONU pour les besoins du *Millenium assessment* (cf. 1.4.). Il est également utilisé par la France et complété par d'autres bases de données spécifiques comme le système relationnel d'audit de l'hydromorphologie des cours d'eau (André Chandesris *et al.*, *Syrah-CE : principes et méthodes*, MEDAD, 2008). Voir aussi *Les Relations pressions/état écologique au sein des bassins-versants*, note ONEMA-CEMAGREF du 27 octobre 2009.

20. La prise en compte des critères biologiques dans l'appréciation de la qualité de l'eau a accéléré la prise de conscience de l'eau comme milieu et de l'impact des activités humaines sur les espèces aquatiques (Christian Lévêque, *État de santé des écosystèmes aquatiques : l'intérêt des variables biologiques*, *in* Nathalie Chartier-Touzé *et al.*, *État de santé des écosystèmes aquatiques : les variables biologiques comme indicateurs*, CEMAGREF, 13-26, 1997).

21. Très peu développée en Europe et en France, elle connaît un développement spectaculaire en Asie. Source de pollutions aussi importantes que l'élevage, elle est néanmoins considérée par certains comme une alternative potentielle à la pêche, spécialement si l'épuisement de la ressource halieutique devait se confirmer malgré les mesures prises – en Europe notamment – pour l'endiguer.

22. De manière générale, les corridors urbains exercent des effets négatifs sur l'état écologique des masses d'eau ; les corridors boisés ou prairiaux exercent en revanche un effet positif ou très positif (Jean-Gabriel Wasson et Yves Souchon, *Relations à large échelle entre pressions anthropiques et état écologique des cours d'eau : conséquences pour la gestion*, CEMAGREF, novembre 2008), d'où la notion de trame verte reprise par le Grenelle de l'environnement.

23. CEDH, *Zander c/ Suède*, 25 novembre 1993 (§ 27) dans une affaire où une décharge publique avait provoqué la pollution d'un puits. Il a été jugé à cette occasion que le droit de jouir de l'eau de son puits pour la boisson constituait un élément du droit de propriété protégé par la Convention.

24. Jacques-Henri Robert, « La convention du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement par le droit pénal », *Droit de l'environnement*, 1999, n° 7, p. 15.

25. Recommandation (2001) 14 sur la Charte européenne des ressources en eau, 17 octobre 2001. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=231905&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.

26. « *Toute personne a le droit de disposer d'une quantité d'eau suffisante pour satisfaire à ses besoins essentiels […]. Des mesures sociales devraient être mises en place pour éviter les coupures d'eau aux personnes démunies.* »

27. « *Sans préjudice du droit à l'eau pour satisfaire aux besoins essentiels, la fourniture d'eau est soumise à paiement en vue de couvrir les coûts économiques liés à la production et à l'utilisation des ressources en eau.* »

28. http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta00/FRES1222.htm. Cette résolution recommande aux États de mettre en œuvre un ensemble d'actions législatives et réglementaires afin d'amener les agriculteurs à adopter des pratiques durables. Elle suggère notamment de mettre en place une politique globale de gestion de l'eau pilotée par une agence nationale de l'eau, et d'élaborer un plan national de gestion de l'eau organisant une gestion rationnelle et durable de la ressource. Elle recommande seulement d'inciter les agriculteurs à adopter des pratiques durables, moins consommatrices en eau et en produits phytosanitaires. Cette prudence vis-à-vis de l'agriculture est justifiée par le fait qu'« *Il ne faudrait pas pour autant déstabiliser le secteur agricole par des mesures radicales, car c'est de lui que dépend la sécurité alimentaire de nos populations* ». La même prudence prévaut en matière de tarification de l'eau agricole : « *adopter une tarification de l'eau flexible selon les usages et les secteurs, tout en rapprochant progressivement le prix de l'eau de son coût réel pour prévenir toute consommation excessive, sans pour autant pénaliser le secteur agricole qui assure la sécurité alimentaire des populations et pour lequel l'eau constitue une ressource indispensable* ». Cette résolution se montre en revanche, de manière assez isolée (cf. 2.3.2.), ouverte aux transferts d'eau à grande échelle entre États excédentaires et États déficitaires.

29. http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta04/FREC1669.htm. Cette résolution invite particulièrement les États des Balkans et du Caucase à instaurer un dialogue en vue de mettre en place une gestion intégrée des lacs et cours d'eau transfrontaliers à l'échelle régionale.

30. http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/FREC1731.htm.

31. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1414487&Site=Congress&BackColorInternet=e0cee1&BackColorIntranet=e0cee1&BackColorLogged=FFC679. Elle invite en particulier les États à ne pas opposer gestion publique et gestion privée.

32. Bien collectif impur, elle est soumise à un régime juridique (concurrence et contrats) qui comporte des aménagements.

33. Commission européenne, *Les Services d'intérêt général en Europe*, *JO* C 281 du 26 septembre 1996, p. 3 ; Livre vert sur les services d'intérêt général COM (2003) 0270 final, p. 7 qui classe l'eau dans les « *autres services d'intérêt général* », c'est-à-dire dans ceux qui ne sont pas fournis par les grandes industries de réseau ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil COM (2007) 725 final, p. 2. La directive-cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 rappelle aussi ce caractère dans son considérant 15 et, en posant en son article 9 le principe du recouvrement complet des coûts auprès de l'usager, applique l'un des éléments essentiels de la définition du SIEG. L'article 2 2. a) de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur exclut les SIG non économiques de son champ d'application mais son article 17 d) mentionne les services de distribution de fourniture d'eau et les services de traitement des eaux usées parmi les SIEG. Cet article fait écho à la Résolution du Parlement européen du 11 mars 2004 sur la stratégie pour le marché intérieur : priorités 2003-2006 dans laquelle celui-ci estime que « *l'eau étant un bien commun de l'humanité, la gestion des ressources hydriques ne doit pas être soumise aux règles du marché intérieur* ». Dans sa résolution du 9 octobre 2008, il indiquait aussi que « *l'eau est indispensable à la vie et représente un bien commun qui ne devrait pas être réduit à une simple marchandise* » ou encore que « *il faut conserver à l'eau son statut de bien public et d'élément essentiel de la souveraineté des pays, qui doit être accessible à tous à des prix sociaux et écologiques équitables* ». Dans sa Déclaration publiée à l'issue du 4e Forum mondial de l'eau de Mexico (2006), l'Union européenne avait également souligné que l'eau est un bien vital pour l'humanité et que les services d'eau et d'assainissement sont des services sociaux de base tels que mentionnés dans la résolution du Conseil européen du 30 mai 2002. Sur la notion de SIEG, on se reportera également avec intérêt à l'avis rendu par le Conseil d'État le 26 novembre 2009 (rapport d'activité 2009, La Documentation française 2010, p. 371).

34. Claire Vannini, « Droit communautaire, service public et concurrence », *Questions d'Europe*, no 203, 14 mars 2005, Fondation Robert Schuman.

35. Résolution du 15 mars 2006 sur le 4e Forum mondial de l'eau à Mexico, *JO* C 291 E du 30 novembre 2006, p. 294 ; Résolution du Parlement européen du 12 mars 2006 sur le 4e Forum mondial de l'eau à Mexico, P6_TA-PROV (2006) 0087.

36. L'Acte unique de 1987 a reconnu la compétence de l'Union en matière d'environnement en consacrant les principes de prévention, de correction par priorité à la source et de « pollueur-payeur ». Avant 1987, la clause passerelle (art. 308 TCE) et le marché intérieur constituent la base légale des textes mentionnés ci-après. Le traité de Maastricht a ensuite présenté la politique de l'environnement comme partie intégrante d'un développement durable et consacré le principe de précaution.

37. La plupart des textes communautaires relatifs à l'environnement s'appliquent à l'eau, par exemple la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement qui institue un droit au recours, distinct du droit à la participation au processus décisionnel (CJCE, 2e chambre, 15 octobre 2009, aff. C-263-08).

38. L'article 175 2 du TCE (ancien art. 130 S § 2 du traité CE) ayant prévu une décision à l'unanimité pour « *les mesures concernant […] la gestion des ressources hydrauliques* », aucun texte n'est intervenu sur cette base. Cette règle est maintenue par le Traité de Lisbonne. La CJCE a néanmoins eu l'occasion de préciser que la notion de « *gestion des ressources hydrauliques* » ne couvre pas toute mesure ayant trait à l'eau, mais « *ne vise que les mesures qui concernent la réglementation des utilisations des eaux et de leur gestion dans ses aspects quantitatifs* » (30 janvier 2001, aff. C-36/98).

39. De nombreux autres textes communautaires relatifs à des produits, à des secteurs économiques ou à des procédures destinées à sauvegarder les droits des citoyens touchent au domaine de l'eau mais de manière accessoire ou incidente. Par exemple le règlement CE no 648/2004 du 31 mars 2004 relatif aux détergents ou le règlement REACH, applicable au secteur de la chimie, qui, en édictant des normes plus sévères de rejet des effluents de la chimie, aura un impact sur l'état des eaux sans que ce soit son objectif principal. Ou la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement ou le règlement no 166/2006 du 18 janvier 2006 concernant la création d'un registre européen des rejets et transferts de polluants destiné à faciliter l'accès du public à l'information sur les rejets de polluants comme les eaux usées, notamment dans le milieu aquatique.

40. Pierre Victoria, *L'Europe de l'eau : une politique qui fait sens*, note du 8 juin 2008, Terra nova.

41. Directive 75/440/CEE du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire ; directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade complétée par la directive 2006/7 du 15 février 2007 et directive 76/464/CEE concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté abrogée par la directive 2006/11/CE du 15 février 2006 ayant le même objet ; directive 77/795/CEE du 12 décembre 1977 instituant une procédure commune d'échange d'informations relatives à la qualité des eaux douces superficielles ; directive 78/659/CE sur les eaux piscicoles remplacée par la directive 2006/44 du 6 septembre 2006 concernant la qualité des eaux douces ayant besoin d'être protégées ou améliorées pour être aptes à la vie des poissons ; directive 79/869/CEE sur la qualité des eaux conchylicoles remplacée par la directive 2006/113 du 12 décembre 2006 et directive 79/869/CEE du 9 octobre 1979 relative aux méthodes de mesure et à la fréquence des échantillonnages et de l'analyse des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire ; directive 80/68/CEE du 17 décembre 1979 concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses et directive 80/778/CEE du 15 juillet 1980 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine remplacée le 26 décembre 2003 par la directive 98/83 du 3 novembre 1998, elle-même abrogée par la directive-cadre sur l'eau à compter de 2007 et en cours de révision par la Commission.

42. La directive ayant elle-même prévu que l'élaboration des programmes d'action visés par son article 5 ne devait intervenir que dans un délai de deux ans, le décret a pu, sans méconnaître les objectifs de la directive, ne pas assurer la transposition immédiate en droit interne de son article 5 (CE, 10 février 1995, *Chambre d'agriculture de l'Île-de-France et autres*, Leb. t. p. 920).

43. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur la délimitation par le préfet de ces zones (CE, 21 janvier 2002, *Fédération des syndicats d'exploitants agricoles d'Île-de-France, fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de l'Oise*, t. p. 732). Plus de 50 % du territoire national a été classé en zone vulnérable. Ce pourcentage continue à augmenter régulièrement, témoignant de l'échec de la lutte contre les pollutions diffuses d'origine agricole.

44. Les programmes d'action doivent comporter des périodes d'interdiction de certains épandages, édicter des maximums de déjections animales à répandre et imposer des capacités de

stockage renforcées des effluents d'élevage (cf. 2.4.1.2.1.). Les codes de bonne conduite doivent quant à eux contenir des règles relatives au stockage des déjections animales, aux périodes et conditions d'épandage des fertilisants et, de manière facultative, des règles relatives à l'utilisation des terres (rotation des cultures, maintien de couvert végétal…). Un contentieux volumineux s'est développé à leur sujet devant la CJCE (CJCE, 8 mars 2001, aff. C-266/00 sur l'absence d'inclusion des engrais chimiques dans la réglementation nationale, sur l'absence de précision suffisante quant à l'interdiction des épandages près des cours d'eau et sur l'absence de réseau de surveillance au Luxembourg ; CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-127/99 sur l'absence de transmission du rapport quadriennal, sur des mesures ponctuelles qui forment ou ne forment pas un programme d'action au sens de l'article 5 de la directive et sur la consistance des opérations de surveillance en Italie).

45. Sur la définition et l'application de cette notion en Allemagne, en liaison avec le contenu des programmes d'action et leur objectif de limitation globale des quantités épandues par hectare, voir CJCE, 14 mars 2003, aff. C-161/00.

46. Sur les objectifs de ce texte, voir la communication de la Commission *Prévention et réduction intégrées de la pollution chimique des eaux de surface dans l'Union européenne* [COM (2006) 398] du 17 juillet 2006.

47. Directive 2009/128/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable. Elle impose aux États membres de se fixer des objectifs de réduction des usages ou des risques. Voir aussi sur ce projet de texte COM (2006) 372 stratégie thématique concernant l'utilisation durable des pesticides et COM (2006) 373 final du 12 juillet 2006. D'autres textes ont encadré l'utilisation d'autres substances comme les polluants organiques persistants, les dioxines, etc. La directive-cadre de 2000 avait déjà dressé une liste de dix pesticides dont l'élimination était jugée prioritaire.

48. Bernard Barraqué, «Les enjeux de la directive-cadre sur l'eau de l'Union européenne», *Metropolis Flux*, 2001, nº 46, p. 70. Voir aussi pour une appréciation sur la complexité du droit communautaire avant l'intervention de la directive-cadre Christian Huglo, *La Législation communautaire de l'eau : un modèle transposable ?*, Congrès international de Kaslik (Liban), 18-20 juin 1998, Juris-classeur Environnement-France.

49. Le bon état biologique est mesuré en fonction de la présence des poissons, des invertébrés, de la flore aquatique et du phytoplancton. Des scientifiques et des juristes estiment que cette notion et ce délai n'ont aucune pertinence scientifique ou chimique parce que chaque espèce a un biotope différent et qu'un milieu se transforme et ne revient jamais à son état antérieur. Malgré ces limites, un travail minutieux est accompli pour calibrer de manière cohérente entre les États membres les modalités de description et de qualification du bon état écologique des eaux par région biogéographique. La notion de bon état écologique et le délai imparti seraient assimilables à un standard, imposant les actions à accomplir pour atteindre un objectif peu clair. Mais cet objectif débouche sur la fixation de nombreuses normes techniques, qu'il faut bien distinguer des normes juridiques. Le droit communautaire de l'eau est pour cette raison un droit essentiellement technique et qui entretient la prolifération de la norme technique.

50. Le délai fixé à 2015 peut être repoussé jusqu'à 2027 au plus tard (art. L. 212-1 V du code de l'environnement), en motivant ce report. Le niveau d'ambition d'un nombre important de pays membres à l'horizon 2015 ne semblant pas très élevé à la Commission au vu des plans de gestion qu'elle a déjà reçus, celle-ci demandera sans doute de solides justifications aux États qui utilisent largement les reports de date et n'exclut pas de recourir à la procédure d'infraction pour les reports qu'elle estimerait injustifiés. Dans son récent rapport (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, 2009, p. 36), le Conseil économique, social et environnemental indique que 40 % des masses d'eau françaises sont en bon état et que ce pourcentage devrait passer à 66 % en 2015 et 90 % en 2021 selon les objectifs retenus par le Grenelle de l'environnement. Autrement dit, même si l'article 27 de la loi du 3 août 2009 rappelle cet objectif à atteindre en 2015, il est déjà acquis que la France ne sera pas au rendez-vous : pour faciliter néanmoins son atteinte, ce même article indique que «*l'État se fixe l'objectif de ne pas recourir aux reports de délais, autorisés par la directive du 23 octobre 2000, pour plus d'un tiers des masses d'eau*». En clair, un tiers des masses d'eau n'auront pas retrouvé le bon état écologique en 2015 et l'atteinte de l'objectif sera sans doute étalée jusqu'à 2027.

51. Embrassant la totalité des aspects de la gestion de l'eau, elle s'accompagne de l'abrogation – en 2007 ou fin 2012 – de sept directives sectorielles antérieures (directives 75/440/CEE, 76/464/CEE, 77/795/CEE, 78/659/CEE, 79/869/CEE, 79/923/CEE et 80/68/CEE, elle-même revue par la directive 2006/118/CE du 12 décembre 2006 sur la protection des eaux souterraines contre la pollution et la détérioration ; pour un schéma illustratif de cette approche, voir Antoine Frérot, *L'Eau,*

pour une culture de la responsabilité, Autrement, 2009, p. 49) et par ricochet des directives 82/176/CEE sur les rejets de mercure du secteur de l'électrolyse des chlorures alcalins, 83/513/CEE sur les valeurs limites et les objectifs de qualité pour les rejets de cadmium, 84/156/CEE, 84/491/CEE sur les valeurs limites et les objectifs de qualité pour les rejets d'hexachlorocyclohexane et 86/280/CEE concernant les valeurs limites et les objectifs de qualité pour les rejets de certaines substances dangereuses relevant de la liste I de l'annexe de la directive 76/464/CEE, directives qui fixaient les standards de qualité de l'eau et qui ont été remplacées par la directive 2008/105/CE du 16 décembre 2008 établissant des normes de qualité environnementale dans le domaine de l'eau, normes que les États membres devront utiliser pour apprécier le bon état chimique des eaux de surface. Une décision nº 2455/2001/CE du 20 novembre 2001 établit la liste des substances prioritaires dans le domaine de l'eau, dont les substances dangereuses prioritaires, par suite de l'abrogation de la directive 76/464/CEE du 4 mai 1976 et modifie la directive-cadre du 2000/60/CE. Cette liste sera révisée en 2011. En bref, la DCE est aujourd'hui complétée par la directive eaux souterraines 2006/118/CE, par la directive eaux de baignade 2006/7/CE et par la directive inondations 2007/60/CE (annexe 4. II. 1).

52. De peu antérieure à la directive-cadre sur l'eau, une communication de la Commission, COM (2000) 477 final, explicite clairement les objectifs à poursuivre par les États membres à travers une tarification durable de la ressource en eau et en appliquant le principe du recouvrement des coûts. Ce principe a suscité de fortes réticences de la part des agriculteurs et des producteurs d'hydroélectricité. Il a également été interprété comme visant à réduire les subventions publiques au secteur de l'eau et à les cantonner aux secours aux plus démunis. Quant à l'impact de l'article 9 de la directive-cadre sur l'eau sur la fixation du prix de l'eau, on peut se reporter à Thierry Davy et Pierre Strosser, « Le prix de l'eau en Europe : état des lieux et mise en perspective au travers de la directive-cadre sur l'eau », *La Houille blanche*, 2003, nº 1, p. 75. Conséquence de la transposition de la directive par la loi du 21 avril 2004, l'article L. 212-1 VIII du code de l'environnement dispose que le SDAGE « *indique comment sont pris en charge par les utilisateurs les coûts liés à l'utilisation de l'eau, en distinguant au moins le secteur industriel, le secteur agricole et les usages domestiques* ». La mise en œuvre de cet article à compter de 2010 soulèvera sans doute à l'avenir de sérieux débats avec la Commission sur l'application effective du principe pollueur-payeur par grande catégorie d'usagers mais aussi sur la prise en compte du coût de la rareté.

53. Sur la différence entre *les voies navigables intérieures* et *les eaux communautaires* au sens de la directive 92/81/CE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant l'harmonisation des structures de droits d'accises sur les huiles minérales, voir CJCE, 1er mars 2007, aff. C-391/05.

54. Équateur (art. 23 de la Constitution de 1998), république démocratique du Congo (art. 48 de la Constitution du 16 mai 2005), Uruguay (art. 47 de la Constitution de 2004).

55. Article 216 § 4 de la Constitution de la Gambie de 1996 ; article 90 de la Constitution de l'Éthiopie de 1998 ; section 27 1) de la Constitution de l'Afrique du Sud de 1996 ; article 14 de la Constitution de l'Ouganda de 1995 ; article 112 de la Constitution de la Zambie de 1996.

56. Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, p. 25 et s. et p. 32 et s. La Documentation française.

57. CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique*, req. 305315 et 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique*, req. 305314.

58. Décision nº 83-166 DC sur la loi du 29 décembre 1983 (au Recueil, p. 77) s'inscrivant dans une ligne jurisprudentielle initiée dès 1971 par le Conseil d'État en ce qui concerne les établissements publics locaux tels les centres hospitaliers régionaux (Sect., 14 mai 1971, *Sieurs Fasquelle et autres*, Leb. p. 360).

59. Décision nº 2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 12 ; voir aussi la décision nº 2001-447 DC du 18 juillet 2001 sur la loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.

60. Décision nº 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 53.

61. Par exemple, décision nº 2004-501 DC du 5 août 2004, cons. 14. Voir aussi l'avis du 11 mai 2006 rendu par le Conseil d'État sur la privatisation de la société Gaz de France et sur sa qualification de monopole de fait et de service public national au sens du Préambule de la Constitution de 1946 (Rapport public 2007, p. 211).

62. Jean-Louis Gazzaniga, « La genèse de la loi sur l'eau », *Les Petites Affiches*, numéro spécial, 19 octobre 1992, p. 9 ; Raphaël Romi, « Le droit de l'eau, entre opacité et transparence », *Revue juridique de l'environnement*, 1-1993, p. 75.

63. Cette disposition est typique des « *pays neufs* ». La conjonction des intérêts agricoles et industriels naissants fait primer les intérêts individuels sur l'intérêt collectif et conduit, pour assurer l'exploitation maximale de la ressource, à rattacher l'usage de l'eau du sous-sol à la propriété du sol. Un tel droit se retrouve dans maints pays en développement. La *Ley de aguas* de 1985 est revenue sur cette distinction et rétablit l'unité juridique du régime de l'eau en prévoyant que les eaux souterraines appartiennent au domaine public hydraulique. Les autorités de bassin se voient alors confier la tenue des registres des aquifères et la délivrance des permis d'exploitation des eaux souterraines.

64. Jean-Pierre Goubert, *La Conquête de l'eau*, Robert Laffont, 1986.

65. Didier Fontaine, « Le régime juridique des eaux minérales », *Les Petites Affiches*, nº 100, 20 août 1990, p. 4.

66. La légalité des dispositions incluses dans un règlement sanitaire départemental qui ont seulement pour objet de garantir la qualité sanitaire des eaux de source n'est pas affectée par la réglementation (décret du 23 février 1973) qui organise un contrôle du volume des prélèvements d'eaux souterraines et une surveillance des installations (CE, 6 décembre 1985, *Velas*, Leb. t. p. 637).

67. La législation applicable aux eaux de source résulte de la directive 98/83/CE du 3 novembre 1998, transposée par le code de la santé publique. L'eau de source est définie à l'article R. 1321-84 de ce code comme une eau microbiologiquement saine et protégée contre les risques de pollution et comme devant satisfaire des références de qualité portant sur des paramètres microbiologiques et physico-chimiques définis par le décret nº 2007-49 du 11 janvier 2007 et son arrêté d'application du même jour. À la différence de l'eau minérale, l'eau de source n'a pas une composition minérale constante et ne peut revendiquer avoir des effets bénéfiques pour la santé. Son exploitation est subordonnée à une autorisation préalable (art. L. 1321-7 du code) et sa production et sa distribution sont soumises à des règles sanitaires strictes (Marie-Agnès Bordonneau, *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, éditions Johanet, 2009, p. 137).

68. La législation applicable aux eaux minérales résulte d'une ordonnance royale de 1823 portant règlement sur la police des eaux minérales et actuellement de la directive 80/777/CEE du 15 juillet 1980, également transposée par le code de la santé publique, et revue en mai 2003. L'eau minérale naturelle est définie à l'article R. 1322-2 de ce code comme une eau microbiologiquement saine provenant d'une nappe ou d'un gisement souterrain exploité à partir d'une ou plusieurs émergences naturelles ou forées constituant la source. Elle présente une composition minérale constante et peut présenter des effets bénéfiques pour la santé constatés par l'Académie nationale de médecine. Son exploitation suppose l'obtention préalable d'une autorisation (art. L. 1322-1 du code) et son exploitation et sa distribution sont également soumises à des règles sanitaires et à des exigences de qualité (art. R. 1322-28 et s. du code). Les dispositions de l'article 551 du code relatives à la publicité et à la propagande en faveur des produits autres que les médicaments sont également applicables aux eaux minérales lorsqu'elles sont présentées comme favorisant le traitement des maladies (avis de la section sociale du 5 mars 1974, nº 312.419). Sept cents sources sont actuellement exploitées qui alimentent une centaine de stations thermales et une cinquantaine de sites d'embouteillage.

69. Une des conséquences paradoxales de cette autonomie des différents textes est que pour une demande de concession d'énergie hydraulique, installation plus puissante, le décret du 26 septembre 2008 exige une étude d'impact plus légère – celle de l'article R. 122-3 du code de l'environnement – que celle prévue à l'article R. 214-72 du même code et exigée pour une installation soumise à simple autorisation (Bernadette Le Baut-Ferrarese et Isabelle Michallet, « Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique », *La Semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, nº 13, 23 mars 2009, p. 2071). Une autre étrangeté découlant de la loi du 30 décembre 2006 est qu'une installation autorisée ou une installation classée donnent lieu à une remise du site en état en fin de période d'autorisation ou d'exploitation, ce qui n'est pas le cas pour une concession (art. L. 214-3-1 du code de l'environnement), sans doute en partant de l'idée que la concession a vocation à être réattribuée.

70. Si les communes sont tenues en application de l'article L. 20 du code de la santé publique de déterminer, dans l'acte de déclaration d'utilité publique, le périmètre de protection contre la pollution des sources, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire à celles d'entre elles où est établi un plan d'urbanisme de prévoir dans ce plan des prescriptions destinées à assurer la protection éloignée des sources les alimentant en eau potable (CE, 2 novembre 1966, *Soc. champenoise des carburants*, Leb. p. 581).

71. La liste des périls couverts n'est pas définie de façon limitative mais par référence à l'intensité anormale d'un agent naturel (art. L. 125-1 du code des assurances). Ce régime de solidarité nationale est financé par une taxe additionnelle prélevée au taux uniforme de 6 % sur les contrats

automobiles et de 12 % sur les contrats multirisques habitation (MRH). Ces cotisations obligatoires représentent environ 3 % du montant des primes perçues par les adhérents de la FFSA pour les assurances relatives aux biens et à la responsabilité civile, une moitié pesant sur les particuliers, l'autre sur les entreprises. La prime a atteint en moyenne en 2007 20 € par contrat.

72. Selon l'IFEN, leur nombre est passé de 2 500 en moyenne durant la période 1982-1992 à 2 900 durant la période 1993-2003 ; 5 % du territoire et 8 % de la population sont exposés aux inondations.

73. La France est avec la Grande-Bretagne le seul pays à couvrir ce risque en terrain argileux, risque qui renvoie plutôt à un vice de conception ou de construction (insuffisance des fondations) qu'à un risque naturel. L'extension des garanties aux affaissements de terrain dus à des cavités souterraines ou à des marnières, à l'exclusion de ceux occasionnés par l'exploitation de mines, résulte de la loi du 25 février 2002, dont les spécialistes considèrent qu'elle est à l'origine des difficultés financières du régime (cf. 2.4.2.3.) : pour eux, il eût été logique et de loin préférable, en termes de responsabilisation, de faire porter la charge des dommages aux concepteurs ou aux constructeurs. Pour une comparaison entre les différents systèmes en Europe et aux États-Unis, voir la note ERNR2-09-79 du 29 juillet 2009 du commissariat général au Développement durable qui distingue trois modèles types et des modèles hybrides. La France appliquerait un modèle hybride proche du modèle consistant à mettre en place un dispositif public obligatoire et monopolistique d'assurance complété par des aides publiques directes mais limitant l'intervention publique à la fonction de réassurance.

74. La loi du 25 juin 1990 a étendu le régime obligatoire aux effets du vent (ouragans et cyclones) et aux quatre départements d'outre-mer. Puis la loi du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer a étendu l'indemnisation aux vents cycloniques.

75. Selon le MEEDDAT, les dommages causés par la tempête des 26, 27 et 28 décembre 1999 auraient atteint plus de 15 Mds€. Selon Swiss Ré, la France présente plutôt un bon profil de risque de ce point de vue puisque sur une période d'observation de deux cents ans les dommages liés au risque tempête ne dépassent pas 0,7 % du PIB, avec un taux de dommage non assuré (10-30 %) parmi les plus faibles (Swiss Ré, rapport Sigma, n° 2/2007). Si 15 tempêtes touchent la France chaque année, une seule peut, d'après Météo France, être qualifiée de forte (20 % des stations enregistrent un vent instantané quotidien supérieur à 100 km/h).

76. Sur la période 1982-2006, l'indemnisation des sinistres a atteint, selon la FFSA, un montant de 12,1 Mds€, se décomposant en 7,3 Mds pour les inondations (60 % du total), 4 Mds pour la sécheresse (33 %) et 0,8 Md pour les cyclones (7 %). Le taux de chargement a par ailleurs été estimé à 25,25 % du montant des primes collectées dans le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les causes d'inondation (1994). Voir aussi sur le montant des indemnisations *Les Catastrophes naturelles en France*, avril 2007, Caisse centrale de réassurance, le rapport de la *Mission d'enquête sur le régime d'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles*, La Documentation française, 2006 et une étude de l'agence de l'eau Artois-Picardie de février 2006 *Évaluation économique des dommages liés aux inondations* qui évalue ainsi la part des dommages : routes et réseaux (67 %), habitat (21 %), entreprises (7 %), agriculture (5 %). L'indemnisation est déclenchée par l'intervention d'un arrêté interministériel de classement ; 99 % des communes ont fait l'objet d'un tel arrêté depuis 1982, certaines à plusieurs reprises. La nécessité d'intervention d'un tel arrêté est contestée : elle prend du temps et la commission interministérielle, uniquement composée de fonctionnaires, ne présente guère de garantie scientifique quant aux critères de classement. Malgré ces défauts, un récent rapport du Sénat (rapport d'information n° 39 sur la situation des sinistrés de la sécheresse de 2003 et le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles) se déclare favorable au maintien de l'exigence d'un tel arrêté et préconise une déconcentration de la décision avec un mécanisme d'appel devant la commission. Le taux de reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle aurait tendance à baisser selon la CCR : ce taux est revenu de 70 % avant 2000 à moins de 60 % depuis.

77. Il arrive aussi au Conseil d'État de suggérer au gouvernement de prendre des dispositions relatives à l'eau en loi de finances. Saisi par exemple de la difficile question de la répartition de la valeur locative des chutes d'eau entre les communes intéressées par la construction du barrage de la Rance, il a recommandé de déposer un projet de loi modifiant le code général des impôts, ses dispositions ayant été rédigées en fonction des circonstances particulières aux cours d'eau de montagne et non pas aux usines marémotrices (avis de la section des travaux publics du 22 décembre 1966, n° 296.130).

78. Raphaël Romi, *Cent Fois sur le métier remettez votre ouvrage, la loi sur l'eau et le droit de l'environnement*, act. lég. Dalloz 1992, avril, 7e cahier.

79. Le droit de la sécurité sociale, qui régit le versement des aides au logement, est en harmonie avec cette exigence : un logement n'est pas considéré comme habitable et n'ouvre pas droit à l'APL si ses équipements sanitaires ne sont pas raccordés à un réseau d'évacuation des eaux usées (CE, 22 avril 1992, *Allain*, rec. t. p. 1098 dans l'hypothèse d'un raccordement à un réseau collectif).

80. Le code général des collectivités territoriales (art. L. 2224-9) impose seulement aux particuliers qui disposent d'une alimentation autonome en eau à des fins domestiques de le déclarer en mairie.

81. Une commune qui s'abstient de mettre en œuvre l'obligation de raccordement au réseau collectif d'assainissement prévue par l'article 33 du code de la santé publique et par le règlement sanitaire départemental commet une faute qui engage la responsabilité de la commune (CAA de Bordeaux, *Mme Brunet*, 16 avril 1992, Leb. t. p. 811).

82. Riccardo Petrella (sous la dir.), *L'Eau,* res publica *ou marchandise ?*, La Dispute, 2003 ; Vandana Shiva, *La Guerre de l'eau : privatisation, pollution et profit*, Paris, L'Aventurine, 2003 ; Riccardo Petrella, *Le Manifeste de l'eau pour le xxie siècle*, Fides, 2008, p. 29 et s.

83. Iustinianus Imperator, *Institutiones*, Liber II, Titulus I, « *De rerum divisione* ».

84. Cour de cassation, 3e civ., 10 juin 2009, *Commune de Le Pin*, req. no 08-14.015.

85. Cette qualification renvoie au principe de gestion équilibrée de la ressource en eau, au cœur de la réforme de 1992, plutôt qu'à une volonté de modifier le régime de propriété (cf. 2.5.2.5.). Les débats du Sénat lors du vote de la loi de 1964, qui avaient abordé cette notion (*JO* des débats du Sénat, 20 mai 1964, p. 296 et s.), montrent déjà que toute idée de nationalisation de l'eau avait été écartée à l'époque. Les conséquences juridiques de la notion de patrimoine commun, déjà utilisée par le législateur s'agissant par exemple du « *territoire français* » (art. L. 110 du code de l'urbanisme), sont très limitées : il ne s'agissait pas de faire obstacle à l'appropriation privée de l'eau par une disposition de portée normative mais plutôt dans chacun de ces deux cas d'afficher un objectif de régulation des usages publics ou privés du sol ou de l'eau à des fins de protection ou de conservation.

86. Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété / titre II : De la propriété / chapitre II : Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose / section 1 : Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

87. Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété / titre II : De la propriété.

88. Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété / titre II : De la propriété.

89. Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété / titre Ier : De la distinction des biens / chapitre III : Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent.

90. Ce rappel permet de dissiper un malentendu qu'on retrouve jusques et y compris dans la jurisprudence administrative au sujet des eaux utilisées pour fabriquer de l'énergie hydraulique. Dans ses conclusions sur l'affaire *Ministre de l'Agriculture c/ Établissements Etchegoyen* du 18 mars 1966 (rec. p. 218), le commissaire du gouvernement Jean Kahn (CJEG 1967. 299) indiquait que : « *Bien qu'elle ne figure dans aucun texte, […] l'on considère que le propriétaire d'une usine fondée en titre a, sur l'usage de l'eau, un véritable droit de propriété que l'État peut éventuellement racheter, mais dont l'exercice ne saurait être limité par l'effet d'une réglementation administrative.* » Si des arrêts plus récents soulignent que « *la force motrice produite par l'écoulement des eaux courantes ne peut faire l'objet que d'un droit d'usage et en aucun cas d'un droit de propriété* » (CE, 5 juillet 2004, *SA Laprade énergie*, AJDA, 2004, p. 2219), ces deux formulations ne sont pas contradictoires, car un droit de propriété peut se limiter, pour certains biens comme l'eau, à un droit de jouissance ou à des services fonciers à prétendre.

91. Il est remarquable que les articles 640 à 645 du code civil figurent, au sein du Livre deuxième « Des biens et des différentes modifications de la propriété », au chapitre Ier : « Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux » du Titre IV : « Des servitudes ou services fonciers » et non dans son Titre II : « De la propriété ». Liée aux « *servitudes qui dérivent de la situation des lieux* », l'eau se rattacherait ainsi à l'article 543 plutôt qu'à l'article 544. Les rédacteurs du code civil estimaient donc que l'eau posait une question juridique dont la réponse devait être fondée sur l'usage et non pas sur la propriété.

92. L'article 538 du code, qui figure au titre « De la distinction des biens » et définit la consistance de ce domaine, a été abrogé par l'ordonnance no 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques. Le toilettage du code reste à parfaire. L'annexe 6 retrace l'évolution au cours du temps du régime juridique et de la consistance du domaine public fluvial.

93. La Cour de cassation juge que le propriétaire riverain d'un cours d'eau non domanial n'est pas titulaire d'un droit de propriété mais d'un simple droit de jouissance ou d'usage au titre de l'article 644 du code civil (Cass. civ. 18 février 1931, *Rognonio c/ Salvadori*, *D. P* 1931. I. 96). Ce droit présente le caractère d'un droit réel immobilier (Cass. civ. 17 novembre 1953, CJEG 1954, Jur. p. 128 note A. C, S. 1954, I, p. 101, note Achille Mestre au sujet de l'application de l'article 6 de la loi du 16 octobre 1919). La jurisprudence du Conseil d'État est identique (CE, 16 octobre 1992, *Laroumanie*, req. 100003) : les propriétaires riverains des cours d'eau non domaniaux ne disposent sur l'eau desdits cours d'eau, qui n'est pas susceptible d'appropriation, que d'un droit d'usage qu'ils exercent dans les conditions et les limites déterminées par la loi. Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit d'un droit réel *sui generis*, car le droit d'usage s'accompagne d'une obligation de restitution et de non-altération de la qualité de la ressource.

94. Les «*cours d'eau*» depuis l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques qui a modifié le code civil en ce sens.

95. Les eaux courantes peuvent aussi faire l'objet d'un usage par les tiers ou par le public : par exemple, en l'absence de réglementation contraire (CE, 3 juillet 1987, *Dubail et Association «L'eau vive»*, Leb. p. 244 ; CE, 13 novembre 1992, *Ministre de l'Équipement c/ Ligue du centre de canoë-kayak et autres*, Leb. p. 404), la circulation des engins nautiques sur la surface des cours d'eau est libre. Lorsque le préfet réglemente cette circulation en prenant des dispositions pour que les droits des propriétaires riverains soient respectés, il ne peut la soumettre à une autorisation préalable (CE, 13 novembre 1992, *Ministre de l'Équipement c/ Ligue du centre de canoë-kayak et autres*, Leb. p. 404). Il doit tenir compte de tous les intérêts en présence (CE, 19 février 1988, *Association des propriétaires riverains et plaisanciers du Cingle de Trémolat-Cales-Mauzac*, Leb. p. 79 ; CE, 20 mars 1991, *Association « La truite de Mouthier Haute Pierre » et M^lle^ de Montrichard et autres*, Leb. p. 95).

96. Un projet de code rural, initié par le Tribunat et que la chute de l'Empire en 1814 ne permit pas de mener à terme, avait d'ailleurs envisagé d'attribuer la propriété du lit aux riverains.

97. Il est tentant de considérer comme indissolublement liés les deux éléments constitutifs de la rivière et d'assimiler la condition légale du lit à celle des eaux. L'article 552 précité y invitait : bien des auteurs s'y sont référés dans un sens ou dans l'autre, soit que le droit d'usage de l'eau légitime la propriété du lit, soit que la propriété du lit fonde le droit d'usage de l'eau. Il peut en effet étayer les deux thèses.

98. Voir à ce sujet le tome I du *Traité des eaux* d'Alfred Picard (1893), p. 197 et s.

99. Après avoir rendu une série d'arrêts qui tranchaient la question de manière implicite, la Cour de cassation rendit en 1846 un arrêt qui portait à la fois sur le lit et sur les eaux en ces termes : «*Attendu qu'un cours d'eau se compose essentiellement et de ses eaux et du lit sur lequel elles s'écoulent ; […] que ces droits d'usage* [la Cour vient de rappeler les dispositions de l'article 644] *spécifiés et limités sont exclusifs du droit à la propriété du cours d'eau ; que les cours d'eau non navigables ni flottables n'appartenant point aux propriétaires riverains d'après les dispositions ci-dessus* [de l'article 563 du code civil antérieures à la loi de 1898 […] en vertu desquelles si "*se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit […]*"]. » La loi de 1898 est revenue sur ce point (cf. annexe 7).

100. Si la Cour de cassation a toujours reconnu les aliénations consenties par les seigneurs (il ne s'agit donc pas de la couronne) sous le régime féodal, pourvu que ces aliénations aient été faites à titre irrévocable (Voir par ex. Cour de cassation, req., 23 ventôse an X, *Commune de Greisembach c/ Presseler* ; req., 19 juillet 1830, *Buyer, Michel et autres c/ Dormoy*), la Cour de cassation n'était pas liée dans ces affaires par le code civil ni *a fortiori* par son article 563 dans sa rédaction de 1804.

101. Ces dispositions s'appliquent, depuis l'origine, indifféremment aux cours d'eau domaniaux qui appartiennent à l'État (désormais à toute personne publique) et aux cours d'eau non domaniaux, sauf en ce qui concerne certains points de procédure. Ce raisonnement donne un fondement théorique au droit de la personne publique sur le lit du cours d'eau domanial, droit alors exclusif de celui du riverain.

102. La doctrine retient souvent une autre interprétation tirée de ce que le riverain a un droit sur les alluvions, atterrissements, îles, etc., fondé sur les inconvénients liés à la proximité du cours d'eau (débordements…). Ce raisonnement figure aussi dans l'avis du Conseil d'État relatif au droit de pêche des rivières non navigables du 30 pluviôse an XIII : «*…les propriétaires riverains sont exposés à tous les inconvénients attachés au voisinage des rivières non navigables… ; que les lois et arrêtés du gouvernement les assujettissent à la dépense du curage et à l'entretien de ces rivières, et que, dans les principes de l'équité naturelle, celui qui supporte les charges doit aussi jouir des bénéfices*». Il fait peu de cas des avantages, plus nombreux, qui s'attachent à la proximité même du cours d'eau.

103. Lorsque les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne tracée au milieu du cours d'eau. Les contestations sur les limites des propriétés riveraines au milieu du lit relèvent des tribunaux judiciaires et un préfet excède ses pouvoirs lorsqu'il détermine la portion du lit dépendant de la propriété de l'auteur de la demande (CE, 8 avril 1933, *Boucher*, rec. p. 454). L'article L. 215-2 du code de l'environnement reconnaît par ailleurs aux propriétaires des rives le droit d'extraire certains éléments de la fraction du lit leur appartenant, à condition de ne pas modifier le régime du cours d'eau. Le propriétaire doit aussi entretenir régulièrement le cours d'eau et sa rive (art. L. 215-14 du code de l'environnement).

104. C'est en leur qualité de propriétaires riverains qu'ils n'ont, en vertu de l'article L. 215-1 du code de l'environnement, «*le droit d'user de l'eau courante qui borde ou qui traverse leurs héritages que dans les limites déterminées par la loi. Ils sont tenus de se conformer, dans l'exercice de ce droit, aux dispositions des règlements et des autorisations émanant de l'administration*». Si ce droit d'usage, de caractère réel, est attaché selon la doctrine et la jurisprudence à leur qualité de propriétaire du fonds et présente une nature immobilière, le droit de pêche, qui appartient à chacun des deux propriétaires riverains d'un cours d'eau non domanial jusqu'au milieu du cours d'eau en leur qualité de propriétaire du fonds (art. L. 435-4 du code de l'environnement), est plutôt rattaché à leur situation de riverain et présenterait, même si le droit de pêche ne peut être séparé du fonds (CE, avis du 19 octobre 1811, Répertoire Dalloz de jurisprudence générale, Pêche fluviale, p. 443 ; Cass. civ., 30 mars 1885, D.P. 1885. I. 348), le caractère d'un droit personnel qui compenserait pour le riverain les charges d'entretien du cours d'eau. Le propriétaire riverain peut également, sous certaines conditions, exécuter des travaux au-dessus de ce cours d'eau ou le joignant (art. L. 215-9 du même code) et il revient à ce dernier d'autoriser ou non l'exercice du droit de pêche par les tiers. Le droit de pêche appartient à l'État sur les cours d'eau domaniaux (art. L. 435-1 I du code de l'environnement et annexe 6 sur le domaine public fluvial).

105. Des lois spéciales ont ainsi réglé les usages de l'eau, pour les cours d'eau tant domaniaux que non domaniaux, afin de résoudre les «*conflits d'usage*» résultant de la conquête de la «*houille blanche*» ou de la volonté d'étendre les terres irriguées ou gagnées, par des aménagements, sur le lit du fleuve. Par exemple :
– La loi dite «Rhône» du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône de la frontière suisse à la mer a préludé à la fondation en 1933 de la Compagnie nationale du Rhône (CNR), en vue d'organiser l'aménagement hydraulique et électrique du Rhône. En 1934, l'État lui a confié la concession unique du fleuve avec trois missions (la production d'électricité, la navigation et l'irrigation et autres usages agricoles), étant précisé que confier en outre à la CNR la mission de réaliser la liaison fluviale à grand gabarit Rhin-Rhône aurait supposé que la loi modifie l'objet de cette compagnie (avis de la section des travaux publics du 13 septembre 1977, nº 320.118), ce qui a été fait par la loi nº 80-3 du 4 janvier 1980 relative à la Compagnie nationale du Rhône, que la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (cf. annexe 4. II. 3) n'a pas pour effet de remettre en cause la concession d'exploitation de l'électricité hydraulique du Rhône consentie à la CNR (avis de l'assemblée générale du 24 septembre 1998, nº 362.487) mais que la réalisation d'un aqueduc destiné à vendre l'eau du Rhône en Espagne aurait impliqué de modifier la concession de la Compagnie nationale d'aménagement de la région du bas Rhône et du Languedoc (avis de la section des travaux publics du 14 octobre 1997, nº 361.075) ;
– Une loi du 11 juillet 1907 a créé une commission exécutive de la Durance (dans un contexte où la puissance installée en 1900 sur la Durance aurait atteint 63 500 MW et de succession d'années de sécheresse : 1895, 1896, 1899, 1903, 1904, 1906…). Elle sera suivie de la loi du 25 avril 1923 pour la constitution de réserves dans les vallées de la Durance et du Verdon, puis de la loi du 13 août 1954 (déclaration d'utilité publique du barrage de Serre-Ponçon et du canal vers l'étang de Berre), de la loi du 5 janvier 1955 d'aménagement de Serre-Ponçon et de la basse Durance (expropriations et dispositions concernant l'agriculture), de la loi du 15 mai 1963 pour la concession à la Société du canal de Provence de la dérivation des eaux du Verdon.

106. Après avoir figuré au code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure. Elle est complétée par l'alinéa suivant : «*Les décisions d'autorisation fixent les dispositions nécessaires pour assurer notamment la sécurité des personnes et la protection de l'environnement*», qui impose une garantie sur la nature des prélèvements autorisés.

107. Assise sur les volumes prélevés et dénommée taxe hydraulique (cette taxe a rapporté 125 M€ à VNF en 2008).

108. Après une première tentative, restée incomplète, *via* l'institution de «*zones spéciales d'aménagement des eaux*» par la loi nº 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. À l'intérieur de ces zones, l'autorité administrative

était investie de pouvoirs étendus pour veiller à ce que prélèvements d'eau et restitution des eaux soient conformes à l'intérêt général.

109. Sur l'histoire juridique de l'eau pluviale, voir le tome I du *Traité des eaux* d'Alfred Picard (1893).

110. Cour de cassation, req., 16 mars 1853, *Vignave c/ Vignave* ; 9 avril 1856, *Solacrous c/ Lacassagne*.

111. Articles 546 et 551 du code civil. L'article 551 dispose : « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire.* »

112. La jurisprudence sur ces articles du code civil est toujours abondante : l'annexe 8 en fournit un résumé.

113. L'article 642 du code de 1804 précise sur ce point que : « *La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours d'eau dans sa propriété.* »

114. La délibération d'un conseil municipal approuvant la location du droit de capter l'eau d'une source appartenant à un propriétaire privé et sous-louant ce droit à un autre propriétaire privé ne constitue pas un acte détachable des contrats de droit privé conclus entre la commune et ces deux personnes privées. Incompétence de la juridiction administrative pour en connaître (CE, 8 juin 1998, *Maurice*, Leb. p. 219).

115. La jurisprudence judiciaire a précisé la notion d'eau de source formant un cours d'eau. Cet argument fut utilisé au Sénat par des opposants au décret qui avait déclaré d'utilité publique l'aqueduc devant acheminer vers Paris sur 130 km et 157 km l'eau des sources de la Dhuys et de la Vanne (qui donnaient à l'époque 20 000 et 100 000 m^3 par jour) acquises à l'amiable par la Ville de Paris en 1863 et 1864 en vertu d'un traité indemnisant les habitants à l'aval. Le sénateur Tourangin invoqua, pour appuyer une pétition collective, l'article 643 en ces termes : « *Je me demande si un simple décret peut détruire un droit qui est accordé par une loi. C'est une loi qui accorde un droit aux propriétaires dont les héritages sont baignés ou traversés par un cours d'eau. Ils peuvent s'en servir, les uns pour des irrigations, les autres pour faire marcher des usines, pourvu qu'ils rendent l'eau à sa destination ; car l'eau est une espèce de bien commun. Personne ne peut la séquestrer, chacun a le droit d'en jouir, mais à condition de la rendre, afin que les autres puissent en user à leur tour. […] On nous dit : nous indemniserons ces propriétaires de moulins, de prairies, Mais l'offre d'une indemnité ne donne pas le droit de déposséder. Ces populations jouissent des cours d'eau en vertu du droit civil et du droit naturel. On peut, sans être socialiste, dire que le premier droit des populations, c'est le droit à l'eau. […] Là où il y a un cours d'eau, là il y a des maisons, des villages, des hameaux, des fermes. Toutes ces populations qui se groupaient là, en raison de ces eaux, se trouvent tout à coup dans le désert ; elles n'ont plus d'eau, que deviendront-elles ?* » Le rapporteur ayant constaté sur place que de multiples autres sources existaient à proximité et que le risque permanent d'inondation l'emportait, le Sénat ne considéra pas le décret inconstitutionnel et conclut au renvoi de la pétition au ministre.

116. Tel est le sens de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1858 qui a rejeté les prétentions formulées par l'exploitant d'une usine située sur la rivière de Gournay à la suite du détournement par la Compagnie des eaux du Havre des sources de Saint-Laurent à l'amont.

117. Voir en ce sens le tome I du *Traité des eaux* (1893) d'Alfred Picard p. 75 et suivantes, qui cite une très abondante jurisprudence, en commençant par Cour cass., civ., 29 novembre 1830, *Commune de Fagnon c/ Massé*.

118. La phrase est d'Alfred Picard (tome I du *Traité des eaux*) qui cite en particulier l'arrêt de la Chambre des requêtes du 4 décembre 1860 qui a attribué l'indemnité d'expropriation d'une source à un propriétaire qui, au moyen de tranchées ouvertes postérieurement à la déclaration d'utilité publique, avait détourné les eaux et les avait fait émerger sur son fonds.

119. Tel est encore le cas aujourd'hui. Les articles 2 et 3 énumèrent les substances concernées (les sels de sodium et de potassium à l'état solide ou en dissolution ; les gîtes géothermiques dont on peut extraire de l'énergie sous forme thermique, notamment par l'intermédiaire des eaux chaudes et vapeurs souterraines qu'ils contiennent) mais l'eau douce n'y figure pas.

120. Par ex : Cour cass., req., 4 janvier 1841, *de Lavernède c/ Allègre* ; voir en ce sens le tome I du *Traité des eaux* d'Alfred Picard (1893), p. 79 et s.

121. Disposition reprise à l'article 2 du code minier : « *Sont considérés comme mines les gîtes connus pour contenir : […] – des sels de sodium et de potassium à l'état solide ou en dissolu-*

tion (les eaux salées), à l'exception de ceux contenus dans les eaux salées utilisées à des fins thérapeutiques ou de loisirs […]. »

122. Article L. 1322-4 de ce code, par exemple : « *Aucun sondage, aucun travail souterrain ne peuvent être pratiqués dans le périmètre de protection d'une source d'eau minérale naturelle déclarée d'intérêt public, sans autorisation préalable […].* »

123. Cour de cassation, 3e civ., 26 novembre 1974, *Société civile de gérance du domaine de Cheffontaine*, req. no 73-12.124 dont l'attendu de principe précise : « *En vertu des articles 552 et 642 du code civil, un propriétaire a le droit de capter sur son fonds non seulement les eaux d'une source qui y prend naissance, c'est-à-dire les eaux qui sortent du sol, mais aussi les eaux souterraines qui s'infiltrent ou s'écoulent dans son héritage et ce quel que soit le dommage qui en résulte pour les propriétaires des fonds inférieurs à condition toutefois qu'il n'abuse pas de ce droit et que notamment il n'agisse pas par malveillance ou sans utilité pour lui-même ; ces propriétaires subissent ainsi les inconvénients normaux auxquels toute propriété est exposée.* »

124. Si l'article 46 de la loi 92-3 du 3 janvier 1992 abroge expressément le décret-loi du 8 août 1935, il n'avait pas abrogé explicitement les décrets d'extension de ce décret-loi. Ces décrets ont été explicitement abrogés, dans un souci de clarification, par le décret no 97-304 du 28 mars 1997. Sur leur régime juridique, voir Pierre Descroix, *Le Régime juridique des eaux souterraines en France et à l'étranger*, Pedone, 1943.

125. Ce décret visait à mettre un terme à la surexploitation, notamment, de la nappe de l'albien à Paris, nappe aquifère, située à environ 600 m de profondeur sous le Bassin parisien, exploitée dès 1841 et à l'époque puits artésien. Le seuil de 80 m a été fixé en fonction de l'état des techniques de l'époque.

126. Les litiges relatifs à l'exercice de la servitude d'écoulement d'eaux pluviales vers un ruisseau (art. L. 152-23 du code rural) dont le lit aurait été comblé par un syndicat des eaux relève des tribunaux judiciaires (TC, 6 mai 2002, *Société S c/ Syndicat des eaux de Molsheim*, Leb. t. p. 731).

127. Y compris naturellement pour les eaux non domaniales. L'article L. 215-13 du code de l'environnement dispose : « *La dérivation des eaux d'un cours d'eau non domanial, d'une source ou d'eaux souterraines, entreprise dans un but d'intérêt général par une collectivité publique ou son concessionnaire, par une association syndicale ou par tout autre établissement public, est autorisée par un acte déclarant d'utilité publique les travaux.* »

128. Stéphane Ghiotti, *Le Bassin-versant en question. Le modèle français de gestion de l'eau et les limites de son application au Liban*, *in* Benoît Antheaume et Frédéric Giraut (sous la dir.), *Le territoire est mort, vive les territoires*, IRD éditions, 2005, p. 249.

129. Alexandre Kim, « Concept de bassin hydrographique », *Revue juridique de l'environnement*, 1993, p. 55 ; Sylvie Vieillard-Coffre, *Gestion de l'eau et bassin-versant, de l'évidente simplicité d'un découpage naturel à sa complexe mise en pratique*, in *Géopolitique de l'eau*, La Découverte, coll. « Hérodote », no 102, p. 139. Stéphane Ghiotti, dans son article *Les Territoires de l'eau et la décentralisation. La gouvernance de bassin-versant ou les limites d'une évidence*, mis en ligne le 10 février 2006 (http://developpementdurable.revues.org/index1742.html), retrace les trois grandes étapes de la mise en place, depuis le XVIIIe siècle, d'une gestion territoriale de l'eau. La création des agences de bassin correspond aussi, en 1964, à la prise en compte d'une nouvelle dimension de l'eau, l'eau comme « milieu » autant que comme « ressource ». Le territoire est découpé en 6 190 zones hydrographiques, elles-mêmes agrégées en 1 140 sous-secteurs. Le réseau national des données sur l'eau agrège ces dernières en identifiant 55 bassins-versants. Les jeux de données géographiques servant à la création des documents et cartes associés aux SDAGE utilisent en effet les règles de codification spécifiées par le SANDRE selon l'arrêté du 17 mars 2006 relatif au contenu des SDAGE. Six bassins hydrographiques ont été identifiés en métropole : Artois-Picardie, Seine-Normandie, Loire-Bretagne, Rhin-Meuse, Adour-Garonne et Rhône-Méditerranée-Corse. Le poids des agences correspondantes est inégal : l'agence Artois-Picardie a une superficie de bassin-versant de 19 700 km², gère 250 km de côte et 6 700 km de cours d'eau avec un budget de 151 M€ en 2008 ; pour la plus grosse, Seine-Normandie, les chiffres correspondants sont les suivants : 100 000 km², 600 km, 70 000 km et 814 M€ ; pour la plus vaste, Loire-Bretagne, les mêmes chiffres sont : 155 000 km², 2 600 km, 135 000 km et 212 M€. Dans son *Plan d'ensemble pour la transformation de l'appareil hydraulique de la France* (Paris, Dunod, Librairie des corps des Ponts et Chaussées et des Mines, 1871), Aimé Thomé de Gramond avait suggéré de retenir cinq grands bassins hydrographiques. L'article 1er de l'arrêté du 16 mai 2005 portant délimitation des bassins ou groupements de bassins en vue de l'élaboration des SDAGE identifie pour sa part huit bassins ou districts hydrographiques au sens de la DCE en France métropolitaine (Escaut, Somme et cours d'eau côtiers de la Manche et de la mer du Nord ; Meuse ; Sambre ; Rhin ; Seine et cours d'eau côtiers normands ; Loire et cours d'eau côtiers vendéens et bretons ;

Rhône et cours d'eau côtiers méditerranéens ; Adour, Garonne, Dordogne, Charente et cours d'eau côtiers charentais et aquitains), les cours d'eau de la Corse et cinq bassins outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion et Mayotte). Il rattache aux différents bassins les masses d'eau souterraines et maritimes couvrant plusieurs bassins.

130. La France dispose de 8 245 km de côtes, avec des milieux littoraux variés sur le plan biologique mais fragiles. La gestion de ces espaces interfère naturellement avec celle de l'eau douce (phénomènes de pollution ou de salinisation, etc.). Le linéaire côtier atteint 5 533 km pour la métropole et la Corse (Service d'étude et d'aménagement touristique littoral, 1974).

131. 25 000 emplois sont publics, ce qui correspond à 1,5 % des effectifs des collectivités territoriales. Les autres sont privés.

132. Peu de rapports publics s'intéressent à l'état des forces en matière de recherche privée et publique. Le Conseil économique, social et environnemental en a récemment brossé un tableau, faisant aussi l'inventaire des axes de recherche les plus prometteurs (*Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport présenté par Marie-José Kotlicki, 2008, p. II-88 et s.). La recherche publique serait sous-financée et manquerait de visibilité à long terme. Ce n'est pas le point de vue des organismes publics de recherche, et notamment de l'ONEMA qui est désormais tête de réseau en la matière. Hormis dans quelques domaines comme l'hydrobiologie ou l'hydrotoxicologie, les scientifiques français participent activement aux réseaux européens tel le réseau PERR (*Partnership for European Environmental Research*) et la thématique de l'eau serait dans l'ensemble bien couverte en France.

133. Créé en 1981 avec un statut d'établissement public de recherche, le CEMAGREF est un établissement public à caractère scientifique et technologique, qui emploie 1 400 personnes, dont 950 fonctionnaires, et gère un budget annuel de plus de 100 M€. Il dispose d'un département eaux (ressources, milieux, usages et risques), doté de 250 fonctionnaires. Pour une description de ses axes de recherche entre 1981 et 2006, notamment sur l'hydroécologie, les transferts d'eau, les inondations, l'écotoxicologie aquatique, l'irrigation, l'épuration ou la cartographie et les systèmes d'information, on peut se reporter à *Récits de recherche partenariale pour l'ingénierie de l'agriculture et de l'environnement*, CEMAGREF, 2007. Le CEMAGREF est également un centre d'expertise pour des sujets tels que les inondations, le drainage, la sécurité des ouvrages hydrauliques, des digues et des barrages et les risques liés aux écoulements et vulnérabilités de ces ouvrages, les pollutions diffuses d'origine agricole.

134. Guy Meublat et Philippe Le Lourd, « Les agences de bassins : un modèle français de décentralisation pour les pays émergents. La rénovation des institutions de l'eau en Indonésie, au Brésil et au Mexique », *in* « Les nouvelles politiques de l'eau. Enjeux urbains, ruraux, régionaux », *Revue Tiers Monde*, Guy Meublat (sous la dir.), PUF, t. XLII, nº 166, avril-juin 2001, p. 375.

135. Dominique Drouet, « La recomposition du secteur de l'eau en Europe », *Réseaux*, vol. VII, nº 35, 1989, p. 37 ; Dominique Lorrain, « Retour sur la dérégulation des réseaux techniques (1985-2001) », *Flux*, 2001/2-3, nº 44, p. 4 ; Stéphane Rodrigues, « La régulation communautaire des services publics de réseaux. Vers une théorie générale de la "concurrence régulée" ? », *Flux*, 2001/2-3, nº 44, p. 80.

136. La privatisation pure concerne moins de 1 % des eaux distribuées dans le monde. La privatisation des infrastructures est généralement déconseillée du point de vue des usagers : l'exploitant privé qui a racheté un réseau public incorpore dans le prix de vente de l'eau le coût de son acquisition alors que la tarification de l'eau à l'usager n'inclut pas cette composante tant que les infrastructures restent publiques. Le principe du recouvrement des coûts auprès de l'usager conduit néanmoins tout exploitant, public ou privé, à inclure dans le prix une provision pour reconstitution du réseau, spécialement si ce dernier doit revenir à la collectivité à la fin d'un contrat de délégation.

137. Des électriciens et des gaziers, allemands, espagnols ou italiens surtout, entrent aussi à l'époque sur le marché de l'eau (RWE, E. ON, Enel, Endesa…).

138. Les Services collectifs d'eau et d'assainissement en France. Données économiques, sociales et environnementales, BIPE/FP2E, janvier 2008, p. 31.

139. C'est aussi à cette époque que s'organise la contestation internationale de la « privatisation » de l'eau. La Coalition mondiale contre la privatisation de l'eau prend forme en février 2002 à Porto Alegre. À Florence, en 2003, lors du 1er Forum alternatif mondial de l'eau, s'esquisse également l'idée d'une assemblée mondiale des élus et des citoyens pour l'eau (AMECE), qui verra finalement le jour en 2007 à Bruxelles.

140. Ce conflit a fait un mort et des dizaines de blessés et a déclenché l'état de siège.

141. Gagné en 1993, ce contrat prévoyant la desserte universelle de 10 millions d'habitants sur une durée de trente ans a été le plus important du monde. Sur les raisons de son interruption et les résultats atteints, voir Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 93. Cet auteur procède par ailleurs à une analyse intéressante des erreurs et des enseignements tirés de ces partenariats public-privé (*ibidem*, p. 98) : il mentionne, entre autres, l'impossibilité de recouvrer tous les coûts (cf. 1.4.3.) et le risque de financement en devise étrangère lorsqu'il a pour contrepartie des recettes en devise locale dans un pays où n'existe pas un marché financier pour les risques sous-souverains (ceux des collectivités territoriales). Voir aussi Bernard de Gouvello, *La Recomposition du secteur de l'eau et de l'assainissement en Argentine à l'heure néolibérale. Lecture au travers du phénomène coopératif*, thèse d'urbanisme soutenue en avril 1999 à l'ENPC, Champs-sur-Marne et *Les Services d'eau et d'assainissement en Argentine à l'heure néolibérale. La mondialisation des « modèles » à l'épreuve du territoire*, Paris, L'Harmattan, coll. « Villes et entreprises », 2001.

142. Sylvy Jaglin, « Quelques pistes de réflexion sur les PPP à partir des expériences africaines », *in* Sarah Botton (sous la dir.), *Les Multinationales de l'eau et les marchés du Sud : pourquoi Suez a-t-elle quitté Buenos Aires et La Paz ?*, Gret, coll. « Débats et controverses », nº 1, juin 2007 ; UNESCO, IHP, « Urban water conflicts. An analysis of the origins and nature of water-related unrest and conflicts in the urban context », Paris, *Unesco working series*, SC-2006/WS/19, 2006 ; World Bank, *Does Private Sector Participation Improve Performance in Electricity and Water Distribution ?*, 2008 ; World Bank, *Public Private Partnerships for Urban Water Utilities : A Review of Experiences in Developing Countries*, 2009. Voir aussi *La Distribution de l'eau : participation du secteur privé et politiques sociales sont-elles compatibles et à quel prix ?*, séminaire organisé par l'AFD le 15 juin 2006.

143. D'où l'apparition de joint-ventures public-privé avec financement mixte et implication des autorités locales dans le financement des investissements, modèle estimé plus stable dans le temps et de nature à éviter les renégociations fréquentes de contrats. Le partenaire privé apporte surtout la technologie et le management et assume principalement les risques commerciaux et opérationnels. Voir sur ce point Lise Breuil, *Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement. Comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance*, thèse Engref, spécialité gestion-science de l'eau soutenue le 22 novembre 2004.

144. La moitié des habitants des métropoles sud-américaines étant considérés comme pauvres (moins de 240 $ de revenu par mois), ils n'ont pas pu supporter les hausses de tarif (à Buenos Aires, une facture bimensuelle moyenne de 60 $), pratiquées par les concessionnaires pour mettre à niveau et étendre les réseaux. Résoudre une telle équation économique passe par la différenciation entre les niveaux de service (fontaine collective, etc.) et par des innovations tarifaires, dont le branchement ou la tarification sociale.

145. CE, 27 avril 1877, *Ville de Poitiers et Ville de Blois*, rec. p. 385 et CE, 6 mai 1921, *Ville de Troyes*, rec. p. 443 dans des litiges relatifs à l'assujettissement à la patente.

146. Stéphane Duroy, *La Distribution d'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, LGDJ, 1998. Une partie de la doctrine, Hauriou en tête, estime être en présence d'un service public local par nature. Le Conseil d'État se serait également référé jusqu'à la fin des années 1930, dans certaines de ses décisions, à l'existence d'un service communal par nature, en l'absence de disposition législative expresse. Une autre partie de la doctrine (Léon Duguit, Jèze et plus tard André de Laubadère et Jean Rivero) considère qu'il n'existe pas d'intérêts locaux par nature et qu'il appartient à la loi de déterminer les compétences locales.

147. L'ouverture de bains douches ou de lavoirs municipaux est également rattachée à cette compétence par la doctrine à une époque où les préoccupations d'hygiène et de santé publique justifient l'intervention de la puissance publique dans de nouveaux domaines de la vie en société.

148. Sollicité sur le point de savoir si le conseil municipal était compétent pour accorder une concession de distribution d'eau et de lumière pour toutes les voies publiques du territoire communal, même pour celles de la grande voirie, le Conseil d'État a estimé qu'il s'agissait dans les deux cas de services municipaux et que le corps municipal était seul compétent pour passer les traités de concession relatifs à ces services, sauf l'approbation de l'administration supérieure, mais que le corps municipal n'avait pas à intervenir lorsque les canalisations ou installations à faire sur les routes nationales et départementales ne devaient pas faire l'objet d'une concession (avis des sections des travaux publics et de l'intérieur réunies du 27 juin 1893, nº 96.141). Au vu de cet avis, une circulaire du 15 août 1893 a mis fin aux difficultés provenant de la coexistence éventuelle sur le territoire d'une même commune de deux sociétés de distribution autorisées l'une par la commune à occuper le domaine communal, l'autre par le préfet la grande voirie. Cette circulaire confie

au conseil municipal la compétence exclusive pour autoriser dans les contrats de délégation toutes les occupations du domaine public, à charge pour lui d'obtenir l'autorisation du préfet en ce qui concerne l'occupation de la grande voirie. En revanche, la pose par une commune d'une canalisation dans le sous-sol d'une parcelle privée, sans avoir soit exproprié, soit institué des servitudes, soit obtenu l'accord amiable du propriétaire, constitue une emprise irrégulière (TC, 4 novembre 1991, *M^me^ Antichan*, Leb. p. 478 ; CE, *commune d'Arlos*, 8 mars 2002, Leb. p. 657). Il en va de même lorsque le tracé de la canalisation diffère substantiellement de celui qui a été autorisé (TC, 21 juin 2004, *SCI Camaret c/ SIVOM de la région d'Issoire et des communes de la banlieue sud-clermontoise*, Leb. p. 634). Si la compétence est alors judiciaire, notamment pour ce qui concerne l'indemnisation des servitudes (CE, 11 février 1987, *Société papeterie et cartonnerie du Moulin Picon*, Leb. t. p. 636), elle ne peut pas porter sur la suppression ou le déplacement de l'ouvrage public, qui demeure par nature de la compétence du juge administratif (TC, 17 décembre 2007, *M. et M^me^ Delhaye c/ Ville d'Etaples et Société des eaux du Touquet*, Leb. t. p. 1114). Le classement d'une voie dans le domaine public communal entraîne, en vertu de l'article L. 1331-2 du code de la santé publique, l'incorporation au réseau public d'assainissement de la commune du réseau privatif implanté sous cette voie (CAA Versailles, 30 juin 2009, *Syndicat intercommunal pour l'assainissement de la région de Villeneuve-Saint-Georges*, req. n° 08VE01243).

149. Cette solution avait été esquissée dans un avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 1^er^ juin 1954 (n° 264.238). Interrogé sur la question de savoir si les départements ne pouvaient pas créer de régies de SPIC en dehors des cas prévus par des textes spéciaux ou si au contraire une telle création est en principe permise dans la mesure où elle répond à un intérêt départemental et permet de suppléer soit à l'impossibilité d'intervention d'une autre personne publique ou privée, soit à la carence ou l'insuffisance de telles interventions dans le domaine considéré, il avait répondu que « *lorsque est reconnu à la fois l'existence d'un intérêt départemental et la carence ou l'insuffisance des initiatives privées, rien ne s'oppose en principe à ce que le conseil général décide que le SPIC dont la création est ainsi reconnue légitime sera géré directement par le département dans le cadre des règles budgétaires posées par le titre V de la loi du 10 août 1871 et les textes pris pour son application* ».

150. Sur ce point aussi, le droit de l'eau dissimule des complexités insoupçonnables au profane. Les ASA, qui sont des établissements publics administratifs (cf. annexe 15), peuvent assumer la gestion d'un service industriel et commercial. Mais, si le principe de spécialité, découlant de l'article 1^er^ de la loi du 21 juin 1865, permet l'exécution et l'entretien de travaux d'assainissement et de création d'une adduction d'eau, spécialement dans le cas d'un lotissement soumis aux articles R. 315-6 et 315-8 du code de l'urbanisme, il fait obstacle à ce qu'une ASA exerce une activité de distribution, qui excéderait son domaine légal d'intervention (avis de la section de l'intérieur du 12 juillet 1994, n° 356.235).

151. La loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 (art. L. 3451-1 et s. du CGCT) a conforté une exception antérieure pour Paris et le territoire de l'ancien département de la Seine : la compétence transport intercommunal et épuration est exercée depuis 1970 par quatre départements (Paris, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne) au sein du Syndicat interdépartemental d'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP), qui a le statut d'une entente interdépartementale. Le législateur a ainsi séparé en région parisienne la gestion de l'épuration de celle de l'eau potable. La loi du 30 décembre 2006 (art. 63) a retouché ces textes en ajoutant que « *l'assainissement collectif des eaux usées […] comprend leur collecte et leur transport, lorsque les communes, leurs établissements publics de coopération ou leurs syndicats mixtes n'y pourvoient pas, leur épuration et l'élimination des boues produites. Ils peuvent assurer également, dans les mêmes circonstances, la collecte, le transport, le stockage et le traitement des eaux pluviales* ». Les quatre départements et le SIAAP peuvent également assurer tout ou partie de l'assainissement collectif et de la gestion des eaux pluviales des communes situées dans ces quatre départements dans des conditions fixées par convention.

152. Les prestations correspondantes peuvent consister, à la demande du propriétaire, à entretenir ou réhabiliter les installations, à traiter les matières de vidange ou à fixer des prescriptions techniques pour l'implantation d'une installation. La responsabilité de l'entretien de l'installation incombe en effet au propriétaire (art. L. 1331-1-1 du code de la santé publique) qui doit par exemple faire vidanger son installation par une personne agréée. Le décret du 3 juin 1994 pris en application de l'article 35-I de la loi du 3 janvier 1992 (art. L. 2224-8 du CGCT) et déterminant l'étendue des prestations correspondantes est entré en vigueur dès la publication de ce décret et sans qu'aient été publiés les arrêtés interministériels qui ont fixé les prescriptions techniques applicables aux systèmes d'assainissement non collectif et défini les modalités du contrôle de ces systèmes par les communes (CE, *Demailly*, 14 novembre 2001, Leb. t. p. 820). Aucun texte ne permettant à l'époque de distinguer entre les dépenses afférentes au contrôle de ces systèmes et celles

relatives à leur entretien, une même redevance pouvait être perçue auprès de l'usager alors même qu'il ne souhaitait pas bénéficier de la prestation d'entretien de son installation (*ibidem*).

153. L'entretien constituant une compétence facultative des communes, son transfert à un EPCI ou à un syndicat mixte confère à ce groupement la faculté de choisir d'effectuer ou non l'entretien. Cette faculté de choix est incluse dans la compétence assainissement lorsque celle-ci est transférée de manière globale. Lorsque cette faculté est liée au transfert à un EPCI ou à un syndicat mixte, les communes qui avaient, précédemment au transfert de compétences, mis en place un service d'entretien ne peuvent pas le conserver, alors même que le groupement choisirait de ne pas assurer l'entretien. Toutefois, afin de permettre la continuité du service rendu à l'usager, lorsque plusieurs ou l'ensemble des communes avaient institué le service d'entretien avant de transférer la compétence facultative à un EPCI ou à un syndicat mixte, il est recommandé à ce dernier d'exercer l'entretien.

154. La collecte et l'évacuation des eaux pluviales provenant des dépendances de la voirie routière (chaussées, caniveaux…) ne dépendent pas de ce service communal mais constituent une activité accessoire de la gestion de cette voirie.

155. Ces aides, qui ont représenté 38,7 % de l'investissement total, ont, entre 1981 et 1985, été financées à hauteur de 34 % par le FNDAE (cf. note 246), de 2,7 % par l'État, de 53 % par les départements et de 3,6 % par les régions (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 172). Sur le rôle du département voir Agnès Grandgirard, Rémi Barbier et Marie Tsanga Tabi, *Le Département, un acteur clef de la politique de l'eau*, CEMAGREF, 2008.

156. On estime le montant des investissements consacrés en 2003 à l'eau par les départements à 750 M€, se décomposant en 70 % de subventions aux communes et 30 % pour leurs investissements propres. Les subventions aux communes sont affectées à hauteur de deux tiers à l'assainissement et d'un tiers à l'eau potable.

157. Le décret nº 2007-1868 du 26 décembre 2007 relatif à l'assistance technique fournie par les départements à certaines communes et à leurs groupements dans les domaines de l'assainissement, de la protection de la ressource en eau, de la restauration et de l'entretien des milieux aquatiques a défini, en application de l'article 73 de la loi du 30 décembre 2006 qui a érigé ce service en SIEG, les communes – et leurs groupements – susceptibles de bénéficier de cette assistance, précisé les missions pouvant en faire l'objet ainsi que les modalités de passation des conventions correspondantes. De nombreux départements avaient déjà mis en place un service d'assistance technique aux exploitants de stations d'épuration (SATESE) et fréquemment étendu la compétence de ces services à l'assainissement non collectif après le vote de la loi de 1992.

158. Ces chiffres relatifs aux dépenses environnementales des départements et des régions proviennent d'une étude de l'IFEN parue en novembre 2005 dans la série « Les dossiers ».

159. L'article 36 de la loi nº 2004-809 du 13 août 2004 a ainsi prévu le transfert aux régions des quatre grandes sociétés d'aménagement régional (cf. annexe 15) et à ce titre la responsabilité de l'aménagement rural et de l'hydraulique agricole. Cette loi (art. 32) et une multitude d'autres textes antérieurs ou postérieurs (art. 5 et 6 de la loi nº 83-663 du 22 juillet 1983 abrogé par l'art. 26 de la loi nº 95-101 prévoyant le transfert aux départements des cours d'eau, canaux, lacs et plans d'eau domaniaux rayés de la nomenclature des voies navigables ou n'y ayant jamais figuré ; loi nº 2003-699 du 30 juillet 2003 instituant un domaine public fluvial local ; décret nº 2005-992 du 16 août 2005 ; instruction du ministre de l'Équipement du 28 mai 2005 relative au dimensionnement des services à transférer ; circulaires des 19 août 2004, 8 mars 2006, 24 avril 2006, 18 août 2006) ont également prévu la mise à disposition puis le transfert de plein droit prioritairement aux régions et subsidiairement à d'autres collectivités de la gestion des canaux mais ce transfert facultatif n'a pas suscité l'enthousiasme de ces collectivités (Caroline Chamard-Heim, « Domaine public naturel et décentralisation », *AJDA*, 2009, p. 2335), contrairement à ce qui s'est passé pour les aérodromes. Trois régions (Picardie, Pays de la Loire et Bretagne) et huit départements (Aube, Charente, Charente-Maritime, Mayenne et Somme, Loire-Atlantique, Maine-et-Loire et Sarthe) ont néanmoins demandé à en bénéficier. Les réticences prêtées aux collectivités territoriales – tenant à l'indisponibilité de la nomenclature des voies d'eau transférables, au flou sur les futures responsabilités encourues et au mauvais entretien de ces voies par l'État – sont exposées dans un rapport d'audit sur la décentralisation des voies d'eau navigables qui a été rendu public le 15 février 2007 (www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/607.pdf). Le projet de loi dit « Grenelle II » envisage un transfert contraint de cette dernière compétence.

160. Le Conseil d'État en a déduit que la région Languedoc-Roussillon pouvait, si elle le souhaitait, entreprendre et exploiter un aqueduc destiné à transférer des eaux du Rhône en Espagne (avis de la section des travaux publics du 14 octobre 1997, nº 361.075). La possibilité de conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères militait aussi en ce sens.

161. Le taux de raccordement de la population rurale à l'eau potable n'atteint que 25 % en 1939 alors qu'il est déjà de 95 % pour la population urbaine. C'est d'ailleurs en 1936 que le Conseil supérieur d'hygiène publique de France impose, dans le règlement sanitaire national publié le 24 avril 1936, aux villes disposant d'un service de distribution d'eau potable de desservir tous les immeubles par un branchement et d'assurer la continuité de l'alimentation à tous les étages et à toute heure de jour et de nuit. Le taux de raccordement de la population rurale évolue lentement jusqu'en 1954, où il atteint 37,6 %. Il accélère nettement ensuite, selon le FNDAE : 47,4 % en 1960, 65 % en 1966, 75 % en 1970, 88 % en 1976, 94 % en 1981, 97 % en 1985 et 98 % en 1990. Le réseau rural, édifié pour l'essentiel à partir des années 1960, est donc relativement récent, comparativement aux réseaux urbains (cf. 1.3.5.1. sur la problématique du financement du renouvellement du réseau ancien).

162. Dans de nombreux pays où se posent des problèmes de disponibilité de la ressource, la fourniture d'eau est interrompue de manière imprévisible pour les usagers durant plusieurs heures par jour. En France, les coupures d'eau sont très rares ; elles sont plus fréquentes outre-mer. Et, lorsqu'il en survient, elles sont généralement préannoncées par les distributeurs. La performance semble également bonne en cas de tempête : si, après le passage de la tempête Klaus le 24 janvier 2009, 235 000 personnes sur les six millions desservies par les adhérents à la FP2E ont été provisoirement affectées par une coupure d'eau, le rétablissement du service a été intégral dès le 27 janvier (*Aquae, la lettre de la FP2E*, n° 41, mars 2009).

163. Sur l'évolution de toutes ces institutions, voir Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 56 et s. ; Jean-François Théry, *Législation, réglementation et organisation administrative dans le domaine de l'eau*, Études et documents du Conseil d'État, 1969, p. 103.

164. Il s'agit d'un premier fonds créé en 1996 pour financer le programme pluriannuel de prévention des risques naturels d'inondation puis en 1999 d'un second fonds destiné à financer les moyens techniques affectés à la police de l'eau par le Conseil supérieur de la pêche, les banques de données sur l'eau et les réseaux de mesure.

165. Dans un rapport sur le Fonds national de solidarité pour l'eau (exercices 2000 à 2002), la Cour des comptes a dressé un bilan de la gestion de ce fonds faisant apparaître un financement excédentaire par rapport aux besoins analysés et une sous-consommation des crédits.

166. Dans son rapport de 2009 consacré au risque d'inondation, la Cour des comptes regrette qu'aucun « *référent national* » doté de pouvoirs de coordination n'ait été chargé d'animer la politique de l'État dans toutes les composantes des risques naturels. Ce rapport souligne aussi l'excessive diversité des intervenants et le vaste *patchwork* qui en résulte : les communes, les EPCI pour les travaux, les syndicats mixtes et les communautés locales de l'eau pour les travaux entrepris sur les cours d'eau, les associations syndicales de propriétaires, les départements, les régions (aménagement hydraulique), les agences de bassin, les EPTB, les préfets, plusieurs administrations centrales, plusieurs fonds (tel le fonds de prévention des risques naturels majeurs)…

167. L'article 35 du décret n° 82-390 du 10 mai 1982 ayant prévu la suppression de tous les organismes interrégionaux dépendant d'une administration centrale le 30 juin 1984, le Conseil d'État, après avoir rappelé que le rôle des missions interservices de l'eau était de préparer les travaux de la mission interministérielle, d'assurer la liaison entre les autorités et services et de rassembler les éléments nécessaires à l'établissement des plans d'aménagement, a souligné qu'elles s'étendaient sur au moins une région et que, dépendant de l'administration centrale, elles cesseraient d'exister le 30 juin 1984, à moins qu'un décret ne prévoie leur maintien (avis de la section des travaux publics du 10 juillet 1984, n° 335.730). Sur l'étendue de la consultation de la mission déléguée de bassin prévue par le décret du 29 mars 1993 relatif aux procédures d'autorisation et de déclaration instituées par l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992, voir CE, 11 juillet 2001, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement et chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes et autres*, Leb. t. p. 966.

168. On ne peut pas analyser, sous l'angle de la sociologie administrative, la répartition des compétences entre les différents services de l'État ni les blocages qui ont longtemps caractérisé ce domaine de l'action publique au niveau central et territorial sans faire allusion à sa division et à sa répartition entre les différents corps scientifiques ou d'ingénieurs de l'État depuis le XIXe siècle : aux ingénieurs des Ponts et Chaussées l'eau potable des villes, l'eau pour la navigation et la défense contre les eaux d'inondation, aux ingénieurs des Mines l'eau du sous-sol et l'eau industrielle, aux médecins et aux biologistes le contrôle de l'eau potable, aux ingénieurs du génie rural l'eau agricole, l'eau potable des campagnes et l'eau des cours d'eau non domaniaux, aux ingénieurs de la météorologie l'eau du ciel, aux ingénieurs maritimes l'eau des ports et l'eau salée…

169. Sur la compétence de la MISE du département du préfet chargé de la coordination de la procédure, prévue par l'article 7 du décret du 29 mars 1993, pour établir le rapport concernant la demande d'autorisation et les résultats de l'enquête alors même que l'opération s'étend sur le territoire de plusieurs départements, voir CE, 29 avril 1998, *Association Val-d'Oise Environnement*, Leb. t. p. 915.

170. Rapport d'information du Sénat nº 352, *Le Pilotage de la politique de l'eau*, présenté par Fabienne Keller (session 2006-2007). Ce rapport fournit de nombreux exemples de simplifications inachevées comme celui des services d'annonce des crues. Il souligne aussi les difficultés nées de la coexistence entre des agences de bassin et des services déconcentrés de l'État, certains étant dépourvus de pouvoirs, ou entre la direction de l'eau et l'ONEMA, etc. Héritier du Conseil supérieur de la pêche, l'ONEMA a repris et maintenu comme le permet l'article R. 213-12-14 du code de l'environnement les neuf délégations interrégionales et les services départementaux ou interdépartementaux de l'ancien Conseil, ce qui ne simplifie pas, malgré les arrangements mis en place, l'articulation avec la police administrative exercée au niveau régional ou départemental (cf. 2.5.3.2.3.). De même, comme l'ONEMA dispose de ressources garanties, prélevées sur les redevances versées aux agences de l'eau, il continue à financer les services régionaux d'autres organismes tels le BRGM, spécialisé dans la surveillance hydrologique des eaux souterraines.

171. Sur l'évolution récente du régime des établissements publics et sur leur utilisation comme outil de modernisation de la gestion publique, voir Conseil d'État, *Les Établissements publics*, étude approuvée par l'Assemblée générale le 15 octobre 2009, à paraître à La Documentation française.

172. VNF a succédé à l'Office national de la navigation (ONN), créé par l'article 67 de la loi de finances du 27 février 1912. Cette succession a été organisée par l'article 124 de la loi de finances nº 90-1168 du 29 décembre 1990. Les missions de VNF ont été élargies par les décrets nº 91-696 du 18 juillet 1991 et nº 2008-1321 du 16 décembre 2008 (Jean-Pierre Bouchut, « La modernisation de la gestion des voies navigables », commentaire du décret nº 2008-1321, *Les Annales de la voirie*, nº 133, mars 2009). Le décret de 2008 confie en particulier à VNF la gestion de l'eau qui s'écoule sur le domaine fluvial géré par l'établissement, eau qui n'appartient pas à ce domaine, ainsi que la charge de la récupération et de l'élimination de tous les déchets produits à l'occasion de la navigation ; il permet également à VNF de conclure des accords de coopération internationale avec des organismes gestionnaires d'infrastructures fluviales lorsque aucun accord international n'organise cette coopération. Outre celles qui viennent de lui être ajoutées, VNF est chargé de missions nombreuses et variées : l'exploitation et l'entretien des voies navigables, des ports fluviaux (sauf Paris et Strasbourg) et du domaine public dont la gestion lui est confiée ; la réalisation d'infrastructures nouvelles ; la promotion du transport fluvial ; la collecte et la mise à disposition du public des informations relatives au transport par voies navigables ; l'application de la réglementation sur l'affrètement… VNF constitue à lui seul une catégorie d'établissement public au sens de l'article 34 de la Constitution. Et cet établissement, qualifié d'EPIC par le code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure (art. 176) et par la section des travaux publics du Conseil d'État (avis du 16 décembre 2003, rapport public 2004, p. 187), est regardé comme un établissement mixte par la jurisprudence (TC, 10 février 1949, *Sieur Guis c/ Compagnie fluviale du Midi et ONN*, rec. p. 590 ; CE, 3 décembre 2003, *Houte*, Leb. t. p. 716 ; CE, 2 février 2004, *Époux Blanckeman*, Leb. p. 18) : en dépit de sa qualification d'EPIC par la loi, les litiges nés de celles de ses activités qui, telles notamment la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature aux prérogatives administratives de la puissance publique et ne peuvent être exercées que par un service public administratif, relèvent de la compétence du juge administratif.

173. Le contrat d'objectifs État-ONEMA 2009-2012 décrit sous l'objectif 1 « *Orienter et animer la recherche finalisée sur l'eau* » un nombre élevé de tâches, par exemple animer le Conseil scientifique national de l'eau et des milieux aquatiques, élaborer une cartographie des compétences de la communauté scientifique, se doter d'un accès aux ressources de la bibliographie internationale et organiser une veille hebdomadaire sur l'eau, animer des séminaires thématiques, influer sur les orientations de la recherche en France et en Europe, etc.

174. Le SCHAPI, créé en septembre 2003, est selon l'arrêté du 9 juillet 2008 d'organisation de l'administration centrale du MEEDM un service à compétence nationale rattaché au chef du Service des risques naturels et hydrauliques. Ce Service est chargé d'une mission d'appui aux services de prévision des crues (organisation, animation, assistance, conseil et formation auprès des services et des établissements intervenant dans le domaine de la prévision des crues et, plus généralement, de l'hydrologie et de l'hydrométrie). Il assure également au plan national la coordination scientifique et technique du domaine de la prévision des crues en liaison avec les organismes scientifiques et techniques de l'État. Enfin, il établit, en liaison avec les services de prévision des

crues et les services déconcentrés concernés, une carte de vigilance crue, et collabore avec Météo France et les services concernés pour établir celle de vigilance météorologique.

175. Les travaux de protection des propriétés riveraines des cours d'eau navigables et non navigables contre l'action naturelle des eaux étant à la charge des propriétaires intéressés en vertu des articles 33 et 34 de la loi du 16 septembre 1807 alors applicables, ni l'État (CE, Sect., 6 mars 1964, *Sieur Dumons*, rec. p. 164) ni un syndicat intercommunal (CE, 9 février 1972, *Société industrielle de tous articles plastiques*, rec. p. 126) ne sont tenus d'assurer l'entretien des ouvrages de défense établis à cette fin ou de faire les travaux nécessaires pour éviter les inondations. Mais la responsabilité de l'État et des communes peut être engagée lorsque les dommages subis sont provoqués ou aggravés soit par l'existence ou le mauvais état d'entretien d'ouvrages publics, soit par une faute commise par l'autorité administrative dans l'exercice de la police des cours d'eau non domaniaux (CE, 2 mars 1984, *Syndicat intercommunal de l'Huveaune et autre*, Leb. p. 93). L'État n'est pas non plus tenu de créer un service d'annonce des crues ou d'assurer la protection des riverains d'un cours d'eau domanial contre l'action naturelle des eaux (CE, 23 février 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Soc. entreprise Tomine*, rec. p. 168). L'article 41 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 (art. L. 564-1 du code de l'environnement) a modifié l'état du droit.

176. La directive 2007/60/CE du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation va imposer en outre à compter de 2011 ou de 2013 des évaluations de risques potentiels d'inondations, l'établissement de cartes de zones inondables et de plans de gestion des risques d'inondation ainsi qu'une information-consultation du public à leur sujet (cf. annexe 4. II. 4).

177. Céline Letrémy, *Assurance des risques naturels en France : sous quelles conditions les assureurs peuvent-ils inciter à la prévention des catastrophes naturelles ?*, Études et documents n° 1, mars 2009, commissariat général au Développement durable ; Cour des comptes, *L'État face à la gestion des risques naturels : feux de forêt et inondations*, rapport public 2009, p. 646 et s. La Cour note en particulier que le document de politique transversale annexé au projet de loi de finances (sécurité civile) comporte de nombreuses insuffisances et que l'État est incapable de produire un tableau d'ensemble de ses propres dépenses publiques dans ce domaine, sans évoquer celles de l'ensemble des acteurs impliqués.

178. Le petit cycle de l'eau vise la gestion des services locaux d'eau potable et d'assainissement – en bref, l'eau dans les tuyaux – tandis que la gestion du grand cycle vise celle de la ressource à l'état naturel et décrite en annexe 1.

179. Une contribution très importante à ce débat est contenue dans la communication prononcée le 18 janvier 1859 par Edwin Chadwick devant la *Statistical Society* de Londres (*Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe ; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service*). Dans cette communication (*Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, ouvrage collectif coordonné par Laurent Richer, bibliothèque le l'institut André-Tunc, LGDJ, 2007), l'auteur démontre à l'aide de données statistiques collectées notamment au Royaume-Uni et en France que la concurrence dans le marché est loin d'aboutir à un optimum pour la desserte des villes en eau potable et en assainissement. Il recommande aux autorités publiques de privilégier la concurrence pour le marché, de regrouper les opérateurs privés inefficients, de prescrire les résultats à atteindre – y compris en matière de santé publique puisqu'il s'agit d'éliminer les fosses d'aisances individuelles sources de maladies – mais de ne pas interférer dans le choix des moyens et de globaliser les prestations auprès d'un opérateur unique, sélectionné après mise en concurrence, qui serait chargé de construire les réseaux et les branchements privés puis de les entretenir. Il fait en particulier état des bons résultats obtenus grâce aux premiers contrats de délégation conclus à Paris pour le chauffage et la ventilation. Sans privilégier aucun mode de gestion, il se réfère uniquement à l'analyse des performances au cas par cas avec un seul critère de jugement : diagnostiquer celui qui rend le meilleur service à l'usager au moindre coût.

180. Sur les stratégies des deux types d'acteurs, on peut se reporter à A. Kherras Chakir Menabhi, *Contributions à l'étude de la stratégie des groupes. Le cas de la filière distribution et traitement de l'eau en France*, thèse en gestion de l'université Montpellier-I, 1983 et à Oscar Assoumou Menye, *Élaboration de stratégies pour une gestion optimale des services d'eau potable des municipalités en régie*, thèse de gestion de l'université de Caen, 1997.

181. Par exemple, les unités de distribution étaient, en 2005, gérées en gestion déléguée pour un tiers d'entre elles, desservant 70 % des abonnés, et en gestion directe ou assistée pour les deux autres tiers. La gestion directe est prépondérante dans les petites communes rurales (80 % pour les communes de moins de 500 habitants) ; la gestion déléguée l'est au-delà de 2 000 habitants. La loi du 30 décembre 2006 (art. L. 2224-7 du CGCT), pour clarifier les choses, a précisé que le service d'eau potable comportait « *tout service assurant tout ou partie de la production par captage*

ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine ». La jurisprudence avait déjà insisté sur l'unité de ces opérations distinctes concourant à l'organisation du service public (CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, req. 288459).

182. Ce choix (passage de la régie simple à l'affermage par exemple), de pure opportunité, n'est pas contrôlé selon la jurisprudence du tribunal administratif de Toulouse.

183. La France dispose de 17 000 stations d'épuration alors que les Pays-Bas, pour une population quatre fois moindre, n'en ont que 450. Mais la densité de la population est plus de trois fois plus élevée aux Pays-Bas. Ayant plus de dix fois plus de stations que son voisin à densité comparable, la France aurait de ce fait davantage de difficultés à se conformer aux normes communautaires (cf. 2.4.2.1.).

184. Sur l'historique de la délégation de la gestion des eaux, voir Roger Cans, *La Ruée vers l'eau*, Folio/Actuel/Le Monde éditions, 2001. Pour une description des différents modes de gestion, on peut se reporter au rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, p. 24 et s.

185. Une seule opération a été finalisée à ce jour, en mai 2007, celle relative au traitement, par la Lyonnaise des eaux, des eaux pluviales de l'aéroport de Toulouse-Blagnac. Deux autres seraient en cours de négociation à Cayenne (réalisation d'une usine de production d'eau potable) et à Villeneuve-les-Sablons (Oise).

186. D'après une étude du Boston Consulting Group réalisée en juillet 2006 *(Étude comparative de la performance des modes de gestion des services d'eau en France*, FP2E, juin 2008) et citée par Antoine Frérot (*L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 90), la délégation l'emporte là où la gestion est la plus complexe (communes littorales aux eaux polluées et ayant à faire face à des pics de fréquentation ; prélèvements dans des eaux de surface plus difficiles à traiter, etc.). Elle répond aussi au souci d'assurer une meilleure gestion des ressources humaines (*ibidem*, p. 91). L'auteur relève également que l'essentiel de la recherche est financé et réalisé par les sociétés privées (*ibidem*, p. 112 ; voir aussi sur ce point BIPE, *Éléments pour un* benchmark *des services d'eau et d'assainissement*, 2003).

187. Les 72 % de parts de marché se répartiraient ainsi entre les différents opérateurs : 39 % pour Veolia, 19 % pour Suez Environnement, 11 % pour Saur et 3 % pour les indépendants régionaux. Dans ces chiffres sont réattribués à Veolia et à Suez les pourcentages correspondant à leurs sociétés paritaires dans un certain nombre de grandes villes (Lille, Marseille, Versailles…). Le décroisement des participations dans ces sociétés, demandé par l'Autorité de la concurrence, doit intervenir en 2010.

188. Les 55 % de parts de marché se répartiraient ainsi entre les différents opérateurs : 28 % pour Veolia, 18 % pour Suez Environnement, 8 % pour Saur et 1 % pour les indépendants régionaux.

189. Si l'intercommunalité constitue l'une des techniques utilisées par l'État pour dépasser une « maille communale » devenue inadaptée sans toucher aux compétences communales, elle n'est pas la seule. Les contrats de délégation permettent en effet de longue date aux opérateurs privés d'utiliser le domaine public pour faire passer des canalisations desservant les communes riveraines (CE, 20 novembre 1903, *Compagnie des eaux du canton de Boissy-Saint-Léger*, Leb. p. 689 ; CE, 29 avril 1931, *Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage c/ commune de Talence*, rec. p. 450), ce qui permet de bâtir peu à peu des sous-réseaux cohérents par plaques territoriales englobant une ville centre et ses communes environnantes puis de les interconnecter dans les années 1980 lorsque les normes de qualité se durcissent et obligent à amener de l'eau de provenance plus lointaine pour assurer la continuité de la desserte en cas d'incident (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 71).

190. Sur le phénomène intercommunal et son développement dans le secteur de l'eau, voir Victor Leydet, *Le Syndicat de communes*, thèse de doctorat en droit, Librairie technique et économique, Paris, 1936 ; G. Gérard, *Développement du service de la distribution de l'eau dans les communes syndiquées de la banlieue de Paris. Activité du syndicat intercommunal depuis sa création en 1923 jusqu'en 1939*, 1945 ; Aliette Delamarre *et al.*, *Les Services de réseaux en France. Intercommunalité et mode de gestion*, GIP RECLUS, 1992 ; Christelle Pezon, *ibidem*, p. 115-116 et p. 176 et s.

191. Syndicat intercommunal à vocation unique ou multiple, syndicat mixte, district urbain, communauté urbaine, communauté d'agglomération. Sur leurs règles de fonctionnement et leur inégal succès, voir Christelle Pezon, *ibidem*, p. 131 et s.

192. Le principe de spécialité des établissements publics fait toutefois obstacle à ce qu'un syndicat intercommunal puisse fournir de l'eau à des usagers situés sur le territoire de communes

non membres du syndicat (CE, 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne*, req. 106876). Pour un cas qui combine une incompétence pour intervenir en dehors du territoire couvert par un SIVOM et une incompétence *ratione materiae* (extension à l'adduction et à la distribution d'eau potable d'un objet syndical limité à l'assainissement), voir CAA Marseille, 15 avril 2009, *AJDA*, 2009, p. 1546, concl. Évelyne Paix, qui retient la faute lourde commise par le représentant de l'État en n'ayant pas déféré au tribunal une délibération dont le caractère illégal ressortait avec évidence de la simple lecture d'un arrêté qu'il avait lui-même signé. Une collectivité territoriale peut toutefois exploiter une installation sur le territoire d'une autre commune pour répondre à ses besoins propres, y compris en sollicitant le recours à l'expropriation (CE, 13 décembre 1967, *Ville de Dreux et autres*, Leb. p. 487 pour la DUP de travaux de captage et d'adduction d'eau des vallées de l'Avre et de l'Eure nécessaires à l'alimentation en eau potable de Paris).

193. Consulté sur la question de savoir si les communes membres d'un tel syndicat pouvaient lui transférer la propriété de certains biens, le Conseil d'État a répondu par l'affirmative : rien ne s'oppose en principe à ce qu'un syndicat de communes constitué en vue de la gestion d'un service se voie attribuer en toute propriété avec l'accord des collectivités qui le composent des biens dévolus à ces collectivités et nécessaires au fonctionnement du service, à condition qu'en vertu de ses status ledit syndicat soit apte à recevoir de tels biens (avis de la section des travaux publics du 19 février 1980, n° 326.282).

194. Philippe Blanquefort, « Collectivités territoriales et service public de l'assainissement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 38, septembre 2008.

195. La durée des concessions a longtemps été librement fixée : au XIX^e^ siècle et dans la première moitié du XX^e^ siècle, cette durée est souvent comprise entre cinquante et quatre-vingt-dix-neuf ans. Les contrats types limitent ensuite cette durée à vingt ans pour la concession en 1947 (décret n° 47-1554 du 13 août 1947) et à dix ans pour l'affermage en 1951 (décret n° 51-359 du 6 juillet 1951), avec possibilité de prolongation accompagnée d'un plafonnement à vingt ans ramené à douze ans en 1980 (décret du 17 mars 1980). Une durée recommandée à titre indicatif par voie de circulaire ne limite en revanche pas les prérogatives des conseils municipaux et le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint sur la durée retenue par l'organe délibérant de la collectivité (CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, Leb. p. 225). La loi du 29 janvier 1993 (art. L. 1411-2 CGCT) a limité dans leur durée les DSP en fonction des prestations demandées au délégataire. Et lorsque les installations sont à sa charge, la durée fixée doit tenir compte de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des installations. La prolongation d'une délégation doit demeurer une exception (CE, section des travaux publics, avis du 19 avril 2005, n° 371.234, rapport public 2006, p. 197). Puis l'article 75 de la loi du 2 février 1995 a limité à vingt ans la durée des DSP dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général des justificatifs de dépassement de cette durée. En ayant retenu une telle durée de référence, les lois des 29 janvier 1993 et 2 février 1995 ont retenu une cote mal taillée : cette durée est, pour les professionnels, trop longue en cas d'affermage et trop courte en cas de concession. Pour une description de la législation actuellement applicable, notamment de la loi du 29 janvier 1993, on peut se reporter à l'avis de la section des travaux publics du 20 février 1996 (n° 358.595) et au rapport public 2008 du Conseil d'État, p. 111 et s. et p. 117.

196. Sur la portée du principe de transparence et de l'obligation de publicité pesant sur le pouvoir adjudicateur, plusieurs décisions importantes sont intervenues en 2009. Elles concernent soit la publicité à donner à une DSP susceptible d'intéresser des opérateurs implantés dans d'autres États membres de l'UE (CE, 1^er^ avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. 323585 qui n'impose pas la publicité au *JOUE* et admet une insertion dans un support de référence pour les professionnels intéressés), soit l'information à donner aux candidats sur les critères de sélection ou de choix du délégataire (CAA de Lyon, 14 mai 2009, *SEMERAP*, req. 07LY02163, AJDA, p. 1831, note Jean-David Dreyfus ; CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine de Versailles*, req. 328827, AJDA, 2010, p. 500, note Jean-David Dreyfus), soit la portée de l'obligation de négocier (TA Dijon, 20 avril 2009, *Société Lyonnaise des eaux France*, req. n° 0900876, AJDA, 2009, p. 1566 pour une méconnaissance de cette obligation dans l'hypothèse d'une délégation du service), sur l'information à donner au candidat évincé (CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon*, req. 321217, AJDA, 2009, p. 1554, note Marie-Caroline Vincent-Legoux, au sujet d'un marché conclu pour des travaux de suppression de branchements d'eau potable en plomb).

197. Sur ces points, on peut se reporter à Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, rapport public 2002, p. 226 et s. et *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, p. 172 et s. pour ce qui concerne le droit communautaire et p. 186 et s. pour ce

qui concerne le respect des règles de la concurrence. La Commission européenne, qui avait ouvert une procédure d'infraction contre la France au motif que la loi du 29 janvier 1993 permettait à une personne publique d'attribuer une délégation de service public à des établissements publics sans publicité ni mise en concurrence préalable, a décidé le 20 novembre 2009 de classer cette procédure, l'ordonnance nº 2009-864 du 15 juillet 2009 ayant précisé que l'exemption ne visait que les situations relevant du « *in-house* ».
En ce qui concerne la transparence dans la passation des marchés, la loi du 11 décembre 1992 a transposé en droit français la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990 dite « secteurs exclus » puis le décret nº 93-990 du 3 août 1993 et deux arrêtés ministériels ont fixé les seuils au-delà desquels les marchés de fourniture dans le domaine de la production, du transport et de la distribution d'eau potable sont soumis à des procédures de publicité et de mise en concurrence. La directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 a ensuite précisé les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. À l'heure actuelle, ces règles découlent de l'article 4 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ces procédures s'appliquent aux entités adjudicatrices désignées à l'annexe III de la directive, à savoir les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Le décret nº 2009-1456 du 27 novembre pris en application de l'ordonnance du 7 mai 2009 ayant transposé la directive recours du 11 décembre 2007 précise la procédure de passation des contrats de la commande publique et organise les procédures de recours en référé précontractuel et contractuel applicables à ces contrats.

198. CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du pic Saint-Loup*, req. 290540, BJCP, nº 63, p. 151, concl. Bertrand Dacosta et obs. Christine Maugüé ; *Contrats publics*, nº 88, p. 71).

199. L'association de la gestion de l'eau et des déchets peut également se prévaloir d'une logique environnementale : la pollution de l'eau provenant pour partie de la gestion insatisfaisante des déchets et des décharges, leur gestion commune faciliterait la prévention de la pollution des eaux.

200. Le droit communautaire s'intéresse aussi aux interventions de ces collectivités sous l'angle de la concurrence (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, aff. 26/03, rec. CJCE 2005, I, p. 1 ; voir aussi la jurisprudence du TPICE, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, aff. T-228/00 et T-233/99, pts 192 et s. rec. CJCE 2003, II, p. 435 concernant les « banques de Land ». Ce droit admet aussi de déroger aux règles du marché intérieur pour des raisons environnementales (CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, qui admet la possibilité pour un gestionnaire de déchets de développer un service en cas de défaillance du marché).

201. Il existait aux Pays-Bas près de 300 unités de distribution de l'eau en 1945 et il en reste moins de 20, toujours indirectement détenues par les collectivités territoriales. Une loi de 2000 interdit d'ailleurs, comme en Uruguay, la délégation de la distribution de l'eau potable et la vente de ces unités à des personnes privées. Par ailleurs, les 2 500 wateringues, communautés locales d'habitants chargées de la lutte contre les inondations et plus récemment de l'assainissement et du traitement des eaux usées, sont devenues 60. Elles exercent également des fonctions de maîtrise d'ouvrage et de police des eaux. Elles perçoivent sur les usagers des redevances pour services rendus.

202. En Angleterre, après un siècle de règne du « socialisme municipal », le gouvernement central a progressivement repris en main la distribution de l'eau. En particulier, la création de *Regional Water Authorities* par la loi en 1974 a été analysée comme une étape importante de la centralisation, avant la privatisation des réseaux survenue en 1989 en application du *Water Industry Act*. Le modèle centralisé est estimé coûteux, car il conduit à privilégier l'ajustement entre offre et demande par la mise en place de grandes infrastructures nouvelles sans s'intéresser à la limitation de la demande. Sur la privatisation, controversée, on peut se reporter à Stephen Graham & Simon Marvin, « Cherry picking and social dumping : utilities in the 1990's », *Utilities Policy*, 1994, 4 (2), p. 113.

203. Le pourcentage de la population desservie en régie revient de 72 % en 1938 à 60 % en 1950, 52 % en 1970 et 43 % en 1980. Parallèlement, le nombre de communes qui délèguent leur service d'eau potable passe de 285 par an (1952-1962) à 900 (1962-1974) puis à 447 (1974-1982). Au début des années 1980, la régie est concentrée sur deux types de communes : les petites communes rurales et les grandes villes.

204. La régie autonome et la régie personnalisée n'ont jamais recueilli la faveur des élus locaux, car leur régime juridique réservait initialement une place trop importante aux représentants de l'État. La régie simple est donc restée largement dominante. En 1988, la loi d'amélioration de la décentralisation a allégé les contrôles de l'État et les règles financières et comptables des régies

autonome et personnalisée ont été unifiées. L'instruction comptable M 49, applicable depuis le 1er janvier 1992, oblige toutes les communes, y compris les plus petites mais avec un calendrier échelonné dans le temps, à individualiser tous les services d'eau en régie. Cette instruction a accéléré le recul de la régie simple, l'individualisation du budget ayant pour effet de soumettre le service à la règle de l'équilibre budgétaire et au provisionnement pour renouvellement des immobilisations.

205. La gestion déléguée de l'eau potable progresse après guerre, car l'institution d'un contrôle des prix (cf. note 235) donne aux communes des garanties quant à l'évolution future des tarifs. L'affermage devient alors la forme dominante de la gestion déléguée, car les communes y voient le seul moyen légal de continuer à subventionner le prix de l'eau potable en prenant à leur charge le financement des investissements. En 1968 (décret du 7 octobre 1968), la formule de l'affermage est momentanément avantagée par la possibilité pour les communes de récupérer la TVA sur les investissements, récupération qui est étendue aux autres formes de délégation en 1975 (art. 14 de la loi de finances pour 1975). En 1990, la gestion déléguée se décompose en affermage (60 %), concession (30 %) et gérance ou régie intéressée (10 %), sachant que des contrats mélangent affermage et concession.

206. La fragilité des opérateurs, la faiblesse des investissements et de la recherche, le médiocre rendement des installations, la difficulté à assurer la constance de la qualité…, la contrepartie étant un prix en moyenne plus bas pour l'usager et la maîtrise locale des opérations.

207. L'étude *L'eau potable en France 2005-2006* publiée par le ministère de la Santé permet de caractériser ces captages. Le débit moyen d'un captage est de 665 m^3/j, avec de fortes disparités (60 % des captages délivrant 3 % des volumes globaux présentent un débit inférieur à 100 m^3/j tandis que les 539 plus gros captages représentant moins de 2 % de leur nombre fournissent la moitié du volume utilisé). 95 % des captages prélèvent des eaux souterraines mais ils n'assurent que 67 % des volumes d'eau utilisés, avec là encore de fortes disparités locales. Si les captages prélevant des eaux superficielles sont minoritaires en nombre (5 %), ils assurent un tiers des volumes produits, surtout dans les régions urbanisées (Île-de-France, Bouches-du-Rhône) et dans l'ouest de la France.

208. La plupart des installations sont de petite taille : elles traitent moins de 100 m^3/j et au total 2 % des eaux livrées. À l'opposé, 1 326 installations représentant 8,7 % de leur nombre total traitaient en 2005 75 % des volumes. Les différents traitements à effectuer sont définis par la directive no 75/440/CEE du 16 juin 1975 et liés à la qualité de la ressource. Trois niveaux sont distingués : A1 (traitement physique simple et désinfection ou traitement primaire qui consiste à débarrasser l'eau de ses impuretés par passage dans des grilles ou des décanteurs), A2 (traitement normal physique, chimique et désinfection ou traitement secondaire qui lui ôte sa toxicité par l'introduction de micro-organismes) et A3 (traitement physique, chimique poussé, affinage et désinfection ou traitement tertiaire qui vise à éliminer les germes pathogènes par des traitements physico-chimiques et biologiques tels que l'adjonction de chlore ou d'ozone). Les niveaux de traitement A2 et A3 sont mis en œuvre par 10 % seulement des unités mais celles-ci délivrent près de la moitié des débits. Les traitements les plus complexes (A3) concernent surtout les eaux d'origine superficielle.

209. La notion d'unité de distribution (UDI), employée notamment par le ministère de la Santé, correspond à un réseau ou à une partie de réseau physique délivrant une eau de même origine et de qualité homogène.

210. Sur l'émergence historique du concept de réseau, on peut se reporter à André Guillerme, « L'émergence du concept de réseau 1820-1830 », *Cahiers du Groupe réseaux*, no 5, juillet 1986 et « Réseau : genèse d'une catégorie dans la pensée de l'ingénieur sous la Restauration », *Flux*, no 6, octobre-décembre 1991.

211. Ce chiffre est à rapprocher des 1 027 000 km que comportait le réseau routier national au 1er janvier 2008.

212. Dans *L'Eau potable en France 2005-2006*, étude publiée à partir des données résultant du SISE, système d'information consolidant les données du contrôle sanitaire des eaux recueillies sur 300 000 points de surveillance et des 100 000 installations de production et de distribution, le ministère de la Santé donne les chiffres suivants : 30 000 captages produisant chaque jour 18,5 millions de m^3 d'eau, 15 000 stations de traitement produisant quotidiennement 16 millions de m^3 d'eau traitée et 26 000 unités de distribution desservant 61 millions d'habitants.

213. Il faut en fait distinguer entre les réseaux de collecte des eaux usées (181 200 km, dont 98 600 de réseaux unitaires) et de collecte des eaux pluviales (93 300 km), les derniers représentant une valeur de 25 à 30 Mds€. Curieusement, la réglementation sur les études d'impact (décret du 12 octobre 1977) impose de telles études pour les canalisations d'alimentation en eau potable mais en dispense les canalisations d'assainissement (CE, 4 avril 1997, *Syndicat intercommunal de*

la Brie pour le raccordement à Valenton et ministre de l'Environnement, req. 162968 et 163456 ; CE, 4 avril 1997, *Syndicat intercommunal de la Brie pour le raccordement à Valenton et ministre de l'Environnement*, req. 162967 et 163381).

214. Les réseaux publics d'adduction d'eau font partie du domaine public de la commune, comme les eaux captées qui les empruntent. Mais les eaux susceptibles d'être captées ou non encore captées, de même que les droits sur l'eau tirés de la qualité de riverain ou de propriétaire, ne constituent pas des éléments de ce domaine (CE, 16 novembre 1962, *Ville de Grenoble*, Leb. p. 611).

215. La réalité est bien plus complexe parce que l'Union européenne finance aussi ces investissements et que les clés de financement varient entre eau potable et assainissement.

216. Le génie civil des ouvrages dure une trentaine d'années et les canalisations une cinquantaine d'années au moins (les canalisations posées avant 1970 sont en fonte ; depuis lors le PVC-PEHD s'est imposé). Mais d'autres éléments des installations durent nettement moins longtemps ; 10 % du réseau est âgé de plus de cinquante ans et 44 % de trente à cinquante ans.

217. Ces subventions ont été versées dans le passé par les collectivités territoriales spécialement à l'époque du « socialisme municipal » et par l'État (subventions d'équipement et taux d'intérêt bonifié). Elles le sont aujourd'hui par les mêmes collectivités et par les agences de l'eau, spécialement pour l'assainissement.

218. Le rapport d'information n° 1170 présenté par Jean Launay sur la gestion de l'eau sur le territoire à la délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire de l'Assemblée nationale contient des données intéressantes sur le problème financier posé par le renouvellement des installations (p. 16 et s.).

219. Ces chiffres sont cohérents avec ceux donnés par la chambre syndicale nationale de l'hygiène publique en 1990 : la valeur totale des réseaux est alors estimée à 410 MdsF, se décomposant en 318 MdsF pour 560 000 km de canalisations, 48 MdsF pour les branchements individuels (122 000 km), 30 Mds pour les 15 000 réservoirs, 10 MdsF pour les 3 000 usines de traitement et 4 Mds pour les 6 000 ouvrages secondaires. Les efforts d'investissement portent à l'époque sur le renouvellement des réseaux de distribution (deux tiers du total), sur la mise aux nouvelles normes des installations, sur le maintien de la qualité de la ressource et sur les gains de productivité dans l'exploitation.

220. Bernard Barraqué, *Les Services publics de l'eau en France et en Europe*, Données urbaines 4, éditions Anthropos, coll. « Villes », mai 2003. L'auteur mentionne, comme élément de comparaison, la valeur à neuf de 189 Mds£ donnée par l'OFWAT, le régulateur anglais, aux réseaux de ce pays. Amortis à hauteur de 130 Mds, leur valeur résiduelle était de 60 Mds au moment de la privatisation en 1989. Ils ont été cédés pour 6 Mds£.

221. Dans son dernier rapport sur le sujet, le Conseil économique, social et environnemental estime l'annuité d'investissement à 5,6 Mds€ en 2006 (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, 2009, p. 21 et annexe 12, p. 145).

222. Ces 2,4 Mds€ sont financés par des subventions des régions et des départements (423 M€ en 2006), par des aides des agences de l'eau (1 027 M€ en 2006) et par des emprunts auprès de la Caisse des dépôts et consignations pour le solde.

223. Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau, rapport et avis du Conseil économique, social et environnemental, 2008, p. II-110.

224. Riccardo Petrella, *Le Manifeste de l'eau. Pour un contrat mondial*, Bruxelles, éditions Labor, 1998. En France, la gratuité de l'eau a été largement pratiquée par les collectivités locales au XIX^e^ siècle lorsque l'alimentation en eau potable de la population s'effectuait au moyen de fontaines publiques ou de bornes fontaines : la collectivité déléguait ce service à un opérateur privé mais délivrait l'eau gratuitement à l'usager. Les petites communes rurales ont longtemps conservé une attitude semblable, en subventionnant largement le prix de l'eau, au demeurant peu cher, lorsque le service était géré en régie. Les communes urbaines l'ont également largement subventionné lorsque s'est développée après 1880 l'alimentation à domicile et que se sont généralisés les branchements particuliers, au nom cette fois de visées hygiénistes : il s'agissait de garantir une composante essentielle de la santé publique au domicile de chaque habitant. En 1954, 31 % des volumes distribués en ville l'étaient gratuitement et 58 % dans les communes rurales.

225. Cette pratique semble remonter au début du XX^e^ siècle, lorsque les communes ont délégué leur service avec, au nombre des contreparties, la fourniture gratuite de quantités d'eau définies pour alimenter les fontaines publiques et leurs établissements publics, dont les services d'incendie (sur la légalité de telles stipulations, voir par ex. CE, 4 août 1908, *Société générale des eaux d'Oran*, rec. p. 851 ; CE, 9 juillet 1920, *Commune de Vence c/ Compagnie générale des eaux*, rec.

p. 678 ; CE, 28 mars 1925, *Compagnie des eaux de la banlieue du Havre c/ Ville de Sanvic*, rec. p. 1346 ; CE, 29 avril 1932, *Société générale des eaux de Calais c/ Ville de Calais*, rec. p. 433). Mettant en application le principe communautaire de recouvrement des coûts auprès de l'usager, l'article 57-I de la loi du 30 décembre 2006 ne laisse subsister la gratuité de l'approvisionnement, en ce qui concerne les services publics, que pour les services d'incendie (art. L. 2224-12-1 du CGCT).

226. Alors que le taux de fuite du réseau était encore estimé à 40 % par le ministère de l'Environnement en 1989, l'IFEN l'estime en 2004 à 20 % en moyenne (les dossiers de l'IFEN, dossier nº 7, *Les Services publics de l'eau en 2004*, octobre 2007). Ce taux moyen de 20 % recouvre une forte dispersion de la performance : à Paris, le rendement du réseau est passé de 75 % à 95 % au cours des trente dernières années (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 136). Aux Pays-Bas, le taux moyen de fuite du réseau est de 4 %. Dans les communes françaises de moins de 400 habitants, le rendement du réseau est de 50 %, dans les communes de 1 000 à 2 500 habitants de 70 % et dans les communes de plus de 10 000 habitants de plus de 75 %. Si les réseaux ruraux sont aussi ceux qui présentent la longueur de canalisation par abonné la plus élevée, les délégataires obtiennent généralement de meilleures performances : le réseau de la Générale des eaux affichait par exemple un rendement moyen de 82 % dès 1992. Les petits réseaux ruraux cumulent beaucoup de problèmes (taille, capacité technique et financière, gestion des incidents, capacité de financement…), ce qui pose la question de leur avenir et de leur regroupement.

227. En moyenne, 27,4 € en France (*Le Prix de l'eau en 2004*, Office international de l'eau, p. 4). Dans plusieurs pays en développement, il existe des dispositifs d'abaissement ou d'étalement dans le temps du prix du raccordement au réseau, lequel équivaut souvent à plusieurs mois de salaire (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 159). Ces dispositifs variés d'*output-based aids* (cf. 1.4.4.) sont à rapprocher de ceux, évoqués ci-après, qui concernent la tarification sociale du prix de l'eau. En France, les associations de consommateurs dénoncent fréquemment l'opacité des frais de branchement et leur montant excessif.

228. Si le projet de loi adopté le 27 juin 2001, finalement abandonné, prévoyait d'interdire le dépôt de garantie et l'avance sur consommation, c'est la loi du 30 décembre 2006 (art. 57, codifié à l'art. L. 2224-12-3 du CGCT), qui a supprimé les dépôts de garantie et les cautions et ordonné leur remboursement dans un délai de trois ans. La suppression de ces obstacles est inséparable de la reconnaissance d'un droit d'accès à l'eau par cette loi.

229. Jusqu'à l'intervention de l'article 13 de la loi du 3 janvier 1992, aucun texte n'obligeait le fournisseur à facturer une partie fixe et une partie variable mais la jurisprudence admettait la légalité des tarifs binômes, entre autres dégressifs (CE, 28 janvier 1983, *Paraiso*, Leb. t. p. 606). Cet article pose le principe, pour l'alimentation en eau potable, d'une facturation calculée en fonction du volume réellement consommé par l'abonné (CE, 30 décembre 2002, *Commune de Quaix-en-Chartreuse*, Leb. p. 495) et ouvre la faculté d'y adjoindre un montant indépendant de ce volume, compte tenu des charges fixes du service, des caractéristiques des branchements, des investissements à amortir et des extensions à réaliser. Il n'impose pas aux assemblées délibérantes d'imposer un tarif uniforme par m^3 prélevé mais leur permet d'instituer un tarif dégressif ou progressif, en fonction des tranches de consommation (CE, 19 avril 2000, *Commune de La Brosse*, req. 157920 ; CE, 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, Leb. p. 789 ; CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean-d'Aulps*, req. 300608, AJDA, 2009, p. 1922). Et l'instauration de tarifs différenciés, dès lors qu'ils s'appliquent sans distinction à tous les abonnés, n'a pas, par elle-même, pour effet de créer des catégories d'usagers définies par des volumes d'eau consommés différents (CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean-d'Aulps*, req. 300608, AJDA, 2009, p. 1922). L'article 13-II de la loi du 3 janvier 1992 (codifié à l'article L. 214-15 du code de l'environnement) a néanmoins prévu une possibilité de dispense de facturation de la partie fixe si l'eau est abondante et le nombre d'abonnés suffisamment faible : le décret nº 93-1347 du 28 décembre 1993 a pu légalement limiter cette faculté aux communes de moins de 1 000 habitants (CE, 30 juin 1995, *Commune de Saint-Étienne-du-Grès*, Leb. p. 278 ; CE, 25 juin 2003, *Commune des Contamines-Montjoie*, Leb. p. 789). L'abonnement représentait en 1999 17 % de la facture moyenne selon les observatoires des agences de bassin, avec toutefois un maximum à 44 %, et en 2004 18,4 % de cette facture, soit 56 € en moyenne selon l'IFEN. Pris en application de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 2224-12-4 I du CGCT), un arrêté interministériel du 6 août 2007 a plafonné, hormis pour les communes touristiques visées à l'article L. 133-11 du code du tourisme, le montant de l'abonnement à 40 % du coût du service de l'eau et de l'assainissement dans les communes urbaines pour une consommation d'eau de 120 m^3 par logement et par période de douze mois et 50 % dans les communes rurales et leurs groupements. Ce plafond a été ramené à respectivement 30 % et 40 % au 1er janvier 2010 avec une application au plus tard le 1er janvier 2012. La

loi du 30 décembre 2006 a en outre instauré trois cas de dérogation possible à la tarification binôme (partie fixe + partie variable) : une dispense exceptionnelle de toute partie proportionnelle dans les communes où la ressource est abondante et le nombre d'habitants inférieur à mille (art. L. 2224-12-4 I dernier alinéa du CGCT) ; une modulation des tarifs selon les saisons dans les communes où l'équilibre est menacé de façon saisonnière (art. L. 2224-12-4 IV du CGCT) ; instauration d'un tarif progressif à compter du 1er janvier 2010 pour inciter les gros consommateurs à économiser l'eau et favoriser les ménages faiblement consommateurs ou au contraire d'un tarif dégressif (art. L. 2224-12-4 CGCT). En ce qui concerne la faculté ouverte par l'art. L. 2224-12-4 II et III d'instaurer en ZRE un tarif progressif pour inciter les gros consommateurs (165 000 consommant 575 Mm^3, soit 4 % des volumes prélevés et 14 % des volumes facturés) à une meilleure utilisation de la ressource, une note D4E-B3-060072 du 24 avril 2006 de la direction des études économiques et de l'évaluation environnementale du ministère de l'Écologie estimait que l'effet sur le volume consommé serait inférieur à – 0,5 % et qu'il serait nettement plus efficace de pratiquer l'augmentation de prix sous la forme d'une augmentation des redevances des agences de l'eau, car une augmentation tarifaire de la seule eau du réseau peut générer des effets de substitution pour l'approvisionnement (forages privés…).

230. L'article L. 1411-2 du CGCT impose à toute convention de délégation de prévoir les paramètres ou indices susceptibles de déterminer l'évolution des tarifs (CE, 5 juin 2009, *Commune de Richardménil*, AJDA, 2009, p. 1133).

231. La facture peut être émise par des autorités différentes. Ainsi, aux Pays-Bas, l'eau potable est facturée par la société distributrice, filiale de la collectivité, le traitement des eaux usées par la wateringue tandis que la collecte des eaux usées est financée par les impôts locaux de la commune au prorata de la surface corrigée de l'habitation. En France, il n'est pas rare que les communes produisant l'eau en régie délèguent la facturation globale au distributeur, assurant ainsi l'unicité de la facture et facilitant en théorie sa lisibilité.

232. Sur le système tarifaire chilien, voir Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 159.

233. Elle est cependant parfois critiquée dans la mesure où elle fournit un avantage inutile aux classes moyennes et supérieures dont le taux de raccordement est par ailleurs généralement supérieur (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 80). Un bon résumé des débats sur l'efficacité des branchements sociaux, de la tarification sociale et de la péréquation tarifaire figure dans Isabelle Vincent, « Le prix de l'eau pour les pauvres : comment concilier droit d'accès et paiement d'un service ? », *Afrique contemporaine*, nº 205, 2003/1. Quoique moins fréquente dans les pays développés, la tarification sociale y est également pratiquée : Rouen par exemple l'applique sur les 60 premiers m^3 consommés chaque année (*ibidem*, p. 171). Elle encourt aussi un reproche fortement lié aux modalités de son administration et de son contrôle : elle contribuerait au marquage social ou à la stigmatisation de ses bénéficiaires.

234. Bien avant la généralisation des systèmes d'alimentation d'eau potable, l'eau portée à domicile par les porteurs d'eau connaissait des écarts de prix très importants entre villes : si son prix était homogène à l'intérieur d'une même cité, elle coûtait par exemple 1,25 F le m^3 à Chartres en 1842 mais 4,4 F à Paris (André Guillerme *et al.*, « Capter, clarifier, transporter l'eau en France (1800-1850) », *Les Annales de la recherche urbaine*, nº 23-24, 1984 ; « Les porteurs d'eau parisiens en 1842 », *L'Eau*, nº 3, mars 1957). Le passage à une alimentation municipale organisée a fait chuter les prix d'un facteur 5 à 10 selon la taille de l'agglomération vers 1860. Les écarts sont en revanche restés bien plus considérables en zone rurale : les prix variaient de 1 à 561 en 1894 (1 c le m^3 à Royat, Cauterets ou Argelès contre 5,61 F en Haute-Marne), certaines communes rurales disposant d'une eau de source pure qu'elles pouvaient distribuer quasi gratuitement sans la traiter. La fourchette se resserre ensuite : elle va de 1 à 120 en 1978 et se réduit encore de 1 à 25 en 1990 (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000).

235. Les règles de fixation du prix de l'eau ont varié au cours du temps, faisant intervenir le contrat en cas de délégation ou une décision administrative de la collectivité. S'est superposé à ce système en 1926 un contrôle préfectoral du prix fixé par les SPIC locaux et parfois une législation spécifique du contrôle du prix de l'eau. L'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix a fait rentrer l'eau potable dans le champ du contrôle des prix mais pas les redevances d'assainissement puisqu'elles n'ont pas le caractère d'un prix mais d'une taxe (CE, avis de la section des finances du 15 avril 1982, nº 330.792). Puis la loi nº 70-1297 du 31 décembre 1970 a supprimé l'approbation préfectorale du tarif lorsque les budgets des services exploités en régie ou concédés sont votés en équilibre (CE, avis de la section des travaux publics du 4 février 1971, nº 305.928, qui, au vu du sens et de la portée de cette loi et de l'analyse de ses travaux préparatoires, estime qu'elle a eu pour objet et pour effet de restreindre le champ d'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur

les prix). La loi nº 77-1457 du 29 décembre 1977 a ensuite encadré la hausse du prix des services, dont l'eau, mais sa rédaction peu claire a suscité une demande d'explication au Conseil d'État (avis des sections de l'intérieur et des finances réunies du 28 octobre 1980, nº 327.655). Puis la loi nº 78-1250 du 29 décembre 1978 relative au prix de l'eau laisse jouer les clauses contractuelles. Les lois nº 83-1181 du 29 décembre 1983 et nº 84-1212 du 29 décembre 1984 rétablissent un encadrement du prix de l'eau. Le contentieux relatif au contrôle du prix de l'eau a, tant qu'il a perduré, été peu abondant (voir notamment CE, 24 novembre 1971, *Compagnie générale des eaux*, Leb. p. 706, qui juge que le préfet n'est pas habilité, sous couvert d'un arrêté de contrôle des prix, à modifier des stipulations contractuelles prévoyant la répartition des recettes perçues par l'exploitant). Le retour à la liberté de fixation du prix de l'eau résulte finalement de la convergence de deux facteurs : d'une part, le mouvement de décentralisation qui supprime toute intervention des services de l'État en matière d'approbation des tarifs et, d'autre part, le mouvement de libération progressive des prix par la négociation avant que l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 ne rétablisse la liberté du prix de l'eau (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 168 et s.). L'effet de la sortie du blocage des prix peut être estimé à 2 points par an : entre 1975 et 1985, le prix de l'eau a augmenté de 3 % par an en francs constants ; entre 1986 et 1988 de 5 % par an (*ibidem*, p. 337). Il augmente ensuite de 9,3 % par an entre 1989 et 1994 du fait de la transposition des directives communautaires et de la loi sur l'eau de 1992.

236. Si ce prix ne peut en principe être fixé que pour l'avenir, la jurisprudence admet, pour assurer la continuité du service public, une rétroactivité lorsqu'une délibération tarifaire a été annulée (CE, 19 avril 2000, *commune de La Brosse*, req. 157920 ; CE, 9 avril 2004, *Escurat*, req. 252888). Un nouveau tarif ne peut prendre effet qu'à compter de la transmission de la délibération au contrôle de légalité (CE, 25 juin 2003, *Commune de Contamines-Montjoie*, Leb. t. p. 789).

237. De nombreux syndicats intercommunaux de distribution de l'eau ont uniformisé le prix de l'eau entre leurs membres. C'est le cas en Vendée ou dans le Nord où le syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord (SIDEN) affiche un tarif identique pour les habitants de ses 540 communes membres, sauf pour les nouveaux adhérents qui disposent d'une période de transition pour aligner leurs tarifs sur ceux du syndicat. C'est aussi le cas à l'intérieur du SEDIF.

238. Le contrat d'objectifs État-ONEMA 2009-2012 prévoit à ce titre un objectif 10 «*Mettre en place un observatoire des services publics d'eau et d'assainissement*». Cet observatoire recueillera auprès des maires et des EPCI ou syndicats des eaux les données fournies en application du décret du 2 mai 2007 et celles résultant d'études complémentaires. Les thèmes couverts concernent l'organisation des services, la qualité et le prix de l'eau facturé aux usagers. Ses données portant sur les 30 000 services d'eau et d'assainissement sont devenues accessibles au public en novembre 2009.

239. Une suggestion intéressante est parfois émise pour améliorer la situation sur ce point, malgré l'autonomie de gestion dont disposent les collectivités territoriales : développer des clauses types là où cela est possible pour harmoniser autant que possible les droits et obligations respectifs de la collectivité, du fournisseur et de l'usager. Sur les contrats types et leur utilisation, voir Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, La Documentation française, p. 130.

240. Voir notamment le rapport d'information nº 3081 de l'Assemblée nationale relatif à la mission d'évaluation et de contrôle sur le financement et la gestion de l'eau présenté en 2001 par Yves Tavernier.

241. Le m^3 d'eau tiré des eaux souterraines était facturé 1,27 € en moyenne en 2001 (1,37 € en 2004), le m^3 tiré des eaux de surface 1,65 € (1,75 € en 2004) et le m^3 tiré d'eaux mixtes 1,35 € ; 50 % de la population était alimentée par des eaux souterraines, 20 % par des captages d'eaux de surface (Bretagne, Pays de la Loire, Midi-Pyrénées et Provence-Alpes-Côte-d'Azur) et 30 % par des eaux mixtes.

242. Il existe une différence de tarif selon les usages de l'eau (eau pour le refroidissement des centrales, eau pour l'irrigation, eau industrielle, eau potable…), sans que cette distinction corresponde exactement à la différence entre eau brute et eau traitée. Des utilisateurs industriels utilisent par exemple de l'eau potable.

243. Les eaux de surface étant généralement de moindre qualité que les eaux souterraines, davantage de traitements sont requis pour les rendre potables. La meilleure qualité des eaux souterraines, conjuguée aux améliorations des techniques de forage et de pompage, conduit à privilégier partout dans le monde le captage des eaux souterraines, avec un risque accru sur le non-renouvellement de la ressource. Par ailleurs, le relèvement de la qualité attendue de l'eau sous l'impulsion de l'Union européenne s'est également traduit par un renforcement des traitements et un prix plus élevé. Déjà un problème identique s'était posé à la fin du XIXe siècle : en relevant les exigences de qualité de

l'eau potable distribuée, les collectivités publiques ont demandé à leurs délégataires d'investir davantage dans leurs installations, sans accepter d'augmenter les prix ; une vague de contentieux s'est ensuivie qui a amorcé un mouvement de retour à la régie (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 315 et s.).

244. La distribution de l'eau nécessite en moyenne 29 m de tuyaux par logement : 80 m dans les petites communes et 6 m dans les villes de plus de 50 000 habitants

245. Parmi les facteurs récents d'augmentation du coût, il faut également mentionner les importants travaux, invisibles pour l'usager, qui ont été réalisés par les exploitants pour interconnecter les réseaux de distribution et assurer ainsi la continuité et la sécurité de l'approvisionnement et homogénéiser la qualité de l'eau distribuée.

246. Le prix de l'eau inclut une redevance perçue par l'agence de l'eau au titre du prélèvement dans le milieu naturel ou de la préservation de la ressource, une redevance perçue par Voies navigables de France lorsque le prélèvement a lieu dans des cours d'eau domaniaux (cf. note 747), les taxes locales, la TVA au taux de 5,5 % et une redevance perçue par le Fonds national de développement des adductions d'eau (FNDAE). Il peut aussi inclure, sans que cela soit transparent pour l'usager, une redevance pour occupation domaniale mise à la charge du délégataire. La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) a fixé à 1 % du prix de l'eau la norme indicative et raisonnable pour son montant. Le décret n° 2009-1683 du 30 décembre 2009 pris en application de la loi du 30 décembre 2006 vient de plafonner en valeur absolue et en fonction du mètre linéaire de canalisation le montant des redevances dues aux communes, aux départements et aux régions en raison de l'occupation de leur domaine public par des ouvrages des services publics de distribution d'eau et d'assainissement. Le montant fixé selon ces nouvelles règles ne peut pas en pratique dépasser 1 % du prix de l'eau. La ville de Saint-Étienne ayant par ailleurs mis à la charge du délégataire entrant des droits d'entrée élevés, la loi du 2 février 1995 (art. L. 1411-2 du CGCT) les a interdits.
Le FNDAE, créé en 1954 pour financer le raccordement à l'eau potable en habitat rural (cf. notes 155, 161, 217 et 608), a vu sa vocation étendue au financement de l'assainissement en zone rurale par l'article 101 de la loi de finances pour 1979. Il est devenu en 2000 la première section du Fonds national de l'eau (FNE), nom donné par la loi de finances pour 2000 au compte d'affectation spéciale n° 902-00, la seconde section étant constituée par le Fonds national de solidarité pour l'eau (FNSE) ; le FNE a été supprimé à compter de 2004 en vertu de l'article 38 de la loi de finances pour 2004. Le FNDAE était alimenté par un prélèvement sur le PMU, qui assurait jusqu'à sa suppression par l'article 45 de la loi de finances pour 2003 60 % des ressources du Fonds, et par la redevance prélevée sur chaque mètre cube d'eau potable vendu en France (cette redevance est passée de 0,048 F/m^3 en 1954 à 0,065 en 1968 puis à 0,085 F en 1985, à 0,095 F en 1990 et à 0,14 F en 1998), qui assurait 40 % des recettes du Fonds. Le ministère des Finances a récupéré, à l'occasion de la suppression du Fonds, les trois à quatre années de réserves qu'il comportait, avec des effets considérés comme néfastes sur la lutte contre les pollutions d'origine agricole (Conseil économique et social, *Les Activités économiques dans le monde de l'eau*, rapport présenté par Marie-José Kotlicki, 2008, p. II-51).
Le prix de l'assainissement inclut de son côté une redevance perçue par l'agence de l'eau au titre de la lutte contre la pollution et la TVA.

247. Ce pourcentage était de 13,45 % en 1990, de 21 % en 1993 (augmentation des redevances prélevées par les agences de bassin, augmentation de la TVA, etc.) et de 20 % en 1999.

248. IFEN, « De l'eau à tous prix », *Les Données de l'environnement*, janvier-février 2004, n° 90. Cet écart demeure constant depuis 1992 pour le Conseil économique et social.

249. C'est en 1996 que le poids de l'assainissement dans la facture aurait dépassé celui de l'eau. Il serait aujourd'hui de 55 % et devrait tendre vers 60 %, comme c'est déjà le cas en Allemagne. D'autres sources donnent des proportions différentes : dans son récent rapport sur le sujet, le Conseil économique, social et environnemental chiffre la part de l'eau potable à 59 % et celle de l'assainissement à 41 % (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul Viguerie, 2009, p. 18). Si on réintroduit les taxes, la répartition actuelle serait la suivante : 46 % eau potable, 36 % assainissement et 18 % taxes (http://sierm.eaurmc.fr/eau-potable/prix/index.php). L'IFEN répartit ainsi en 2004 la facture pour les communes dotées d'un réseau d'assainissement collectif : 1,46 € pour l'eau potable (48,5 %) et 1,56 € pour l'assainissement (51,5 %) sur un prix global de 3,01 € le m^3.

250. Sur l'importance et l'explication actuelle de cet écart, difficile à mesurer, on peut se reporter à Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 109. L'auteur y montre, d'après l'étude du Boston Consulting Group de 2006 (cf. note 186), que la délégation coûte en apparence plus cher à l'usager sur sa facture (entre + 5,5 % et + 9,5 %) mais qu'à

conditions d'exploitation identiques (telles que l'assujettissement du délégataire à l'impôt sur les sociétés, à la taxe professionnelle et à des redevances domaniales) elle revient moins cher (entre – 3 % et – 7 %). L'explication de cet écart mériterait d'être davantage étayée puis diffusée. Un autre indice contemporain de la relative indifférence du prix au mode de gestion réside dans la stabilité ou l'augmentation des prix pratiquée dans la grande majorité des cas lors du retour en régie (*ibidem*, p. 110). Le Conseil économique et social note également que l'écart de prix, selon que le service est délégué ou non, s'est resserré entre 1994 et 1999 (avis sur la réforme de la politique de l'eau, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 40). Les données historiques accessibles dans divers ouvrages confirment indiscutablement le resserrement très net de l'écart de prix observable selon le mode de gestion : en 1900, le prix moyen de l'eau est de 1,03 F le m^3 en gestion déléguée contre 0,58 F en régie (Jean-Pierre Goubert, *La Conquête de l'eau*, Hachette, 1987). En 1990, le prix du m^3 en gestion déléguée ressort à 6,99 F contre 4,53 F en régie. Le resserrement de cet écart est attribué à l'extension progressive du modèle marchand (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000) : les régies, qui cédaient gratuitement l'eau ou en subventionnaient le prix pour avantager les usagers durant la période de la municipalisation des eaux, ont été progressivement obligées à relever leur prix pour couvrir leurs coûts (le taux de recouvrement des coûts par le prix de vente était estimé à 81 % par le ministère de l'Environnement en 1989) puis pour dégager sur leurs budgets de nouveaux moyens leur permettant de financer d'autres services publics. Les régies intercommunales, plus distantes des usagers, ont solidement entraîné le mouvement à la fin des années 1980 (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 344 et s.). Au même moment, le regain de la gestion déléguée s'est également traduit par un relèvement du prix de l'eau, les collectivités publiques obligeant les délégataires à financer des investissements et prélevant des droits d'usage ou des redevances d'occupation du domaine, répercutés dans le prix.

251. Voir sur ce point les chiffres mentionnés dans le rapport du Conseil économique, social et environnemental (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, 2009, p. 24-25). En 2004, le prix moyen était selon l'IFEN de 3,19 € en cas d'organisation intercommunale du service contre 2,59 € en cas d'organisation communale.

252. Cette répartition est importante. Elle découle de ce que la facture d'eau sert d'assiette à la perception de redevances et de taxes, et notamment à l'encaissement de la redevance d'assainissement. Des communes gérant leur service d'assainissement en régie peuvent ainsi déléguer le recouvrement de la recette au délégataire qui la lui reverse. Lorsque la délégation a connu un regain à la fin des années 1980, de nombreuses communes ont délégué la gestion de l'alimentation en eau potable mais conservé l'assainissement. Le paysage n'en est que plus complexe à décrire et plus hermétique pour l'usager.

253. Cette situation a conduit le Haut Conseil du secteur public à lui consacrer un rapport en 1999 *: Quelle régulation pour l'eau et les services publics ?*, La Documentation française.

254. NUS Consulting, *The Sleeping Giant 2001-2002. International Water Report and Cost Survey*, Group Water Price, 2003. Cette étude, publiée tous les ans, permet de suivre l'évolution des prix de l'eau facturés aux particuliers dans les cinq plus grandes villes de dix pays européens pour une consommation de 120 m^3. Au 1er janvier 2008, le prix moyen des services d'eau et d'assainissement ressort à 3,01 € le m^3 en France (1,51 € pour l'eau et 1,5 € pour l'assainissement) pour une moyenne européenne pondérée de 3,4 € (1,83 € pour l'eau et 1,52 € pour l'assainissement).

255. Baromètre SOFRES/C. I eau 2005, 10e éd., avril 2005 ; *Les Français et l'eau. 10 ans d'opinions et d'études 1995-2005*. Synthèses de l'eau, juin 2005. Les sondages les plus récents (par exemple le 14e baromètre CIEau/TNS/SOFRES du 5 avril 2009) montrent que les opinions sur les prix tendent à refléter leur assagissement récent : de moins en moins de Français la trouvent chère (53 % mais ce pourcentage chute de 7 points) et de plus en plus la trouvent bon marché (37 %, pourcentage en augmentation de 8 points).

256. Et lorsqu'ils avancent un chiffre (4,3 € le m^3), il est surestimé (le prix moyen était de 2,8 € par m^3 en 2005 selon l'INSEE).

257. Parmi ceux qui ignorent ce montant figurent ceux qui payent leur eau dans leurs charges locatives (60 % d'entre eux ignorent le montant de leur facture), d'où le débat sur l'équipement obligatoire des immeubles collectifs anciens en compteurs individuels (cf. 2.1.3.).

258. La diversité des prix pratiqués autorise aussi des phénomènes de péréquation (entre communes rurales et urbaines, entre entreprises, vers les exploitants agricoles…) dont le Conseil économique et social soulignait déjà en 2000 qu'ils étaient mal appréhendés (*Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 49). Ce sujet, qui fait pourtant partie du débat national et local sur la transparence du prix de l'eau, n'a plus guère été investigué depuis lors.

259. Baromètre CIEau/TNS SOFRES 2008.

260. Entre 114 et 4 573 € selon les communes (Office international de l'eau, *Le Prix de l'eau en 2004*, p. 4).

261. Le juge administratif vérifie si une participation présente ou non le caractère d'une contribution aux dépenses d'équipements publics obtenue en violation du code de l'urbanisme à l'occasion de la délivrance du permis de construire ou d'une participation au raccordement. Il peut aussi requalifier une telle participation en offre de concours (CE, 9 mars 1983, *SA Soc. lyonnaise des eaux*, Leb. t. p. 685).

262. CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, Leb. p. 427.

263. CE, 9 juillet 2003, *Ferrand*, Leb. t. p. 789, qui juge également que cette majoration a le caractère d'une disposition accessoire de la réglementation applicable aux redevances d'assainissement et peut être instituée par le pouvoir réglementaire.

264. CE, Sect., 21 novembre 1975, *Société La Grande Brasserie moderne*, Leb. p. 584. Mais un habitant d'une commune dans laquelle le réseau d'assainissement n'a pas encore été mis en service ne peut pas être regardé comme un usager du SPIC et ne peut donc pas être assujetti au paiement de la redevance (CE, 6 mai 1996, *District de Montreuil-sur-Mer*, req. 161034).

265. En Europe, un pays comme l'Irlande, richement doté en ressource, maintient toujours la gratuité de l'eau fournie par les collectivités locales, malgré la directive-cadre sur l'eau de 2000. La gratuité totale ou partielle reste répandue hors d'Europe (cf. 1.3.5.2. et 1.4.3.). Pour une étude comparative sur les trois composantes assurant la couverture intégrale des coûts (tarif perçu de l'usager, transferts – subventions et prêts bonifiés – et taxation), voir *Financement et tarification de l'eau : le rôle des politiques publiques, du secteur privé et de la société civile*, OCDE, décembre 2008.

266. En 1999, la facture moyenne était estimée à 312 € par la DGCCRF. En 2008, elle est estimée à un euro par jour et par famille (soit 365 € par an) par le rapport du BIPE et de la FP2E (*Les Services collectifs d'eau et d'assainissement en France*, janvier 2008) ainsi que par le Conseil économique, social et environnemental (*Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul Viguerie, p. 20). Pour une consommation annuelle moyenne de 120 m^3.

267. Pour une comparaison du prix de l'eau dans différents pays européens en 2008, on peut se reporter à Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 107. Les prix les plus élevés sont au Danemark (6,18 € le m^3) et en Allemagne (5,16 €), les plus bas en Espagne (1,91 €) et en Italie (0,84 €). La France (3,01 €) se situe sous la moyenne (3,4 €). Ce tableau issu de l'enquête NUS Consulting met en évidence la sous-tarification du prix de l'eau en Espagne, où il est subventionné à destination de l'agriculture irriguée, et en Italie où grâce à une tarification par palier les petits consommateurs sont avantagés par rapport aux clients industriels (*ibidem*, p. 113).

268. L'étude NUS Consulting, limitée à cinq grandes villes dans dix pays, fait état d'une augmentation moyenne des prix en Europe de 5,1 % entre juillet 2003 et janvier 2008 ; pour la France, elle a été de 3,6 % durant la même période.

269. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 82. L'auteur présente également les résultats de l'étude réalisée par le BIPE en 2006 (*Analyse des services d'eau et d'assainissement de huit capitales européennes au regard du développement durable*) qui compare notamment le poids de la facture d'eau dans le budget des ménages : Paris se situe au bas de l'échelle (0,6 % du revenu des ménages) et Amsterdam au sommet (1,8 %).

270. Une autre dérogation légale à ce principe existe en faveur des habitants des communes de moins de 3 000 habitants (Antoine Frérot, p. 81 et note 10 de l'annexe 11).

271. Selon la FP2E, dont les adhérents desservent près de 75 % de la population, plus de 500 000 arrangements de ce type sont conclus chaque année.

272. Le dernier alinéa de l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles prévoit qu'en cas de non-paiement de la facture d'eau le fournisseur avise le consommateur par courrier du délai et des conditions dans lesquels la fourniture peut être réduite ou suspendue à défaut de règlement.

273. Les impayés atteindraient en France 0,7 % du montant facturé, contre 1,7 % en Angleterre (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 172).

274. Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, p. 65 et p. 162 ; Henri Smets, *La Prise en charge des dettes d'eau des usagers démunis en France*, Académie de l'eau, avril 2008.

275. Le service qui distribue l'eau doit informer l'abonné individuel des dispositifs d'aide existants. Le CCAS peut suspendre l'engagement des poursuites pendant trois à six mois et le service distributeur doit maintenir une fourniture minimale d'eau. Dans un immeuble collectif, la fourniture d'eau ne peut pas être interrompue sauf consentement de tous les occupants ou interdiction d'habiter. Pour un bilan de l'action des fonds départementaux, on peut se reporter au *Rapport sur l'évaluation de la mise en œuvre des dispositifs départementaux d'aide aux personnes et familles qui éprouvent des difficultés à acquitter leurs factures d'eau*, IGAS, IGE, décembre 2001.

276. Une nouvelle version de cette charte, intégrant les apports des dernières lois, est en cours de discussion depuis un an.

277. Les fonds départementaux traitaient la situation des usagers pouvant justifier d'une facture d'eau, c'est-à-dire d'un abonnement individuel. Les habitants d'immeubles collectifs, pour qui l'eau est facturée parmi les charges récupérables, relevaient du FSL et de la prise en charge par ses soins des impayés de loyers et de charges.

278. Ce choix est particulièrement justifié pour les abonnés collectifs aux services d'eau ou d'énergie, pour qui les dépenses correspondantes figurent dans les charges locatives.

279. Sur cette réforme et les principales aides apportées depuis lors par les FSL, on peut se reporter à Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, p. 65.

280. S'agissant d'un consommateur qui ne bénéficie pas d'aide préalable, la première lettre de relance doit être envoyée quatorze jours après l'émission de la facture ou à la date limite de paiement quand cette date est postérieure. La lettre doit mentionner le délai supplémentaire de quinze jours après lequel la fourniture pourra être suspendue (ou réduite) en l'absence de paiement. S'agissant d'un client bénéficiant d'un service social communal (ou intercommunal) ou ayant bénéficié d'une aide du fonds de solidarité logement (FSL), cette première lettre doit être envoyée quatorze jours après l'émission de la facture ou à la date limite de paiement quand cette date est postérieure. La lettre doit mentionner le délai supplémentaire de trente jours après lequel la fourniture pourra être suspendue (ou réduite) en l'absence de paiement. La lettre doit mentionner que l'abonné peut saisir les services sociaux et que le fournisseur tient à sa disposition les coordonnées des organismes en question. La lettre doit également mentionner que, sauf opposition dans les huit jours, le fournisseur transmettra les informations nécessaires à l'examen de sa situation aux services sociaux. Si cette première lettre n'est suivie ni du règlement ou d'un accord sur les modalités du paiement, ni d'une demande d'aide ou si le FSL a rejeté la demande ou n'a pas pu statuer dans le délai de deux mois, le distributeur peut adresser au consommateur une deuxième lettre qui l'informe de la suspension (ou de la réduction) de la fourniture d'eau au moins vingt jours à l'avance. Le fournisseur d'eau doit mentionner dans les deux lettres successivement adressées aux personnes en situation d'impayé qu'elles peuvent bénéficier du maintien de la fourniture d'eau si elles ont obtenu dans les douze mois précédents une aide du FSL. Le décret du 13 août 2008 comporte d'autres précisions utiles, notamment pour le cas où l'impayé est le fait d'un ou plusieurs copropriétaires au sein d'une copropriété.

281. Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, 2009, p. 65 et p. 148 et s.

282. Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, 2009, p. 62 et s.

283. Bruno Maresca et Guy Poquet, « Les services distribués en réseau. Faut-il généraliser les compteurs individuels dans la distribution de l'eau ? », CREDOC, *Cahier de recherche*, nº 12, novembre 2005, p. 24 et s.

284. Il y aurait eu 225 000 coupures pour impayé d'électricité en 2003. Compte tenu du caractère prépondérant des impayés d'électricité et de gaz dans les charges des ménages, ce chiffre semble cohérent avec celui qui est donné ci-après pour les coupures d'eau.

285. L'opérateur privé abandonne généralement la part de la facture qui lui revient, les frais de fermeture ou de réouverture du branchement et les frais de dossier. Les régies ne semblent pas consentir un effort identique à celui qui est fourni par les délégataires.

286. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 172 et Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, 2009, p. 65, note 197. Le Conseil économique, social et environnemental note toutefois dans son avis du 13 mai 2009 (*Les Usages domestiques de l'eau*) que ce système ne fonctionne correctement que dans une soixantaine de départements et qu'une dizaine d'entre eux ne distribuent aucune aide. En avril 2009, 73 départements étaient couverts par un accord et 18 accords étaient encore en négociation.

287. Stéphane Braconnier, *Les Arrêtés municipaux anti-coupures d'eau*, AJDA, 2005, p. 644 ; Jacques Moreau, *Les Problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures*, RJEP/CJEG mars 2006. Les solutions données à ces litiges sont variables. Le 20 juillet 2007, le tribunal administratif de Lyon a ainsi rejeté la requête du préfet du Rhône tendant à l'annulation de l'arrêté du maire de Vénissieux qui interdisait les coupures d'électricité, de gaz et d'eau touchant les familles en difficulté dans la commune. Le 16 mai 2007, le tribunal administratif de Melun a validé un arrêté municipal équivalent concernant la commune de Champigny-sur-Marne. Mais la cour administrative d'appel de Douai les a annulés par un arrêt du 29 décembre 2005.

288. Cette loi interdit la coupure d'eau dans de nombreux types de locaux (logements, pensions, hôpitaux et maisons de soin, écoles, cabinets médicaux et dentaires, locaux de police et centres de pompiers…) et les systèmes de réduction de débit – *trickle valve* – qui avaient eu pour effet pervers de provoquer d'importants retards dans le paiement des factures.

289. La jurisprudence allemande considère que la coupure d'eau est contraire à l'article 1er de la Constitution et la jurisprudence espagnole qu'elle constitue un moyen de pression excessif sur le débiteur.

290. Lors de l'instauration des redevances en 1964, le principe pollueur-payeur n'avait encore aucune valeur juridique en droit interne. Apparu en droit communautaire dans la directive-cadre 75/442/CEE sur les déchets puis érigé par l'Acte unique en principe du droit communautaire de l'environnement (article 174 § 2 du TCE), il est repris à l'article 9 de la directive-cadre sur l'eau de 2000 ; il consiste à faire supporter au pollueur le coût des externalités négatives jusqu'ici supportées par la collectivité (« Communication de la Commission portant lignes directrices sur les aides d'État à la protection de l'environnement », *JOUE* C 82 du 1er avril 2008, p. 1). Ce principe est en particulier utilisé par la Commission et par la CJCE pour vérifier si un élément de fiscalité environnementale ne constitue pas une aide d'État (cf. « Les aides d'État, Entretiens du Palais-Royal », *Concurrences*, no 3-2008 et *Droit de l'environnement*, no 175, « Les entretiens du Conseil d'État, La fiscalité environnementale », Dominique Berlin, p. 39). Il permet aux États, qui disposent en la matière d'une large marge d'appréciation, d'asseoir ces taxes ou redevances sur des volumes de déchets produits et non pas réellement consommés pourvu que cette simplification ne se traduise pas par des imputations disproportionnées au détriment de certaines catégories d'usagers (CJCE, 16 juillet 2009, *Futura immobiliare*, aff. C-254/08). Il a été introduit en droit français par la loi no 95-101 du 2 février 1995 (art. L. 110-1-II du code de l'environnement) avant d'être incorporé dans la charte de l'environnement (Nicolas de Sadeleer et Sylvie Caudal-Sizaret, *Principe du pollueur-payeur*, JurisClasseur Environnement, fasc. 126). Mais les redevances perçues par les agences ont été rapidement calculées, selon l'article 14 de la loi du 16 décembre 1964, en partant du chiffrage du montant de leurs interventions et non pas en fonction de la dégradation de la ressource et du coût de sa restauration. Cette logique d'autofinancement par les pollueurs-sociétaires demeure largement en vigueur et le principe pollueur-payeur peu appliqué (Sylvie Caudal, « Les redevances perçues par les agences de l'eau : évolutions et perspectives », *Environnement*, no 7, juillet 2005, étude 18). En substance, ce sont les consommateurs domestiques – urbains surtout – qui versent l'essentiel des redevances et ce sont les collectivités territoriales qui sont les principales bénéficiaires des aides des agences. Les communes ont en particulier réussi au début des années 1970 à mettre fin à leur assujettissement à toute redevance pour pollution émanant de leurs stations d'épuration et à en transférer la charge sur les habitants ; si un système incitatif complexe, faisant intervenir une prime pour épuration, a ensuite été introduit, la loi du 30 décembre 2006 l'a rendu facultatif. Si les communes y avaient été constamment assujetties depuis 1964, l'incitation à se conformer à la directive communautaire de 1991 aurait joué à plein et la France ne se trouverait pas aujourd'hui en difficulté à Bruxelles et à Luxembourg (cf. 2.4.2.1.).

291. En réalité, la loi de 1964 n'a jamais été intégralement mise en œuvre. Elle prévoyait de confier la fonction de maîtrise d'ouvrage à des établissements publics territoriaux de bassin (EPTB) mais les collectivités territoriales, qui l'exerçaient par ailleurs, n'ont pas souhaité voir s'affirmer un maître d'ouvrage étatique puissant face à elles. Se sont donc posés de manière récurrente des problèmes de maîtrise d'ouvrage qui semblent désormais en voie de règlement (cf. 2.3.3.).

292. Jacques Sironneau, « Droit et gestion de l'eau, grandes tendances mondiales et applications récentes », *Revue juridique de l'environnement*, 3-1998, p. 304. Sur les agences de bassin ou de l'eau, on peut se reporter à Jean-Loïc Nicolazo Crach, *Les Agences financières de bassin*, Johanet, 1973, à Yves Martin, *Quelques réflexions sur l'évolution des agences de l'eau*, Annales des Mines, juillet-août 1998 et à Jean-Loïc Nicolazo Crach et Jean-Luc Redaud, *Les Agences de l'eau, quarante ans de politique de l'eau*, Johanet, 2007.

293. La nature juridique des redevances collectées par les agences de bassin n'a été clarifiée qu'à l'issue d'un long parcours. Elles ont été instituées par l'article 14 de la loi du 16 décembre 1964

et par le décret n° 66-700 du 14 septembre 1966, et en étaient redevables les personnes ayant détérioré la qualité de l'eau, effectué des prélèvements sur la ressource, modifié le régime des eaux dans tout ou partie du bassin ou bénéficié de travaux ou ouvrages exécutés avec le concours de l'agence. Le Conseil d'État, après avoir relevé que ni la loi ni ses travaux préparatoires ne fournissaient aucune indication à cet égard, a reconnu à ces redevances un caractère *sui generis*, sans les assimiler à un impôt, à une taxe syndicale ou parafiscale ou à une redevance pour service rendu (CE, section des travaux publics, avis n° 297.501 du 27 juillet 1967 ; CE, 21 novembre 1973, *Société des papeteries de Gascogne*, Leb. p. 654). Cet avis, s'il avait été suivi, aurait introduit en droit français une redevance de nature incitative qui aurait permis de mettre en œuvre le principe préleveur/payeur ou pollueur-payeur dans le domaine de l'environnement et de résoudre un problème récent comme celui de la taxe carbone. Mais, dans une décision DC 82-124 du 23 juin 1982 (rec. p. 99), le Conseil constitutionnel a jugé que ces redevances ne constituaient ni une taxe parafiscale ni une redevance pour service rendu mais une imposition de toute nature dont l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles d'assiette, le taux et les modalités de recouvrement. La redevance, conçue comme un outil d'incitation par la loi du 16 décembre 1964, a de ce fait perdu cette vertu, toute imposition devant respecter le principe de l'égalité devant l'impôt. Le Conseil d'État a repris ce raisonnement à son compte (CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA établissements Outters c/ Agence financière de bassin Seine-Normandie*, Leb. p. 382, *RFD. Adm.*, 1986, p. 513, concl. Philippe Martin). Pour préparer une réforme des redevances, le Premier ministre et le ministre de l'Écologie et du Développement durable ont commandité un rapport (Jean-Claude Flory, *Les Redevances des agences de l'eau : enjeux, objectifs et propositions d'évolution dans la perspective de la réforme de la politique de l'eau*, La Documentation française, octobre 2003). Tirant les conséquences de toute la jurisprudence, la loi du 30 décembre 2006 a redéfini les règles d'assiette, de taux et de recouvrement applicables à ces impositions (art. L. 213-10 à L. 213-10-12 du code de l'environnement). La loi prévoit désormais sept types de redevances : pour pollution de l'eau avec possibilité pour l'agence de verser une prime pour épuration, pour modernisation des réseaux de collecte assises sur les rejets domestiques et non domestiques, pour pollution diffuse en remplacement de la TGAP, pour prélèvement sur la ressource en eau dont le taux est modulable selon l'état (localisation en ZRE ou non) et l'usage de la ressource (alimentation en eau potable, refroidissement des centrales, irrigation, industrie), pour protection du milieu aquatique en remplacement de la taxe piscicole, pour stockage d'eau en période d'étiage et pour obstacle sur les cours d'eau (dont sont exonérées les installations hydroélectriques assujetties à la redevance pour prélèvement), seules ces deux dernières étant nouvelles. Les taux de ces redevances sont encadrés par le Parlement (minimum/maximum) et les agences disposent à sa suite d'une capacité d'adaptation de ces taux et de modulation selon la rareté de la ressource ou les priorités et les objectifs locaux de qualité fixés dans les SDAGE et SAGE.

294. Sur la légalité d'une telle redevance assise sur le prélèvement réel sur le milieu naturel, voir CE, Sect., 17 février 1989, *Association syndicale des arrosants du canal du Béal du Moulin de Sénas c/ Agence financière de bassin Rhône-Méditerranée-Corse*, Leb. p. 57.

295. Le décret du 14 septembre 1966 n'ayant pas déterminé les modalités d'assiette et de taux de la redevance perçue au titre des activités qui modifient le régime des eaux, les agences ne pouvaient pas légalement taxer des activités comme l'extraction de granulats (CE, 2 mars 1994, *Union régionale des producteurs de granulats de Languedoc-Roussillon et autres*, Leb. p. 106).

296. Le coût de collecte de ces taxes environnementales représente environ 1 % du produit de la collecte. Cette dernière mobilise 305 ETP sur les 1 900 travaillant dans les agences. Ce coût de collecte est plus élevé pour des redevances à faible rendement : le conseil des impôts a par exemple noté que quinze agents de l'agence de l'eau Seine-Normandie sont affectés à la gestion de la redevance d'élevage, ce qui représente 35 à 40 % du produit de la redevance (1 M€).

297. La convention signée par une agence accordant une aide financière à une entreprise est un contrat administratif qui fait participer le bénéficiaire à la mission de service public assurée par les agences (CE, 16 décembre 1992, *SA International Décor*, Leb. t. p. 993).

298. Leur effectif varie de 80 (Artois-Picardie) à 190 (Loire-Bretagne). Pour un témoignage sur la teneur de leurs débats et sur la perception de leurs travaux par un militant associatif, on peut se reporter à Bernard Rousseau, «<+N>La place du citoyen dans les structures publiques », *Après-demain*, n° 408-409, novembre-décembre 1998.

299. Sur la consultation du comité de bassin pour des travaux d'intérêt commun au sens de l'article 13 de la loi du 16 décembre 1964, voir CE, 8 novembre 1999, *Association de liaison anti-canal du Val de Saône*, Leb. t. p. 599.

300. Les décisions qui fixent l'assiette et le taux des redevances sont de nature réglementaire (CE, 20 octobre 1976, *Commune de Villers-les-Pots*, Leb. p. 431 ; avis de la section des travaux

publics du 13 novembre 1984, nº 336.028). Mais la loi du 30 décembre 2006 a changé la donne (cf. note 293).

301. Il est demeuré imparfait, car rien n'avait été prévu pour l'outre-mer. Il a fallu attendre la loi nº 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer pour qu'on y crée des offices de l'eau (art. L. 213-13 à L. 2123-20 du code de l'environnement). Ces offices ne pouvaient toutefois, jusqu'à la loi du 21 juillet 2003, prélever aucune redevance pour prélèvement d'eau (art. L. 213-13-IV-1º du code de l'environnement) et sont des établissements publics locaux à caractère administratif rattachés au département. Et la loi du 30 décembre 2006 vient seulement d'étendre aux départements d'outre-mer la liste des redevances que les offices peuvent prélever. Les conditions n'ont donc pas été réunies jusqu'à très récemment pour qu'une politique de l'eau puisse être menée outre-mer, où elle serait particulièrement nécessaire, en matière d'assainissement surtout, où les retards d'équipement sont criants au regard des exigences de la directive ERU de 1991 dans un milieu écologiquement sensible. Mais les élus y ont donné la priorité à l'alimentation en eau potable et ont maintenu des prix bas, ne dégageant pas de marge de manœuvre pour l'investissement.

302. Albert-Louis Roux, « SDAGE et SAGE sont-ils des territoires pertinents ? », *Après-demain*, nº 408-409, novembre-décembre 1998.

303. Le SDAGE comporte des objectifs quantitatifs et qualitatifs. Il peut être subdivisé en schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE), correspondant à des sous-bassins, élaborés par les commissions locales de l'eau (CLE). Sur les outils nécessaires à la gestion concertée des bassins-versants, on peut se reporter à Olivier Barreteau, « Comment gérer ensemble la ressource en eau, quelles méthodes pour faciliter les négociations entre les acteurs ? », colloque *Eau et agriculture durable*, SIMA, 1er mars 2005, CEMAGREF.

304. CE, 14 avril 1999, *Commune de La Petite-Marche*, req. 185935 pour un arrêté déclarant d'intérêt général et d'utilité publique le projet de barrage de Chambonchard (Cher) ; CE, 10 novembre 2006, *Association de défense du Rizzanese et de son environnement et autres*, Leb. t. p. 879 pour une DUP relative à la réalisation d'un barrage ; CE, 16 octobre 2009, *Association syndicale autorisée du canal de Gap*, req. 295599, AJDA, 2009, p. 1918 pour un arrêté délimitant le périmètre d'un SAGE et pour un arrêté approuvant un schéma conforme aux orientations du SDAGE. L'article L. 515-3 du code de l'environnement prévoit aussi que le schéma départemental des carrières doit être ou rendu compatible avec le SDAGE et le SAGE, s'il existe. Mais l'illégalité d'un arrêté autorisant les travaux dans le domaine de l'eau en raison de son incompatibilité avec la SDAGE n'entraîne pas par voie de conséquence l'illégalité de l'arrêté déclarant d'utilité publique le projet d'aménagement, laquelle ne peut être prononcée que pour absence de prise en compte des dispositions du SDAGE (CE, 17 mars 2010 , Ministre de l'écologie c/Association FRAPNA, req. 311443, AJDA 2010, p. 584). Sur la simple prise en compte des dispositions ou orientations d'un SDAGE par des décisions administratives n'intervenant pas dans le domaine de l'eau, voir CE, 9 juin 2004, *Association « Alsace nature » du Haut-Rhin*, Leb. p. 243 pour une DUP relative à un ouvrage routier et CE, 28 juillet 2004, *Association de défense de l'environnement et autres*, Leb. t. p. 702.

305. Initialement de dix à quinze ans, la durée d'un SDAGE est désormais de six ans. Sur l'évolution récente des règles relatives à l'élaboration des SDAGE, voir Gwendoline Paul, « Actualité législative et réglementaire du SDAGE », *Gazette du Palais*, juillet 2009, nº 185, p. 18.

306. Le Conseil d'État exerce un contrôle normal sur l'arrêté préfectoral délimitant le périmètre d'un SAGE et vérifie que ce périmètre correspond à une unité hydrographique fonctionnelle (CE, 16 octobre 2009, *Association syndicale autorisée du canal de Gap*, req. 295599, AJDA, 2009, p. 1918).

307. En 2009, il existait 44 SAGE approuvés, 91 en cours d'élaboration et 13 en gestation. Le territoire national est donc loin d'être couvert.

308. Le Conseil d'État exerce un contrôle restreint sur la désignation par le préfet des membres de cette commission (CE, 16 octobre 2009, *Association syndicale autorisée du canal de Gap*, req. 295599, AJDA, 2009, p. 1918).

309. Philippe Marc, *Les Cours d'eau et le droit*, Johanet, 2006, p. 264. À titre d'exemple, ce sont les agences qui ont été mises à contribution pour accorder des subventions aux collectivités territoriales pour la réalisation de travaux d'adduction d'eau ou d'assainissement (art. 121-II de la loi de finances pour 2005) ou encore pour financer, après la suppression du FNE (cf. note 246), l'ONEMA. Il est vrai toutefois que l'on a souvent reproché aux agences d'avoir accumulé une trésorerie considérable, supérieure à leurs besoins. Actuellement, c'est le Parlement qui fixe les grands objectifs de ces établissements : amélioration de la situation en matière d'assainissement

et de gestion des milieux aquatiques conformément à la DCE, lutte contre les pollutions diffuses, mise en œuvre des plans de lutte contre la sécheresse…

310. Charbonnel *et al.*, *Évaluation de la politique des contrats de rivière*, MISE, 1999 ; Bernard Dobrenko, « Les contrats de rivière et le droit communautaire », Revue européenne de droit de l'environnement, avril 2004 ; Roselyne Allemand, « La gestion conventionnelle des cours d'eau », *Droit de l'environnement*, n° 125, février 2005.

311. En application des directives suivantes : 75/440/CEE du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire ; 76/160/CEE du 8 décembre 1975 concernant la qualité des eaux de baignade ; 79/923/CEE du 30 octobre 1979 relative à la qualité requise des eaux conchylicoles ; 2006/44/CE du 6 septembre 2006 concernant la qualité des eaux douces ayant besoin d'être protégées ou améliorées pour être aptes à la vie des poissons.

312. De ce fait, les contrats de rivière emportent des effets juridiques sur l'exercice de la police des installations classées. Le contrat de rivière « Ardèche claire » ayant le caractère d'une directive pour l'administration, un préfet doit, avant de les autoriser, tenir compte de l'impact sur la rivière concernée des rejets provenant d'une installation classée dont il souhaite régulariser la situation (TA de Lyon, 10 décembre 1989, *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature*, RJE 1-1990, p. 119, concl. Gérard Fontbonne). Les prescriptions à imposer au pétitionnaire doivent par conséquent être compatibles avec les objectifs de qualité des eaux définis par ce contrat. De même, une autorisation de déversement incompatible avec les objectifs assignés au milieu est illégale (CAA Nancy, 11 avril 2005, *SA Blanchiment de Xonrupt II*, n° 03NC00544).

313. Circulaire du 22 mars 1993 relative à l'incidence de nouveaux outils de planification institués par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, sur la procédure relative aux contrats de rivière ou de baie. Une autre circulaire, du 24 octobre 1994, a précisé l'articulation entre les contrats de rivière et le plan décennal de prévention des inondations, financé par l'État à hauteur de 25 %, par VNF de 19 % et par les agences de l'eau, les collectivités territoriales et les propriétaires riverains pour le solde (56 %).

314. Les agences de l'eau ont été habilitées par la loi du 16 décembre 1964 à financer des interventions dans le domaine de la prévention des crues et des inondations (l'article 3 du décret n° 66-700 du 14 septembre 1966 le prévoit expressément). Toutefois, elles ne sont pas intervenues dans ce domaine au motif qu'elles ne pouvaient pas établir et percevoir de redevances dont l'assiette aurait été en rapport avec les travaux financés : par référence à un avis de la section des travaux publics du Conseil d'État (13 novembre 1984, n° 336.028), partiellement cité dans un rapport du Sénat (rapport d'information n° 345 du 15 juin 2004 présenté par M. Philippe Adnot au nom de la commission des finances sur le rapport de la Cour des comptes relatif au Fonds national de solidarité pour l'eau), il a été considéré que si les agences financières de bassin disposent d'une assez large marge d'appréciation pour définir l'assiette des redevances qu'elles perçoivent, elles sont « *tenues de respecter la corrélation que ces dispositions (art. 14 de la loi du 16 décembre 1964 et art. 17 et 18 III 3° du décret du 14 septembre 1966) ont entendu instituer entre l'objet des actions et travaux qu'elles ont pour mission de faciliter et les diverses redevances susceptibles d'être créées à cet effet* » et « *ne peuvent légalement participer au financement des ouvrages de lutte contre les inondations que dans la mesure où elles disposent de ressources procurées par des redevances ayant une assiette en relation avec cet objet et répondant aux critères posés* » par ces dispositions. C'est la raison pour laquelle le financement des travaux correspondants est longtemps demeuré inscrit au budget de l'État avant d'être partiellement transféré au FPRMN (cf. note 706). Un précédent avis de la section des travaux publics (15 et 21 décembre 1971, n° 307.686), qui portait sur les modalités d'assiette de la redevance « inondations », n'avait pourtant pas exclu la possibilité d'en percevoir une, soit au nom des personnes privées pour leur protection personnelle ou celle de leurs biens, soit au nom de personnes publiques, et notamment des communes, « *soit que ces collectivités aient un intérêt propre à l'exécution des travaux pour la protection de leur domaine public et de leur domaine privé, soit que l'intérêt général qu'elles représentent se confonde avec la réunion des intérêts privés qu'ont tout ou partie des habitants à l'exécution des mêmes travaux, compte tenu des surfaces inondables* ». Mais, les communes inondables ayant manifesté des réticences, aucune redevance « inondations » dont elles auraient été les principales débitrices n'a été instituée alors que cela aurait constitué une puissante incitation à l'établissement des plans prévus par la législation sur la protection contre les inondations (cf. 2.4.2.2.). Sur ce point non plus, la loi sur l'eau de 1964 n'a jamais été mise en œuvre. La transformation par la loi du 30 décembre 2006 des redevances perçues par les agences en impôts clarifie l'aspect juridique du sujet mais n'enlève rien aux difficultés pratiques consistant par exemple à asseoir une redevance « inondations » sur une base fiscale pertinente, aisément calculable et en lien avec le risque couvert. À l'étranger,

on se réfère souvent pour cette raison à la valeur locative servant d'assiette aux taxes foncières sur les propriétés bâties.

315. Des exceptions notables ont été enregistrées dans le passé. Par exemple, l'Espagne franquiste avait pratiqué une gestion technocratique, impliquant de grands travaux et de vastes transferts interrégionaux de ressources.

316. L'association des usagers à la gestion publique de l'eau selon le modèle délibératif a fait l'objet d'une analyse intéressante portant sur le bassin Adour-Garonne dans Olivier Marcant, « La gestion publique de l'eau à la recherche de légitimité. La démocratie participative sauvera-t-elle la directive eau ? », in *Démocratie participative en Europe*, actes du colloque LERASS publiés avec le concours de la revue *Sciences de la société*, novembre 2006, p. 240. L'article 14 de la directive eau de 2000 ayant prévu que les « *États encouragent la participation active de toutes les parties concernées à la mise en œuvre de la présente directive* », les états des lieux prescrits par cette dernière ont fait l'objet d'une large consultation des acteurs et du public. L'auteur analyse les caractéristiques de ces consultations, en soulignant que la négation par la directive des rapports de pouvoir politiques, sociaux et économiques traversant le partage du bien commun qu'est l'eau rend peu probable l'atteinte de l'objectif de bon état des eaux en 2015.

317. Un droit d'accès en mairie à deux documents essentiels a été créé à cet effet par le décret nº 90-918 du 11 octobre 1990 : le dossier départemental des risques majeurs (DDRM) et le plan communal de sauvegarde (PCS) qui comporte le document d'information communal sur les risques majeurs (DICRIM) élaboré par le maire au titre de ses pouvoirs de police.

318. La répartition de ces sièges entre les différentes catégories d'usagers et le choix de leurs représentants par les préfets suscite toutefois un débat. Les ruraux et les agriculteurs y seraient surreprésentés, en particulier si l'on prend en compte les élus des collectivités rurales (Jean-Pierre Le Bourhis, « Le renouvellement des outils de politique de l'eau, (SAGE et CLE), résultats et pistes de recherche sur la gestion territoriale de l'eau », in *L'Eau en représentation. Gestion des milieux aquatiques et représentations sociales*, MATE éditions, 1999, p. 58), ce qui expliquerait pour certains la faiblesse des mesures prises à l'égard des pollutions d'origine agricole par les agences. Le choix des représentants des associations de protection de la nature et de l'environnement fait parfois aussi l'objet d'une appréciation sévère. Certaines associations ayant participé aux travaux du Grenelle de l'environnement souhaitent que les comités passent de 3 à 5 collèges et ne plus être noyées dans le collège des usagers.

319. Les réponses des ménages aux questionnaires qui leur ont été envoyés – 221 900 en 2005 et 408 200 en 2008, soit + 84 % – témoignent, en dépit de certaines interrogations, de leur intérêt pour le sujet. Néanmoins, il a été assez peu tenu compte de leurs observations : alors qu'ils identifient les pollutions d'origine agricole comme la principale menace pour les milieux aquatiques, la phase finale de mise au point des SDAGE a plutôt affaibli la vigueur des objectifs et des actions prévus dans ce domaine (*La Lettre eau*, nº 46, mars 2009, « Consultations 2008-2009, un virage à ne pas manquer ? »).

320. Le taux moyen de réponse, 1,3 %, a varié selon les bassins entre 0,7 et 4,3 %.

321. Se référant à l'article 14 de la directive, des auteurs considèrent que la tradition française de l'eau, qui reconnaît une place prépondérante au savant et au technicien au stade des études préalables et de la préparation de la décision publique et relègue la consultation du public en fin de parcours, ne correspond plus à l'état du droit et aux bénéfices que révèle une participation du public dès l'amont (Jean-Daniel Rinaudo et Patrice Garin, « The benefits of combining lay and expert input for water-management planning at the watershed level », *Water Policy*, nº 7, 2005, p. 279 ; Sébastien Loubier, Jean-Daniel Rinaudo, Patrice Garin et Annabelle Boutet, *Preparing Public Participation at the Catchment Level : Comparison of Three Methodologies Applied to the Hérault River Basin*, BRGM et CEMAGREF, 2003). Cette étude souligne aussi qu'en dehors des fonctionnaires chargés de la gestion de l'eau et des agriculteurs, aucune autre catégorie d'usagers (y compris les délégataires et les élus locaux) ne possède une connaissance intégrée de la ressource. La sensibilisation et l'information dès l'amont seraient donc particulièrement nécessaires. Sur les techniques récemment développées pour associer les usagers à la construction des choix collectifs, on peut aussi se reporter à Olivier Barreteau, Audrey Richard-Ferroudji et Patrice Garin, « Des outils et méthodes en appui à la gestion de l'eau par bassin-versant », *La Houille blanche*, nº 6, 2008, p. 32.

322. La loi du 30 décembre 2006 a étendu, mais de manière facultative, la création de ces commissions aux EPCI comprenant entre 20 000 et 50 000 habitants.

323. Sur le rôle et le fonctionnement de ces commissions on peut se reporter à *Les Services locaux mode d'emploi*, guide pratique édité par la CLCV aux éditions Vuibert en novembre 2008, avec en particulier une description complète des cas où la consultation de ces commissions est obligatoire. Voir aussi Code pratique de l'eau et de l'assainissement, p. 47, Éditions Le Moniteur, 2009.

324. Conseil économique, social et environnemental, *Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, 2009, p. 56.

325. « La conférence de citoyens sur les services publics locaux, un nouvel outil pour les autorités organisatrices », *Le Moniteur*, nº 5517, 21 août 2009 ; Institut de la gestion déléguée, avis citoyen à l'issue du parcours de la conférence itinérante de citoyens d'octobre 2008 à janvier 2009 sur la question posée par l'IGD et ses partenaires : *Comment les citoyens-usagers pourraient-ils prendre part à l'amélioration des services publics locaux ?*, mars 2009.

326. Il s'agit du Rhin, de la Meuse, de l'Escaut et de la Moselle. Quant aux lacs, il s'agit notamment du lac Léman.

327. Le bassin-versant du Rhin couvre 197 000 km^2 sur un parcours de 1 320 km. La partie française du bassin représente 12 % de la superficie totale mais seulement 6,7 % de la population (3,7 millions d'habitants).

328. Secrétariat de la commission centrale pour la navigation du Rhin, « La navigation intérieure européenne », *Observation du marché*, nº 7, 2009.

329. Elle a adopté à ce titre un règlement de police pour la navigation qui précise les règles de circulation et de conduite, un règlement de visite des bateaux qui édicte les normes techniques qui leur sont applicables, un règlement pour le transport des matières dangereuses, un règlement des patentes pour la navigation…

330. Quatre grands principes régissent la navigation rhénane : la liberté de circulation ; l'égalité de traitement entre les différents pavillons ; l'unité du régime de navigation, qui passe par l'harmonisation des réglementations ; la création d'un espace juridique intégré avec la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire propre à la commission, s'imposant aux signataires, et la création de juridictions spécialisées réglant les litiges avec les usagers.

331. Cette chambre règle une vingtaine d'affaires par an.

332. Pour une application de cette convention, voir CAA Nancy, 31 décembre 1992, *Association de sauvegarde des vallées et de prévention des pollutions*, Leb. p. 603.

333. CIPR, *Le Rhin remonte la pente. Bilan du programme d'action Rhin*, 2003. Cette brochure détaille les résultats obtenus et expose les objectifs du nouveau programme Rhin 2020, qui sera axé sur la reconquête du bon état des eaux et inclut dans son champ les eaux souterraines. Deux nouvelles préoccupations seront également prises en compte : la reconquête de la continuité écologique et la maîtrise des risques liés au changement climatique (cf. 1.4.1.4.).

334. La convention cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales du 21 mai 1980 souligne l'importance de cette coopération pour la protection de l'environnement et propose une concertation entre ces collectivités en matière de protection des eaux. La France vient de signer le protocole nº 3 à cette convention du Conseil de l'Europe. Il est relatif aux groupements eurorégionaux de coopération (GEC), composés de collectivités territoriales et autres organismes publics, chargés de mettre en œuvre la coopération internationale ou transfrontalière de leurs membres.

335. Cet accord prévoit la mise en place de groupements locaux de coopération transfrontalière.

336. Un GLCT a par exemple été créé entre le pays de Gex et le canton de Genève pour la construction et l'exploitation d'une galerie souterraine acheminant les eaux usées de la communauté de communes du pays de Gex à la station d'épuration de Genève.

337. Évoquée pour la première fois lors de la conférence scientifique des Nations unies sur la conservation et l'utilisation des ressources tenue en septembre 1949 à New York, cette notion s'est progressivement imposée. Elle a ensuite incorporé les enseignements de l'école française de l'eau, avant d'être reprise par l'Union européenne. Pour une description plus tardive de cette notion, voir *Towards Sustainable Water Resources Management : A Strategic Approach*, European Commission, Bruxelles, 1998 ; Jan Teun Visscher, Peter Bury, Toby Gould et Patrick Moriarty, « Integrated water resource management in water and sanitation projects : lessons from projects in Africa, Asia and South America », *Occasional Paper 31*, IRC, Delft, 1999 ; I.R. Calder, *The Blue Revolution : Land Use and Integrated Water Resources Management*, Londres, Earthscan, 1999 ; Partenariat mondial pour l'eau, « La Gestion intégrée des ressources en eau », *TAC Background Papers*, nº 4, Stockholm, GWP, 2000 ; Frank G.W. Jaspers, « Institutional arrangements for integrated river basin management », *Water Policy*, vol. V, nº 1, 2003, p. 77 ; Patrick Moriarty

et John Butterworth, *Integrated Water Resources Management, Thematic Overview Paper*, IRC International Water and Sanitation Centre, mai 2004 ; Erik Mostert, « Integrated water resources management in the Netherlands : how concepts function », *Journal of Contemporary Water Research & Education*, nº 135, décembre 2006, p. 19 ; Alexandre Taithe, *L'eau, un bien ? Un droit ?*, Unicomm, 2008, p. 97 et s.

338. L'Agenda 21 issu de ce sommet comporte un chapitre 18 consacré à une mise en valeur, une gestion et une utilisation rationnelles des ressources en eau. Le concept de gestion intégrée des ressources en eau (GIRE) y figure.

339. Les deux autres principes concernent, d'une part, le caractère limité et vulnérable de la ressource en eau douce et sa gestion holistique, d'autre part, le rôle des femmes dans la gestion et la sauvegarde de la ressource. Sur l'application de ces quatre principes, voir par exemple Miguel Solanes et Fernando Gonzalez-Villareal, « The Dublin principles for water as reflected in a comparative assessment of institutional and legal arrangements for integrated water resources management », *TAC Background Paper*, nº 3, GWP, Stockholm, 1999.

340. Toute une littérature portant sur la mise en application de ce principe en est résultée. Voir par exemple John Briscoe, *Managing Water as an Economic Good : Rules and Reformers*, Washington DC, keynote paper to the international commission on irrigation and drainage conference on water as an economic good in Oxford, septembre 1997 ; Partenariat mondial pour l'eau, « Water as a social and economic good : how to put the principle into practice ? », Stockholm, GWP, *TAC Background Papers*, nº 2, 2000.

341. ONU-Habitat a émis en avril 2009 des lignes directrices sur l'accès aux services de base pour tous (HSP/GC/22/2/Add. 6), se référant à la Résolution S-25/2 de l'Assemblée générale du 9 juin 2001 promouvant au titre de l'habitat l'accès à une eau potable saine pour tous et la disponibilité de services urbains, dont l'assainissement.

342. Le Conseil mondial de l'eau, association de la loi de 1901, ayant son siège à Marseille, a un statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations unies et de l'UNESCO. Il compte parmi ses 400 membres environ 90 États, des collectivités territoriales, des professionnels de l'eau, des organisations de développement, des ONG de défense de l'environnement… Il est par exemple le commanditaire du rapport de Khalid Elamrani, *Le Droit à l'eau, du concept à la mise en œuvre*, 2006, présenté au Forum mondial de Mexico.

343. Le Forum de La Haye adopte en mars 2000 un document important, *Vision mondiale de l'eau : l'affaire de tous*, qui se projette à l'horizon 2025 et insiste, dans le domaine économique, sur la tarification de tous les services de l'eau en fonction de la totalité des coûts et sur la nécessité d'accroître massivement les investissements, publics et privés. Il chiffre à 4 500 Mds$ les investissements à réaliser dans les réseaux pour parvenir en vingt-cinq ans à un accès universel à l'eau et à l'assainissement, soit 100 Mds supplémentaires par an par rapport aux investissements mondiaux réalisés dans le secteur de l'eau (80 Mds par an, dont deux tiers financés par le secteur public). Le Forum de Kyoto s'accompagne de la première édition du rapport mondial des Nations unies sur la mise en valeur des ressources en eau et met l'accent sur la bonne gouvernance de l'eau, sur le rôle des collectivités territoriales et communautés d'habitants, sur le financement de l'eau et les partenariats public-privé. Le Forum de Mexico reprend la thématique de la gouvernance locale et du rôle des élus locaux (une Déclaration des maires et des élus locaux sur l'eau y est signée pour la première fois), souligne la nécessité d'augmenter l'aide publique au développement et la solidarité internationale. Le Forum mondial d'Istanbul a quant à lui regroupé 20 000 participants provenant de 182 pays. Il marque une inflexion de tonalité sur de nombreux sujets : la reconnaissance à l'assainissement d'une importance équivalente à celle de l'alimentation en eau potable, l'accent mis sur la durabilité du financement plutôt que sur le recouvrement complet des coûts, l'incidence du réchauffement climatique et l'approche multidisciplinaire de l'eau, le rôle des parlementaires dans l'élaboration de la législation avec le souhait de voir émerger un service international d'assistance afin d'harmoniser les législations à partir de principes et de pratiques communs…

344. Un premier sommet de l'eau Asie-Pacifique s'est réuni en décembre 2007 au Japon et a adopté une Initiative sur l'eau, un premier forum de l'eau des Amériques et un premier forum arabe de l'eau se sont tenus en novembre 2008, le premier au Brésil (Iguaçu), le second en Arabie saoudite. Et une première conférence ministérielle Euro-Méditerranée sur l'eau a eu lieu en décembre 2008 en Jordanie, qui a regroupé, dans le cadre politique de l'Union pour la Méditerranée, trente-deux États méditerranéens et décidé d'élaborer une stratégie de l'eau en Méditerranée.

345. Huit objectifs ont été définis dans la Déclaration du Millénaire adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 8 septembre 2000, dont l'un porte spécifiquement sur l'eau potable (objectif nº 7, cible 10) : diviser par deux d'ici à 2015 le nombre de personnes n'ayant pas accès à un point d'eau amélioré, ce qui concerne 900 millions de personnes (*La Santé et les objectifs*

du Millénaire pour le développement, OMS, 2005, p. 11 et p. 27 et s). Cette Déclaration évoque aussi d'autres thèmes importants : mettre fin à l'exploitation irrationnelle des ressources en eau et intensifier la coopération en vue de réduire le nombre et les effets des catastrophes naturelles et des catastrophes dues à l'homme. Le sommet de Johannesburg de 2002 a étendu cet objectif à l'assainissement (1,3 milliard de personnes à qui fournir un équipement amélioré ou « décent » avant 2015), ce qui suppose de mobiliser davantage de moyens financiers. Deux indicateurs de suivi définis par le Joint Monitoring Program (OMS-UNICEF) sont attachés à ce double objectif : la proportion de la population urbaine et rurale ayant accès de façon durable à une source d'eau de meilleure qualité et la proportion de la population ayant accès à un meilleur système d'assainissement en zones urbaines et rurales (*Suivi des objectifs du Millénaire pour le développement, des expériences et des défis*, International Water and Sanitation Center, juin 2005, p. 2 et s). L'Europe est concernée par la mise en œuvre de l'objectif relatif à l'alimentation en eau potable : 120 millions d'Européens n'avaient pas à cette date de robinet d'eau potable dans leur habitation selon la commission économique des Nations unies pour l'Europe. La France est également concernée, notamment outre-mer où l'accès à l'eau et le raccordement à l'assainissement collectif est moins avancé qu'en métropole (pour une description précise de la situation outre-mer, on peut se reporter à *Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, Conseil économique, social et environnemental, 2009).

346. Henri Smets, *The Cost of Meeting the Johannesburg Targets for Drinking Water*, Nanterre, Académie de l'eau, mars 2004.

347. Situation qui rappelle celle de l'administration centrale française (cf. 1.3.3.), pas moins de vingt-six agences ou programmes des Nations unies traitent de l'eau. Toutes ces institutions (OMS, FAO, UNESCO, UNICEF, PNUE, PNUD, UN-Habitat, ONUDI, OMM, AIEA, HCR…) ont adhéré à l'ONU-Eau en 2003. Y ont aussi adhéré les départements et programmes des Nations unies consacrés à l'eau.

348. Le PFE regroupe tous les acteurs de l'eau (collectivités territoriales, ministères, agences de l'eau, entreprises, associations et ONG, centres de recherche, etc.) intervenant au niveau international et pouvant apporter une expertise dans le domaine de l'eau. Le PFE, qui porte les messages communs des acteurs de l'eau, a défini quatre priorités : l'accès à l'assainissement de base, la répartition équitable des coûts d'accès à l'eau potable et à l'assainissement, la gestion de l'eau par bassin-versant et l'impact du changement climatique.

349. Maude Barlow et Tony Clarke, *L'Or bleu*, Fayard, 2002.

350. Salif Diop et Philippe Rekacewicz, *Atlas mondial de l'eau, une pénurie annoncée*, Autrement, coll. « Atlas/Monde », 2003.

351. L'atmosphère contient environ 12 900 km^3 d'eau, sous forme de vapeur (98 %) et de nuages (2 %). Certaines recherches technologiques visent à capturer l'humidité de l'air présente dans les brouillards, la rosée, etc. (Erik Orsenna, *L'Avenir de l'eau*, Fayard, 2008, p. 290 et s.).

352. La quantité d'eau accessible dans les nappes phréatiques est estimée à 8 millions de km^3 (Ghislain de Marsily, « Les eaux cachées : nappes souterraines et eaux minérales », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 66).

353. La quantité d'eau formée par les fleuves, rivières et canaux correspond à seulement 0,005 % du stock d'eau douce (Jean-Marie Fritsch, « La crise de l'eau n'aura pas lieu », *La Recherche*, n° 421, juillet-août 2008.

354. L'Académie des sciences (*Les Eaux continentales*, rapport sur la science et la technologie, n° 25, éditions EDP Sciences, 2006) décompose ce facteur sept par grand secteur utilisateur de la manière suivante : agriculture (facteur 5), consommation municipale (facteur 11,5), consommation industrielle (facteur 17,6).

355. Les différents pays ont démontré une efficience variable dans l'utilisation de la ressource. La consommation a ainsi été multipliée par 10 aux États-Unis. La consommation annuelle par tête y a également triplé entre 1900 et 1980, passant de 700 m^3 à 2 300 m^3.

356. L'état de la population mondiale en 2001, chapitre 2, « L'environnement : tendances actuelles », Fonds des Nations unies pour la population, 2001 ; *Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau*, rapport mondial sur le développement humain 2006, PNUD, 2006. Le titre de l'ouvrage de Marc Laime (*Le Dossier de l'eau : pénurie, pollution, corruption*, Le Seuil, 2003) illustre bien la nature des inquiétudes qui se manifestent, y compris en France.

357. La poursuite de l'urbanisation concerne particulièrement les pays en développement où vont se concentrer les futures mégalopoles de demain. Mais ces mégalopoles sont trois fois plus denses que celles des pays développés et les systèmes d'adduction d'eau et d'assainissement y sont moins

performants : le rendement des réseaux d'alimentation varie entre 40 et 50 % contre 75 à 90 % au nord et surtout la majorité de la population ne dispose pas d'un équipement d'assainissement.

358. La superficie des terres irriguées est passée de 50 millions d'hectares en 1900 à 264 millions en 2000. Si les prélèvements d'eau au profit de l'agriculture proviennent aujourd'hui majoritairement de l'eau de pluie, ses prélèvements dans les rivières et les nappes souterraines, déjà très sollicitées, ne peuvent être augmentés. 80 % de la production agricole supplémentaire nécessaire pour faire face à l'augmentation de la population proviendrait donc de l'extension des surfaces irriguées. Trois grandes méthodes d'irrigation sont utilisées dans le monde : l'irrigation par gravitation, la plus dispendieuse au plan quantitatif, l'irrigation par aspersion ou sous pression et l'irrigation au goutte-à-goutte (Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces*, IRIS/Dalloz, 2008, p. 30 et s.). Le recours à l'irrigation a eu pour effet d'augmenter sensiblement la quantité d'eau nécessaire à l'agriculture, surtout dans les pays en développement où l'on utilise principalement l'irrigation gravitaire : on y utilise donc deux fois plus d'eau pour des rendements trois fois moindres que dans les pays développés. Cette perspective apparaissant à beaucoup d'experts incompatible avec le poids des prélèvements déjà opérés par l'agriculture, la solution passerait par une nouvelle révolution agricole, la révolution « bleue » après la révolution « verte », permettant une utilisation plus efficiente de l'eau par l'agriculture. Voir aussi sur ce sujet Pierre Dubreuil, *Irrigation et développement durable*, 2005, coéd. IRD/Académie d'agriculture, coll. « Les colloques de l'Académie d'agriculture de France ».

359. La consommation d'eau diminue ainsi aux États-Unis depuis les années 1980. La consommation par tête y a reculé de 20 % entre 1980 et 1995. Le même phénomène se constate en Europe, largement imputable à la désindustrialisation et au progrès technique (*La Consommation d'eau baisse dans les grandes villes européennes*, CREDOC n° 192, avril 2006).

360. Faire face aux problèmes de rareté de la ressource en eau et de sécheresse dans l'Union européenne, COM (2007) 414 (*JO* C 246 du 20 octobre 2007). La Commission y estime que l'Europe gaspille 20 % de ses ressources en eau par manque d'efficacité. Voir aussi sur le même sujet la résolution du Parlement européen du 9 octobre 2008 (P6_TA (2008) 0473 au rapport de Richard Seeber). En 2009, l'Agence européenne de l'environnement a également publié, avant le sommet d'Istanbul, un rapport : *Water Resources Across Europe. Confronting Water Scarcity and Drought* (www.eea.europa.eu/publications/water-resources-across-europe), qui utilise les notions de stress hydrique et d'index d'exploitation des eaux. Sa directrice, le professeur Jacqueline McGlade, a résumé ainsi la question : « *En matière d'eau, nous vivons au-dessus de nos moyens. La solution à court terme à la rareté de l'eau a consisté à extraire des volumes toujours plus importants de nos nappes de surface et souterraines. Cette surexploitation ne peut plus durer…* »

361. Ces différences de situation sont évidentes à l'intérieur d'un même pays : entre régions, entre ville et campagne, entre zone côtière ou montagne et arrière-pays, etc.

362. Alexandre Taithe, *L'Eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Unicomm, 2008.

363. Les ressources renouvelables de Malte sont estimées à 75 m^3 par an et par habitant.

364. Avec 2 710 m^3, l'Espagne se situe juste au-delà de cette catégorie.

365. La Chine et l'Inde comptent chacune 50 millions de km^2 irrigués, la surface mondiale irriguée étant de 264 millions de km^2 en 2000. La Chine exploiterait dès 2030 l'intégralité de ses ressources disponibles en eau.

366. Fabien Dupuis, « Les impacts du changement climatique sur les ressources en eau de la Chine », *Lettre d'information de l'IRIS*, n° 312, 14 octobre 2009.

367. Si chaque habitant dispose en moyenne de 2 900 m^3/an, cette quantité fluctue entre 800 m^3/an dans l'agence Artois-Picardie ou 1 000 m^3/an dans l'agence Seine-Normandie, territoires fortement peuplés, et 6 600 m^3 dans le ressort de l'agence Adour-Garonne. Mais c'est dans cette région que les difficultés les plus sérieuses se posent, en raison du développement récent de l'irrigation (Vazken Andréassian et Jean Margat, *Allons-nous manquer d'eau ?*, Le Pommier, 2005, p. 44).

368. Riccardo Petrella relève à cet égard que 20 % de la population mondiale consomme actuellement 86 % des ressources hydriques de la planète (*Le Manifeste de l'eau pour le XXIe siècle*, éditions Fides, 2008).

369. Pour survivre, toute personne a besoin de 5 litres d'eau par jour ; pour satisfaire ses besoins domestiques élémentaires (alimentation et hygiène), il lui en faut entre 20 et 50, selon les auteurs et les organisations. Pour couvrir l'ensemble des activités humaines domestiques incluant quelques activités productives de jardinage ou d'élevage, il lui en faut, selon les approches, entre 50 et 350 litres, ce qui va au-delà de la notion de droit fondamental à l'eau. Les chiffres de consommation relevés aujourd'hui en France et sa définition des usages domestiques de l'eau sont ainsi en ligne

avec les travaux et recommandations de l'OMS. S'ajoutent à ces besoins domestiques les besoins en eau pour les activités agricoles et industrielles, en particulier pour la culture et l'élevage qui permettent l'alimentation des êtres vivants. La norme de 1 500 m^3 par an reflète quant à elle la prépondérance déjà soulignée des usages agricoles de l'eau. Son niveau est donc contesté par ceux qui estiment qu'une agriculture moins consommatrice d'eau est souhaitable et possible. La fixation d'une norme mondiale valable pour toute société et toute époque et allant au-delà du minimum vital est dans un tel domaine contestable : cette norme est forcément liée au degré de développement de chaque société. Le Parisien disposait en moyenne de 7 litres d'eau par jour en 1808 puis la norme a été fixée à 20 l par jour à Paris comme à Londres pendant la première moitié du XIX^{e} (hors nettoiement des voies publiques et services d'incendie) ; elle passe à 100 l par jour en 1924 selon la recommandation du Conseil supérieur d'hygiène publique, mais, dès les années 1880, les réseaux des grandes villes étaient calibrés pour délivrer 200 l par jour et par habitant. Cinquante ans plus tard, cette norme est jugée insuffisante dans les grandes villes (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 322).

370. Michel Camdessus, *Eau, le scandale de la soif dans le monde*, Paris, Robert Laffont, 2004. Bernard Barraqué, *Eau (et gaz) à tous les étages : comment les Européens l'ont eue, et comment le tiers-monde pourrait l'avoir ?*, séminaire de l'IDDRI, janvier 2005.

371. Celle-ci se mesure par la quantité d'eau douce renouvelable accessible par habitant. La consommation domestique par habitant est naturellement bien moindre.

372. La littérature souligne que les pauvres achètent souvent leur eau à un tarif beaucoup plus élevé que les riches, par exemple auprès de porteurs d'eau (cf. note 234) ou de revendeurs qui suppléent aux carences des sources publiques d'alimentation en eau (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 56 et s. ; rapport 2006 du PNUD, chapitre 2). Le raccordement au réseau public, lorsqu'il existe et lorsqu'il est encouragé, s'accompagne donc en principe pour les plus pauvres à la fois d'une baisse du prix, d'une plus grande régularité de l'approvisionnement et d'une augmentation du volume consommé. Le raccordement au réseau public apparaît ainsi comme un facteur à la fois de justice sociale et d'amélioration de la santé publique.

373. Unesco, *Water : A Shared Responsibility*, 2006, www.unesco.org/water/wwap/wwdr2/table_contents.shtml. À titre d'exemple, l'Irlande dispose de 13 000 m^3/an/habitant contre 1 870 m^3 pour l'Allemagne.

374. Leif Ohlsson, *Water and Social Resource Scarcity*, an issue paper commissioned by FAO/AGLW, communication à la 2^{e} conférence par courriel, Managing Water Scarcity, WATSCAR 2, 1998 ; Thomas Homer-Dixon, « The ingenuity gap : can poor countries adapt to resource scarcity ? », *Population and Development Review*, vol. XXI, n^{o} 3, 1995. L'Afrique (hormis l'Afrique sahélienne) et l'Amérique du Sud, qui disposent d'énormes ressources en eau, illustrent ce que les experts dénomment le « *water gap* » ou fossé hydraulique.

375. Sur la base de ces chiffres, des auteurs estiment qu'il n'y a pas de lien entre l'utilisation des ressources en eau et le niveau de développement : c'est le poids de l'irrigation qui serait déterminant dans la fixation du taux d'utilisation de la ressource (Vazken Andréassian et Jean Margat, *Allons-nous manquer d'eau ?*, Le Pommier, 2005).

376. 170 millions de personnes sont actuellement alimentées en eau potable par les 15 000 usines de désalinisation actives dans le monde. La capacité de production installée est passée de 15 Mm^3/j en 1990 à 47 Mm^3/j en 2007, ce qui permet de satisfaire 0,5 % de la consommation mondiale. Environ 5 milliards de $ sont investis chaque année dans cette filière technologique qui a connu une mutation importante : la distillation, vorace en énergie, et l'électrodialyse cèdent la place à la filtration par osmose inverse (pour une description de ces trois technologies, voir Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces ?*, Iris/Dalloz, 2008, p. 43 et s.). Le coût de l'eau obtenue par désalinisation est ainsi devenu plus compétitif que celui occasionné par les transferts massifs d'eau de bassin à bassin. S'il reste encore trop élevé pour que cette eau ait des usages autres que domestiques ou industriels, les données changent rapidement : en Israël, l'usine d'Ashkelon sort l'eau au prix usine de 0,50 € le m^3 (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 142). D'autres experts avancent un prix inférieur à 0,5 $ le m^3. L'Espagne utilise la désalinisation par osmose après avoir renoncé en 2004 à dériver l'Èbre ; elle met actuellement en œuvre un millier de stations de désalinisation et, avec cette technologie, occupe le premier rang en Europe (Sabine Latteman, « Le dessalement est-il écologique ? », *La Recherche*, n^{o} 421, juillet-août 2008). Dans le monde, les grands utilisateurs de cette technologie sont l'Arabie saoudite, les Émirats arabes unis, les États-Unis, l'Espagne, le Koweït et l'Australie. L'Espagne abrite 8 % de la capacité mondiale de production. En France, on dénombre seulement quatre captages d'eau de mer, d'une capacité totale de 13 800 m^3, en vue de produire de l'eau potable.

377. Parente du concept et de l'indicateur relatifs à l'empreinte écologique, l'empreinte hydrique appréhende le volume d'eau, réel ou virtuel, nécessaire à la production d'un bien, d'un secteur ou d'un pays ou à la conduite d'une activité (Dennis Wilchens, « The role of "virtual water" in efforts to achieve food security and other national goals, with an example from Egypt », *Agricultural Water Management*, vol. XLIX, nº 2, 2001, p. 131 ; J.A. Allan, « Virtual water. The water, food and trade nexus useful concept or misleading metaphor ? », *Water International*, vol. XXVIII, nº 1, 2003, p. 4 ; A.Y. Hoekstra et A.K. Chapagain, « Water footprints of nations », 2004, *Value of Water Research Report Series*, nº 16, UNESCO-IHE, Delft (Pays-Bas) et « Water footprints of nations : water use by people as a function of their consumption pattern », *Water Resources Management* 21 (1), 2007, p. 35-48). Pour produire une tonne de maïs en grain, il faut 450 m^3 d'eau, une tonne de lait 790 m^3, une tonne de légumes ou de farine 1 000 m^3, une tonne de céréales 1 500 m^3, une tonne de riz inondé 5 000 m^3, une tonne de coton 5 500 m^3 et une tonne de viande 20 000 m^3. Autre illustration de l'empreinte hydrique : pour produire 1 M$ de produit industriel brut, le Japon utilisait 48 000 m^3 d'eau en 1965 mais n'en utilisait plus que 13 000 m^3 en 1989. Les quantités d'eau rapportées à une unité de PNB varient fortement, dans un rapport de 1 à 1000 selon les pays, les plus gourmands étant ceux qui recourent le plus à l'irrigation (Chine, Égypte, Inde, Pakistan, pays d'Asie centrale…) et souvent situés en zone aride ou semi-aride. Modifier la spécialisation signifie par exemple renoncer à certaines cultures fortes consommatrices d'eau ou à l'élevage, au profit d'une politique d'importation qui accroît en contrepartie le risque de dépendance alimentaire. Les exportations de biens agroalimentaires en provenance des pays abondamment dotés en eau équivaudraient déjà à 1 300 Mds de m^3 d'eau virtuelle, soit environ un tiers des prélèvements mondiaux. On peut regretter de ce point de vue que les comptes de flux, récemment dressés pour l'économie française et notamment pour les prélèvements sur la biomasse (commissariat général au Développement durable, « Matières mobilisées par l'économie française. Comptes de flux pour une gestion durable des ressources », *Études et documents*, nº 6, juin 2009), ne fassent qu'effleurer la question de l'impact sur la consommation d'eau des importations et exportations agricoles, de viande notamment.

378. Rich Countries, Poor Water, World Wildlife Fund, août 2006.

379. Parmi les principales, on cite généralement la fonte des glaces du pôle et des glaciers dits « *éternels* » de l'Himalaya ou des Andes – la principale réserve d'eau douce du globe –, la submersion ou l'inondation des zones côtières et des grandes plaines à l'aval des zones glaciaires, la progression de la désertification des terres arables et de la salinisation de l'eau douce, une nouvelle baisse du niveau des mers intérieures et des fleuves… Sur tous ces points, on peut se reporter au quatrième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), 2007. 3,2 milliards d'humains seraient confrontés à de graves pénuries d'eau vers 2080 et 600 millions à la famine due à la sécheresse et à la dégradation des sols. L'Europe n'échapperait pas à ces phénomènes, surtout l'Europe du Sud et le bassin méditerranéen avec une réduction de la pluviométrie de l'ordre de 20 %. L'impact de la fonte des glaces sur le massif alpin, le château d'eau de l'Europe puisque 40 % de l'eau douce y provient de ce massif, n'est pas neutre non plus sur l'étiage de certains fleuves français, sur la persistance d'une irrigation à bas coût dans la région sud-est et sur la capacité de production hydroélectrique de la France.

380. Davantage de pluies dans les zones tropicales humides et encore moins de précipitations dans les zones arides qui remonteraient vers les pôles. Le déplacement et l'intensification des événements pluvieux pourraient modifier substantiellement la disponibilité en eau selon les moments de l'année et selon leur provenance (en France, moins de neige et perturbation profonde des « châteaux d'eau » montagneux et davantage d'eaux de ruissellement et donc d'érosion des sols par exemple). Parmi les remèdes figure la construction de nombreux barrages qui retiendraient les eaux de pluie et les relâcheraient lors de l'étiage des fleuves, durant la saison chaude, mais la multiplication des barrages, alors que le réchauffement climatique s'accompagne d'une augmentation de l'évaporation, pose elle-même des problèmes d'environnement et de santé publique. Sur tous ces points, voir Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 66 et s.

381. German Advisory Council on Global Change, *Climate Change as a Security Risk*, Londres, Earthscan, 2007. Voir aussi Center for Strategic and International Studies, *The Age of Consequences : The Foreign Policy and National Security Implications of Global Climate Change*, novembre 2007 ; *How to Climate Proof Development : Adapting to the Inevitable. Challenges in a Water Stressed World*, Report from the Swedish Water House Seminar, Swedish Water House, PNUD, SIWI, Stockholm, 5 février 2008.

382. Parmi les inondations redoutées figurent celles liées à la fonte accélérée des glaciers et aux éboulements des barrages de moraines (Erik Orsenna, *L'Avenir de l'eau*, Fayard, 2008, p. 200). La

fonte des glaciers est par exemple attestée sur une longue période dans les Pyrénées : de 45 km^2 en 1870, la surface englacée est tombée à 5 km^2 en 2000.

383. Quatrième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ; Diane Raines Ward, *L'Obsession de l'eau : sécheresse, inondations, gérer les extrêmes*, Autrement, 2003. Ces phénomènes extrêmes plus nombreux sont les tempêtes, les cyclones, les crues, les inondations, les canicules, les sécheresses hydriques, les submersions marines et les érosions gravitaires, etc. Autre manière de présenter les choses, la crue centennale tend à devenir vicennale, la décennale bisannuelle, etc., ce qui entraîne des répercussions sur la conception et le dimensionnement des réseaux.

384. Bassin de Seine 2050, étude du comité de bassin Seine-Normandie.

385. En 2007, plus de 20 000 personnes ont péri lors de catastrophes naturelles ou technologiques, pour un montant total de dommages de 61 Mds$, dont 25 Mds à la charge des assureurs (Swiss Ré, *Estimation provisoire des catastrophes en 2007 selon les statistiques sigma de Swiss Ré*, décembre 2007). Lors du sommet d'Istanbul en 2009, le coût des dégâts occasionnés par les catastrophes naturelles liées à l'eau a été évalué entre 200 et 400 Mds$ par an.

386. Un parallèle est souvent fait à cet égard entre la recherche d'une économie plus sobre en carbone ou « décarbonnée » et une économie plus sobre en eau ou « déshydratée » (cf. note 377). Le parallèle a cependant une limite : contrairement aux énergies fossiles, l'eau constitue une ressource renouvelable.

387. L'utilisation d'eau potable pour transporter les excréments dans les réseaux d'assainissement est considérée comme un exemple de mauvaise utilisation de l'eau dans les pays ou les régions atteints par des phénomènes de sécheresse. Une loi de 1994 votée aux États-Unis a imposé de réduire d'un tiers la consommation des nouvelles chasses d'eau. Certains estiment qu'il faudrait aller plus loin et éliminer l'usage de l'eau dans ce domaine. Ce débat mérite d'être posé en France, car les réseaux d'assainissement y demeurent conçus selon des prescriptions héritées des hygiénistes du milieu du XIX^e siècle : après les épidémies de choléra de 1832 et 1848, ces derniers estimaient qu'il fallait lutter contre la stagnation des excréments dans des fosses ou des citernes et les évacuer en continu et au plus vite à l'extérieur de la ville, où demeurent implantées la plupart des stations d'épuration. La reconnaissance du SPANC en 1992, qui officialise un stockage et un traitement sur place, a rompu avec cette école de pensée mais n'en a pas encore tiré toutes les conséquences.

388. Il s'agit par exemple de mettre fin à la gratuité de l'eau potable, qui entraîne une surconsommation. Dans son ouvrage *L'Eau, pour une culture de la responsabilité* (Autrement, 2009, p. 77), Antoine Frérot donne plusieurs exemples de villes où le passage d'une quasi-gratuité à l'ère communiste à un paiement situé légèrement sous la moyenne européenne (1,9 € le m^3) s'est traduit par une division par deux au moins du volume consommé. Il peut s'agir aussi d'introduire une structure tarifaire comportant plusieurs paliers, avec des prix croissants en fonction des volumes de manière à minimiser les pertes ou à inciter à l'innovation.

389. Peter Gleick, « The changing water paradigm. A look at twenty first century water resources development », *Water International*, vol. XXV, mars 2000, p. 127. Voir aussi le rapport UNESCO/WWAP 2009, *Water in a Changing World.*

390. Les approches de ce sujet au sein de l'Union doivent cependant tenir compte de la diversité des situations rencontrées par ses membres. Les pays du nord de l'Europe, qui ne connaissent pas de problème majeur d'accès à la ressource, insistent désormais plutôt sur la maîtrise de la demande tandis que les pays du Sud, méditerranéens pour l'essentiel, qui connaissent déjà des situations de stress hydrique, militent pour qu'on continue à accroître l'offre. La Commission reconnaît elle-même que 11 % de la population et 17 % de la surface de l'Union sont menacées de pénurie d'eau. La sécheresse de 2003 a touché 100 millions d'Européens et un tiers du territoire de l'Union.

391. À titre d'exemple, un jardin potager novateur, initialement conçu pour les zones tropicales africaines, d'une superficie de 60 m^2 et utilisant la poussière de charbon comme fertilisant, peut fournir à une famille de dix personnes une alimentation équilibrée en permettant une diminution de la consommation en eau de 80 % (*La Lettre de Pro-Natura International*, août 2009).

392. Les spécialistes estiment que l'agriculture mondiale utilise mal la ressource en eau (taux d'efficacité évalué à 40 %) et que cette efficacité peut être très fortement augmentée (Sandra Postel, *Last Oasis : Facing Water Scarcity*, Worldwatch Institute, New York, 1997). L'Institut international pour la gestion de l'eau a publié à cet effet en 2007 un document intitulé *The Comprehensive Assessment of Water Management in Agriculture*.

393. Le *National Water Efficiency Labelling and Standards Act* de 2005 et le *Australia's Water Efficiency Labelling Scheme* rendent obligatoire en Australie depuis le 1er juillet 2006 un étiquetage

des produits non agricoles (appareils ménagers, installations sanitaires…) faisant apparaître leur consommation réelle en eau par référence aux normes fixées dans la loi de 2005.

394. Des dispositifs de surveillance électronique, utilisés à grande échelle, permettent de détecter plus tôt et de localiser les fuites. Des systèmes de radio-relevés sont déjà installés dans certaines villes d'Île-de-France. Dans d'autres pays ou villes (en Chine à Shenzhen par exemple), on utilise aussi des messages SMS pour prévenir les clients d'une consommation anormale (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 136).

395. Ce pourcentage est encore de 66 % autour de la Méditerranée.

396. The Vision Report, Hoek, Konradsen, Jehangir, 1995 ; OMS, *Safer Water, Better Health*, 2008.

397. La diarrhée est la principale cause de mortalité des enfants en bas âge. Le taux de mortalité des enfants de moins de cinq ans atteint 20 % dans les pays sous-équipés en réseaux d'eau et d'assainissement contre moins de 1 % dans les pays développés disposant de ces réseaux.

398. Jean Dausset, « Les liens eau santé », *Après-demain*, n° 408-409, novembre-décembre 1998, p. 10 et « L'eau et la vie, l'eau et la santé », *in* « L'or bleu, l'eau pour tous », *Revue des Deux Mondes*, septembre 2000, p. 38. 500 000 cas de choléra et autant de fièvre typhoïde seraient provoqués par l'eau chaque année selon l'OMS, entraînant respectivement 20 000 et 25 000 décès. La découverte de la transmission de toutes ces maladies par l'eau remonte aux années 1880. Entre 1892 et 1901, près de la moitié des communes françaises contrôlées dans un échantillon connaissent la typhoïde, le choléra ou la dysenterie (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 28).

399. Internationally Agreed Goals. World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, 2002, Johannesburg plan of implementation, § 25 à 29.

400. Dans son *Rapport mondial sur le développement humain* de 2006 (New York, Economica, 2006), le PNUD énonce ainsi que « *l'eau et l'assainissement figurent parmi les médicaments préventifs les plus puissants dont les gouvernements disposent pour faire baisser le nombre de maladies infectieuses* ».

401. Voir le passage du même rapport : *Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau*.

402. Ils doivent aussi porter sur d'autres aspects comme l'enlèvement des déchets domestiques ou l'élimination des eaux stagnantes.

403. Voir par exemple Mathilde Tenneson et Dominique Rojat, « La tarification de l'eau au Maroc : comment servir différentes causes ? », *Afrique contemporaine*, printemps 2003, p. 151.

404. Il a fallu attendre très longtemps pour que cette évidence tirée de l'observation du secteur de l'alimentation de l'eau potable et de l'assainissement sur une longue période soit enfin formalisée par les organisations internationales, notamment par l'OCDE et son groupe horizontal eau : OCDE, *Strategic Financial Planning for Water Supply and Sanitation*, février 2009 (COM/ENV/EPOC/DCD/DAC (2008) 4/REV1) ; OCDE, *Financing and Pricing Water : The Roles of Government Policies, the Private Sector and Civil Society*, WWF5, 2009. Le rapport du groupe de travail horizontal eau présidé par la France souligne clairement pour la première fois le schéma de financement de l'eau par les 3 T, à savoir le tarif, les taxes et des transferts sociaux. Il revient donc à chaque pays et à chaque territoire de définir le bon mix de financement.

405. Peter Rogers, Ramesh Bhatia et Annette Huber, « Water as a social and economic good : how to put the principle into practice », *TAC Background Paper*, n° 2, Stockholm, GWP ; Rachel Cardone et Catarina Fonseca, « Financing and cost recovery », *IRC Thematic Overview Paper*, Delft, IRC International Water and Sanitation Center, 2003. Plusieurs experts français soulignent également qu'historiquement le coût de constitution des réseaux d'alimentation en eau puis d'assainissement a été étalé sur six générations aux XIX^e^ et XX^e^ siècles et pris en charge à concurrence de la moitié par les collectivités publiques (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 81 et s.). Le recouvrement quasi intégral auprès de l'usager est un phénomène récent, rendu possible par l'achèvement du paiement intégral des réseaux.

406. Rapport du groupe de travail présidé par Claude Martinand *Eau et assainissement des villes et pays riverains de la Méditerranée*, Institut de prospective économique du monde méditerranéen, 30 janvier 2007, p. 18 et s.

407. Une manière d'assurer cet accès consiste à se reposer sur des communautés locales d'usagers auxquelles peut être déléguée la gestion des fonds, la tarification et/ou la gestion de bornes fontaines et le recouvrement de la facture d'eau (sur les différentes formules utilisées, voir Christine

van Wijk-Sijbesma, *L'Eau à quel prix ? La participation communautaire et la prise en charge des coûts d'entretien par les usagers*, IRC, série des documents occasionnels nº 10, 1989).

408. Les chiffres ci-dessus, tirés du rapport Camdessus de 2003, ont été revus à la hausse, car il faut aussi financer l'assainissement pour ceux qui auront un accès amélioré à l'eau potable puis la maintenance. Le chiffrage se monte dès lors, selon certains, à 50 Mds$.

409. Les facteurs clés de succès de ces opérations semblent résider dans la correction des asymétries d'information et de pouvoir entre partenaires privés et publics, dans le respect des contrats et dans la mise en place d'une régulation sectorielle permettant de contrôler l'activité des opérateurs privés.

410. Pour une synthèse rapide de ces résultats, voir Philippe Hugon, « Vers une nouvelle forme de gouvernance de l'eau en Afrique et en Amérique latine », *La Revue internationale et stratégique*, 2007, nº 66, p. 65. Deux études récentes de la Banque mondiale soulignent également que les entreprises privées contribuent de manière notable à l'accès à l'eau potable (+ 50 % de bénéficiaires d'un service de proximité en une dizaine d'années), notamment des plus pauvres, dans les pays en développement, à des conditions tarifaires équivalentes à celles de la gestion publique (Katharina Gassner, Alexandra Popov et Nataliya Pushak, « Does private sector participation improve performance in electricty and water distribution ? », *Trends and Policy Options*, nº 6, World Bank, PPIAF, 2009, www.ppiaf.org/documents/e-book_PSP_Impact_Electricity_Water_Distribution.pdf ; Philippe Marin, « Public-private partnerships for urban water utilities », *Trends and Policy Options*, nº 8, World Bank, PPIAF, 2009, www.ppiaf.org/documents/trends_and_policy/PPPsforUrbanWaterUtilities-PhMarin.pdf.

411. Le constat ayant été fait à de multiples reprises que les pauvres paient plus cher que les riches l'accès à l'eau auprès de revendeurs, l'accès des pauvres à un réseau public efficient constitue le moyen le plus efficace pour diminuer le montant de leur facture d'eau. Cela implique que soit mis en place un système de paiement différé pour le paiement des frais de branchement, car ce paiement demeure le principal obstacle que rencontrent les pauvres dans l'accès à l'eau (Sylvy Jaglin, « L'eau potable dans les villes en développement : les modèles marchands face à la pauvreté », *Revue Tiers Monde*, nº 166, avril-juin 2001 ; Isabelle Vincent, « Le prix de l'eau pour les pauvres : comment concilier droit d'accès et paiement d'un service ? », *Afrique contemporaine*, nº 205, printemps 2003).

412. Sylvy Jaglin, « Vingt ans de réformes dans les services d'eau urbains d'Afrique subsaharienne : une géographie de la diversité », *in* séminaire de recherche du GDR Rés-Eau-Ville (CNRS 2524) *L'Eau à la rencontre des territoires*, Montpellier, 27-29 mai 2004. Voir aussi Anne Briand et Arnaud Lemaître, « Privatisation de la distribution de l'eau potable en Afrique : une aubaine ? », *in* journée d'études *Les Territoires de l'eau*, CARE EA-2260, université de Rouen, 26 mars 2004.

413. Michel Camdessus (dir.), *Financer l'eau pour tous*, rapport du Panel mondial sur le financement des infrastructures de l'eau, Marseille, Conseil mondial pour l'eau, Partenariat mondial pour l'eau, 2003.

414. Rapport de la task force présidée par Angel Gurria, *Task force on financing water for all*, Conseil mondial de l'eau, 2006 ; OCDE, *Strategic Financial Planning for Water Supply and Sanitation*, février 2009 (COM/ENV/EPOC/DCD/DAC (2008) 4/REV1).

415. Ni les organisations internationales ni la France ne distinguent pour le moment les flux d'aide consacrés à l'eau et ceux consacrés à l'assainissement. Seule l'AFD opérait cette distinction : entre 2001 et 2005, l'assainissement a représenté 30 % des engagements « eau », proportion qui devrait augmenter, car on estime que les bénéfices économiques de l'assainissement atteignent au moins huit fois leur coût. Un document d'orientation stratégique, *Stratégie sectorielle assainissement des eaux usées*, validé en décembre 2008, décrit les orientations de la coopération française dans ce domaine. En 2008, dans le cadre de l'année internationale de l'assainissement, le groupe Afrique de l'Initiative européenne de l'eau a, en liaison avec le secrétariat du CAD de l'OCDE et l'ONU-Eau, démontré la faisabilité et l'intérêt de la décomposition des flux d'aide entre eau et assainissement (*Agir ensemble pour améliorer l'efficacité de l'aide dans le secteur de l'eau. Cartographie de l'APD européenne en Afrique dans le secteur de l'eau*). Cette proposition de désagrégation des codes eau et assainissement a été acceptée en 2009 et les indicateurs relatifs aux flux 2010 seront disponibles à partir de 2011. Les bailleurs européens consacrent environ 30 % de leur aide à l'assainissement d'après l'étude menée en 2008.

416. Le secteur de l'eau apparaît sous-financé par le secteur privé comparativement aux autres services collectifs. Sur 754 Mds£ consacrés par les investisseurs privés à ces services en 2005, 44 % sont allés aux télécommunications, 28 % à l'énergie, 10 % aux routes, 5 % au gaz naturel, 5 % à l'eau, 4 % aux chemins de fer, 2 % aux aéroports et 2 % aux ports.

417. L'UE a consacré 500 M€ à la Facilité européenne de l'eau (2004-2008) dans le cadre du 9e Fonds européen de développement destiné aux pays ACP. La France y contribue à hauteur de 25 %. L'UE consacre aussi en moyenne 270 M€ par an pour l'appui aux programmes nationaux et régionaux d'eau et d'assainissement dans le cadre d'accords de coopération concernant près de 70 pays ou régions.

418. L'Union pour la Méditerranée, qui a commencé à activer un chapitre relatif à l'eau, soulève auprès de la Commission européenne une crainte de duplication avec l'Initiative européenne lancée en 2002.

419. Les objectifs fixés à l'horizon 2015 devraient être globalement atteints en ce qui concerne l'accès à l'eau potable (l'OMS et l'UNICEF estiment que le nombre des personnes ne disposant pas d'un accès minimal à l'eau est tombé à 884 millions fin 2006). Les progrès importants accomplis en ce domaine par la Chine et l'Inde n'empêchent pas des retards dans de nombreux pays, en Afrique et en Asie du Sud surtout, et en zone rurale mais aussi en zone urbaine pour l'assainissement, selon le PNUD. Leur atteinte semble en revanche déjà hors de portée en ce qui concerne l'assainissement, spécialement dans les pays en développement, bien que le taux d'accès à un assainissement « amélioré » (réseau collectif, fosse septique, latrine améliorée) – notion dont le caractère flou est souvent souligné – ait progressé de 54 % en 1990 à 62 % en 2006 (Joint Monitoring Program 2008).

420. Claudine Brelet, *L'Eau et la gouvernance : quelques exemples des meilleures pratiques éthiques*, Paris, COMEST, UNESCO, 2004.

421. Voir aussi Matthias Finger, Ludivine Tamiotti et Jeremy Allouche, *The Multi-Governance of Water : Four Case Studies*, New York, State University of New York Press, 2006. Le caractère nécessairement décentralisé d'une bonne gouvernance de l'eau fait également partie du corpus de règles promu à cette époque par les institutions financières internationales (Banque mondiale, FMI) et les agences spécialisées des Nations unies (FAO, PNUE…). Elles tirent les conséquences de l'échec de la transposition directe du modèle occidental dans les pays du Sud pour inciter les autorités nationales à élaborer une politique de l'eau adaptée au contexte et associant les populations locales.

422. Le caractère négocié de ces compromis renvoie à la place du contrat dans la gestion de l'eau (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 175). Sur la place du contrat dans le droit public, voir Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008.

423. Collectivité territoriale, opérateur gestionnaire du service, usagers ou clients relevant des grands secteurs utilisateurs (agriculture, industrie, usages domestiques, etc.) et représentants de la société civile (associations, organismes professionnels, etc.). Parmi les opérateurs gestionnaires du service, il ne faut pas oublier les entreprises appartenant à l'économie informelle ni les communautés ou ONG locales intervenant dans la fourniture du service (Institut de la gestion déléguée, *La Contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels*, octobre 2008).

424. Guy Alaerts, Frank Hartvelt, *Capacity Building for the Water Sector*, UNDP, New York, 1994.

425. Sur les 1 800 interactions relatives à l'eau recensées entre les États depuis 1948 par l'équipe américaine d'Aaron Wolf (université de l'Oregon), 70 % correspondent à des actions de coopération. La plupart des juristes partagent ce point de vue, par exemple Jochen Sohnle, *Le Droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, La Documentation française, 2002.

426. Pollutions agricoles en Loire-Bretagne, pollutions des eaux superficielles et souterraines en Seine-Normandie, insuffisance de la ressource en Adour-Garonne, protection des milieux littoraux en Rhône-Méditerranée-Corse…

427. Guy Poquet, « La baisse de la consommation d'eau dans les grandes villes : moins d'usines et des économies de gestion. L'exemple de l'Île-de-France », *Consommation et modes de vie*, no 170, novembre 2003. Voir aussi Conseil économique et social, *Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 44 et Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 154.

428. Bruno Maresca et Guy Poquet, « Les services distribués en réseau. Faut-il généraliser les compteurs individuels dans la distribution de l'eau ? », CREDOC, *Cahier de recherche*, no 12, novembre 2005, p. 46 et s. Les auteurs prennent deux exemples industriels (Renault dans l'automobile et Accor dans l'hôtellerie) pour illustrer ces efforts. Ramenée au véhicule produit, la consommation d'eau de Renault a baissé de 52 % entre 1996 et 2004. Ils décrivent également les efforts dans le même but de certaines collectivités territoriales comme les régions Bretagne ou

Île-de-France. Ils détaillent enfin les actions entreprises par les syndics d'immeubles collectifs pour réduire la consommation en pied d'immeuble et dans les parties communes.

429. Le groupe interministériel chargé d'évaluer les impacts du réchauffement climatique note aussi que les dynamiques de localisation de la population et du tourisme estival pourraient impacter la territorialisation de la consommation et déboucher sur une réorganisation des réseaux de production et de distribution d'énergie.

430. Le CREDOC a mis au point, à partir des données de l'enquête budget des familles de l'INSEE, un modèle économétrique permettant de déterminer la consommation d'eau des ménages et surtout de mesurer sa sensibilité à différentes variables (Bruno Maresca, Guy Poquet, Laurent Poquet et Karine Ragot, « L'eau et les usages domestiques. Comportements de consommation de l'eau dans les ménages », *Cahier de recherche*, n° 104, septembre 1997). Les principales variables explicatives de cette consommation dans ce modèle sont la composition du ménage (nombre d'adultes actifs et inactifs et nombre d'enfants), les ressources du ménage (revenu par unité de consommation), les caractéristiques du logement (nombre de pièces, habitat individuel ou collectif, statut d'occupation) et son degré de confort (cuisine, salle de bains, présence d'eau chaude), la présence d'équipements ménagers (lave-linge, lave-vaisselle), le prix de l'eau dans le département. D'autres paramètres influent également sur la consommation d'eau potable des ménages : le climat et ses fluctuations annuelles et interannuelles, les caractéristiques du branchement (diamètre, pression, compteur individuel), l'existence de ressources substitutives (puits, récupération de l'eau pluviale, etc.) ainsi que des données psychosociologiques (importance accordée à l'image du corps et de la santé, à celle de l'habitation, etc.).

431. Bruno Maresca et Jérémy Courel, *Analyse de l'évolution de la consommation d'eau dans le périmètre du SEDIF*, CGE Banlieue de Paris, décembre 2002 ; Bruno Maresca, Guy Poquet et Sophie Géraud, *Bilan de l'exercice de modélisation et de prévision sur la consommation d'eau dans le périmètre du SEDIF*, septembre 2004.

432. La recherche du bien-être corporel fait que les Français attachent de plus en plus d'importance à leur salle de bains, pièce qu'ils souhaitent le plus rénover, après la cuisine, et où ils passent davantage de temps. L'engouement pour le spa et la balnéothérapie se manifeste aussi dans l'aménagement des salles de bains avec l'installation de baignoires « balnéo » ou de douches « thalasso » ou de baignoires et douches massantes.

433. Sur cette évolution, on peut se reporter à Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, p. 48. La moitié des ménages disposent d'un jardin et 84 % d'entre eux comportent une pelouse. Par ailleurs, les plantations de végétaux tant d'extérieur que d'intérieur et la généralisation des activités de jardinage privé génèrent une consommation accrue d'eau.

434. Le parc des piscines privées a doublé entre 1995 et 2004 ; il dépasse un million d'unités, dont 75 % enterrées.

435. Il existe un certain parallélisme entre l'évolution de ces deux consommations, fortement liées au type d'occupation du logement. En particulier, 10 % de la consommation d'énergie du logement (0,9 tep par an et par habitant) sert à la production d'eau chaude.

436. Lorsque les tensions sont fortes, les préfets peuvent instituer des zones de répartition des eaux (ZRE) et y limiter les prélèvements. La réglementation applicable résulte de deux décrets (décret n° 94-354 du 29 avril 1994 et décret n° 2003-869 du 11 septembre 2003) et de trois arrêtés, les arrêtés du 11 septembre 2003 portant application du décret n° 96-102 du 2 février 1996 et fixant les prescriptions générales applicables pour les opérations soumises à déclaration ou autorisation, textes commentés dans la circulaire n° 7 DE/SDGE/BGRE-DCH/04 du 16 mars 2004 relative à la gestion quantitative de la ressource en eau et à l'instruction des demandes d'autorisation des prélèvements et des forages. L'instauration d'une ZRE permet de recueillir des données sur les prélèvements, de se les faire communiquer au rythme fixé et de moduler ces prélèvements dans le temps, par le biais d'arrêtés complémentaires, en fonction de l'état de la ressource. Les plans, en trois étapes, sont précédés d'une évaluation du déficit et de sa répartition dans l'espace et visent à réduire ce déficit par une diminution des prélèvements, une diversification de la ressource ou l'interconnexion de réseaux. Ils comportent, en troisième phase, une réduction proportionnelle des volumes individuels prélevés pour rétablir un équilibre entre ressource disponible et prélèvements huit années sur dix. Aucune sortie de ZRE n'étant survenue depuis 1992, des doutes sont émis sur l'efficacité de ces plans et sur leur aptitude à régler les déséquilibres structurels (cf. 2.4.1.3.4.).

437. L'inscription d'un bassin hydrographique ou d'un système aquifère sur la liste de ces zones est soumise à un contrôle normal du juge (CE, 8 juillet 2005, *Association départementale des irrigants de la Dordogne et autres*, Leb. t. p. 890) qui admet la légalité du décret du 11 septembre

2003 : « *La gestion des eaux souterraines présente, dans la zone concernée, de nombreuses difficultés ; que des baisses importantes du niveau des nappes ont été régulièrement constatées sur une longue période ; que cette situation a pu provoquer des conflits d'intérêt entre les différents utilisateurs et menacer la qualité de la ressource en eau ; qu'elle témoigne d'une insuffisance autre qu'exceptionnelle des ressources par rapport aux besoins ; que, si les sous-bassins hydrogéologiques de la zone concernée ne présentent pas tous la même insuffisance des ressources par rapport aux besoins, il ressort des pièces du dossier qu'existe entre eux une interdépendance, alors même qu'ils appartiennent à des nappes souterraines différentes ou qu'ils sont situés dans des zones géographiques différentes ; qu'ainsi, l'autorité administrative, en faisant figurer les nappes profondes de l'éocène, de l'oligocène et du crétacé et leurs zones d'alimentation dans les départements de la Gironde, de la Dordogne et de Lot-et-Garonne sur la liste annexée au décret attaqué, n'a pas fait une inexacte application des dispositions en vertu desquelles ce décret a été pris* ».

438. Seize départements ont connu 8 années sur 11 des arrêtés de restriction entre 1998 et 2008 : Charente, Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Vienne, Tarn-et-Garonne, Gers, Loiret, Tarn, Dordogne, Landes, Lot-et-Garonne, Maine-et-Loire, Vendée, Ardèche, Loir-et-Cher, Essonne. Aucun département de la région PACA, alimentée généreusement par le château d'eau des Alpes, ne figure dans cette liste. En 2003, année de sécheresse, 77 départements ont fait l'objet de restrictions d'usage et 65 en 2006. La sévérité de l'épisode de sécheresse de 2003 a conduit le gouvernement à organiser un retour d'expérience et à adopter un plan d'action sécheresse diffusé aux préfets par circulaire du 30 mars 2004 (sur ce plan, voir 2.1.4 et note 451).

439. CLCV, *Gestion de l'eau froide en habitat collectif. Guide d'aide à la décision. Pose de compteurs divisionnaires. Individualisation des contrats de fourniture d'eau*, mai 2003.

440. Pour une maison individuelle, la pose d'un compteur individuel est recommandée par les économistes de l'eau, car certains de ses usages (l'arrosage du jardin, le remplissage d'une piscine, le lavage de la voiture…) sont très sensibles au prix. Le Royaume-Uni, qui n'est pas un pays où l'on installe traditionnellement des compteurs individuels, les a imposés aux particuliers équipés d'une piscine ou pratiquant l'arrosage automatique du jardin.

441. Cette procédure comporte une demande de la copropriété au distributeur qui doit réaliser l'étude technique en quatre mois, un vote de l'assemblée des copropriétaires selon la règle de la double majorité allégée de l'article 26 premier alinéa de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 (résultant de la loi solidarité et renouvellement urbains du 13 décembre 2000) puis la pose des compteurs et l'individualisation des compteurs dans un délai de deux mois après le vote.

442. Bruno Maresca et Guy Poquet, « Les services distribués en réseau. Faut-il généraliser les compteurs individuels dans la distribution de l'eau ? », CREDOC, *Cahier de recherche*, n° 12, novembre 2005, p. 30. Les auteurs soulignent qu'en 1997 les ménages anglais sans compteur ont dépensé 153 litres par jour et par habitant contre 141 pour ceux avec compteur (– 8 %). En 1999, l'écart de facturation entre les deux catégories de ménages atteignait 19 % : 259 £ par an pour les premiers et 211 £ pour les seconds. À Dublin, où l'eau est gratuite, la consommation atteint 139 litres par jour et par habitant.

443. La majorité des copropriétés retient l'option de la location plutôt que celle de l'achat. Selon le type de compteur, l'achat coûte entre 100 et 200 € pour une durée de vie comprise entre dix et quinze ans, auxquels il faut rajouter de 13 à 32 € par an pour l'entretien et deux relevés annuels. La location-relevé-entretien coûte entre 12 et 25 € par an pour un compteur de classe C et entre 18 et 28 € avec télétransmission des données. Bien que considérée comme plus chère, la location recueille la préférence, car elle garantit la fiabilité et le remplacement périodique des compteurs.

444. La régie de la Ville de Paris ne compte que 93 000 abonnés, l'essentiel de ses clients étant des copropriétés. Son taux d'impayé est de 0,2 % seulement. Son cycle de facturation est donc parmi les moins coûteux.

445. Bernard Barraqué, « Cinq paradoxes dans la politique de l'eau », *Environnement et société*, n° 25, Fondation universitaire luxembourgeoise, 2001. L'auteur souligne que le compteur individuel sert avant tout à procurer une information plus fine sur l'usage du service public, car, pour lui, la consommation d'eau d'un logement collectif est déterminée par son type d'équipements et par des caractéristiques psychologiques et culturelles peu susceptibles de modifications.

446. Agathe Euzen, « Vers une décentralisation de la gestion de l'eau froide en habitat collectif : la gestion de la généralisation du comptage individuel à Paris », communication aux journées *Eau et territoire* du GDR, Cybergéo, 2004.

447. Sur les copropriétés dégradées, on peut se reporter à Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, p. 48.

448. www.ecologie.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=1291.

449. Mise en œuvre du décret sécheresse, audit des mesures prises, rapport IGE/05/067 du 13 avril 2006.

450. Un arrêté préfectoral pris sur le fondement du décret du 24 septembre 1992 doit, à peine d'illégalité, comporter la mention de la durée de la réglementation qu'il édicte. Et, indépendamment de cette exigence, le préfet est tenu de mettre fin de façon anticipée aux mesures qu'il a prescrites, au besoin graduellement, dès lors que les conditions d'approvisionnement en eau redeviennent normales, mais il peut aussi, à l'inverse et si la situation l'exige, prendre à tout moment de nouvelles mesures restrictives pour une période limitée (CE, 17 janvier 1996, *Ministre de l'Environnement c/ Syndicat de gestion des eaux et de l'environnement du Gâtinais est*, Leb. t. p. 884).

451. Des circulaires générales (circulaire du 15 octobre 1992 relative à l'application du décret du 24 septembre 1992 ; circulaire du 15 septembre 2003 concernant l'extension des ZRE ; circulaire du 16 mars 2004 relative à la gestion quantitative de la ressource en eau ; circulaire du 26 novembre 2004 sur l'organisation de la police des eaux dans le département ; circulaire du 15 mars 2005 portant guide méthodologique sur les mesures exceptionnelles de limitation ou de suspension des usages de l'eau en période de sécheresse ; circulaire du 27 mai 2005 sur la diffusion de l'information sur la gestion de la ressource en eau ; circulaire du 4 juillet 2005 sur la gestion de la ressource en eau en période de sécheresse) coexistent avec des circulaires préparées chaque année par la direction de l'eau pour préciser aux préfets la conduite à tenir en période de sécheresse ou les conditions de mise en œuvre du plan sécheresse. Le préfet est en effet compétent pour imposer, sur le fondement des articles L. 2212-2-5° et L. 2215-1 du CGCT, des limitations à l'usage de l'eau, et le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité (interdiction conditionnelle et limitée dans le temps) par rapport à ce qu'exige la salubrité publique (CE, 21 février 1997, *Ministre de l'Environnement c/ Syndicat des agriculteurs irrigants du val d'Allier-Bourbonnais*, Leb. t. p. 971). S'agissant des mesures de restriction des usages de l'eau prises par le préfet coordonnateur de bassin sur le fondement de l'article 9 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, le juge exerce un contrôle normal (CE, 28 juillet 1999, *Association de défense du patrimoine aquifère et de sauvegarde écologique de la Conie*, Leb. t. p. 797).

452. L'article 69 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 ayant exclu les installations classées du champ d'application de ce régime, les préfets négocient avec les exploitants de ces installations une réduction de leur activité en période de sécheresse (cette réduction porte en moyenne sur 20 à 30 % de la consommation). La mesure est ensuite officialisée par des arrêtés de prescriptions complémentaires. Environ 500 installations sont touchées par ce dispositif.

453. Le code de l'environnement prévoit que le préfet coordonnateur de bassin peut constater par arrêté la nécessité de mesures coordonnées dans plusieurs départements. Dans ce cas, les arrêtés pris par les préfets de département doivent être conformes aux orientations fixées par le préfet coordonnateur. Confronté à des situations pratiques, ce dispositif semble insuffisant. Par exemple, le soutien de l'étiage de la Loire intéresse quinze départements mais dépend de la combinaison des lâchers de deux barrages (Naussac et Villerest), décisions qui relèvent des préfets de Lozère et de la Loire mais qui doivent être publiées dans les quinze départements pour être rendues opposables aux tiers. Par ailleurs, les préfets de département apportent souvent pour des considérations locales parfaitement justifiées des dérogations à ces restrictions qui portent atteinte à l'efficacité globale de la mesure. Il en va de même pour la nappe de Beauce, au surplus à cheval sur deux agences de bassin (Loire-Bretagne et Seine-Normandie) et où les décisions doivent être prises simultanément par six préfets différents, ou pour le Marais poitevin où les décisions relèvent de deux préfets différents, deux masses d'eau sensibles où l'expérience montre que le régime n'est jamais identique d'un département à l'autre et prend rarement effet aux mêmes dates compte tenu des délais de publication, variables selon les départements. Il en résulte des contentieux inutiles, mettant en cause le respect du principe d'égalité. **Il serait donc souhaitable, lorsqu'un grand ensemble hydrographique nécessite une gestion hydraulique globale, de simplifier la décision et son application en la confiant à un chef de file – le préfet coordonnateur de bassin – qui la rendrait, après concertation avec ses homologues, directement exécutoire sur cet ensemble.**

454. Il faut y ajouter le réseau d'observation de crise des assecs de cours d'eau (ROCA) mis en place par l'ancien Conseil supérieur de la pêche dans le cadre des plans d'action sécheresse. Ce réseau, activé par les préfets en période de crise, recueille des informations relatives aux conséquences de la sécheresse atmosphérique sur l'écoulement des cours d'eau, c'est-à-dire sur la sécheresse hydrologique (cf. note 683).

455. Bruno Molle, Jacques Granier et Mohamed Hendawi, *Note de synthèse sur les travaux du CEMAGREF sur les pertes par évaporation et transport en aspersion. Conséquences sur l'application de restrictions d'arrosage*, CEMAGREF, novembre 2009. Les auteurs soulignent que les

agriculteurs préfèrent les tours d'eau mais que les quotas en volumes, difficiles à administrer, sont plus efficaces que les quotas en temps.

456. Un article à sensation du *Journal du dimanche* en date du 8 novembre 2009 a dressé un palmarès du « *gaspillage de l'eau* » en France, soulignant les lacunes de la gestion publique comme de la gestion privée mais omettant de souligner que la responsabilité est d'abord celle des collectivités territoriales, propriétaires des réseaux et autorités décisionnaires en matière d'investissement.

457. La Lutte contre le gaspillage, une solution d'avenir ?, ministère de l'Agriculture et de la Pêche, prospective et évaluation, analyse nº 5, mars 2009. Le chapitre II du titre II de la loi du 3 août 2009 reprend en droit interne cette orientation.

458. La consommation croît fortement en période de sécheresse et diminue en cas d'années pluvieuses (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 68).

459. En particulier du fait de l'allongement des périodes d'étiage et de la baisse des débits des rivières, de l'ordre de 25 % vers 2050, qui affecteraient la capacité de refroidissement des centrales.

460. L'augmentation globale de 2 Mds de m^3 concerne au premier chef l'agriculture irriguée (entre 1 et 1,5 Md de m^3) dans des territoires pratiquement tous situés en ZRE.

461. Pour une synthèse sur les connaissances existantes, voir Frédéric Denhez, *La Nature, combien ça coûte ?*, Delachaux et Niestlé, 2007.

462. Dans son rapport 2009 déjà mentionné, la Cour des comptes souligne aussi les insuffisances dans l'évaluation des conséquences économiques des crues exceptionnelles, les lacunes du recensement et de l'estimation des coûts induits par les inondations et l'inexistence de toute évaluation de leur coût écologique. Pour elle, l'administration ne s'est pas donné les moyens de définir les orientations de politique publique à partir d'une analyse de risque à cause de la segmentation et de la complexité des procédures budgétaires et de l'absence d'évaluation *a posteriori*.

463. La connaissance des milieux (zones littorales, zones humides…), le développement des nouvelles technologies (économies et recyclage de l'eau, etc.). On peut aussi citer les mécanismes d'érosion du sol par lessivage qui augmentent la pollution dans les rivières ou la sédimentation dans les barrages.

464. Des études par bassin existent déjà (Agnès Ducharne, « Long term prospective of the Seine river system : confronting climatic and direct anthropogenic changes », *Science of the Total Environment*, nº 375 (2007) ; Yvan Caballero *et al.*, « Le changement climatique : impact sur les ressources en eau du bassin Adour-Garonne », *Revue de l'agence de l'eau*, nº 88, 2004 ; Julien Boe, *Changement global et cycle hydrologique : une étude de régionalisation sur la France*, thèse en physique du climat de l'université Toulouse-III/CERFACS), mais elles sont jugées insuffisantes par les experts.

465. CE, 3 juillet 1970, *Commune de Laon c/ Reverdy*, Leb. p. 461 ; CE, Sect., 28 mai 1971, *Dame Gautheron*, Leb. p. 402.

466. La Lyonnaise des eaux étudie par exemple en liaison avec la société Keolis un projet d'utilisation de ces eaux pour laver les autobus de Cherbourg. Une autre utilisation industrielle possible concerne le refroidissement des bâtiments.

467. C'est l'une des difficultés rencontrées pour accroître la quantité d'eau disponible pour l'irrigation. Le stockage des eaux de pluie permettrait par exemple d'apporter une solution en région Poitou-Charentes où les aquifères ne peuvent pas en raison de l'hydrogéologie de la région stocker les eaux excédentaires tombant en période hivernale. Mais la multiplication des retenues et des réserves collinaires pose, entre autres, des problèmes d'utilité publique (cf. notes 666 et 667) : à l'aune des critères environnementaux, la balance des intérêts en présence dans le cadre de la théorie du bilan ne penche pas nécessairement en leur faveur (CE, 22 octobre 2003, *Association SOS-Rivières et environnement et autres*, req. 231953 qui annule la DUP du barrage de la Trézence en Charente-Maritime, les inconvénients du projet l'emportant sur son utilité publique, faible au regard des objectifs annoncés). Tout le programme de retenues collinaires souhaité par le monde agricole comme remède à la sécheresse (cf. 2.4.1.3.3.) devra franchir cet obstacle.

468. Les services urbains d'incendie demandant de l'eau sous pression pour éteindre les incendies, ils utilisent de l'eau potable par préférence à l'eau de pluie.

469. Les Pays-Bas ont légalisé la double alimentation en eau potable et en eau pluviale au domicile des particuliers. Cela aboutit parfois à des mélanges d'eau des deux provenances et à une recrudescence des problèmes de santé publique liés à l'usage d'eau non potable (Frank Oesterholt, Gerard Martijnse, Gertjan Medema et Dick Van der Kooij, « Health risk assessment of non-potable domestic water supplies in the Netherlands », *Journal of Water Supply Research and Technology.*

AQUA, 56 (3), p. 171-179). La conquête de la qualité de l'eau potable et de la régularité de cette qualité étant un des grands apports du XX^e^ siècle, le mélange des eaux à domicile pose aussi un problème de responsabilité au fournisseur de l'eau potable, accusé de fournir une eau de mauvaise qualité, et suscite de sérieuses réticences à autoriser ailleurs un approvisionnement mixte.

470. Avec l'élimination des puits privés, cette exclusivité expliquerait la disparition de la typhoïde et la diminution du nombre des gastro-entérites.

471. Selon son article L. 2224-12-5, un décret fixe les conditions dans lesquelles les usagers raccordés ou raccordables au réseau d'assainissement doivent installer un dispositif de comptage de l'eau qu'ils prélèvent sur des sources autres que le réseau de distribution d'eau potable (forages, etc.). Ce décret fixe également les conditions dans lesquelles la consommation d'eau constatée au moyen de ce dispositif est prise en compte dans le calcul de la redevance d'assainissement due par les usagers. Si ce dispositif permet de prendre en compte, dans le calcul de l'assiette de la redevance d'assainissement, les eaux provenant de sources autres que les réseaux publics de distribution, il ne permet pas de décompter le volume des eaux pluviales éventuellement injectées, après récupération et utilisation, dans le réseau d'assainissement.

472. Marielle Montginoul, Patrice Garin et Marwan Ladki, « La présence d'un réseau de distribution d'eau brute dans une commune : un facteur d'amélioration du bien-être collectif », *Économie rurale*, n° 310, mars-avril 2009 ; Marielle Montginoul, « Les eaux alternatives à l'eau du réseau d'eau potable pour les ménages : un état des lieux », *Ingénieries-EAT*, 2006, n° 45, p. 49.

473. L'existence d'un second réseau permet aux ménages de diminuer leur facture d'eau potable et leur facture d'assainissement. Elle permet aux collectivités d'éviter de surinvestir pour écrêter les pics de consommation d'eau potable et d'éviter de traiter des eaux usées qui n'en ont pas besoin. Il existe aussi des bénéfices et des coûts collectifs liés à l'existence de doubles réseaux.

474. Le recyclage est difficilement praticable pour les eaux agricoles en raison de la grande dispersion des utilisateurs et des usages.

475. A.N. Angelakis *et al.*, « The status of wastewater reuse practice in the Mediterranean basin », *Water Resources*, 1999, 33 (10), p. 2201.

476. Barah Mikaïl, *L'Eau, source de menaces ?*, Iris/Dalloz, 2008, p. 40 et s. Voir aussi sur ce point la note 208.

477. L'usage d'eaux usées chargées de minéraux pour l'irrigation présente également un intérêt pour les plantes.

478. C'est le cas à Windhoek et à Singapour (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 140) et en Californie.

479. Le taux de réutilisation ne dépasserait pas 0,5 %. Celle-ci en est encore à la phase de test de pilotes (par exemple la Lyonnaise des eaux teste un pilote au Grau-du-Roi et étudie un projet d'arrosage d'un golf à Grasse).

480. L'exportation par la Turquie de l'eau du Manavgat par des camions-citernes à destination d'Israël et de Chypre soulève maintes critiques à cet égard puisque ce pays, en contrepartie, augmente ses prélèvements sur les eaux du Tigre et de l'Euphrate, dont il n'est, aux yeux de certains observateurs et des pays riverains, pas nécessairement propriétaire. Le contrat conclu en janvier 2004 entre la Turquie et Israël à l'issue de cinq années de difficiles négociations porte sur 50 millions de m^3 par an durant vingt ans. L'eau est facturée à 80 US cents le mètre cube alors que l'eau dessalée revient à 60 US cents. Provisoirement suspendu en mai 2006 en raison de la hausse du prix du pétrole qui en a bouleversé l'économie, c'est le contrat international le plus important dans le secteur. Il devait s'accompagner de la construction de deux tankers. Des conversations ont également eu lieu avec la Libye pour étendre les exportations turques à ce pays.

481. Le gouvernement provincial de Terre-Neuve accorde des permis d'exploitation des icebergs depuis 1999. Si l'âge moyen d'un iceberg est de quatre mille ans, sa durée de vie est de deux ans pour ceux de l'Arctique et de dix ans pour ceux de l'Antarctique.

482. Mohammed Bedjaoui, *Le Statut de la glace en droit international*, International law in an evolving world : Liber amicorum in tribute to Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Fundacion de cultura universitaria, 1994, p. 713 ; Chris Mason, « Who owns icebergs ? », *Canadian Geographic*, septembre-octobre 2004, p. 32 ; Marianne Audette-Chapdelaine, *L'Exploitation des icebergs pour l'eau potable… Du remorquage à l'embouteillage*, 8 juin 2007, www.agissonsensemble.org/spip.php?article27 ; Fabienne Quilleré-Majzoub, « À qui appartiennent les icebergs ? Discussion autour du statut des icebergs en droit international public », *Revue québécoise de droit international*, 2007, 20.1, p. 199.

483. Accord général sur le commerce des services, accord international dont la négociation a été engagée en 2001 au sein de l'OMC en vue de libéraliser le commerce des services selon la règle de non-discrimination.

484. En 2003, une « fuite » a permis la publication d'une liste de demandes de libéralisation adressées par la Commission européenne à 109 pays, dont 72 concernaient les services de l'eau.

485. Henri Smets, *La Reconnaissance officielle du droit à l'eau en France et à l'international*, AESN, Nanterre, décembre 2006.

486. Loi C-6 modifiant la loi du traité des eaux limitrophes internationales.

487. La Société des eaux de Marseille est ainsi venue au secours de la ville de Barcelone entre le 19 mai et le 8 juin 2008 en organisant six rotations de navires-citernes portant sur un volume de 165 000 m^3, l'eau ayant été prélevée dans le Rhône (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 146). Le coût du transport aurait atteint entre 8 et 10 € par m^3, à rapporter à un prix de vente de 1 € par m^3 à Marseille (Antoine Frérot, « L'Union européenne face au défi de la rareté de l'eau », fondation Robert-Schuman, *Questions d'Europe*, nº 126, 2 février 2009). La ville de Barcelone a procédé à d'autres achats spots, dans l'attente d'une solution pérenne de dessalement de l'eau de mer (Erik Orsenna, *L'Avenir de l'eau*, Fayard, 2008, p. 278).

488. Ce rapprochement terminologique est au demeurant trompeur, car, contrairement à l'eau, le pétrole est une ressource non renouvelable.

489. Ce nombre très élevé est accessoirement susceptible de poser des difficultés avec la Commission. Car, plus on mesure, plus on a de chances de repérer des pollutions. Si tout dépassement de seuil entraîne en principe des poursuites communautaires, la directive eaux superficielles admet 5 % d'échantillons non conformes et la directive eau potable comporte un régime de dérogations. **Une des pistes pour ne pas inciter les États à effectuer le minimum de mesures consisterait à ne pas pénaliser ceux qui réalisent des contrôles supplémentaires.**

490. Dans le cadre de la RGPP, il a été décidé de fusionner d'ici à l'été 2010 l'AFSSA et l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement (AFSSET). Cette dernière intervenait dans le contrôle des eaux de baignade. Une ordonnance prise sur le fondement de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et adoptée par le Conseil des ministres le 5 janvier 2010 met en œuvre cette fusion. La nouvelle Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail contribuera à assurer la sécurité sanitaire humaine dans les domaines de l'environnement, du travail et de l'alimentation.

491. Gérard Miquel, *Rapport nº 2152 sur la qualité de l'eau et de l'assainissement en France*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 18 mars 2003 ; ministère de la Santé et des Solidarités, *La Qualité de l'eau potable en France. Aspects sanitaires et réglementaires*, dossier d'information, 7 septembre 2005 ; IFEN, « Les pesticides dans les eaux. Données 2005 », *Les Dossiers*, nº 9, décembre 2007 ; commissariat général au Développement durable, « La qualité des rivières s'améliore pour plusieurs polluants, à l'exception des nitrates », *Le Point sur*, nº 18, juillet 2009.

492. Conseil économique, social et environnemental, *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport 2008, p. II-32. 34 000 tonnes de PCB auraient été rejetées dans les fleuves français. Le PCB est pour le PNUE l'un des dix polluants organiques les plus persistants. Bien que reconnu comme toxique par un chercheur aux États-Unis dès 1937, il a fallu attendre 2007 pour que les autorités françaises prennent les premières mesures sanitaires pour protéger la chaîne alimentaire.

493. Cela rend souhaitable, pour le Conseil économique, social et environnemental, de prévoir l'installation d'unités de prétraitement dans les établissements de diagnostic ou de soin afin de piéger ces molécules (*Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport 2008, p. I-26). Mais, selon le ministère de la Santé, dont certains pensent qu'il est surtout soucieux dans cette affaire d'épargner aux établissements hospitaliers une obligation de traitement spécifique des eaux usées, la médecine ambulatoire est à l'origine de 80 % de ces résidus. Le Conseil général de l'agriculture, de l'alimentation et des espaces ruraux a également consacré une de ses missions récentes à ce sujet (*Bilan des études sur l'impact des résidus de médicaments (notamment vétérinaires) dans l'eau*, mission 1766).

494. L'abstention d'un préfet, qui n'assure pas l'exécution d'un précédent arrêté prescrivant à une entreprise de récupérer les solvants organochlorés volatils qui se trouvent présents dans la nappe phréatique qui sert à alimenter une commune en eau potable à un taux qui excède les normes admises par l'OMS, constitue une faute qui engage la responsabilité de l'État (CAA de Paris, 21 janvier 1997, *Commune de Saint-Chéron*, Leb. t. p. 951).

495. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 37.

496. Pour une description des traitements complémentaires imposés par la présence des nitrates ou des pesticides et des technologies employées, on peut se reporter à Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 65. Le ministère de l'Agriculture estime à une somme comprise entre 50 et 100 M€ les coûts de traitement nécessaires à l'élimination des produits phytosanitaires en vue de rendre l'eau potable et que ces coûts vont augmenter rapidement. Par ailleurs, l'étude BIPE/FP2E donne des ordres de grandeur intéressants sur le coût des traitements en 2004 : 0,93 €/m^3 pour un traitement primaire, 1,49 €/m^3 pour un traitement secondaire et 1,64 €/m^3 pour un traitement tertiaire (*Les Services collectifs d'eau et d'assainissement en France. Données économiques, sociales et environnementales*, BIPE/FP2E, janvier 2008, p. 17).

497. Ce pourcentage a même dépassé 85 % en 2009 d'après le 14^e baromètre CIEau/TNS/SOFRES du 5 avril 2009 ; 83 % des Français estiment l'eau du robinet sûre et 71 % que les contrôles sont suffisants.

498. 310 000 prélèvements, 4 millions d'analyses et 8 millions de mesures de contrôle sanitaire permettant de mesurer 800 paramètres regroupés en une quarantaine de familles ont été effectués en 2006 par les responsables des installations sous leur responsabilité et par les DDASS, si bien que l'eau est sans doute le produit alimentaire le plus étroitement contrôlé. Pour une description détaillée des méthodes de prélèvement et des résultats, on peut se reporter à *L'Eau potable en France 2005-2006*, étude publiée par le ministère de la Santé. On ne décompte finalement chaque année qu'une épidémie accidentelle par l'eau et très peu d'intoxications : les 1 500 cas répertoriés sont surtout des cas de légionellose imputables aux réseaux internes aux habitations ou aux bâtiments. Les incidents sont en revanche nombreux dans les réseaux (retours d'eaux usées, ruptures de canalisations, inondations…), mais ils sont convenablement surveillés et maîtrisés par les exploitants.

499. Les concentrations supérieures à la limite de 50 mg/l ont été observées dans 497 installations, dont la plupart sont de petites dimensions et utilisent des eaux souterraines (au seuil de 50 µg/l, les captages d'eau souterraine sont trois fois plus pollués que les captages d'eau superficielle). La situation s'est améliorée depuis 2002, avec cependant une remontée du taux de non-conformité en 2006 (0,5 % contre 0,4 % en 2005). Le taux de conformité est de 100 % dans les installations produisant plus de 50 000 m^3/j.

500. Pour améliorer la situation, certains délégataires ont mis en place des observatoires, composés de panels d'usagers qui goûtent l'eau, en vue de réagir en temps réel à toute dégradation ressentie des qualités organoleptiques de l'eau.

501. S'agissant d'une référence et non pas d'une limite de qualité, elle ne met pas en cause la potabilité, même si près du quart des installations de production délivrent des eaux très dures. Cette dureté est liée à l'origine des eaux : sont dures les eaux souterraines captées dans des sols et sous-sols calcaires et sont douces les eaux prélevées en zone granitique dans les massifs anciens. La rareté des arrêtés préfectoraux restreignant la consommation pour les usages alimentaires de l'eau témoigne également du bon niveau de qualité atteint par les eaux françaises.

502. Avec une consommation de 135 litres par an et par habitant (dont deux tiers pour l'eau minérale et un tiers pour l'eau de source), les Français se situent au troisième rang européen des buveurs d'eau en bouteille, derrière les Italiens (202 l/an) et les Espagnols mais devant les Belges et les Allemands. Des pays où l'eau est de qualité médiocre comme le Mexique ou les EAU dépassent désormais le niveau de la consommation française avec 169 et 164 l/an. Le marché mondial est estimé à 34 Mds€ par an, la moitié de ce chiffre d'affaires étant réalisé en Europe où la commercialisation de l'eau minérale est considérée comme une activité concurrentielle. Le chiffre d'affaires réalisé en France par 66 entreprises employant près de 9 000 personnes est de 3,5 Mds€, ce qui représente 2,5 % du chiffre d'affaires des industries agroalimentaires.

503. L'eau de source revient à 0,14 € le litre et l'eau du robinet à 0,003 € le litre. Pour une consommation moyenne de 120 litres par an, le différentiel de coût ressort à 16,5 € mais à 45 € pour l'eau minérale plate et à 64 € pour l'eau minérale gazeuse.

504. Si la consommation d'eau minérale a augmenté de plus d'un tiers entre 1992 et 2003, elle s'est stabilisée entre 2004 et 2006 avant d'entamer une décrue. Si 94 % des ménages achètent de l'eau minérale, ils ont diminué la fréquence de leur achat (– 10 %). La baisse de consommation en volume a été de 7,5 % en 2008. Cette baisse est attribuée à l'amélioration récente du goût de l'eau du robinet, à l'impact de la crise économique et à une sensibilisation accrue des consommateurs au problème du recyclage des bouteilles en plastique (Conseil économique, social et environnemental, *Les Usages domestiques de l'eau*, avis présenté par Paul de Viguerie, p. 17). La moitié de ces bouteilles, pourcentage jugé élevé, feraient déjà l'objet d'un recyclage. Le marché français de

l'eau minérale est dominé par deux groupes agroalimentaires, Nestlé (34,5 % de part de marché) et Danone (27,3 %). L'eau minérale est d'origine souterraine et le régime juridique qui lui est applicable suppose une protection de la source (cf. note 68). Sur les initiatives prises en cette matière par les entreprises, on peut se reporter à *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, Conseil économique, social et environnemental, rapport présenté par Marie-José Kotlicki, 2008, p. II-83. Pour l'eau de source, la production est en augmentation continue : elle est passée de 468 Ml en 1975 à 2 700 Ml en 2000.

505. CJCE, 25 mai 2000, aff. C-307/98 pour la Belgique ; CJCE, 13 novembre 2001, aff. C-427/00 pour le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord ; CJCE, 19 mars 2002, aff. C-268/00 pour les Pays-Bas ; CJCE, 30 janvier 2003, aff. C-226/01 pour le Danemark ; CJCE, aff. C-278/01 pour l'Espagne avec prononcé d'une amende. Ces décisions portent principalement sur les techniques d'échantillonnage et sur le respect des valeurs limites impératives fixées par la directive. Certaines de ces affaires concernent aussi l'application des directives eaux résiduaires urbaines et eaux conchylicoles, dont l'application est souvent liée à l'application de la directive eaux de baignade.

506. La fixation de cette saison est laissée à l'initiative des autorités locales, sous le contrôle des DDASS qui doivent assurer la cohérence des dates au plan départemental et des DRASS qui peuvent en assurer l'harmonisation régionale ou interrégionale. Certains observateurs notent toutefois quelques situations surprenantes où des communes littorales voisines ne retiennent pas les mêmes dates pour la saison balnéaire. **Une harmonisation plus ferme des dates est donc souhaitable et souhaitée.**

507. Pour une analyse détaillée de ces résultats, on peut se reporter à *État sanitaire des eaux de baignade en mer et en eau douce. Bilan de la saison balnéaire 2008*, ministère de la Santé et des Sports, juin 2009 et à *Qualité des eaux de baignade. Saison balnéaire 2008*, Agence européenne pour l'environnement, rapport n° 6, 2009. L'Agence relève un recensement nettement plus complet des lieux de baignade en eaux côtières et en eaux intérieures et une amélioration générale de la qualité depuis 1990, notamment en France.

508. Nathalie Hervé-Fournereau, *Gestion des cyanobactéries d'eau douce, le cadre juridique*, 9e carrefour des gestions locales de l'eau, Rennes, 30 et 31 janvier 2008.

509. C'est là qu'on rencontre le plus fort taux de non-conformité microbiologique (80 % des non-conformités affectent des UDI desservant moins de 500 habitants, UDI pour lesquelles aucun progrès n'a été enregistré depuis 2000 alors que la performance nationale moyenne s'est améliorée d'un facteur 2) et le plus de dépassements des limites de qualité (fluor, pesticides, arsenic…). Ces UDI concentrent aussi le potentiel de dissolution du plomb le plus élevé. Elles sont le plus souvent exploitées en régie et utilisent des eaux souterraines. Les zones de montagne sont également les plus vulnérables.

510. Une circulaire DGALN/DEB/SDEN/EN4 du 17 septembre 2009 relative à l'organisation de la procédure de révision des classements de cours d'eau complétant les circulaires du 6 février 2008 et du 15 septembre 2008 a été adressée aux préfets pour procéder à ce nouveau classement, découlant de la DCE et des orientations des SDAGE (notamment de l'identification des réservoirs biologiques), d'ici à fin 2011. Ce nouveau classement, qui en constituera le socle, y est également présenté comme un préalable à l'établissement de la trame bleue d'ici à fin 2012 (cf. 2.3.13.).

511. D'abord prévue par la circulaire du 13 mars 1901 relative à l'instruction des projets d'adduction d'eau pour l'alimentation des communes, cette exigence de protection est reprise par la loi du 15 février 1902 et constamment depuis lors par toutes les lois sur l'eau (1964, 1992, 2004, 2006, 2009). Et la jurisprudence a eu à se prononcer sur l'ampleur du périmètre à protéger (CE, 23 octobre 1931, *Soc. La Gerbe*, rec. p. 904 ; CE, 23 juillet 1976, *Dame Thévenin*, Leb. t. p. 923 ; CE, 15 octobre 1990, *Séguret*, req. 90107) et sur le caractère suffisant du périmètre de protection rapprochée pour garantir la qualité des eaux (CE, 4 janvier 1995, *Rossi*, CJEG 1995, p. 232, note Olivier Sachs). Elle a également parfois à se prononcer sur la compatibilité de certaines constructions avec la protection du périmètre (CE, 2 mai 1990, *SCI La Fare*, Leb. t. p. 994 pour une clôture en grillage).

512. Conseil économique et social, *Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 25.

513. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques, n° 215, mars 2003. Voir aussi les résultats de l'enquête du BIPE mentionnés par le Conseil économique, social et environnemental, *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, 2008, p. II-108 et l'enquête IFEN de 2004 d'où il ressort que 13 800 communes n'avaient pas protégé leurs captages. Le SISE-Eaux, système d'information sur l'eau administré par le ministère de la Santé,

recensait 33 728 captages en avril 2009, dont 32 343 pour les eaux souterraines et 1 385 pour les eaux de surface, les premiers assurant deux tiers des débits et les seconds un tiers.

514. Le code de la santé publique (art. L. 1321-2) rend obligatoire la définition des périmètres de protection des captages en vue d'éviter les pollutions accidentelles ou ponctuelles. Cette délimitation est opérée en même temps que la DUP des travaux de prélèvement d'eau pour les captages nouveaux. C'est surtout l'application de la loi aux captages anciens qui pose un problème : si la loi du 16 décembre 1964 a généralisé l'obligation de protection à tous les ouvrages nouvellement mis en service, c'est la loi du 3 janvier 1992 (art. 13-I) qui a rendu obligatoire dans un délai peu réaliste de cinq ans la protection de tous les captages, y compris de ceux ouverts avant 1964. L'article R. 1321-13 du même code distingue le périmètre de protection immédiate (PPI), à acquérir en pleine propriété par la collectivité et clôturé, où toute activité et toute construction sont interdites, le périmètre de protection rapprochée (PPR), calqué sur la « zone d'appel » du point d'eau, où peuvent être interdites ou réglementées les activités susceptibles d'entraîner une pollution de nature à rendre l'eau impropre à la consommation humaine et, le cas échéant, le périmètre de protection éloignée (PPE), calqué sur la zone d'alimentation du point de captage et parfois sur l'ensemble du bassin-versant, où peuvent être réglementées les activités présentant, du fait de la nature et de la quantité de produits polluants, un danger de pollution pour les eaux prélevées ou transportées. Cette procédure vise à protéger les captages de toute substance polluante et s'inscrit dans un processus de contrôle de la fabrication d'un produit alimentaire qui va du captage à la distribution au domicile. Elle entraîne l'inconstructibilité dans le PPI et le PPR (Philippe Boulisset et Norbert Béal, « La perte de constructibilité d'un terrain », *Études foncières*, n° 133, mai-juin 2008, p. 7). Un PPI peut inclure un cours d'eau domanial, sans pour autant que l'obligation d'acquisition lui soit applicable (TA de Lyon, 27 mars 2001, *Commune de Vaulx-en-Velin et autres*, req. 99-2417). La délimitation du PPR par arrêté préfectoral est proposée par un hydrogéologue indépendant, agréé en matière d'hygiène publique par le ministre de la Santé, et débouche sur une DUP fixant des servitudes de protection opposables aux tiers et qui sont annexées au PLU en vertu de l'article R. 1321-13-2 du code (sur l'effet quant aux activités interdites de la modification du décret du 1er août 1961 par le décret du 3 janvier 1989, voir CE, 10 octobre 2003, *Commune de Rilleux-la-Pape*, Leb. t. p. 789). L'IVS a également relevé dans une étude d'août 2008 (*Déterminants naturels et humains des pollutions fécales accidentelles des petites unités d'alimentation en eau potable*) une corrélation forte entre absence de périmètres de protection et risque de survenance de pollutions microbiologiques accidentelles pour les petites unités de distribution d'eau potable, en zone rurale pour la plupart. La détermination d'un PPE correspondant à la zone d'alimentation du point d'eau demeure facultative.

515. Voir par exemple *La Lettre eau*, juin 2008, n° 43, « La protection des captages d'eau potable ».

516. On assiste à une accélération de la protection depuis l'année 2003 : le nombre des DUP, qui était de 50 par an dans les années 1960, est passé de 691 en 2000 à 936 en 2003 et à 1 042 en 2008. C'est sans doute le résultat des instructions données aux préfets d'accélérer le mouvement.

517. À titre d'exemple, l'Isère et la Savoie comptent chacune plus de 1 000 captages. Les zones de montagne (Massif central, Alpes, Pyrénées, Vosges) concentrent une part importante des captages d'eau souterraine, avec des débits généralement très faibles.

518. CE, 10 avril 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, req. 310184, AJDA, 2009, p. 739 et 1118.

519. Cette liste a été dressée conjointement par les ministères du Développement durable, de l'Agriculture et de la Santé selon trois critères : pollution par les nitrates et les pesticides, caractère stratégique du captage et volonté de reconquérir son bon état.

520. Représentant 2 % de la surface agricole en 2007, elle devrait en représenter 6 % en 2012.

521. En contrepartie est anticipée une baisse du coût annuel du traitement de l'eau estimée entre 210 M€ et 336 M€ (économie de 0,25 € par m^3 pour la dénitrification et de 0,15 € pour le traitement des pesticides par du charbon actif).

522. Cette simplification pourrait consister à conserver trois types de périmètre dont la délimitation serait obligatoire : le PPI destiné à protéger le captage des pollutions industrielles ou urbaines accidentelles, le PPR permettant de réglementer les activités et un périmètre de protection de l'aire de captage permettant de le protéger des pollutions diffuses. Cette unification poserait la question de l'homogénéisation du régime d'indemnisation des servitudes ou des contraintes imposées dans les deux derniers périmètres, régimes aujourd'hui distincts (cf. 2.5.2.5.).

523. L'OMS a défini, avec une participation décisive de la France à ces travaux, pour la première fois en 1958 les normes applicables à l'eau de boisson. Les valeurs guides (estimation de la concentration d'une substance dans l'eau de boisson ne présentant aucun risque pour la santé

pour une personne consommant cette eau durant sa vie entière, cette estimation comportant un facteur de sécurité correspondant à un dépassement limité dans le temps) pour plus d'une centaine de substances ont été revues en 1994 et 1998. Voir sur ce point *Directives de qualité pour l'eau de boisson*, 2e éd., 1994, OMS. De nouvelles directives ont été publiées en septembre 2004. L'Union européenne s'est calée sur les normes de l'OMS, laissant aux États membres le soin d'adopter des normes plus sévères en fonction de considérations locales, mais a retenu une option plus exigeante pour certaines substances tels les pesticides avec comme objectif de stopper la dégradation du milieu.

524. L'obligation du contrôle de la salubrité des eaux alimentaires est introduite par l'article 9 de la loi du 15 février 1902. Applicable à compter de 1906, ce contrôle porte initialement sur les seules caractéristiques bactériologiques de l'eau (au nombre de deux). Une circulaire d'application du ministre de l'Intérieur du 2 avril 1906 prévoit que ces contrôles doivent être effectués seulement lorsque, durant trois années consécutives, la commune enregistre un taux de décès supérieur à la moyenne nationale. En 1924, le Conseil supérieur d'hygiène publique de France (CSHPF) définit la périodicité souhaitable (douze par an pour les villes de plus de 20 000 habitants, quatre par an pour celles qui comptent de 5 000 à 20 000 habitants) et les critères, une vingtaine, de la surveillance minimale de l'eau, ces critères étant d'ordre physique, chimique et bactériologique. Les résultats des analyses sont examinés par les conseils départementaux d'hygiène et ceux des villes les plus importantes par le CSHPF. Le financement de ces analyses incombe aux communes et aux délégataires (CE, 30 novembre 1992, *Compagnie générale des eaux*, Leb. p. 431 pour le contrôle des eaux potables en application des articles L. 19, L. 21 et L. 25-1 du code de la santé publique) mais les communes ne sont pas tenues de participer au financement du service d'inspection et de contrôle de la santé publique, qui est un service facultatif, créé par le département (avis de la section de l'intérieur, de l'instruction publique et des beaux-arts du 28 janvier 1931, no 202.957). La plupart des communes ne disposant pas de services techniques capables de diligenter ces contrôles, ces derniers sont progressivement sous-traités à des laboratoires spécialisés, qui doivent être agréés. Mais des laboratoires publics en réalisent également, ce qui donne lieu à des contestations portant sur l'application de la jurisprudence *Jean-Louis Bernard consultants* (CE, Ass., 8 novembre 2000, Leb. p. 492, concl. Catherine Bergeal, *AJDA*, 2000, p. 987, chron. Mattias Guyomar et Pierre Collin) quant au respect des modalités d'intervention d'une personne publique sur un marché (CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, req. 324156, AJDA, 2009, p. 2006 au sujet de la candidature d'un laboratoire départemental à un marché ayant pour objet d'effectuer de tels prélèvements et analyses).

525. Une circulaire du 12 août 1929 précise les procédés de correction et de stérilisation à retenir pour obtenir une eau pure. Abandonnant cette approche fondée sur les procédés – approche qui demeure aujourd'hui celle des normes de service ISO (voir la série ISO/TC 224 lancée à l'instigation de la France en 2001 et adoptée en 2007 pour les activités relatives aux services de l'eau potable et de l'assainissement), la circulaire no 170 du ministre de la Santé en date du 24 novembre 1954 concernant les instructions générales relatives aux eaux d'alimentation définit pour la première fois, au vu des progrès accomplis par les méthodes d'analyse de la qualité, les critères portant sur les caractéristiques physiques, chimiques et bactériologiques des eaux. Les critères chimiques sont, pour la première fois, exprimés en termes de concentrations maximales admissibles (par exemple la dose admissible de nitrates est fixée de manière indicative à 10 mg/l mais elle ne figure pas dans les critères obligatoires). Les critères biologiques donnent lieu à la détection de trois germes pathogènes. Et le ministre définit une périodicité des contrôles en corrélation avec la taille des populations desservies. Ces normes sont reprises dans le décret no 61-859 du 1er août 1961 et précisées par l'arrêté du 10 août 1961 relatif à l'application des normes qualitatives appréciant la potabilité d'une eau et par l'arrêté du 15 mars 1962 relatif aux analyses périodiques de contrôle des eaux d'alimentation. Puis les directives européennes des 16 juin 1975 et 15 juillet 1980 viennent à leur tour multiplier les critères – on passe de 46 paramètres en 1975 à 62 en 1980 – et rehausser les niveaux d'exigence (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 50 et s.). Le ministère de la Santé distingue aujourd'hui des limites de qualité, qui sont obligatoires, et des références de qualité, qui ne le sont pas. Ainsi la dureté des eaux (ou leur titre hydrotimétrique) est-elle appréciée par rapport à une référence de qualité mesurant leur teneur en calcium et en magnésium.

526. Cette norme a été fixée pour l'eau potable à 50 mg/l pour les eaux superficielles par la directive du 15 juillet 1980 et reprise par la directive nitrates de 1991, chiffre repris en dernier lieu par l'arrêté du 11 janvier 2007. Elle est de 100 mg/l pour les eaux souterraines. Voir sur ce point Jean Margat et Jean-Robert Tiercelin (sous la dir.), *L'Eau en questions*, Paris, Romillat, 1998. Voir aussi IFEN, *L'État des eaux souterraines en France. Aspects quantitatifs et qualitatifs*, coll. « Études et travaux », no 43, 2004.

527. Bernard Barraqué souligne ainsi que, si la norme « nitrates » est de 50 mg/l, les nitrates à 200-300 mg/l ne sont pas dangereux, sauf pour les femmes enceintes et les nourrissons. Une norme fixée à 50 mg intègre donc une dimension de précaution vis-à-vis de la population la plus fragile. Le ministère de la Santé reconnaît dans son rapport 2006 sur la qualité des eaux qu'aucun cas d'intoxication lié à l'eau d'alimentation n'est recensé en France à ce jour en ce qui concerne les nourrissons et les enfants de moins de six ans. Cela n'a pas empêché le Conseil d'État de valider récemment l'intervention d'un maire au titre de ses pouvoirs de police de la salubrité, en substitution d'un préfet défaillant, pour interdire l'exploitation agricole dans le périmètre de protection d'un captage, cette exploitation faisant courir un péril imminent à la population du fait du dépassement du seuil de 50 mg/l (CE, 2 décembre 2009, *Commune de Rachecourt-sur-Marne*, AJDA, 2009, p. 2319). Eu égard aux débats sur la pertinence de ce seuil, la sévérité des poursuites diligentées par la Commission et des condamnations prononcées par la CJCE peut apparaître d'autant plus surprenante que les traitements effectués en aval, avant la mise en distribution, permettent précisément de purifier l'eau potable et de ramener sa concentration en nitrates à un taux inférieur au seuil. En réalité, comme les scientifiques estiment que les nitrates sont des traceurs de tous les autres polluants, le maintien de cette norme à un niveau bas inciterait à diminuer la pollution agricole des ressources en eau (http://environnement.doctissimo.fr/eau/ressources/). Eu égard à la passivité des pouvoirs publics français dans ce domaine (cf. 2.4.1.2.1.), on comprend mieux l'arrière-plan scientifique et environnemental de l'exigence communautaire.

528. Le ministère de la Santé mentionne dans son rapport sur *L'État des eaux en 2006* qu'il subsiste encore 8,8 millions de logements équipés de canalisations intérieures en plomb et 3,4 millions de branchements publics en plomb desservant en eau des bâtiments et logements publics ou privés.

529. Les Usages domestiques de l'eau, avis présenté par Paul de Viguerie, p. 27. Dans ce rapport (p. 51-52), il est préconisé d'instaurer un diagnostic « réseau domestique » qui permettrait à chaque usager d'évaluer l'état de son réseau privatif (eau chaude et eau froide) et en particulier de contrôler l'état des conduits et des éléments en plomb. Ce diagnostic, à la charge du propriétaire, serait rendu obligatoire pour toute cession à compter du 1er janvier 2011.

530. Conseil d'État, rapport public 2009, *Droit au logement, droit du logement*, La Documentation française, 2009.

531. L'État des eaux 2005-2006 souligne que près de 98 % des mesures effectuées chez l'habitant sont conformes à la limite de 25 µg/l et que 94 % le sont déjà à la limite de 10 µg/l. Et que l'ingestion de plomb *via* l'eau d'alimentation humaine conduit aujourd'hui rarement directement à des cas de saturnisme mais contribue à l'imprégnation de l'organisme.

532. Illustration de cette situation, sur les deux contentieux communautaires portant sur les nitrates en Bretagne, celui portant sur l'eau potable a été résolu plus facilement, car il suffisait de mettre en place des traitements supplémentaires. Celui portant sur les eaux utilisées pour l'eau potable imposait soit de fermer des captages, soit de prendre des mesures agro-environnementales. Fermer des captages au nom du dépassement de la norme de 50 mg/l résout la question de l'eau potable mais pas celle du milieu.

533. Il est temps de décider, rapport au président de la République, Comité pour la réforme des collectivités locales, p. 87.

534. Ce service public présente la nature d'un service public industriel et commercial (Conseil d'État, rapport public 1997, avis de la section de l'intérieur du 10 avril 1996, La Documentation Française, p. 295).

535. Sur la liste des pièces devant figurer dans ce dossier et sur leur addition désordonnée au cours des dernières années, voir Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, p. 101 et 103.

536. Elles sont installées dans les hameaux, écarts, exploitations agricoles isolées et résidences secondaires ; 720 000 habitations ne seraient équipées d'aucun dispositif et procéderaient à des rejets directs d'effluents dans la nature ; 723 000 autres habitations seraient raccordées à un réseau collectif mais sans que les effluents collectés soient récupérés et traités par une station d'épuration (Conseil économique, social et environnemental, *Les Activités économiques liées à l'eau*, 2008, p. II-30). Plus de 1 400 000 logements pratiquent ainsi le rejet direct des effluents dans la nature, la moitié d'entre eux étant situés dans des communes de moins de 1 000 habitants.

537. CLCV, *L'Assainissement individuel des eaux usées domestiques*, guide pratique édité en août 2008 aux éditions Vuibert, p. 11. Voir aussi le Code pratique de l'eau et de l'assainissemnt, Éditions Le Moniteur, 2009 p. 1169 et s.

538. Comme tout service d'eau, il peut être exercé en régie ou délégué. Il peut également être confié à un EPCI. Il peut être regroupé avec l'eau potable ou dissocié.

539. Sur ce point, le Conseil d'État ne peut que déplorer à nouveau l'approche traditionnelle du droit administratif français, qui consiste à choisir à la place du propriétaire les installations adéquates. L'arrêté du 6 mai 1996 fixant les prescriptions techniques applicables aux systèmes d'assainissement non collectif a dressé une liste des équipements agréés. Une telle liste, nécessairement figée, vieillit mal, surtout à une époque où les préoccupations environnementales se traduisent par un foisonnement de technologies nouvelles. L'arrêté de 1996 a été complété par un arrêté du 28 avril 2008. Le Conseil d'État a recommandé en 2009 (*Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, La Documentation française, p. 332) que le droit public en revienne à la fixation de normes se bornant à fixer des objectifs (au cas d'espèce, taux d'épuration des effluents par exemple) et qu'il laisse aux propriétaires et aux installateurs le libre choix de l'équipement, sous réserve qu'il réponde à la norme exprimée en termes de résultat à atteindre. Il faut donc se féliciter de ce que l'arrêté du 7 septembre 2009 (*JO* du 9 octobre 2009) ne limite plus les types d'équipement susceptibles d'être mis en œuvre. En complément, **les pouvoirs publics pourraient avantageusement faire former et accréditer quelques installateurs par département et auditer ensuite le respect par leurs soins des normes ainsi fixées : on éviterait sans doute mieux, par la même occasion, les erreurs de branchement entre réseau d'eau potable et réseau d'assainissement collectif déplorées aujourd'hui mais contre lesquelles aucun moyen de lutte n'a été mis en place**.

540. Le coût d'une réhabilitation fluctue entre 4 000 et 10 000 € et celui d'une installation neuve autour de 10 000 €. Les propriétaires concernés demandent, d'après les sondages, une aide financière ainsi que du conseil technique et juridique.

541. Consulté sur la possibilité d'instituer au profit du service public communal d'assainissement collectif une redevance d'assainissement permettant de couvrir les frais du service rendu au titre des installations de type individuel, le Conseil d'État avait répondu par la négative (avis de la section de l'intérieur du 11 décembre 1979, n° 326.038). Il avait en effet estimé que ni les termes de la loi du 29 novembre 1965 ni ceux du décret du 24 octobre 1967 (cf. annexe 11.2) n'autorisent l'inclusion des opérations de réalisation, de rénovation et d'exploitation des installations de type individuel éventuellement accomplies par le service public d'assainissement pour le compte des propriétaires non astreints au raccordement à un réseau public d'assainissement parmi les services dont les charges d'exploitation sont susceptibles d'être couvertes grâce à la perception de la redevance d'assainissement. Si, en effet, ces opérations peuvent entrer dans la mission dévolue aux services publics d'assainissement par l'article R. 372-1 du code des communes, dans le cas où les matières de vidange recueillies dans les fosses septiques individuelles ou les appareils équivalents auraient à être transportées pour y être traitées ou éliminées jusqu'à des installations d'épuration publiques, les propriétaires des installations individuelles ne peuvent, par application des dispositions en vigueur du code des communes relatives à l'exigibilité de la redevance d'assainissement, être assujettis à ladite redevance (de raccordement de l'article 35-5 du code de la santé publique) qui a le caractère d'une taxe et ne peut être perçue, lors même qu'un service serait effectivement rendu, en dehors des cas, seuls actuellement prévus, où existe une obligation de raccordement au réseau public d'assainissement. En d'autres termes, un propriétaire isolé et non raccordé au réseau public d'assainissement ne bénéficie pas du service d'assainissement collectif et n'en est pas un usager : il ne peut donc pas être assujetti à une redevance pour service rendu recouvrée au titre de l'assainissement collectif.

542. Selon l'article R. 2224-19-5 du CGCT, le montant de la redevance de contrôle doit être proportionnel au coût de la prestation rendue, ce qui exclut tout calcul en fonction du volume d'eau potable consommé. Les tarifs doivent également faire une distinction entre ce qui est obligatoire et ce qui est facultatif.

543. Le coût du premier contrôle dépasse parfois 100 € et les redevances de contrôle atteindraient de 20 à 50 € par an.

544. Dans son avis du 15 novembre 2000 sur la réforme de la politique de l'eau (p. 77), il avait déjà insisté pour que soit respectée l'égalité de traitement entre usagers de l'assainissement collectif et particuliers dotés d'un assainissement individuel.

545. Cette stratégie vise en particulier à mettre en place un réseau écologique paneuropéen destiné à préserver les écosystèmes, habitats et espèces d'importance européenne, à créer des corridors susceptibles d'améliorer la cohérence des systèmes naturels et à restaurer les écosystèmes dégradés. La trame bleue constitue la déclinaison nationale de cette stratégie paneuropéenne.

546. Le plan national hydraulique débattu au début des années 1990 comportait le projet de transfert sur une distance de 900 km des eaux de l'Èbre, projet qui s'accompagnait de la réalisation de 118 barrages. Adopté en 2001 malgré la forte opposition de communautés autonomes, d'associations environnementales, d'experts, de partis politiques et même des autorités communautaires,

ce projet a été abandonné à l'issue des élections de 2004. Il envisageait d'autres projets, plus modestes, de même nature : le détournement des eaux du Sègre, affluent de l'Èbre, pour alimenter le Llobregat mais l'Aragon, soucieux de préserver les intérêts de ses agriculteurs irrigants, s'y est opposé ; le détournement des eaux du Tage vers Valence et la Murcie, mais la Castille et la Manche s'y sont opposées pour des raisons similaires. L'Espagne s'est depuis lors résolument tournée vers le dessalement de l'eau de mer (cf. note 376). Ayant eu à se prononcer sur diverses questions de droit relatives à un projet d'aqueduc entre le Rhône (Montpellier) et Barcelone destiné à acheminer une eau qui serait vendue à la généralité de Catalogne, le Conseil d'État a admis que ce projet, qui contribuerait à la réalisation des objectifs mentionnés au titre XII du traité de Rome, sécuriserait l'approvisionnement des collectivités locales françaises traversées et permettrait une meilleure utilisation des ouvrages publics existants exploités par la CNARBRL, était susceptible de revêtir un caractère d'utilité publique (avis de la section des travaux publics du 14 octobre 1997, n° 361.075).

547. L'adduction des eaux d'un bassin fluvial dans un autre ne peut être déclarée d'utilité publique que par décret en Conseil d'État (CE, 21 octobre 1974, *Ministre du Développement industriel c/ Assoc. des utilisateurs des eaux de la Course et de la Baillonne et autres*, Leb. p. 497).

548. Michel Allanic, « Les établissements publics territoriaux de bassin, chefs de file de la gestion intégrée ? », intervention à la journée d'étude *Les Nouveaux Territoires de la gestion de l'eau potable*, ENGEES, 23 janvier 2003.

549. Commissariat général du Plan, *Conflits d'usage à l'horizon 2020. Quels nouveaux rôles pour l'État dans les espaces ruraux et périurbains ?*, La Documentation française, 2005. Ce rapport comporte une annexe 5 « L'eau, objet de trois grands types de conflits d'usage : qualitatif, quantitatif et d'accès ». Les conflits sur la qualité de l'eau concernent la présence de nitrates, de phosphates et de pesticides. Les conflits quantitatifs sont relatifs au partage de la ressource entre l'agriculture irriguée, la production d'énergie (refroidissement des centrales nucléaires)… et se manifestent également lors des opérations de zonage au titre de différentes législations. Les conflits d'accès concernent les pratiques de loisirs nautiques, parfois considérées comme prédatrices des écosystèmes et de la propriété, et leur combinaison avec le respect des droits des pêcheurs ; ils concernent également les collectivités territoriales, les grandes communes urbaines sollicitant des DUP pour alimenter en eau leur population en prélevant la ressource sur le territoire de petites communes bien dotées en eau.

550. Patrice Garin et Audrey Richard-Ferroudji, « Les conflits de légitimité sous-jacents aux conflits d'usage », *La Houille blanche*, n° 4, 2008. Ces questions de légitimité concernent le choix du maître d'ouvrage, du périmètre, des participants à la négociation, ou l'équilibre des intérêts en présence.

551. Rémi Barbier, Olivier Barreteau et Carole Breton, *Gestion de la rareté de l'eau : entre application négociée du décret « sécheresse » et émergence d'arrangements locaux*, 2007, rapport du CEMAGREF ; pour un résumé du rapport voir *Ingénieries-EAT*, n° 50, p. 3.

552. La loi du 22 juillet 1987 permet au préfet d'imposer au concessionnaire par mesure unilatérale et sans aucune indemnité un débit supérieur à celui fixé au cahier des charges et donc des déstockages de retenues hydroélectriques. Cette disposition doit conduire l'autorité concédante, ainsi que le rappelle le rapport Leteurtrois, à préciser autant que possible le nominal de la concession en amont de la signature du cahier des charges, le risque de dépassement faisant partie de l'aléa normal d'exploitation pesant sur le concessionnaire. Ce raisonnement ne couvre pas le cas des concessions antérieures à la loi de 1987.

553. La production d'énergie hydroélectrique fluctue, selon les années, entre 65 et 80 GWh. En 2005, elle a fléchi à 56 GWh.

554. À titre d'exemple, les quatre lacs réservoirs construits sur les bassins de la Seine et de la Marne peuvent retenir 800 millions de m^3 et abaisser de 0,6 m le niveau des crues de la Seine.

555. La jurisprudence impose au préfet, lorsqu'il autorise une installation d'une puissance inférieure à 4 500 kW, de vérifier le respect de l'obligation de protection de la nature posée par l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919 et d'imposer dans le règlement d'eau les conditions techniques d'aménagement et de fonctionnement permettant d'assurer ce respect (CE, 11 décembre 2000, *Ministre de l'Environnement*, Leb. t. p. 1005). Les dispositions de l'article L. 232-5 du code rural permettent également au préfet d'imposer à l'exploitant d'une usine hydroélectrique d'installer une passe à poissons sur le barrage de retenue de l'usine ainsi qu'une grille pour empêcher la pénétration des poissons dans la conduite forcée de l'usine et de lui interdire de fonctionner par éclusées ; le juge exerce un contrôle restreint sur ces mesures (CE, 13 mars 1998, *Rémy*, Leb. t. p. 1039).

556. Le rapport au Sénat de la Mission d'information présidée par M^me^ Valérie Letard (*La France et les Français face à la canicule : les leçons d'une crise*, rapport n^o^ 195, février 2004) comporte de précieuses indications sur les impacts potentiels des phénomènes de canicule sur la production hydroélectrique : niveaux de remplissage des réservoirs en dessous des normales saisonnières, baisse sensible de la production électrique (– 4 % pour le nucléaire et – 19 % pour l'hydroélectrique) sous l'effet en particulier de la réglementation sur les températures de rejet de l'air et de l'eau, importations coûteuses sur le marché spot en provenance de l'étranger (310 M€). Ces impacts varient selon les bassins-versants. Avec une baisse des débits moyens des cours d'eau de 15 % à l'horizon 2050 et de 30 % durant l'étiage estival, la capacité de production hydroélectrique serait affectée à hauteur de 10,5 TWh/an, ce qui représente un tiers de la capacité de production modulable en période de pointe et 15 % de la capacité de production totale.

557. Le débit réservé est le débit minimal qu'il est imposé de maintenir en permanence dans un cours d'eau au droit d'un ouvrage pour sauvegarder les équilibres biologiques et les usages de l'eau en aval. Son application se traduit en pratique par une légère réduction de la production hydroélectrique estimée à environ 2 %, soit 1,4 TWh. La notion de débit réservé a été introduite par la loi du 16 octobre 1919. Elle a fait l'objet d'une application plus ou moins rigoureuse selon les époques. La loi du 29 juin 1984 sur la pêche l'a durcie en introduisant un seuil minimal puis la loi du 30 décembre 2006 l'a assouplie. Les règles applicables figurent actuellement à l'article L. 214-18 du code de l'environnement (antérieurement art. L. 432-5). Le Conseil d'État exerce un contrôle normal sur la fixation de ce niveau (CE, 16 octobre 2009, *Association syndicale autorisée du canal de Gap*, req. 295599, AJDA, 2009, p. 1918).

558. Le préfet ne peut qu'appliquer les règlements ou usages locaux relatifs à la répartition des eaux et ne peut pas user de ses pouvoirs de police de l'eau pour effectuer une nouvelle répartition des eaux, mesure relevant d'un décret rendu dans la forme d'un règlement d'administration publique selon l'article 9 de la loi du 8 avril 1898 (CE, 23 janvier 1935, *Sieur Meiller*, rec. p. 89).

559. Une des recommandations du rapport du CGAAER et de l'IGE de juin 2007 est de rendre obligatoire cette partie du règlement dans les bassins-versants déficitaires en eau. Une autre recommandation consiste à veiller à la mise en place corrélative de plans d'action comportant le financement des outils de surveillance en temps réel de l'état de la ressource et des ouvrages de transfert, de stockage ou de déstockage ou de réalimentation de cette ressource.

560. L'article 645 du code civil attribue cette compétence discrétionnaire au juge civil qui détermine les droits de chacun en tenant compte des règlements et usages locaux et des droits acquis par convention ou par prescription. Même si la décision juridictionnelle ne vaut qu'entre les parties, elle est souvent dénommée « règlement d'eau », car elle constitue la nouvelle loi des parties jusqu'à nouveau changement opéré par le juge dans cette règle de répartition en fonction des circonstances (Cass. civ. 16 juin 1884, D.P. 1885-1-151).

561. En particulier, le cahier des charges type résultant du décret du 30 octobre 1935 obligeait depuis cette date tout délégataire à produire des comptes détaillés, obligation reprise par le cahier des charges type de 1951. Ces comptes détaillés étaient fournis avec réticence (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 160). Le Conseil d'État avait estimé que les articles 378 à 381 du code d'administration communale, issus du décret de 1935, n'avaient pas pour effet d'obliger le concessionnaire ou le fermier à tenir une comptabilité séparée retraçant exclusivement et totalement la marche du service, ni à présenter annuellement les résultats d'une telle comptabilité non plus qu'à donner à l'administration tous les documents et tous les moyens nécessaires pour s'assurer de l'exactitude desdits résultats, sauf dans le cas où une comptabilité séparée est nécessaire pour justifier, à l'occasion des règlements périodiques qu'entraîne l'application des dispositions financières du contrat, le montant de la dette ou de la créance de la commune (avis de la section de l'intérieur du 20 janvier 1976, n^o^ 316.652). À l'occasion de la révision en 1980 du cahier des charges type applicable à l'affermage est ajoutée une possibilité de sanction pécuniaire égale à 1 % du chiffre d'affaires du service en cas de non-respect de cette obligation portant sur le compte rendu annuel, le compte rendu technique, le compte rendu financier et le compte d'exploitation. La loi du 8 février 1995 a refondu le régime de ces obligations.

562. Cette démarche a été facilitée par les travaux antérieurs de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) et de l'Institut de la gestion déléguée (IGD) qui, suivant les recommandations de la Cour des comptes dans son rapport de 1997, avaient commencé à élaborer des indicateurs de gestion et de performance.

563. L'article 88 de la loi du 30 décembre 2006 a également créé l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), chargé, entre autres missions, de mettre en place un système d'information sur l'eau (données, usages, services publics…).

564. Une courte étude publiée par la CLCV (enquête CLCV 2007, *Rapport annuel sur le prix et la qualité de l'eau : des améliorations et des lacunes*) montre que ces rapports demeurent généralement très éloignés de ce qui est souhaité. Par exemple, plus de la moitié des communes ont opté pour deux rapports séparés – eau et assainissement – mais 9 % seulement fournissent la note requise sur le prix total de l'eau et ses différentes composantes ; 17 % des communes ne confectionnent pas leur propre rapport et se contentent de distribuer celui du délégataire. Si les indicateurs de qualité fournis sont satisfaisants pour l'eau potable, moins du quart en comportent pour l'assainissement, domaine où ces données sont il est vrai plus difficiles à réunir et à présenter ; deux tiers des collectivités n'expliquent pas les variations de prix d'une année sur l'autre.

565. Elle a prévu à cet effet (art. L. 2224-11-3 et 4 du CGCT) une annexe au contrat qui énumère les programmes de travaux mis à la charge du délégataire et, en fin de contrat, un inventaire du patrimoine revenant au délégant, avec obligation de reverser à ce dernier le montant des travaux stipulés et non encore exécutés. Dans son rapport de décembre 2003, la Cour des comptes avait souligné le flou régnant sur la détermination de la valeur nette comptable des biens de retour et des biens de reprise.

566. Conseil d'État, rapport public 2008, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, p. 27 pour les données quantitatives concernant l'eau, p. 23-26 pour la description des différentes formes de délégation, p. 111 sur la procédure de passation, p. 117 sur la durée des contrats. Au total, si 8 à 10 % des contrats sont remis à la concurrence chaque année, le taux de passage d'une forme de gestion à l'autre reste dissymétrique : le passage de la régie à la concession reste trois fois plus fréquent que le passage de la concession à la régie.

567. Déroulement des procédures de délégation des services publics d'eau et d'assainissement en 2006, Synthèse, TNS Sofres-MEDDAT. Cette étude fait également état de la satisfaction des élus : 84 % d'entre eux estiment avoir bénéficié d'une concurrence réelle dans les collectivités de plus de 10 000 habitants et 81 % dans les collectivités de moins de 10 000 habitants (*Aquae, la lettre de la FP2E*, n° 42, mai 2009).

568. L'étude déjà mentionnée du Boston Consulting Group (cf. note 186) chiffre les baisses importantes de prix pondérées par les volumes qui ont été obtenues par les collectivités tous les ans depuis 1998 pour les contrats remis en concurrence (– 9 % en 1998, puis pour chacune des années suivantes – 9 %, – 10 %, – 12 %, – 8 %, – 21 %, – 10,5 %, – 5,5 %, – 1,6 % et – 9,2 %).

569. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 187.

570. Pour une bonne description de cette confusion des genres, on peut se reporter au rapport du groupe de travail présidé par Claude Martinand *Eau et assainissement des villes et pays riverains de la Méditerranée*, Institut de prospective économique du monde méditerranéen, 30 janvier 2007, p. 26.

571. Institut de la gestion déléguée, *La Contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels*, octobre 2008. Cet institut a publié en 2004, à l'appui de la charte mentionnée ci-après, des *Indicateurs de performance eau potable et assainissement* valables pour tous les modes de gestion. Il est également l'un des coauteurs de la Charte des services publics locaux signée le 16 janvier 2002 par l'association des régions de France, l'assemblée des départements de France, l'association des maires de France et par lui-même, avec le parrainage du Sénat.

572. Malgré ces freins, des retours à la régie se produisent. Le conseil de Paris a ainsi décidé de regrouper autour d'un EPIC local les activités de production de l'eau, exercées par la société des eaux de Paris (SAGEP) depuis 1987, et la distribution de l'eau potable qui, déléguée à deux opérateurs privés entre 1984 et 2009, est confiée depuis 2010 à une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (Eau de Paris). Ce regroupement, qui réunifie le service pour Paris, laisse ouverte la question d'un regroupement, souhaité par les organisations de consommateurs pour faire baisser la facture d'eau, sur l'échelle plus vaste du Grand Paris. Mais le syndicat des eaux d'Île-de-France (SEDIF), compétent pour la desserte de 141 communes, a décidé fin 2008 de maintenir la délégation de la distribution (régie intéressée) en 2011 sans allotir comme le souhaitaient certains opérateurs.

573. 74,2 M€ ont été versés à ce titre à 12 200 communes en 2006.

574. Le problème se pose lorsqu'il y a passage de la délégation à la régie et *vice versa*. Il se pose aussi lorsqu'il y a changement de délégataire. Dans ce dernier cas, le Conseil d'État a fait prévaloir les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur de l'eau en annulant partiellement un arrêté d'extension de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement qui, en obligeant les nouveaux titulaires de contrats à reprendre le personnel en place du délégataire sortant, était de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature (CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des*

réseaux d'eau et d'assainissement, Leb. p. 189, CJEG, nº 600, juillet 2000, p. 410, concl. Jacques-Henri Stahl, *AJDA*, 2003, p. 1150, chron. Francis Donnat et Didier Casas et étude Pierre Subra de Bieusses, p. 1849 ; *DA*, juin 2003, p. 22, note Michel Bazex et Sophie Blazy). La jurisprudence s'est depuis lors enrichie aussi bien dans le cas du passage de la régie à la délégation (CE, 1er juillet 2005, *Commune de Saint-Paul de la Réunion*, req. 269342 dans une hypothèse de refus d'acceptation par les salariés de la commune des contrats proposés par le nouveau délégataire conformément à son contrat portant sur la collecte de déchets ; CE, 26 novembre 2008, *Région Lorraine*, req. 308053 dans une hypothèse où une collectivité publique avait exclu, dans le règlement d'une consultation portant sur la gestion d'un aérodrome et en méconnaissance de ses obligations de mise en concurrence, de prendre en charge le coût des indemnités de licenciement à verser à des agents de droit public refusant le contrat de travail proposé par le nouveau délégataire privé) que de la délégation à la régie (CE, 21 mai 2007, *Mme Manolis*, avis contentieux nº 299.307 interprétant la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 et l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 quant aux marges de manœuvre dont dispose l'autorité publique pour fixer le niveau de rémunération des salariés transférés).

575. Conseil économique, social et environnemental, *Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau*, rapport présenté par Marie-José Kotlicki, 2008, p. I-11 et s. La Cour des comptes avait déjà relevé dans son rapport de 1997 que les règles de la comptabilité publique obligeaient à fixer le montant de la dotation d'amortissement par simple rapport de la dépense initiale en valeur à la durée de vie du bien créé, sans possibilité de revalorisation annuelle. Ayant également relevé que certaines collectivités avaient enfreint cette règle en vue de constituer de véritables provisions pour remplacement, elle avait émis le vœu que ces règles soient modifiées. L'interdiction n'a pas été levée par le projet de loi sur l'eau de 2001/2002 comme cela fut un moment envisagé mais par l'article 54 de la loi du 30 décembre 2006 (art. L. 2224-11-1 du CGCT) qui permet aux communes de voter des budgets (section d'investissement) en excédent afin de permettre les travaux d'extension ou d'amélioration des services prévus par le conseil municipal dans le cadre d'une programmation pluriannuelle et donc de passer dans leurs comptes des provisions pour travaux neufs.

576. Institut de la gestion déléguée, *Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public*, rapport du groupe d'études présidé par Gilles Le Chatelier, octobre 2007.

577. Institut de la gestion déléguée, *Régie, marché, partenariat, délégation. Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?*, La Documentation française, 2005.

578. Le droit communautaire comporte un contre-exemple intéressant dans le domaine des transports. Le règlement (CE) nº 1370/2007 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route oblige à la passation d'un contrat en cas d'octroi d'un droit exclusif ou d'une compensation d'obligations de service public et en limite la durée, y compris lorsque l'autorité organisatrice attribue le contrat à un opérateur interne. Toute personne ayant intérêt à obtenir un contrat particulier peut provoquer le réexamen de la décision d'attribution. Autrement dit, il est impossible de confier un contrat à un opérateur *in-house* pour une durée illimitée et un réexamen du mode de gestion peut être provoqué à intervalles réguliers.

579. L'Italie semble s'acheminer vers une mise en concurrence des modes de gestion à partir de 2011. La loi 166/09 votée le 20 novembre 2009 impose d'attribuer la gestion de l'eau, des déchets et des transports après appel d'offres ouvert à tous les opérateurs publics ou privés. En cas de groupement entre une collectivité locale et une entreprise privée, la participation de la collectivité devra être minoritaire.

580. Caroline Chamard-Heim, « Les EPIC face au droit fiscal », in *La Semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, nº 31, 27 juillet 2009, 2200.

581. CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, Leb. p. 502, RFDA, 2004, p. 518, concl. François Seners, AJDA, 2004, p. 195, chron. Francis Donnat et Didier Casas ; Olivier Guillaumont, *Les Subventions entre collectivités territoriales*, AJDA, 2009, p. 1804. Le litige n'est pas entièrement réglé dans la mesure où le département a pris le 23 mars 2007 puis le 7 novembre 2008 de nouvelles délibérations réservant le bénéfice des subventions d'investissement aux communes gérant en régie et excluant totalement de ce bénéfice celles qui délèguent la gestion. Le TA de Pau a annulé la première (TA de Pau, 8 avril 2008, *FP2E*, req. nº 0701422) et est saisi de la seconde.

582. C'est ainsi que la Ville de Paris a conclu avec sa régie des eaux un contrat d'objectifs et de moyens et défini des indicateurs de performance pour pouvoir évaluer sa gestion.

583. La distribution de l'eau constitue un monopole naturel local comportant des rendements croissants en fonction du nombre d'abonnés (William W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly*,

Cambridge University Press, 1982, Cambridge). Et les consommateurs, une fois raccordés, deviennent captifs de leurs fournisseurs, étant rappelé que l'élasticité prix de l'eau est généralement faible (Martin T. Katzman, « Income and price elasticities of demand for water in developing countries », *Water Resources Bulletin*, American Water Resources Association, vol. XIII, n° 1, 1977 ; Céline Nauges et Arnaud Raynaud, « Estimation de la demande d'eau potable en France », *Revue économique*, vol. LII, n° 1).

584. Dans son ouvrage *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995* (CNAM, 2000), Christelle Pezon met en évidence deux modes successifs de régulation du monopole naturel de la distribution : de 1850 à 1920, la gestion déléguée est régulée en *price cap* et les contrats sont considérés par la jurisprudence du Conseil d'État comme des contrats complets à la lueur de la théorie des contrats ; entre 1920 et 1985, la régulation de type *cost of service* aurait prédominé, avec des contrats considérés comme incomplets ; le retour en force de la concession depuis 1985 aurait ouvert une période plus instable.

585. Les groupes Veolia et Suez sont dominants dans les grandes villes (> 100 000 h) où s'est instauré un duopole de fait (avis du Conseil de la concurrence du 31 mai 2000 sur le prix de l'eau en France ; UFC-Que choisir, *Comment restaurer la concurrence sur le secteur de l'eau ?*, étude du 26 janvier 2006). Un autre avis définit le marché pertinent comme le territoire national et relève une domination conjointe de ce marché (décision 02-D-44 du 11 juillet 2002 et CA Paris, 18 février 2003, *Gazette du Palais*, 7 août 2003, n° 219, p. 2, étude Jean-Marc Thouvenin). La situation prépondérante de ces groupes en Île-de-France a suscité une autre intervention du Conseil (décision 05-D-58 du 3 novembre 2005 confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt 2005/23649 du 26 septembre 2006 et par la Cour de cassation dans un arrêt Y 06-20.262 du 20 novembre 2007). Par ailleurs, un avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public évoque les règles à respecter et le rôle du Conseil dans le cas d'un appel à candidature pour une DSP portant sur la construction et l'exploitation d'un réseau de télécommunication à haut débit mais sa portée est générale.

586. Dans une régulation en *price cap*, le régulateur fixe par anticipation le prix selon une formule du type P = I – X + K où I désigne le taux d'inflation, X le taux de productivité attendue du secteur et K les besoins d'investissement. Dans une régulation en *cost plus*, le prix est fixé *ex post* en ajoutant aux coûts, fixes et variables, encourus par l'opérateur une rémunération estimée normale du capital. Cette dernière forme de régulation est jugée moins incitative à la recherche de la performance économique.

587. La juridiction administrative rencontre une difficulté semblable pour quantifier le contentieux relatif à l'eau dans l'ensemble du contentieux qui lui est adressé. Ce contentieux étant dispersé dans au moins dix-sept rubriques de la nomenclature (agriculture, chasse et pêche ; associations syndicales ; collectivités territoriales ; domaine ; droits civils et individuels ; eaux ; énergie ; marchés et contrats ; nature et environnement ; police administrative ; ports ; transports ; travaux publics ; voirie…), il n'a pas été possible de l'estimer. On sait seulement que devant le Conseil d'État le contentieux portant sur la protection de l'eau a porté sur 397 affaires en données nettes en 2006, 158 en 2007, 154 en 2008 et 150 en 2009 et que les chiffres correspondants sont pour les mêmes années de 67, 57, 237 et 143 pour les affaires concernant la protection du domaine fluvial.

588. Ces défauts sont soulignés par plusieurs référés de la Cour des comptes, par son rapport de 2003 sur le 7e programme d'intervention des agences de l'eau (1997-2002) et sur le FNSE, par le rapport du commissariat général du Plan de 1997, *Évaluation du dispositif des agences de l'eau*, par différents rapports du Parlement (rapport d'information n° 1170 de l'Assemblée nationale sur la gestion de l'eau sur le territoire en 2003 ; rapport de Jean-Claude Flory sur les redevances des agences de l'eau en 2003, mentionné à la note 293), etc. La Cour prend ainsi en 2003 l'exemple de l'hydrométrie dans le bassin Artois-Picardie. S'agissant d'une responsabilité de l'État relevant au plan territorial des DIREN, la Cour constate que l'agence de l'eau a pris à la demande de la DIREN la maîtrise d'ouvrage des stations de mesure de débit des canaux, la maîtrise d'œuvre étant assurée par Voies navigables de France. La Cour décrit toutes les modalités utilisées par l'État pour se défausser de ses responsabilités. Puis, à partir de 2002, on assiste à un renversement de politique : l'État reprend le financement du réseau des DIREN, grâce aux ressources du FNSE.

589. Ces moyens ont triplé entre 2000 et 2002, passant de 7,7 M€ à 20,4 M€, grâce aux ressources collectées par le FNSE. Cette augmentation des moyens budgétaires suit de peu l'adoption de la directive-cadre sur l'eau qui a rehaussé les exigences en matière de données sur l'eau.

590. Le rapport de la Cour des comptes consacré au FNSE décrit la complexité du système prévu en 2002 : il fait intervenir la direction de l'eau, les DIREN, le FNSE, les agences de l'eau, le BRGM, l'IFREMER, le Conseil supérieur de la pêche, etc. Le principe nouveau, affirmé dans cette

circulaire, selon lequel le système d'information sur l'eau doit désormais être financé par les redevances établies par les agences de l'eau n'est pas non plus rigoureusement suivi : il subsiste des financements directs par les agences et sur crédits budgétaires.

591. Cette association, qui réalise par ailleurs de nombreuses actions nationales et internationales de formation, a publié le meilleur document accessible et le plus pédagogique sur la politique de l'eau et ses différents acteurs (*Organisation de la gestion de l'eau en France*, juin 2009).

592. Alimenté à partir des observations recueillies par 23 592 stations de surveillance, il comporte 24 000 éléments codifiés. Il est en cours de refonte.

593. « Le schéma national des données sur l'eau : l'accès de l'information sur l'eau pour tous », *La Lettre eau*, septembre 2009, nº 48.

594. Le contrat d'objectifs État-ONEMA 2009-2012 prévoit un objectif 10 « Mettre en place un observatoire des services publics d'eau et d'assainissement ». Cet observatoire recueillera auprès des 35 000 services d'eau et d'assainissement les données fournies en application du décret du 2 mai 2007 et celles résultant d'études complémentaires. Les thèmes couverts concernent l'organisation des services, la qualité et le prix de l'eau facturé aux usagers (cf. 1.3.5.2.1.). La consultation a été ouverte au public le 18 novembre 2009, à l'occasion du congrès des maires organisé par l'AMF. 40 % de la population est couverte. Il faudra encore deux ans pour que le système soit complètement alimenté et que les données soient exploitées.

595. Des éléments nombreux de cette base sont déjà accessibles gratuitement au public (www.eaufrance.fr). Ils ont servi de base à la transmission en mars 2010 à la Commission européenne des données d'évaluation des masses d'eau (AJDA 2010, p. 586).

596. Conseil d'État, rapport public 2007, *L'Administration française et l'Union européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ?*, La Documentation française ; *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, étude du Conseil d'État, La Documentation française, 2007.

597. Leur argumentation tient à ce que des frais de raccordement sont perçus par ailleurs et qu'il ne devrait pas y avoir de droit d'accès se superposant à une tarification selon le volume consommé.

598. La CLCV par exemple soutient que la partie fixe de la facture n'a aucune justification économique dès lors que sont facturés par ailleurs des frais de branchement, qu'elle pénalise les faibles consommateurs, les résidents secondaires ou saisonniers, etc. Si partie fixe il doit y avoir, elle doit être limitée au coût de la location du compteur d'eau froide et de la facturation, soit autour de 15 € par an (CLCV, *Services publics de l'eau et de l'assainissement collectif et non collectif*, note du 14 janvier 2009).

599. Selon l'IFEN, le prix de l'eau était déjà en 2004, dans les communes touristiques, supérieur de 4 % au prix pratiqué dans les communes non touristiques.

600. Voir en ce sens Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 151 et s.

601. Conseil économique et social, *La Maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*, avis présenté par Claude Martinand, 24 avril 2001.

602. La CLCV propose par exemple une première tranche de 50 m^3, facturée en dessous de son coût à tous les usagers, une deuxième tranche jusqu'à la consommation moyenne des ménages, facturée à son coût réel, et une troisième tranche au-delà, facturée à un prix majoré (*Accès à l'eau et à l'assainissement. Réflexion sur la tarification sociale*, note 2009). Un tel mécanisme par tranche éviterait les frais d'administration de l'aide ainsi que tout phénomène de marquage social.

603. Ce groupe a étudié plusieurs options : une tarification progressive, peu redistributrice puisque tout le monde en bénéficie et impossible à mettre en œuvre dans les immeubles collectifs ; un tarif spécifique pour les catégories défavorisées, complexe à mettre en œuvre, car il faut pouvoir identifier régulièrement les entrants et les sortants dans un tel système ; le versement d'aides personnalisées par les FSL à partir d'un prélèvement de 1 % sur le montant de la facture d'eau ou par les CAF au profit des personnes dont le budget eau dépasserait 3 % du revenu selon la norme internationale couramment admise. Ce seuil de 3 % serait introduit par amendement parlementaire à la loi Grenelle II.

604. Eu égard au taux d'impayé, qui est nettement moindre que 1 %, beaucoup estiment ce taux de 1 % trop élevé et qu'il ne devrait pas dépasser 0,5 % avec une possibilité d'adaptation locale en fonction d'une analyse précise des besoins. Un autre mode de calcul consisterait à prélever, comme en Wallonie, entre 1 et 2 c€/m^3 sur toute facture pour financer les aides correspondantes.

605. Marc Laimé, *Gestion de l'eau : le réquisitoire de l'IFEN*, www.eauxglacees.com, 2 mai 2008. Cet article propose les orientations majeures suivantes. Premièrement, cesser de ponctionner les nappes souterraines profondes et recycler autant que possible les eaux de surface. Deuxièmement, changer de modèle d'assainissement : service né dans les villes, il consiste à éloigner les lisiers de celles-ci pour n'en traiter en station d'épuration qu'une partie avec des résultats techniques médiocres et un coût élevé. Troisièmement, séparer la collecte des eaux noires de celles des eaux grises, les premières donnant lieu à une filière sèche et les secondes, moins polluées, pouvant être traitées à moindre coût et recyclées après traitement. L'île de Chypre, qui connaît une situation de stress hydrique, s'est engagée dans cette voie, ce qui permet de réduire d'environ 40 % la consommation d'eau par habitant. L'alimentation en eau potable proviendrait de nappes en eau profonde et serait distribuée en contenants recyclables tandis que les réseaux actuels d'alimentation en eau potable amèneraient au domicile une eau hygiénique répondant aux normes de potabilité pour la microbiologie mais à des normes moins exigeantes pour des paramètres comme les nitrates ou les pesticides. Cette eau serait parfaitement adaptée aux usages domestiques autres que l'eau potable. Le modèle économique de la délégation de service public devrait naturellement être revu en conséquence.

606. Conséquence des débats difficiles qui ont entouré l'élaboration du plan hydrographique national en Espagne, une fondation sur la nouvelle culture de l'eau a été mise en place en 2001, où tous les acteurs, publics et privés, débattent des priorités nationales et des meilleurs usages de l'eau (Meritxell Costejà Florensa, « The old and new. Transformation in water governance in Spain », paper presented to the workshop *Problems of Polycentric Governance in the Growing EU*, Berlin, Humbolt University, 16-17 juin 2005).

607. Kevin Parris et Wilfrid Legg, « L'eau en agriculture : de l'abus à une utilisation durable », *L'Observateur de l'OCDE*, nº 254, mars 2006.

608. Ce prix bas trouve souvent une justification historique : au départ, l'eau potable distribuée en zone rurale était une eau de source qui ne faisait l'objet d'aucun traitement et était distribuée quasi gratuitement. D'où l'ancrage ancien d'une culture de la gratuité de l'eau. Lorsque l'eau potable a été distribuée dans les campagnes au cours de la seconde partie du XX^{e} siècle grâce à des réseaux largement subventionnés par les collectivités publiques (le subventionnement de l'adduction d'eau en milieu rural remonte à la loi de 1902 et a été étendu à la desserte du domicile en 1934), il aurait fallu appliquer des tarifs trois fois supérieurs à ceux pratiqués en ville si l'on avait voulu appliquer le principe de « l'eau paie l'eau » ou le recouvrement intégral du coût de l'eau par les prix. En effet, le coût de raccordement de l'abonné rural et saisonnier, qui fait intervenir une longueur de canalisation nettement plus grande (cf. note 244), est allé croissant au fur et à mesure que l'on raccordait des zones de moins en moins denses : le coût de raccordement de l'abonné isolé est passé de 30 000 F en 1985 à 72 000 F en 2000. Et, en 1990, le FNDAE relevait que le coût d'un mètre cube distribué à un habitant rural était en moyenne trois fois plus élevé que ce même coût pour un habitant des villes, alors même que les coûts de traitement de l'eau restaient inférieurs en zone rurale (on observe cependant qu'en 1985 la proportion des eaux distribuées en zone rurale ne faisant pas l'objet d'un traitement est tombée à 22 % ; autrement dit, la spécificité de l'alimentation en eau potable des campagnes disparaît à cette époque et, les normes de qualité se renforçant sous l'impulsion communautaire, le traitement de l'eau se généralise à la France entière en même temps que la délégation s'étend aux campagnes : 95 % des eaux distribuées sont traitées en 2000). Mais le prix pratiqué à la campagne est alors seulement supérieur de 25 à 30 % par rapport à celui de la ville (Christelle Pezon, *Le Service d'eau potable en France de 1850 à 1995*, CNAM, 2000, p. 71 et 83). Autrement dit, l'eau potable n'est pas non plus vendue à ses coûts en zone rurale. L'ampleur de ces phénomènes de péréquation reste mal appréhendée de nos jours. La loi du 30 décembre 2006, par les dispositions nouvelles introduites sur la tarification de l'eau, devait contribuer à atténuer cette situation et à supprimer certaines distorsions tarifaires. Ainsi, si l'article R. 372-11 du code des communes – qui prévoyait un abattement sur le nombre de mètres cubes prélevés lorsqu'un usager était un exploitant agricole et une redevance forfaitaire fixée selon un barème préfectoral en l'absence de compteur mesurant la consommation professionnelle – a été abrogé, il reste de fait appliqué sur le fondement des arrêtés préfectoraux.

609. Ce déséquilibre a été maintenu par la loi du 30 décembre 2006 : alors qu'il avait été envisagé de relever sensiblement le montant de la redevance irrigation – pour remédier au prix jugé excessivement bas pratiqué dans le sud de la France (cf. note 672) –, le Parlement a finalement établi ce minimum à un niveau bas et a également plafonné cette redevance à un niveau considéré comme très bas (0,02 €/m^3 en l'absence de déficit structurel et 0,03 € en zone de répartition des eaux). On applique ensuite un coefficient d'usage favorable à l'agriculture. Par ailleurs, la redevance n'est pas payée par forage souterrain mais par exploitation, si bien que de nombreux exploitants échappent au paiement du fait des effets de seuil ou sont incités à multiplier les forages. Au total, la

redevance est inférieure à 1 c€/m^3 dans les trois bassins les plus sensibles (Marielle Montginoul et Jean-Daniel Rinaudo, « Quels instruments pour gérer les prélèvements individuels en eau souterraine ? Le cas du Roussillon », *Économie rurale*, n° 310, mars-avril 2009). En particulier, l'agence Adour-Garonne, où les problèmes quantitatifs sont les plus cruciaux, s'est longtemps calée sur le montant le plus bas (cf. note 293). Une augmentation de 50 % de son taux est néanmoins programmée entre 2007 et 2012.

610. OCDE, *Transition to Full-Cost Pricing of Irrigation Water for Agriculture in OECD Countries*, OCDE, COM/ENV/EPOC/AGR/CA (2001) 62/FINAL, 21 février 2005.

611. Isabelle Doussan, *Activité agricole et droit de l'environnement, l'impossible conciliation ?*, L'Harmattan, 2002, p. 326 et s.

612. Au total, 8 M€ pour la redevance prélèvement (irrigation), 6 M€ pour la redevance élevage (forfaitisée et perçue en cas de dépassement d'un seuil calculé en unité de gros bétail azote par hectare de SAU) et 40 M€ pour la redevance pollution diffuse par les produits phytosanitaires. Sur le déséquilibre entre redevances et aides, voir Jean-Claude Flory, *Les Redevances des agences de l'eau. Enjeux, objectifs et propositions d'évolution dans la perspective de la réforme de la politique de l'eau*, rapport au Premier ministre et au ministre de l'Écologie, La Documentation française, 2003. Si le pourcentage acquitté par les agriculteurs est ensuite monté à plus de 3 %, il s'agit d'une augmentation largement fictive puisqu'elle résulte du remplacement de la TGAP sur les produits antiparasitaires par une redevance perçue par les agences de l'eau (cf. notes 293 et 626). Le rapport public 2010 de la Cour des comptes souligne néanmoins que le ratio aides/redevances, qui était de 10 durant le 7^e programme, est tombé à 4,8 durant le 8^e et devrait être ramené à 2,5 durant le 9^e, tout en soulignant aussi qu'il s'agit pour une part de l'effet du remplacement de la TGAP.

613. Cette pollution provient de quatre sources principales : une utilisation excessive des engrais azotés destinés aux productions végétales ; les effluents des élevages ; les épandages de lisiers utilisés comme amendements ; les traitements phytosanitaires. On recourt également à l'épandage pour se débarrasser de 60 % des boues produites par les stations d'épuration (1,3 million de tonnes par an), qui ne représentent toutefois que 2 % au plus des boues épandues. Les boues produites par les stations ont été assimilées à des déchets par l'article 2 du décret n° 97-1133 du 8 décembre 1997, aujourd'hui codifié à l'article R. 211-27 du code de l'environnement (Alexandre Dudkowski, « L'épandage agricole des boues des stations d'épuration d'eaux usées urbaines », *Le Courrier de l'environnement de l'INRA*, août 2000 ; Sylvie Durousseau, *Aspects juridiques relatifs à la gestion des boues d'épuration*, CRIDEAU, 2006). Les directives des 12 juin 1986, 21 mai 1991 (art. 14) et 26 avril 1999 fixent les valeurs limites de concentration de métaux lourds dans les sols et les boues, déterminent les conditions d'utilisation des boues en agriculture et privilégient le recyclage agricole de ces boues par épandage plutôt que leur stockage, leur rejet dans les eaux de surface ou leur incinération. Et la décision 2000/532/CE de la Commission du 3 mai 2000 inclut les boues d'épuration parmi sa liste de déchets (n° 19 08 04 et 19 08 05). La sécurité de l'épandage des boues d'épuration est toutefois mise en doute au même titre que celle des épandages agricoles. Les assurances ne couvrant pas ce risque, la loi du 30 décembre 2006 a également institué un fonds de garantie pour en prémunir les agriculteurs, qui auraient instrumentalisé ce dossier (*La Lettre eau*, septembre 2002, n° 19-20, « Boues urbaines : un déchet, ça se recycle »). Le décret du 18 mai 2009 qui en précise les modalités de fonctionnement prévoit qu'il est financé par une taxe de 0,50 € par tonne de matière sèche produite.

614. Les apports aux cultures étaient estimés à 728 000 t en 2001, dont 388 000 d'origine minérale et 340 000 d'origine organique. L'excès d'apport, stocké dans le sol ou acheminé par les eaux, était alors chiffré à 152 000 t/an. Mais la consommation d'engrais minéraux a été divisée par trois depuis les années 1980 pour s'établir à moins de 30 kg/h.

615. Au début des années 2000, on estimait à 4 millions de tonnes les apports en nitrates aux cultures, dont deux tiers sous forme minérale et un tiers sous forme d'épandage d'effluents d'élevage (dans l'UE à 15, les apports étaient estimés à 18 millions de tonnes, dont 44 % d'origine animale). Le CORPEN estimait à l'époque l'excédent à 720 000 t/an (soit près de 20 % du total ou 29 kg/h), conséquence d'une mauvaise pratique agricole de surfertilisation des sols en vue d'accroître et de sécuriser les rendements et de surélevage (notamment en Bretagne). En 2007, les zones vulnérables définies par la directive nitrates et par le décret du 27 août 1993 concernent 73 départements et couvrent 55 % de la SAU nationale, soit 14 millions d'ha et 200 000 exploitations d'une taille moyenne de 70 ha. L'annexe III, 1, point 3 de la directive impose aux États membres d'inclure dans les programmes d'action une limitation de l'épandage des fertilisants fondée sur un équilibre entre les besoins prévisibles en azote des cultures et l'azote apporté aux cultures par le sol et les fertilisants provenant notamment des effluents d'élevage et des engrais

chimiques (sur le contrôle du respect de cet équilibre, voir CJCE, 8 mars 2001, aff. C-266/00, considérant 30).

616. Conseil économique et social, *Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 16 et s.

617. Dans son avis sur la réforme de l'eau du 15 novembre 2000 (p. 109 et s.), le Conseil économique et social avait proposé l'institution d'une taxe sur les excédents d'azote se substituant à la redevance du Plan de maîtrise des pollutions d'origine agricole (PMPOA). Et seule l'agence de l'eau Rhin-Meuse avait, en 2005, institué une redevance de dépollution sur les nitrates.

618. En se référant aux théories de Ronald Coase (« The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, p. 1), Bernard Barraqué (*Les Services publics d'eau en France et en Europe*, Données urbaines 4, éditions Anthropos, coll. « Villes », mai 2003) avance que, compte tenu du différentiel de plus-value entre l'eau potable et l'eau agricole (dans un rapport de 50 à 100), l'agriculture financera une très faible part de la dépollution des nitrates et des pesticides et prédit que les services publics procéderont au rachat de la pollution agricole sous forme de réextensification de l'agriculture plutôt que sous la forme d'unités de dépollution.

619. Bernard Barraqué, *La Gestion raisonnée de l'eau : vers une autre culture ?*, colloque du Cercle français de l'eau, Paris, 16 novembre 2006 ; Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 40.

620. Ce soutien peut être le fait de l'État ou des collectivités territoriales, si l'on applique le principe de subsidiarité. Aux Pays-Bas, en Allemagne ou au Danemark, ce sont les collectivités territoriales qui subventionnent les agriculteurs pour qu'ils n'utilisent pas de pesticides et de nitrates dans les zones de protection des captages (cf. notes 635 et 636).

621. Les conditionnalités écologiques, mises en place en 2005 dans le cadre de la PAC, consistent à lier le versement des aides au respect des exigences environnementales fixées par la législation, de bonnes conditions agricoles et environnementales, de santé (santé publique, santé des animaux, santé des végétaux) et de protection animale, respect qui vise à modifier les pratiques culturales sans porter atteinte au rendement et au revenu de l'exploitant. Ce respect est contrôlé et, en cas d'anomalie, un pourcentage de réduction de l'aide est appliqué, qui varie de 1 % à 20 % selon sa gravité (ministère de l'Agriculture, *Conditionnalité 2009*, introduction générale, fiche environnement I, fiche BCAE, fiche santé végétaux I). En ce qui concerne l'eau, on vérifie les éléments suivants au titre de la législation de l'environnement : l'absence de pollution des eaux souterraines par les produits phytopharmaceutiques, les carburants et lubrifiants, les produits de désinfection et de santé animale, les engrais ammoniacaux ; l'application des règles communautaires et nationales sur la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (existence d'un plan prévisionnel de fumure et tenue du cahier d'enregistrement des pratiques d'épandage ; respect du plafond annuel de 170 kg d'azote pour les effluents d'élevage épandus par ha de surface épandable (en 2009, les zones en excédents structurels concernent 87 cantons en Bretagne et un canton en Vendée) ; respect des périodes d'interdiction d'épandage ; respect des distances d'épandage par rapport aux points d'eau ; présence de capacités suffisantes de stockage des effluents et étanchéité des installations ; implantation d'une couverture automnale ou hivernale sur les parcelles situées en zone d'action complémentaire). On vérifie les éléments suivants au titre des bonnes conditions agricoles et environnementales des prairies : la réalisation de surfaces en couvert environnemental le long des cours d'eau (bande de 5 m de large au moins) et leur entretien sans utilisation de fertilisants ni de produits phytosanitaires ; la détention et le respect de l'autorisation de prélèvements d'eau destinée à l'irrigation et l'existence d'un moyen de comptage des volumes prélevés. On vérifie au titre de la santé des productions végétales les éléments suivants : l'utilisation de produits n'ayant pas ou plus d'autorisation de mise sur le marché (AMM) ; le respect des exigences prévues par l'AMM (dose maximale…) ; le respect des prescriptions d'emploi particulières, notamment en ce qui concerne les zones à ne pas traiter (en bordure des points d'eau). Au vu des différentes missions qu'il a effectuées, le CGAER estime que l'écoconditionnalité n'attache pas assez d'importance à l'équilibre azoté de la fertilisation et à la couverture des sols. L'Union européenne a par ailleurs refusé d'apurer le versement de certaines aides agricoles communautaires en raison d'une mauvaise mise en œuvre de la conditionnalité de ces aides.

622. Ce plan applicable sur l'ensemble du territoire prévoyait la mise aux normes des bâtiments des élevages les plus importants (modification des réseaux d'évacuation des eaux, réalisation de stockages pour les déchets, adaptation de la fertilisation, modification des pratiques d'épandage…). Les éleveurs participent au financement de ce plan par le biais d'une redevance élevage et reçoivent en contrepartie des aides qui sont contractualisées ; 1,5 Md€ avait déjà été engagé en 1999 et mi-2007 2,8 Mds€ ont été investis dans la modernisation des élevages. Dans son avis du 15 novembre 2000 sur la réforme de la politique de l'eau (annexe 5, p. 158), le Conseil économique

et social souligne la vulnérabilité de sa construction juridique, la non-application du principe pollueur-payeur et l'impact limité de ce programme sur l'environnement. « *Le PMPOA est un exemple de contractualisation entre des acteurs privés et des financeurs publics qui n'a pas bien fonctionné.* » Isabelle Doussan (« Droit, agriculture, environnement : bilan et perspectives ou dépôt de bilan en perspective ? », *Revue de droit de l'environnement*, nº 99, p. 156), relève que cet échec était prévisible, car l'administration a offert de participer aux frais de mise en conformité des exploitations plutôt que d'appliquer une réglementation en s'appuyant sur la menace d'une sanction. Dans son précis *Droit de l'environnement* (Dalloz, 2004, 5e éd., nº 809), Michel Prieur partage le même jugement en soulignant le résultat médiocre rapporté au coût du programme. La part du financement public du PMPOA, moins de 25 %, a fait appel aux agences de l'eau à hauteur d'un tiers, au fonds de concours « Participation des agences de l'eau au fonctionnement et à l'équipement des réseaux de mesure et aux moyens techniques de la police de l'eau » créé en 1999 et au ministère de l'Agriculture à hauteur d'un tiers et aux départements et régions à hauteur d'un tiers. Dans son rapport d'octobre 2003 sur le FNSE (exercices 2000 à 2002), la Cour des comptes a également critiqué le financement du PMPOA indifféremment sur les crédits budgétaires du ministère de l'Agriculture ou par le FNDAE ainsi que le financement des dépenses administratives du ministère de l'Agriculture par le FNSE, dépenses qui ne pouvaient pas être imputées sur le FNSE selon l'article 58 de la loi de finances pour 2000. Malgré les lacunes de ce programme, les pouvoirs publics l'ont prolongé dans d'aussi médiocres conditions. L'Institut de l'élevage dans son *Évaluation du Programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole* de juillet 2008, réalisée à la demande du ministère de l'Agriculture, donne une appréciation plus nuancée. Plus de la moitié en effet des installations de stockage des élevages n'étaient pas conformes et les deux PMPOA ont fourni l'occasion de leur mise aux normes pour un coût moyen de 60 000 € et d'une modification de certaines pratiques agricoles, d'épandage en particulier. Ils ont concerné 80 % de l'azote organique produit par les animaux dans les zones vulnérables. Les résultats obtenus en termes de qualité de l'eau sont plus difficiles à mesurer, faute d'un recul suffisant : selon l'Institut, qui a utilisé les données issues du réseau de surveillance de la qualité de l'eau mis en place en application de la directive nitrates, 54 % des cantons en zone à dominante d'élevage ont à l'issue des PMPOA un indicateur nitrates en baisse entre 1992 et 2005, 38 % stable et 8 % en augmentation.

623. Toutes les aides prévues par ce plan n'ayant pas été préalablement notifiées à la Commission conformément à l'article 88 § 3 du traité, la Commission a invité la France à présenter des observations sur ce qu'elle analysait comme des aides d'État, versées par les agences de l'eau, susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres (2001/C 179/05). La Commission a toutefois autorisé un nombre élevé d'aides versées par ces agences (Patrick Thieffry, « Aides publiques à l'environnement : opportunités et risques nouveaux pour les entreprises bénéficiaires », *Environnement*, nº 5, mai 2004, étude 9). Le PMPOA II a été validé par la Commission jusqu'à fin 2006 en tant que programme national destiné à aider les éleveurs à rendre leurs exploitations conformes aux exigences de la directive. Un des effets de l'intervention de la Commission a été de recentrer le PMPOA II sur les zones vulnérables définies en application de la directive nitrates.

624. Le deuxième plan porte sur un montant d'aides de 91,5 M€, financé à hauteur de 40 % par l'Union européenne et par l'État.

625. La France est, par le tonnage de matière active vendue, le troisième marché du monde derrière les États-Unis et l'Italie : les ventes sont passées de 95 281 t en moyenne sur la période 1990-1992 à un pic de 120 500 t en 1999 puis ont amorcé une descente de 85 531 t sur la période 2001-2003 à un minimum de 74 500 t en 2003 pour remonter à 74 719 t en 2005 selon l'Union des industries de la protection des plantes (dont 90 % pour l'agriculture). La tendance de long terme est plutôt à la stabilité des volumes vendus alors même que des substances actives à faible grammage remplacent des substances à fort grammage. Entre 500 et 1 000 molécules entrent dans la composition de 8 000 produits différents. Ramenée à l'hectare cultivé, la consommation française (4,4 kilos par habitant) se situe légèrement au-dessus de la moyenne de l'UE à 15 (4,4 kg/h), loin derrière le Japon et la Corée (plus de 14 kg/h), les Pays-Bas (9 kg/h), l'Italie (7,9 kg/h) et le Royaume-Uni (7,1 kg/h). Avec un tiers de la surface agricole utile, les grandes cultures céréalières font la moitié des dépenses de pesticides. Le tableau est légèrement différent si l'on s'attache non pas aux ventes, principal indicateur utilisé au plan international, mais à la consommation, qui est moins facile à appréhender. La France serait le deuxième utilisateur mondial, avec 95 000 t de pesticides utilisées par an. Avec une consommation moyenne de 5,4 kg/h, elle figurerait en quatrième position en Europe, derrière le Portugal, les Pays-Bas et la Belgique. L'OCDE la situe aussi derrière les États-Unis et le Japon (*Les Performances environnementales de l'agriculture dans les pays de l'OCDE depuis 1990*, juin 2008). Les produits phytosanitaires ont pour fonction de lutter contre les bioagresseurs des cultures. Leur utilisation fait courir des risques aux utilisateurs (épandage) et à la population (ingestion par l'air, l'alimentation ou l'eau) ainsi qu'aux écosystèmes (dégradation

de la qualité de l'eau et réduction de la biodiversité). Ces risques ont été mis en évidence par une expertise scientifique collective conduite par l'INRA et le CEMAGREF (Jean-Noël Aubertot *et al.*, *Pesticides, agriculture et environnement : réduire l'utilisation des pesticides et limiter leurs impacts environnementaux*, 2005).

626. La loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la Sécurité sociale pour 2000 étend la TGAP créée l'année précédente aux lessives et aux produits antiparasitaires à usage agricole. Le produit de cette taxe s'est élevé respectivement à 78 M€ et à 52 M€ en 2007. L'article 84 de la loi du 30 décembre 2006 a remplacé la TGAP sur les produits phytosanitaires et antiparasitaires par une redevance pour pollution diffuse à compter du 1er janvier 2008, date d'entrée en vigueur résultant du décret n° 2007-1311 du 5 septembre 2007 relatif aux modalités de calcul des redevances des agences de l'eau.

627. Les moyens financiers consacrés à ces actions ont fortement augmenté puisque le budget est passé de 2,2 M€ en 1999 à 10,9 M€ en 2001. Les actions menées ont concerné en 2002 51 000 exploitations couvrant 3,2 millions d'hectares dans 180 bassins-versants. La Cour des comptes note cependant dans son rapport de 2003 consacré au FNSE que le bilan de ce plan ne comporte aucun objectif précis ni aucun résultat obtenu, en l'absence de système d'information et de données fiables sur l'eau.

628. Le chlordécone est un produit antiparasitaire utilisé pour lutter contre le charançon du bananier. Interdit de production aux États-Unis dès 1976, il fait l'objet en France d'une AMM en 1981 puis d'une proposition d'interdiction en 1989. Le retrait d'homologation en 1990 s'est accompagné d'une période d'écoulement des stocks de trois ans et demi ; 20 à 30 000 hectares auraient été contaminés. Un arrêté du 30 juin 2008 a fixé les limites maximales applicables aux résidus de chlordécone que ne doivent pas dépasser certaines denrées alimentaires d'origine végétale et animale pour être reconnues propres à la consommation humaine et a abaissé les limites maximales de résidus fixées en 2005.

629. L'autorisation de mise sur le marché (AMM) est précédée de nombreuses études sur la toxicité du produit. Ce sont surtout les conditions d'utilisation du produit (quantité, fréquence et périodicité ; délai avant récolte…) qui servent en amont de support à l'information et à la prévention des risques liés à la mise en œuvre du produit mais aucune limite quantitative maximale n'est fixée pour leur utilisation contrairement à ce qui prévaut pour certains engrais comme les nitrates. L'administration peut aussi imposer des limites maximales de résidus (LMR) qui, conjuguées avec un délai avant récolte (DAR), garantissent le respect de ces conditions d'utilisation. L'administration doit aussi abroger l'AMM si les conditions requises pour son obtention ne sont plus remplies (CE, 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, Leb. p. 330), le cas échéant en accordant un délai pour écouler les stocks existants (CE, 27 février 2008, *Société Top SA*, Leb. p. 67). Et le juge administratif exerce un contrôle restreint sur cette décision de retrait, notamment sur l'innocuité à l'égard de l'environnement (CE, 29 décembre 1999, *Société Rustica Prograin génétique SA et autres*, Leb. t. p. 673). La responsabilité de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de police phytosanitaire relève du régime de la faute simple (CE, 7 août 2008, *Ministre de l'Agriculture et de la Pêche c/ Société Durance Crau*, Leb. t. p. 604).

630. On distingue à cet égard les actions visant à limiter l'exposition des opérateurs au risque sanitaire lors de l'utilisation du produit qu'ont mis en évidence plusieurs enquêtes épidémiologiques menées par la MSA et qui sont à l'origine de mesures de prévention (port d'équipements de protection, nettoyage, entreposage, contrôle obligatoire des pulvérisateurs imposé par la loi du 30 décembre 2006…), les pollutions accidentelles (récupération des emballages ou des stocks de produits inutilisés…) et les pollutions diffuses. De nombreuses solutions sont disponibles à ce dernier effet (couverture végétale permanente pour éviter un ruissellement vers les cours d'eau, etc.). La plus radicale consiste à modifier les pratiques culturales en évitant autant que possible le recours aux produits chimiques (modification de l'assolement ou des dates de semis ; sélection d'espèces végétales plus résistantes ; désherbage mécanique ; utilisation d'organismes vivants pour tenter de se débarrasser des ennemis des cultures). L'utilisation de ces méthodes dans le département de l'Eure a montré qu'il était possible de réduire de plus de 50 % le recours aux pesticides, y compris en grande culture, en améliorant la marge d'exploitation et en diminuant le temps de travail (Nathanaël Pingault *et al.*, « Produits phytosanitaires et protection intégrée des cultures : l'indicateur de fréquence de traitement », *Notes et études socio-économiques*, n° 32, mars 2009, ministère de l'Agriculture). Leur mise en œuvre suppose toutefois de disposer d'indicateurs fiables décrivant la pression phytosanitaire sur l'environnement. Les auteurs montrent que l'indicateur retenu au plan international et notamment par l'OCDE, la quantité de substances actives vendues (OSA), ne suffit pas et que l'indicateur retenu par le plan Écophyto 2018, le NODU (nombre de doses « unités »), est limité parce que fondé sur les ventes de produits et non pas sur leur consommation effective. L'indicateur de fréquence de traitement (IFT) qu'il propose et qui constitue une

amélioration par rapport à l'indicateur d'intensité de traitement (IIT) qu'emploient les Danois, les plus avancés sur le sujet en Europe, ferait l'affaire mais son utilisation supposerait une accélération du rythme, aujourd'hui quinquennal, de l'enquête « Pratiques culturales » et son extension à toutes les cultures. Compte tenu de son expertise en la matière, l'INRA mène, dans le cadre du plan Écophyto 2018, des études complémentaires sur l'impact des pesticides pour les quatre principales cultures concernées (grande culture, arboriculture fruitière, viticulture et culture légumière), sachant que les arboriculteurs ont tendance à surtraiter à titre préventif pour garantir la récolte et le revenu, et a été chargé de monter un réseau d'acquisition d'informations. Ces travaux pourraient utilement déboucher sur un autre subsitut à l'emploi des pesticides : une amélioration des systèmes d'assurance récolte.

631. Parmi ces axes figurent le retrait de 40 molécules avant fin 2010 (dont 30 ont déjà été retirées fin 2008) et surtout la modification des pratiques agricoles grâce à un réseau de 3 000 fermes pilotes. S'y rajoute l'interdiction, mentionnée à l'article 38 de la loi du 3 août 2009, de l'utilisation des produits phytosanitaires et biocides contenant des substances classées comme extrêmement préoccupantes pour la santé. Par ailleurs, les lessives contenant des phosphates et destinées au lavage du linge par les ménages ont été interdites à compter du 1er juillet 2007 par le décret nº 2007-491 du 29 mars 2007 (art. R. 211-64 du code de l'environnement) ; les autres lessives en contenant seront interdites à compter de 2012 d'après l'article 27 de la même loi. L'INRA a confirmé début 2010 la plausibilité d'un scenario conduisant à une réduction de moitié de l'usage des pesticides à l'horizon 2018, au prix d'un profond changement des modes de production agricole (agriculture.gouv.fr/sections/thematiques/prospective-evaluations/publications9108/repertoire-notes-veille/downloadFile/FichierAttache_33_f0Note_veille_33.pdf).

632. Arnaud Gaonac'h et Emilia Leroux, « Le droit de l'eau et son inapplication dans le monde agricole », *Revue de droit rural*, 2002, nº 302, p. 212 ; Carole Hermon, « La politique de lutte contre les nitrates d'origine agricole. Histoire d'un échec renouvelé », *Revue de droit rural*, 2002, nº 306, p. 494 ; Isabelle Doussan, « Droit, agriculture, environnement : bilan et perspectives ou dépôt de bilan en perspective ? », *Revue de droit de l'environnement*, 2002, nº 99, p. 156 ; Alexandre Lebrun, « Aménagement et gestion des eaux en France : l'échec de la politique de l'eau face aux intérêts du monde agricole », *VertigO La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. IV, nº 3, décembre 2003, http://vertigo.revues.org/index3779.html.

633. Le décret nº 2002-755 du 2 mai 2002 a ainsi institué une aide de 60 € par hectare pour la couverture des sols pendant les périodes présentant un risque de lessivage des sols, cette couverture étant obligatoire dans les zones définies à l'article 4 du décret.

634. La directive nitrates de 1991 (art. 4) par exemple prévoit à ce titre l'établissement de codes de bonnes pratiques agricoles mis en œuvre volontairement par les agriculteurs.

635. Dès les années 1980, le Danemark a mis en place une politique visant à réduire l'emploi des pesticides. L'incitation économique a été largement utilisée : les taxes introduites à faible taux en 1986 ont été fortement augmentées en 1996 et 1999 : elles atteignent 33 % pour les herbicides et 54 % pour les insecticides. Les substances les plus dangereuses ont été éliminées et des substances moins chargées en matière active ont été substituées aux substances les plus chargées (le tonnage de substances actives a diminué de 40 % tandis que l'indicateur de traitement ne baissait que de 10 % pendant la période de dix ans couverte par le premier plan).

636. Un exemple intéressant est donné par certaines villes anglaises, hollandaises ou allemandes comme Munich, qui ont contracté avec plus d'une centaine d'agriculteurs sur une superficie de 2 900 ha de forêts et de 2 250 ha de terres agricoles où, pour protéger ses aires de captage, a été développée une agriculture biologique. La pollution agricole a diminué de moitié en dix ans, et, comme les aliments biologiques servent à l'alimentation des enfants scolarisés, le coût de dépollution ressort à 1 c€/m^3 contre 27 c€ pour un traitement en station d'épuration. L'agence de l'eau Seine-Normandie vient de s'engager dans une démarche de cette nature en signant un contrat avec un groupement d'agriculteurs biologiques pour protéger 342 captages prioritaires en Île-de-France. La régie Eau de Paris fait de même en acquérant des parcelles pour y déployer une agriculture biologique ou en indemnisant les exploitants à qui elle demande de renoncer à toute culture à proximité des captages.

637. Cercle français de l'eau, *Quel avenir pour la politique européenne de l'eau ?*, débat du 24 avril 2007 avec notamment l'intervention de Bernard Barraqué, p. 8.

638. Pour une description de ces contrats, voir Conseil d'État, rapport public 2008, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, p. 131 et 132, La Documentation française.

639. Des contrats comportant des engagements agro-environnementaux similaires ont été conclus en application de l'article L. 414-3 du code de l'environnement pour protéger les zones Natura 2000. Ce sont des contrats administratifs par détermination de la loi.

640. Jusqu'à sa réforme en 2003, qui introduit à la fois un découplage entre les facteurs de production et les aides et des conditionnalités au versement de ces aides, la PAC a contribué à l'extension des surfaces irriguées, ces dernières donnant un rendement plus élevé et plus stable pour les différentes cultures concernées. En particulier, l'introduction d'un système de double rendement pour les cultures en sec et les cultures irriguées assurait avant 2003 un niveau de prime à l'hectare supérieur pour l'hectare irrigué et a encouragé « *un système de production intensif préjudiciable pour l'environnement* » (Guillemette Buisson, « Les effets de la réforme de la PAC sur la consommation d'eau agricole : simulation des impacts du découplage des aides », *Notes et études économiques*, n° 31, juillet 2008, p. 81, sous-direction de la prospective et de l'évaluation du ministère de l'Agriculture). L'incitation à l'irrigation demeure dans la mesure où la France a maintenu après 2006 un couplage partiel (à hauteur de 25 %) entre aides et facteurs de production pour les céréales, oléagineux et protéagineux (COP). Dans cet article, l'auteur propose un modèle théorique qui calcule l'incidence de la PAC sur les volumes d'eau consommés par l'irrigation, selon les cultures et les régions. Le découplage total des aides aboutirait à une diminution de plus de 10 % de la surface irriguée (les surfaces irriguées en maïs baisseraient de 15 %, contribuant à hauteur de 72 % à la baisse totale des surfaces irriguées), cette baisse affectant surtout les régions du Sud-Ouest (– 23 % pour Midi-Pyrénées, – 14 % pour Poitou-Charentes et – 8,5 % pour l'Aquitaine, ces trois régions d'irrigation récente assurant les trois quarts de la baisse), et de 7,5 % de l'eau consommée. En d'autres termes, il est possible d'alléger sensiblement, dans les régions frappées par la sécheresse et les plus conflictuelles en termes de répartition de l'usage des eaux, la pression des consommations d'eau pour l'irrigation en réduisant l'incitation à la culture irriguée du maïs. **Le découplage total des aides et la suppression des incitations à l'irrigation pourraient donc apporter une solution aux pénuries d'eau durant l'été.** Mais, dans leur rapport de juin 2007, le CGAAER et l'IGE nuancent fortement ces conclusions : une diminution des prélèvements ne suivrait pas nécessairement celle des surfaces irriguées.

641. Dans son ouvrage *L'Avenir de l'eau* (Fayard, 2008, p. 374), Erik Orsenna rend compte d'une visite chez un exploitant agricole qui, en combinant les données issues de capteurs électroniques mesurant l'humidité à proximité des racines et de satellites, a pu diminuer la consommation d'eau et optimiser celle des intrants. Ces techniques, valables pour les productions horticoles ou maraîchères, sont moins facilement adaptables aux productions céréalières, largement dominantes en France. Mais les arboriculteurs utilisent de manière prédominante l'irrigation par gravité et l'aspersion, techniques les moins productives. Moins d'un quart d'entre eux notent au demeurant les apports en eau et les dates d'irrigation sur leur exploitation.

642. Certaines études donnent des résultats meilleurs (Bruno Molle, Jacques Granier et Mohamed Hendawi, *Note de synthèse sur les travaux du CEMAGREF sur les pertes par évaporation et transport en aspersion. Conséquences sur l'application de restrictions d'arrosage*, CEMAGREF, novembre 2009).

643. L'investissement représente 1 000 à 2 000 €/ha contre 700 à 1 200 € pour le canon à enrouleur. Pour la micro-irrigation, dont l'équipement est enterré, l'investissement se situe entre 1 500 et 3 000 €/ha. La consommation représente, pour le maïs, une dépense comprise entre 100 et 275 €/ha en Poitou-Charentes selon Arvalis.

644. Elles sont conduites par le Centre de coopération international de recherche agronomique pour le développement (CIRAD), le Centre national du machinisme agricole et du génie rural des eaux et forêts (CEMAGREF) et par l'Institut de recherche pour le développement (IRD).

645. Un document d'orientation stratégique (DOS) de l'AFD (*Gestion de l'eau pour une agriculture durable*), validé en 2009, décrit les axes d'intervention et les financements engagés par l'agence dans ce domaine.

646. Voir en particulier sur ce point les travaux de l'expertise scientifique collective sécheresse effectués en 2006 et ceux de l'INRA en 2009.

647. Bruno Molle et Jacques Granier, *Les Matériels attendus pour une irrigation plus économe*, congrès SHF, 23-24 octobre 2007. L'article souligne que les matériels seuls n'apportent pas une réponse adéquate s'ils ne sont pas couplés avec une modification des pratiques. À l'avenir, une agriculture de précision combinant électronique (tensiomètres et sondes d'humidité), fertigation et chimigation pourrait émerger, par extension des méthodes déjà employées pour la culture sous serre.

648. Dans le bassin de la Charente, les prélèvements nécessaires pour arroser les 81 530 ha de terres irrigables équivalent déjà à 25 m^3/s, soit à deux fois le débit objectif d'étiage fixé par le SDAGE et nécessaire pour les autres usages en aval (fonctionnement des zones humides et des écosystèmes, pêche, tourisme fluvial, naissain en ostréiculture dans l'estuaire…), sans évoquer le débit nécessaire à l'alimentation en eau potable (0,6 m^3/s) et à l'industrie (0,9 m^3/s).

649. Les charges d'irrigation par hectare atteignent selon le CEMAGREF (études 1998, 2003 et 2005) entre 12 et 20 % des charges totales, la part de la redevance versée à l'agence de l'eau étant faible (2 à 8 %).

650. Préconisations pour la mise en œuvre du plan national de gestion de la rareté de l'eau, ministère de l'Agriculture et de la Pêche (CGAAER n° 1208) et ministère de l'Écologie (IGE/06/018), juin 2007. Établi en juin 2007, il relève en particulier l'échec des aides à la désirrigation comprises dans le programme de développement rural national (2000-2006) et doute du succès de celles contenues dans le programme de développement hexagonal (2007-2013) dans la mesure où elles ne prennent pas en compte les grandes réticences des agriculteurs à modifier leur assolement et à accepter une dévalorisation du foncier.

651. Il s'agit en particulier de donner la préférence aux cultures d'hiver ou de printemps dont le pic de consommation en eau se situe au printemps comme les céréales à paille ou le tournesol, période de bon apport pluviométrique, ou à des cultures moins exigeantes en eau comme le sorgho. La substitution du sorgho au maïs irrigué permet par exemple, selon une enquête technico-économique conduite par Arvalis, une économie d'eau comprise entre 50 % et 60 % et d'atteindre un revenu identique avec un rendement à l'hectare nettement moindre. Mais elle supposerait la mise en place d'une filière qui n'existe pas aujourd'hui. Les stratégies de réduction de la vulnérabilité de l'exploitation agricole au manque d'eau (esquive, évitement, tolérance) suppose que l'agriculteur soit averti suffisamment tôt de l'ampleur de son droit de prélèvement durant la période d'été. Dûment informé, l'agriculteur optimise ses choix d'assolement et de cultures et répartit son risque au mieux de ses intérêts en fonction d'une sécheresse anticipée.

652. D'après l'expertise scientifique collective de l'INRA, peu de résultats sont à attendre à court terme de la transgénèse, car l'amélioration du comportement des plantes en situation de stress hydrique se heurte à des exigences contradictoires (augmentation de la résistance à la sécheresse ou recherche du rendement maximal pour un apport minimal d'eau), dont l'optimisation varie selon les scénarios climatiques. Néanmoins, les recherches de variétés plus résistantes à la sécheresse devraient être activement poursuivies.

653. Jean-Pierre Amigues, Philippe Debaeke *et al.*, *Sécheresse et agriculture : réduire la vulnérabilité de l'agriculture à un risque accru de manque d'eau*, expertise scientifique collective, INRA, octobre 2006.

654. Les rapports entre les concessionnaires et les arrosants sont, hormis ce qui concerne la taxe, des rapports de droit privé (CE, Sect., 28 novembre 1930, *Verny*, rec. p. 1007). De même les rapports entre un syndicat et une entreprise non membre du syndicat ne présentent pas le caractère d'un contrat administratif dès lors que le contrat n'a pas d'autre objet que de répondre aux besoins particuliers des utilisateurs du réseau (CE, 8 février 1999, *Charbonnages de France*, Leb. t. p. 648).

655. La littérature sur le sujet, tout en reconnaissant qu'il est difficile d'appréhender le volume des prélèvements, souligne que les organismes collectifs (SAR en premier lieu, ASA ou chambres d'agriculture ensuite) les connaissent mieux (*Un point sur les modalités d'application de l'article 21*, CEMAGREF, octobre 2008).

656. Un contrat passé entre un agriculteur, un département et un syndicat intercommunal d'aménagement hydraulique par lequel le département et le syndicat s'engagent contre le paiement d'une redevance à restituer dans la rivière une quantité d'eau équivalente à l'eau prélevée pour son exploitation par l'agriculteur sur autorisation préfectorale a pour objet la gestion, dans l'intérêt général, des ressources en eau et présente le caractère d'un contrat administratif (TC, 27 avril 1998, *Garros c/ département de la Haute-Garonne et Syndicat intercommunal d'aménagement hydraulique de la vallée du Touch*, Leb. p. 730).

657. Certaines d'entre elles n'assurant plus l'entretien de cours d'eau, le législateur (art. 24 de la loi du 3 février 1995 insérant un nouvel article 25-1 dans la loi du 21 juin 1965) a permis aux collectivités territoriales de se substituer à elles et au préfet de les dissoudre en transférant les ouvrages à ces collectivités.

658. Dans son expertise scientifique collective de 2006 (cf. note 652), l'INRA note qu'en 2003, année de sécheresse, les prélèvements ont augmenté de 85 % dans le bassin Adour-Garonne, dont

+ 145 % pour la Gironde, + 138 % pour les Pyrénées-Atlantiques et + 112 % pour les Landes, les plus fortes augmentations correspondant aux prélèvements individuels dans les nappes profondes.

659. Valentin Bellassen, Denis Gourdon, Belkis Hedhli, *La Gestion quantitative de la nappe de Beauce*, février 2007, MEDD, AgroParisTech. Ce rapport souligne que l'accord repose sur une connaissance approfondie de la nappe qui, entièrement financée par la profession sans aucun concours de l'État, a permis et permet de définir chaque année, grâce à un réseau de neuf piézomètres aux comportements différents, le volume pouvant être prélevé et réparti entre les irrigants ainsi que sur la fixation de trois seuils définis à partir des niveaux historiques observés. Le franchissement de chaque seuil déclenche de la part du préfet coordonnateur de bassin un coefficient d'abattement qui, fixé par arrêté, diminue le volume attribuable. La mise en œuvre de cette gestion quantitative repose sur un calendrier serré : le préfet, qui officialise le projet de répartition proposé par les services de l'État après négociation avec la profession, notifie les contingents annuels avant fin février de sorte que les agriculteurs, qui ont déjà reçu une première indication sur leur allocation en décembre, puissent faire leur choix d'assolement en fonction de la quantité d'eau qui leur est garantie pour l'été. Cette gestion comporte un facteur de souplesse, avec une possibilité de report ou de dépassement de 20 % de la consommation, le volume alloué devant être respecté par périodes de trois ans. Le respect des allocations est susceptible d'être contrôlé par les services de l'État, dont la tâche est facilitée en raison de l'installation obligatoire d'un compteur par les irrigants. Le bilan de cette gestion varie selon les interlocuteurs. Car, la nappe se vidant naturellement pour alimenter plusieurs fleuves, il est difficile d'attribuer à la meilleure maîtrise des prélèvements pour l'irrigation l'évolution constatée de la nappe. Plusieurs éléments en ressortent néanmoins : les quotas ne sont utilisés en moyenne qu'à 50 ou 60 % ; la consommation d'eau a baissé d'un tiers depuis la mise en place du dispositif. La baisse des consommations n'est sans doute pas étrangère non plus à l'important volet de formation et d'équipement qui a été parallèlement mis en place : le dispositif IRRIcartes (fourniture de conseils sur l'irrigation en fonction de la pluviométrie récente), le déplacement de certains forages situés trop près des rivières, les logiciels d'aide à l'optimisation des assolements et à l'irrigation développés par la chambre d'agriculture contribuent à expliquer cette baisse. Plusieurs sujets restent débattus : les critères d'attribution des quotas (surface cultivée et/ou natures de culture), qui varient selon les départements, la part de la ressource qui doit être réservée au milieu naturel pour alimenter les cours d'eau exutoires et le maintien du bassin céréalier en ZRE puisque la gestion quantitative aurait permis de sortir d'un état d'insuffisance chronique de la ressource qui caractérise la ZRE.

660. Céline Granjou et Patrice Garin, « Organiser la proximité entre usagers de l'eau : le cas de la gestion volumétrique dans le bassin de la Charente », séminaire PCSI *Coordinations hydrauliques et justices sociales*, Montpellier, 25-26 novembre 2004 ; Sébastien Loubier, Guy Gleyses, Marielle Montginoul, Patrice Garin et Fabien Christin, « Entre création de ressource et mesures réglementaires : quelle place pour la gestion de la demande en eau d'irrigation en Charente ? », *Revue internationale de l'eau*, n° 3, 2008, p. 88.

661. Cette loi consacre une solution pratique née de l'application de l'article 21 du décret du 29 mars 1993 : des demandes d'autorisation temporaire correspondant à une activité saisonnière commune à différents membres d'une même profession pouvaient être regroupées par l'intermédiaire d'un mandataire et déposées auprès du préfet qui pouvait y statuer par un arrêté unique. Les demandes des irrigants étant considérées comme saisonnières, cette procédure, qui dispense de toute enquête publique, est très utilisée. En ZRE, il ne sera plus possible d'accorder des autorisations saisonnières dès 2011.

662. Ce n'est généralement pas le cas (cf. annexe 15.2). En outre, s'agissant de répartir l'usage de l'eau, beaucoup considèrent que les associations de propriétaires sont assez mal profilées pour répondre à une exigence qui va très au-delà du cercle des propriétaires.

663. Sur cet aspect, on table, comme toujours, sur un large financement par les agences de l'eau.

664. Katrin Erdlenbruch et Marielle Montginoul, *Un point sur les modalités d'application de l'article 21. Résultats d'enquêtes conduites auprès d'acteurs institutionnels au printemps 2008*, CEMAGREF, octobre 2008.

665. Préconisations pour la mise en œuvre du Plan national de gestion de la rareté de l'eau, ministère de l'Agriculture et de la Pêche (CGAAER n° 1208) et ministère de l'Écologie (IGE/06/018), juin 2007.

666. Ces ouvrages ont récemment changé de nature. Plus grands (de 30 000 à plus de 100 000 m^3), plus coûteux (de 1 à 2 € par m^3 à 3 à 4 € par m^3) et alimentés par pompage direct dans la nappe et non plus par écoulement naturel, ils ne constituent pas la panacée eu égard à leurs inconvénients environnementaux. Leur multiplication est insoutenable financièrement : honorer la totalité de la demande, qui porte sur 450 Mm^3, supposerait un financement annuel de 135 M€ par an, soit 6,5

fois le montant des crédits qui leur sont actuellement consacrés et 3,5 fois ceux qu'il est prévu de leur consacrer dans les 9e programmes des agences de l'eau. Ils s'ajoutent aux 34 000 étangs, lacs et retenues de barrages déjà répertoriés sur le territoire, posant la question de l'efficacité du contrôle de tous ces plans d'eau (cf. 2.5.3.2.3.).

667. L'ampleur croissante de ces ouvrages conduit le juge administratif à se montrer plus sévère à leur égard (voir par exemple TA de Nantes, 4 novembre 2008, *Association « Coordination pour la défense du Marais poitevin »*, req. no 061671, qui annule un arrêté autorisant la construction d'une dizaine de ces retenues destinées à stocker en hiver sur le territoire de huit communes 3,2 Mm^3 pour une pluralité de motifs dont l'absence d'examen de leur compatibilité avec le SDAGE, l'absence de déclaration d'intérêt général et pour absence de fixation de la part du coût d'exploitation devant être financée par les usagers.

668. Elles tiennent en particulier à une bonne connaissance des prélèvements – ce qui suppose de pouvoir localiser et dénombrer les points de prélèvement ou de forage, de connaître le niveau d'équipement des irrigants et de pouvoir mesurer ces prélèvements avec des compteurs fiables, et le degré de respect des mesures de limitation des prélèvements – et des stockages de précaution. Aujourd'hui, l'asymétrie d'information est très forte au détriment du gestionnaire et à l'avantage des préleveurs.

669. P. Sixt, *Gestion volumétrique de l'eau d'irrigation en France. Inventaire et analyse descriptive d'expériences en cours*, mémoire de 3e cycle, mai 2001, CEMAGREF Montpellier.

670. Les Activités économiques dans le monde liées à l'eau, rapport 2008, p. II-121.

671. Alléger la pression sur la ressource durant la période d'étiage et diminuer l'intensité des conflits d'usage en été impliquerait de réduire dans les six régions connaissant les tensions les plus fortes les prélèvements pour l'irrigation.

672. Dans son rapport *Tarification de l'eau en agriculture*, l'OCDE note en 2008, en ce qui concerne la France, que les prix les plus bas sont pratiqués dans les bassins où les prélèvements sont les plus volumineux (Rhône-Méditerranée, Adour-Garonne, Loire-Bretagne). Le taux de couverture des coûts de l'eau en agriculture irriguée varierait de 15 à 60 % selon les endroits. Dans ce domaine, la France n'appliquerait donc pas les principes communautaires de recouvrement des coûts, avec l'assentiment du législateur (cf. note 609). Ce point est capital, car, en maintenant un prix très bas, les pouvoirs publics empêchent l'élasticité/prix de jouer son rôle d'incitation à la réduction du volume prélevé (Marielle Montginoul, *Une approche économique de la gestion de l'eau d'irrigation : des instruments, de l'information et des acteurs*, 1997, thèse de sciences économiques, université Montpellier-I).

673. Larry D. Simpson, « Les marchés des droits d'eau aux États-Unis », *Revue française de géoéconomie*, no 4, hiver 1997-1998 ; Bernard Barraqué, « Les marchés de l'eau en Californie. Modèle pour le monde, ou spécificité de l'Ouest américain », *Annales des Mines*, octobre 2002 et janvier 2004. Plus répandus que les marchés de droits, qui supposent un cadre juridique et institutionnel clair et stable, les systèmes de quotas transférables dans une zone donnée et attribués gratuitement aux usagers urbains ou aux agriculteurs par les États incitent à économiser l'eau, qui peut être revendue en cas de sous-utilisation du quota. Pratiqués depuis la fin du XIXe siècle par quelques États nord-américains, ces systèmes sont jugés efficients là où la demande surpasse la ressource disponible. L'Australie les a adoptés avec l'objectif d'inciter ses agriculteurs à économiser l'eau.

674. Nadine Barthélemy, *Les marchés de quotas dans la gestion de l'eau, les exemples de l'Australie et de la Californie*, coll. « Études et synthèses », ministère de l'Écologie, novembre 2008. D'après cette étude, ces marchés traitent moins de 10 % des volumes alloués et sont bien acceptés par les participants. La forte hausse des prix durant la période de sécheresse a permis une hausse générale des tarifs et un meilleur recouvrement des coûts. En revanche, ils entraînent lors de leur mise en place des phénomènes de surexploitation de la ressource, car l'on vend généralement aussi la partie non utilisée de la ressource. Mais la prise en compte ultérieure de la contrainte environnementale permet de restreindre fortement la consommation et de donner la priorité à l'environnement dans l'allocation de la ressource. Le bon fonctionnement de ces marchés repose sur un contrôle très étroit par les pouvoirs publics, État ou autorités locales. Il suppose aussi une gestion de proximité, car les échanges réels s'effectuent grâce à des canaux d'irrigation ou à des tuyaux d'approvisionnement auxquels tous les participants aux marchés doivent être raccordés.

675. MINEFI, *La Nécessité d'instruments économiques efficaces de gestion de la ressource en eau*, note de 1997. Voir aussi Pierre Strosser et Marielle Montginoul, « Vers des marchés de l'eau en France ? Quelques éléments de réflexion », *Annales des Mines*, *série Responsabilité et environnement*, juillet 2001, no 23, p. 13.

676. Une étude officieuse de la direction des études économiques et de l'évaluation environnementale s'est penchée sur l'introduction éventuelle d'un marché de droits pour régler la question de la pollution par les nitrates mais ses résultats n'ont jamais été rendus publics.

677. Les éleveurs doivent faire face à des achats d'aliments à l'extérieur mais peuvent compenser une partie de la perte de revenu par la vente partielle du cheptel.

678. Dans le cadre de son contrôle de légalité, le Conseil d'État a eu l'occasion d'annuler une décision des ministres qui avaient, en excluant toute indemnisation pour les parcelles irriguées par puisage dans la nappe phréatique et en admettant d'indemniser celles irriguées par prélèvements en rivière ou retenues collinaires, introduit une condition étrangère aux finalités poursuivies par la loi (CE, 5 mai 1995, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de Lot-et-Garonne*, Leb. t. p. 649).

679. 60 % des indemnisations du FNGCA sont consacrées au risque sécheresse et notamment à l'indemnisation des dépenses de fourrage.

680. Plusieurs rapports ont analysé ce régime d'indemnisation depuis une dizaine d'années (*L'Agriculture face aux risques climatiques*, rapport présenté par Régis Bouche au Conseil économique et social le 25 novembre 1998 ; Bernard Vial, *La Politique de protection de l'agriculture contre les risques climatiques*, rapport d'évaluation, ministère de l'Agriculture et de la Pêche, mai 2000 ; Christian Babusiaux, *L'Assurance récolte et la protection contre les risques en agriculture*, ministère de l'Économie et des Finances et de l'Industrie et ministère de l'Agriculture et de la Pêche, 1er octobre 2000 ; Christian Ménard, *Gestion des risques climatiques en agriculture : engager une nouvelle dynamique*, rapport présenté le 11 février 2004 à l'Assemblée nationale). Voir aussi Philippe Boyer, « Assurer les calamités agricoles ? », *Notes et études économiques*, no 30, mars 2008, p. 7, ministère de l'Agriculture.

681. Cette assurance est commercialisée par Groupama (90 % du marché), par Pacifica (9 % du marché) et par quelques autres assureurs, l'État subventionnant, comme en Espagne ou aux États-Unis, les cotisations à hauteur de 35 %. Si Groupama a exclu l'indemnisation de la perte de rendement due à l'intervention de mesures de restriction à l'irrigation, son concurrent ne l'a pas suivi mais une garantie d'une telle ampleur est jugée intenable à terme.

682. OCDE, *Risk Management in Agriculture : A Holistic Conceptual Framework*, 2008 ; Frédéric Courleux, « Prévention et gestion des risques en agriculture », *Prospective et évaluation*, no 2, décembre 2008, ministère de l'Agriculture. Cet article souligne cependant que l'utilisation d'indices météorologiques ou de végétation calculés à partir de données fournies par satellite permettrait de couvrir de manière forfaitaire, comme en Espagne, l'indemnisation de la sécheresse sur fourrage, sans avoir à régler le problème difficile du contrôle.

683. Ils tendent à distinguer les notions de sécheresse atmosphérique, qui se réfère à un régime de pluviométrie normale, sécheresse climatique, qui s'attache à ses conséquences sur les différentes composantes ou caractéristiques du cycle de l'eau, sécheresse potamologique ou hydrographique qui s'attache à ses conséquences sur le niveau de satisfaction de l'ensemble des besoins en eau d'une société, sécheresse hydrologique et phréatique, qui s'attache à ses conséquences sur le niveau des cours d'eau et des nappes phréatiques, sécheresse pédologique, qui s'attache à ses conséquences sur l'état des sols et sécheresse édaphique, qui s'attache à celles sur l'état de la végétation.

684. L'IFEN souligne dans son rapport 2006 sur l'état de l'environnement que les stations d'épuration rejettent un cinquième de la charge azotée et la moitié de la charge phosphorée véhiculées par les fleuves français et que les réseaux d'assainissement sont à l'origine de la moitié des contaminations microbiologiques relevées dans les eaux superficielles. D'où l'importance du débat sur le niveau des redevances et aides appliqué aux réseaux d'assainissement et aux stations d'épuration (cf. note 293).

685. Philippe Blanquefort, « Collectivités territoriales et service public de l'assainissement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, no 38, septembre 2008.

686. De nombreux autres États ont été condamnés pour manquement par la CJCE, par exemple l'Italie (CJCE, 25 avril 2002, aff. C-396/00), l'Espagne (CJCE, 8 septembre 2005, aff. C-416/02 sur la méconnaissance simultanée des directives eaux résiduaires urbaines et nitrates ; CJCE, 19 avril 2007, aff. C-219/05), la Grèce (CJCE, 25 octobre 2007, aff. C-440/06)… Un bilan plus récent de l'application de la directive vient d'être publié par la Commission : *5th Commission Summary on the Implementation of the Urban Waste Water Treatment Directive*, SEC (2009) 1114 final, 3 août 2009. La France, qui a correctement satisfait à l'obligation de rendre compte, y figure en situation moyenne.

687. À ce titre, l'ensemble du bassin-versant a été classé en zone sensible le 23 décembre 2005, ce qui oblige à davantage de traitements pour éliminer les nitrates et les phosphates. Le coût d'investissement correspondant a été estimé à 2 Mds€.

688. Parmi les 146 stations non conformes et faisant l'objet d'un suivi individuel, 89 ont été mises en conformité au 1er juillet 2009 ; parmi les 57 restantes, 41 sont en travaux. Seize en sont encore au stade des études. Deux stations, celles de Saint-Denis de la Réunion et de Cayenne, ne seront pas mises en conformité avant 2013 et 2012 (*Plan d'action des 146 stations prioritaires*, ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, note du 26 juin 2009). Dans son rapport d'activité 2008 relatif à la police de l'eau, le MEDDAT indique pour sa part que 268 stations n'étaient pas conformes au 31 décembre 2008 et que ce chiffre sera ramené à 130 fin 2009, à une cinquantaine fin 2010 et à quelques unités fin 2011.

689. Des eaux usées qui s'échappent d'un réseau d'assainissement doivent être regardées comme un déchet au sens de la directive 75/442/CE du 15 juillet 1975 (CJCE, 15 mai 2007, aff. C-252/05, *Thames Water Utilities*).

690. Conseil économique et social, *Avis sur la réforme de la politique de l'eau*, rapport présenté par René Boué, 2000, p. 75.

691. Sur cette distinction et la répartition des compétences qui en résulte outre-mer, voir l'avis de la section de l'intérieur du 15 février 2000 (no 364.268).

692. Parmi ceux-ci, on peut mentionner la préservation des zones humides, le rétablissement des zones d'expansion des crues – menacées par la poursuite de l'urbanisation –, le maintien des champs d'inondation sur les parties submersibles des vallées des cours d'eau (anciens art. 48 et s. du code du domaine public fluvial, abrogés par l'article 20-II de la loi du 2 février 1995) qui visent à ne pas aggraver l'importance des crues. Les travaux de canalisation, d'endiguement ou de retenue effectués sur les cours d'eau visent pour leur part à protéger les zones exposées. Le curage régulier des cours d'eau, opération d'entretien (cf. annexe 7), la suppression des obstacles à l'écoulement des eaux, etc., participent aussi à l'atteinte du dernier objectif.

693. Pour leur description complète, on peut se reporter à Marcel Sousse, « Dispositifs de prévention des risques naturels », *JurisClasseur Environnement*, fasc. 4510.

694. Dans le même ordre d'idées, 113 plans de prévention des risques naturels littoraux (PPRNL) ont été prescrits et 85 approuvés.

695. Ces prescriptions doivent être précises, à défaut de quoi un PPRN peut être annulé (TA de Montpellier, 4 octobre 2005, *Durra et autres*, req. 0402721).

696. CE, avis du 3 décembre 2001, *SCI des 2 et 4 rue de la Poissonnerie*, Leb. p. 627, *BJDU*, 2002, p. 54, concl. Pascale Fombeur et obs. Laurent Touvet ; CE, 12 juin 2002, *Préfet de la Charente-Maritime*, Leb. p. 214. La méconnaissance d'un PPRN par une DUP constitue également un moyen opérant devant le juge (CE, 15 mai 2006, *Association des riverains de la ligne des Carpates*, Leb. t. p. 907). Néanmoins, les questions juridiques soulevées par la coexistence de multiples plans ou schémas au titre de législations distinctes pourrait poser des problèmes croissants voire inextricables : l'application de la directive du 23 octobre 2007 (cf. annexe 4) va se traduire par l'élaboration de plans de gestion des risques d'inondation (PGRI) qui vont se superposer aux PPRNi et au volet inondations des SDAGE. Les rapports entre ces différents documents peuvent, selon leur nature et leur objet, être en effet de simple prise en compte, de compatibilité ou de conformité. Les SCOT ou les SDAU par exemple doivent seulement prendre en compte les orientations des SDAGE. On imagine mal comment vont s'articuler demain tous ces plans et schémas, sans évoquer les schémas de cohérence écologique, qui n'ont pas le même horizon temporel ni la même périodicité et en particulier les plans d'urbanisme avec les PGRI et les SDAGE.

697. CAA Nantes, 23 février 2002, *Barthélemy*, req. 99NT01629 ; TA Orléans, 2 mars 2004, *Leblond et autres*, req. 01.3992 ; TA Montpellier, 8 juillet 2004, *Communauté de défense des résidents du quartier de la Cereirede et de sa périphérie*, req. 972983 ; CAA Bordeaux, 4 juillet 2005, *Association pour la protection de Reynies contre les inondations*, req. 02BX01172 ; CAA Marseille, 19 mai 2005, *SCI Melanex*, req. 00MA01377 ; CAA Nancy, 4 août 2005, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement c/ commune de Rettel*, req. 01NC00826 ; TA Montpellier, 4 octobre 2005, *Commune de Marsillargues*, req. 0404514 ; CAA Bordeaux, 23 avril 2007, *Ministre de l'Écologie c/ Pasbecq*, req. 04BX00316 ; CAA Bordeaux, 4 juin 2007, *Ministre de l'Équipement c/ Cazenavette*, req. 03BX01084 ; CAA Marseille, 20 septembre 2007, *Bouisson*, req. 04MA02402.

698. Jennifer Poussin, *Flood Insurance in France : Incentives for Mitigation and Compensation*, Institute for Environmental Studies, Amsterdam Free University, 2009.

699. « *La politique de prévention des risques majeurs sera renforcée au travers notamment […] c) De la réduction de l'exposition des populations au risque d'inondation par la maîtrise de l'urbanisation, par la création de zones enherbées ou plantées associées aux zones imperméabilisées, par la restauration et la création de zones d'expansion des crues et par des travaux de protection.* »

700. CAA de Bordeaux, 8 avril 1993, *M^me^ Desfougères*, req. 91BX00268, *Les Petites Affiches*, n^o^ 75, note Jacqueline Morand-Deviller.

701. Consulté sur la question de si savoir le recours à la procédure de l'expropriation permettait de prévenir les risques naturels prévisibles, le Conseil d'État avait rappelé qu'elle « *constitue pour l'administration une procédure d'exception à laquelle il ne convient de recourir que si la nécessité de disposer des biens en cause justifie, lorsque l'utilité publique en est reconnue, l'atteinte portée au droit de propriété. Il en est tout autrement des objectifs que recherche en l'espèce le gouvernement. Celui-ci souhaite obtenir le départ effectif des personnes qui habitent dans une zone exposée à des risques naturels prévisibles mettant en cause leur vie, moyennant un relogement à des conditions similaires et sans qu'elles en subissent un préjudice financier. Or, une interdiction d'habiter pour sauvegarder des vies humaines devant une menace grave résultant de risques naturels prévisibles relève plutôt de la mise en œuvre de pouvoirs de police, tels que ceux dont le maire ou le préfet dispose dans le cadre des articles L. 131-2, 6^o^), L. 131-7 et L. 131-13 du code des communes. De plus, une fois leurs occupants évacués et les habitations en cause détruites, ces terrains ont vocation à être laissés en l'état, sans utilisation, en faisant l'objet éventuellement de mesures d'interdiction d'accès jusqu'à la survenance du risque prévu, auquel cas leur utilisation à des fins privatives peut éventuellement être à nouveau envisagée. La garde de ces terrains implique des sujétions importantes et la détermination de la collectivité à laquelle elle serait confiée est malaisée. En outre, sur le plan financier, l'indemnité d'expropriation, fixée en cas de contestation par le juge judiciaire et qui, selon l'article L. 13-13 du code de l'expropriation, ne peut couvrir que le préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation, ne permettrait pas d'indemniser la dépréciation de la valeur des terrains et logements expropriés due à la menace du risque naturel qui pèse sur eux. Il apparaît donc que le procédé de l'expropriation ne pourrait être retenu en l'état actuel de la législation. L'extension de cette législation, pour préciser que le risque décrit par la demande d'avis peut lui servir de fondement, n'est pas non plus apparu souhaitable au Conseil d'État (section des travaux publics). Elle ne fournirait pas de solution satisfaisante aux problèmes de la destination des biens et de leur indemnisation.* » Le Conseil d'État a donc recommandé l'élaboration d'un texte spécifique qui devrait prévoir dans quelles conditions il pourrait être procédé à l'évacuation autoritaire des intéressés, quels seraient le sort des terrains concernés et l'autorité responsable de leur gestion, les conditions de relogement des intéressés et un système d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale, en recommandant de bien cerner le champ d'action que le gouvernement entendrait conférer à un tel projet pour éviter d'instaurer un droit à indemnisation en faveur de tous les citoyens qui sont installés dans une zone exposée à un risque naturel habituel qu'ils ont délibérément choisi de négliger (avis de la section des travaux publics du 8 mars 1994, n^o^ 355.785). La loi du 2 février 1995 a apporté une réponse partielle à cette question avec la création du FPRNM (cf. note 706), chargé notamment d'indemniser les propriétaires expropriés (Yves Jégoujo, *Risque naturel : l'impuissance du droit ?*, AJDA 2010, p. 521). On peut également noter que, **même si la reconstruction de logements situés en zone rouge et détruits à la suite d'une catastrophe naturelle est interdite, il n'existe pas de plan de reconstruction après inondation, qui permettrait de reconfigurer les lieux de manière à permettre l'écoulement des eaux et à limiter les dégâts en cas de nouveau sinistre**.

702. CE, 25 juillet 2007, *Leberger et Cortie*, Leb. p. 392, AJDA, 2007, p. 1559 ; CE, 11 avril 2008, *SCI Moulin du Roc*, req. 288528, Loïc Vatna, *La Responsabilité des communes du fait des mesures de police visant la prévention des catastrophes naturelles*, AJDA, 2009, p. 628.

703. Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, rapport public 2005, La Documentation française.

704. Les habitants de 516 communes ont ainsi vu leur franchise doubler après l'intervention de trois arrêtés successifs au titre des inondations survenues depuis 2006. Mais, de l'avis général, la limitation aux cinq années précédentes du décompte du nombre des catastrophes naturelles émousse sensiblement l'effet de la franchise.

705. Céline Letrémy, « Le rôle de l'assurance dans la prévention des catastrophes naturelles », *Le Point sur*, n^o^ 9, mars 2009, commissariat général au Développement durable.

706. Créé par la loi du 2 février 1995, ce fonds est alimenté par un prélèvement de 4 % sur les primes « Cat nat », qui a été porté à 8 % en août 2008, ce qui devait assurer une rentrée de 106 M€ en 2009. Ce fonds finance à 75 % l'élaboration des PPRN, à un taux compris entre 25 et 50 %,

les études et travaux entrepris par les collectivités territoriales et à 100 % les expropriations et relogements de particuliers. Les dépenses du fonds dépassent 100 M€ par an depuis 2007.

707. Ce décret distingue quatre classes : la classe A (digues de plus de un mètre de haut et protégeant une population de plus de 50 000 h), la classe B (digues de plus de un mètre de haut et protégeant une population de plus de 1 000 h), la classe C (digues de plus de un mètre de haut et protégeant une population de plus de 10 h) et la classe D (digues de moins de un mètre de haut ou protégeant une population de moins de 10 h). Les obligations de surveillance et de suivi sous la responsabilité du propriétaire varient selon la taille ou la classe de ces ouvrages.

708. La base de données nationale Bardigues, administrée par le CEMAGREF pour le compte de l'État, est encore incomplète en termes d'ouvrages répertoriés et d'informations sur ces ouvrages. Si le recueil des données techniques est bien avancé, l'identification des gestionnaires (pour 1 300 km dans les classes B, C et D) et surtout des propriétaires (pour 3 500 km pour les classes B, C et D) restent à parfaire.

709. Il est passé de 115 M€ (1983-1987) à 178 M€ (1988-1992), à 310 M€ (1993-1997), à 392 M€ (1998-2002) et à 581 M€ (2003-2006). Si les premières années d'existence du régime ont été relativement calmes en termes de sinistralité, les dernières années ont connu des inondations sévères et de grande ampleur (1999, 2001, 2002 et 2003), d'où la croissance de ces chiffres. Cette croissance s'explique par l'augmentation de la valeur assurée, de l'exposition des populations aux risques du fait de leur choix d'installation et de l'ampleur des sinistres. Le montant des primes encaissées et donc les rentrées d'argent du système ont également fortement progressé.

710. Selon la Cour des comptes, l'État a même largement profité du système en faisant rémunérer la garantie illimitée qu'il accorde à la CCR, en se faisant verser par elle des dividendes non négligeables et en valorisant de 1,3 Md€ sa mise de fonds initiale limitée à 60 M€. En contrepartie, la garantie illimitée de l'État n'a joué qu'une seule fois, en 1999, à hauteur de 239 M€. L'État aurait aussi empêché la constitution de réserves suffisantes à la CCR, la France étant finalement le pays développé où ces réserves sont les plus faibles. Par comparaison, le régime espagnol, un des plus proches du régime français, dispose de cinq années de réserves. La Cour des comptes a donc suggéré en 2009 de relever le niveau de la prime. Cette gestion en fonction de considérations purement budgétaires n'enlève rien au fait que l'État est actionnaire unique de la CCR, diminuer les dividendes de l'État pour reculer son seuil d'appel en garantie ou maintenir ses dividendes en gardant le seuil d'appel en garantie actuel sont deux stratégies équivalentes d'un point de vue comptable.

711. En Suisse, les assureurs privés jouent un rôle important dans la prévention et y consacrent un pourcentage important des primes collectées (Céline Letrémy, « Assurance des risques naturels en France : sous quelles conditions les assureurs peuvent-ils inciter à la prévention des catastrophes naturelles ? », *Études et documents*, n° 1, mars 2009, commissariat général au Développement durable et « Le rôle de l'assurance dans la prévention des catastrophes naturelles », *Le Point sur*, n° 9, mars 2009, commissariat général au Développement durable).

712. Ce groupe de travail a écarté l'aléa tempête, considérant, à la suite du 4e rapport du GIEC, que l'augmentation du risque tempête était faible dans le nord de la France et serait inchangé dans le Sud.

713. Cinq à six millions de personnes vivraient dans des vallées ou zones inondables et 390 000 établissements (8 % du total) y seraient installés. Les chiffrages globaux ne sont pas disponibles mais plusieurs monographies relatives à quelques bassins-versants permettent d'avancer pour eux des ordres de grandeur.

714. Partant d'une situation dans laquelle 400 000 maisons particulières sur 16 millions sont situées dans une zone d'aléa fort et 2,5 millions en aléa moyen, le coût des indemnisations pourrait être multiplié par un facteur compris entre 3 et 6 en l'absence d'urbanisation nouvelle et d'un facteur 10 pour les départements appelés à connaître une poursuite de leur urbanisation.

715. Alors que 15 000 logements sont actuellement exposés à la submersion marine, une élévation de un mètre du niveau de la mer affecterait fortement un nombre élevé de logements dans quatre régions côtières (Nord-Pas-de-Calais, Poitou-Charentes, Aquitaine, Languedoc-Roussillon). Pour cette dernière région, le nombre d'habitations submersibles passerait à 140 000 en 2100. Le coût cumulé sur cent ans des dommages à tous ces logements est estimé entre 15 et 35 Mds€ 2008.

716. La commission a estimé à la suite de Jeroen Aerts les coûts directs et indirects des inondations à 190 Mds€ en 2007 – à rapporter à un PNB de 550 Mds€ – mais entre 400 et 800 Mds€ en 2040 et 3 700 Mds€ en 2100 en tenant compte d'une élévation du niveau de la mer de 24 à 60 cm en 2040 et de 150 cm en 2100. La commission a longuement débattu du niveau de protection actuellement déterminé par la loi de protection contre les inondations de 1996. Défini comme la probabilité de survenance du niveau le plus haut des eaux qui doit être victorieusement contenu par

le système de défense, ce niveau de protection devrait être augmenté d'un facteur 10, eu égard à l'ampleur croissante des dégâts : dans le nord du pays, la probabilité que le système de défense soit enfoncé doit être inférieure à 1/10 000, pour les autres côtes à 1/4 000, ailleurs et le long des fleuves à 1/2 500. Les actions proposées pour réduire la probabilité d'occurrence du risque incluent surtout des mesures qui réduisent cette probabilité elle-même comme le relèvement du niveau des digues mais aussi quelques séries de mesures qui tendent à limiter les conséquences des inondations en cas d'occurrence du risque comme le zonage des espaces constructibles.

717. La construction en zone inondable doit reposer sur une analyse coûts/avantages pour toutes les parties prenantes et les coûts associés aux décisions locales doivent être supportés à ce niveau, sans pouvoir être reportés sur les autres échelons administratifs.

718. 85 % de la production est assurée par six pays (Italie, France, Espagne, Allemagne, Autriche, Suède).

719. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européens, *La Part des sources d'énergie renouvelable dans l'UE*, COM (2004) 366 final, p. 11 et p. 21. Voir aussi le *Livre blanc de la Commission sur les sources d'énergie renouvelables* [COM (1997) 599] et *Feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables. Les sources d'énergie renouvelables au 21e siècle : construire un avenir plus durable*, COM (2006) 848 final où on découvre dans un graphique que l'hydroélectricité contribue en 2004 à hauteur de près de 70 % à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et y contribuera encore à hauteur de 35 % en 2020 mais où pas un mot ne lui est consacré.

720. Au premier temps de la politique régionale, il lui est arrivé de soutenir des programmes régionaux spécifiquement dédiés à l'énergie hydroélectrique, notamment en Italie où les réserves de puissance installée étaient particulièrement faibles (règlement no 2618/80 du Conseil du 7 octobre 1980 instituant une action communautaire spécifique de développement régional contribuant à améliorer la sécurité des approvisionnements en énergie de certaines régions de la Communauté par une meilleure utilisation des technologies nouvelles en matière d'hydroélectricité et d'énergies alternatives).

721. Décision no 1230/2003/CE du 26 juin 2003 arrêtant un programme pluriannuel pour des actions dans le domaine de l'énergie : *Énergie intelligente-Europe 2003-2006*. Ce programme couvre quatre domaines distincts (art. 3 de la décision) : SAVE, ALTENER, STEER et COOPENER. L'énergie hydroélectrique reste par exemple intégrée au programme ALTENER (*Rapport spécial no 17/98 relatif au soutien apporté aux sources d'énergie renouvelables dans le cadre des actions à frais partagés du programme Joule-Thermie et des actions relevant du programme ALTENER*, *JO* C 356 du 20 novembre 1998, p. 39).

722. Adrien Fourmon, « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », *Gazette du Palais*, 3 juillet 2009, no 184-185, p. 10-17.

723. Cette programmation suppose d'inventorier en amont les sites aménageables pour la production d'énergie renouvelable. Les méthodes suivies pour évaluer ce potentiel sont critiquées (*La Lettre eau*, juin 2008, no 43).

724. Mémorandum de la France pour une relance de la politique énergétique européenne dans une perspective de développement durable présenté au Conseil ECOFIN le 24 janvier 2006 (5724/06), p. 17.

725. Le TA de Clermont-Ferrand a ainsi annulé par jugement du 16 décembre 2008 une concession hydroélectrique sur la Santoire qui avait été accordée par le préfet du Cantal au vu de l'avis favorable émis par la DRIRE mais d'un avis défavorable de tous les autres services et établissements publics de l'État.

726. Fabrice Dambrine, *Rapport sur les perspectives de développement de la production hydroélectrique en France*, La Documentation française, 2006. La méthode utilisée dans ce rapport pour calculer le potentiel résiduel aménageable a été jugée très fruste par certains experts, qui considèrent avec prudence ses conclusions.

727. Le bilan environnemental des barrages étant de plus en plus controversé, pour y voir plus clair, une Commission mondiale des barrages, composée d'experts indépendants, a été créée en 1997. Elle a rendu son rapport en novembre 2000 (*Barrages et développement : un nouveau cadre pour la prise de décisions*, consultable sur www.dams.org/docs/overview/wcd_tour.pdf), qui conclut que « *dans l'ensemble, les impacts sur les écosystèmes sont plus négatifs que positifs* ». Sont cités parmi les aspects négatifs les modifications de la faune et de la flore et la perte de biodiversité, l'émission de GES par décomposition de la flore immergée, la rétention des limons avec de lourdes conséquences pour l'aval (enfoncement du lit des fleuves ; non-remplacement des limons emportés par les courants marins aux embouchures), la pollution des rivières lors de la vidange,

les ruptures de continuité écologique pour les migrations de poissons… Pour répondre à ce dernier inconvénient, l'article L. 432-6 du code de l'environnement dispose que « *tout ouvrage doit comporter des dispositifs assurant la circulation des poissons migrateurs* ». Malgré cela, l'ONEMA recense près de 60 000 obstacles de toute nature à la libre circulation des espèces sur les cours d'eau. À l'occasion de la signature le 13 novembre 2009 du premier contrat d'objectifs et de moyens entre l'ONEMA et l'État, le secrétaire d'État à l'Environnement a lancé un plan d'action national pour la restauration de la continuité écologique des cours d'eau d'ici à 2015. Ce plan est articulé autour de cinq axes, dont l'aménagement d'ici à 2012 de 1 200 ouvrages recensés comme prioritaires. La directive-cadre sur l'eau implique aussi l'effacement à terme des ouvrages dépourvus d'utilité économique, qui seraient majoritaires. Les centrales de production hydroélectrique – 2 000 (400 barrages de plus de 4,5 MW appartenant à l'État et 1 700 microcentrales) des 40 000 ouvrages – peuvent être par ailleurs à l'origine de pollutions sévères et massives : dans l'affaire de l'étang de Berre, c'est principalement la pollution de l'étang par la centrale hydroélectrique de Saint-Chamas (prélèvement d'eau douce dans la Durance et rejet intégral en milieu salin) qui a valu la condamnation de la France par la CJCE (CJCE, 7 octobre 2004, aff. C-239/03). Les problèmes de sécurité ne sont pas non plus négligeables (Christian Kert, *Rapport sur l'amélioration de la sécurité des barrages et ouvrages hydroélectriques*, juillet 2008, consultable sur www.senat.fr/rap/r07-454/r07-454-syn.pdf) : risque de rupture, chiffré à 1 %, dont témoigne celle, survenue le 2 décembre 1959, du barrage de Malpasset, qui libéra une masse d'eau de 50 millions de m^3 et déclencha une vague déferlante de 40 m de haut, faisant 423 victimes.

728. Seule forme de stockage à grande échelle de l'électricité (elle porte sur 2,5 % de la consommation journalière), ces stations remontent l'eau dans un réservoir situé en hauteur lors des heures creuses pour la turbiner lors des heures de pointe. Sans ajouter à la quantité d'électricité produite, elles la valorisent au mieux en transformant de l'énergie de base en énergie de pointe et en tirant parti du différentiel de prix entre heure creuse et heure de pointe. La construction de nouvelles STEP pose surtout le problème du passage des lignes d'acheminement de l'énergie produite.

729. Il existe déjà environ 1 700 microcentrales et entre 300 et 500 nouvelles seraient installées.

730. « Réduction du CO_2, un bon prétexte pour l'hydroélectricité », *La Lettre eau*, n° 45, décembre 2008 ; « Relance de l'hydroélectricité : que restera-t-il de l'écologie ? », *La Lettre eau*, n° 47, juin 2009.

731. « *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-1 du code de l'environnement, l'installation d'équipements complémentaires destinés au turbinage des débits minimaux sur des installations et ouvrages concédés ou autorisés fait l'objet d'une procédure limitée aux formalités requises pour l'exécution et le récolement de travaux.* »

732. Le taux d'équipement des ménages passerait de 3 % en 2007 à 30 % en 2050 (taux déjà atteint en Espagne et en Italie) puis à 60 % en 2100 (taux actuel de la Californie). Le parc automobile connaîtrait une évolution de même nature : son taux d'équipement passerait de 45 % à 80 % dès 2020 (sur l'effet de la climatisation du parc automobile, voir Laurent Gagnepain, *La Climatisation automobile. Impacts, consommation et pollution*, ADEME, juillet 2006).

733. La réglementation française sur la tarification de l'électricité (art. 2 du décret n° 88-850 du 29 juillet 1998 relatif au prix de l'électricité) prévoit que cette tarification traduit les coûts de production et de mise à disposition de cette énergie aux usagers et qu'à ce titre le tarif peut tenir compte du mode d'utilisation de la puissance souscrite au cours de l'année. L'effacement des jours de pointe (EJP) concrétise cette modulation saisonnière du tarif. L'article 18 4e alinéa de la loi du 3 août 2009 (Grenelle I) conforte la nécessité de mécanismes d'ajustement et d'effacement de consommation d'énergie de pointe (compteurs intelligents, abonnement avec effacement des heures de pointe…). En refusant d'imposer à EDF une modification du tarif EJP mis en extinction mais maintenu pour les clients existants, le ministre de l'Industrie, qui approuve les tarifs de l'électricité, n'a pas mis EDF en situation d'abuser de la position dominante qu'elle occupe sur le marché dès lors qu'EDF proposait aux nouveaux clients d'autres tarifs ayant, comme le tarif EJP, un prix de vente élevé pendant les périodes à coût marginal de production élevé et faible durant le reste de l'année (CE, 10 avril 2009, *Bosson*, req. 255770, AJDA, 2009, p. 1332).

734. Les concessions étant de très longue durée (soixante-quinze ans), les équipements sont souvent amortis et leur rentabilité élevée (on estime que le prix de vente moyen est de 60 € par mégawattheure, à comparer à un prix de revient de 20 € par mégawattheure).

735. La loi Grenelle II projette en outre de relever l'assiette de cette redevance de 25 à 30 % et d'affecter 5 % du montant de la redevance à la commune.

736. Pierre Pintat, « Les aspects financiers de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques », *Contrats publics*, mars 2009, p. 46.

737. Xavier Besançon, «Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat», *Contrats publics*, nº 86, mars 2009, p. 32. Un cahier des charges type a été défini par décret de septembre 1920, modifié par le décret nº 67-885 du 6 octobre 1967. La concession porte essentiellement sur l'exploitation de l'ouvrage puisque, si le concessionnaire peut consentir des avances financières à l'État, c'est normalement à ce dernier de le financer, sachant qu'il le récupère toujours à la fin de la concession.

738. Sur les conséquences du relèvement de ce seuil quant aux obligations des anciennes concessions, désormais soumises à un régime d'autorisation, sur leurs obligations de livrer des réserves d'énergie à des tarifs préférentiels à certains services publics et aux départements riverains, voir l'avis de la section des travaux publics du 13 décembre 1994 (nº 356.578).

739. L'État n'ayant pas souhaité racheter les concessions antérieures, c'est la durée qui a été laissée aux titulaires de concessions à la date de promulgation de la loi de 1919 pour amortir leur installation avant leur translation à l'État moyennant une indemnité plafonnée à 25 % de la valeur des installations, ce qui donne une durée implicite de concession de cent ans (CE, 16 novembre 1928, *Miziger*, rec. p. 1192). Les soixante-quinze ans sont devenus depuis lors la durée de référence pour ce type de concession.

740. Ces interrogations ne se limitent pas aux concessions relevant de l'État. Elles affectent aussi le régime des concessions de distribution et de fourniture d'électricité relevant des communes. À la différence des précédentes, ces concessions échappent aux dispositions de la loi Sapin mais leur nature juridique, en particulier au regard du droit communautaire, est également sérieusement discutée : contrat de concession, contrat d'affermage, marché public de prestation de services… (Philippe Terneyre, *Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension, à propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité*, AJDA, 2009, p. 1640.)

741. Le retour en grâce du transport fluvial découle des mêmes arguments que ceux qui ont été développés par l'Union européenne pour lancer son programme NAIADES (cf. annexe 4) : adapté aux transports longue distance, il est le moins coûteux de tous les modes de transport, le moins polluant et le plus respectueux de l'environnement ; et ses infrastructures sont sous-utilisées. En Europe, avec un réseau de 36 000 km et une flotte de 11 500 bateaux d'une capacité d'emport de 11 Mt, la voie fluviale n'assure que 7 % du transport du fret contre 74 % pour la route et 14 % pour le rail. Mais seuls quelques pays sont convenablement desservis par un réseau dense : lorsque c'est le cas comme au Benelux ou dans le nord de la France, la voie fluviale peut assurer jusqu'à 45 % du transport du fret. Il faudrait ajouter les arguments suivants : l'apparition de porte-conteneurs depuis le début des années 2000 qui facilitent la manutention et les transferts de modes et expliquent le fort rebond du trafic fluvial depuis lors, l'irruption des moyens de suivi électronique qui permettent de suivre et de localiser le fret à tout instant ainsi que la possibilité de pénétrer facilement au cœur de grandes métropoles engorgées par le trafic automobile et où se développent les interdictions de livraison par poids lourd. Mais des normes techniques encore trop peu coordonnées, l'existence de ponts trop bas ne permettant pas d'empiler les conteneurs, l'absence d'écluses reliant les ports au fleuve (Le Havre…) handicapent encore sérieusement ce transport.

742. Long de 106 km, ce canal comportera sept écluses, un pont-canal de 1,3 km et quatre plates-formes portuaires. Retenu au nombre des projets prioritaires par le CIADT du 18 décembre 2003, ce projet a fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique le 11 septembre 2008 et d'une décision de financement par l'UE le 16 décembre 2008. La procédure de publicité permettant de sélectionner le partenaire dans le cadre d'un PPP a été lancée le 3 avril 2009. Le canal devrait être ouvert à la circulation en 2015 et écouler un trafic de 14 Mt à l'horizon 2020. Pour préparer la réalisation du projet Seine-Escaut, une commission intergouvernementale a été mise en place entre la France et les régions flamande et wallonne de Belgique (le décret nº 2009-1355 du 2 novembre 2009 a publié l'échange de lettres correspondant).

743. Sur le Rhin, la répartition des pavillons par État membre de la CCNR est, selon les années, la suivante : 50 % Pays-Bas, 20 à 25 % Allemagne, 20 % Belgique, 1 % France. On note toutefois une présence accrue de bateaux provenant d'États tiers dont les coûts de main-d'œuvre sont nettement plus faibles (Ukraine…).

744. Si les articles 1er alinéa 2 de la loi nº 91-1385 et 2 du décret nº 91-796 du 20 août 1991 ont confié à VNF les voies navigables et leurs dépendances ainsi que les immeubles et meubles nécessaires à l'exercice de ses missions par l'établissement, les ministres chargés du domaine et des voies navigables n'ont toujours pas signé, depuis 1992, la liste de ces immeubles et aucun arrêté de transfert du domaine n'était intervenu au profit de VNF fin 2008. L'établissement gère en fait 40 000 ha de domaine public et 2 000 ouvrages.

745. En effet, ce domaine comporte une charge latente sans doute importante mais mal appréhendée, liée à la présence dans les sédiments de résidus des pollutions industrielles (VNF drague 750 000 m^3 par an au titre de l'entretien du réseau).

746. Dans son avis du 16 décembre 2003 relatif à VNF (rapport public 2004, p. 187), qui portait notamment sur le développement par cet établissement d'activités de cartographie, de radiosurveillance, de domotique et de réseaux câblés, la section des travaux publics du Conseil d'État a déjà eu l'occasion de préciser les trois critères à retenir pour définir une activité économique accessoire : l'activité doit apparaître techniquement et commercialement comme le complément normal de la mission statutaire principale de l'établissement, lui être directement utile et présenter un caractère d'intérêt général. Si les fonctions remplies par les barrages sont multiples (cf. 2.3.4.), leur fonction première est de réguler le niveau de l'eau pour permettre la navigation : la production d'énergie électrique peut raisonnablement être considérée comme une activité complémentaire répondant à des impératifs de bonne gestion. L'avis du 16 décembre 2003 a en revanche dénié ce caractère à la réhabilitation de sites urbains dégradés en bordure de voie navigable, activité reconnue comme d'intérêt général, dans la mesure où les terrains, une fois déclassés et vendus, n'appartenaient plus au domaine de l'État et où cette mission n'avait plus de rapport avec l'exploitation des voies navigables ou la gestion du domaine public confié à l'établissement.

747. Les ressources propres de l'établissement se montent à 177 M€ et se décomposent ainsi : 122 M€ au titre de la taxe hydraulique perçue au titre des prélèvements d'eau dans le réseau, agricoles surtout, et en forte croissance, 13 M€ de péages acquittés par les bateaux empruntant les voies, 23 M€ de redevances domaniales et 19 M€ de produits de cession domaniale, de droits de chasse et de pêche, etc. Instituée par l'article 124 de la loi du 29 décembre 1990, la taxe sur les titulaires des ouvrages de prise d'eau, qui ne peut être rangée ni parmi les contributions indirectes, ni parmi les impôts directs et qui ne constitue pas davantage une redevance pour service rendu, est directement liée à l'occupation du domaine public et son contentieux relève de la juridiction administrative (TC, 20 octobre 1997, *SA Papeteries Étienne c/ Voies navigables de France*, Leb. p. 537 ; TC, 26 mai 2003, *Association syndicale autorisée pour l'irrigation et la défense des eaux entre Rhône, Roubion et la route nationale 106*, req. n° 3347). En contrepartie, VNF acquitte de son côté depuis 2009 auprès des agences de l'eau les redevances pour les volumes d'eau qu'il prélève. Les investissements (166 M€) sont financés par la capacité d'autofinancement (66 M€) et par des subventions d'équipement de l'État (50 M€) et des collectivités territoriales (60 M€). Les capitaux propres au bilan (1,5 Md€) sont constitués à hauteur de deux tiers par des subventions d'investissement.

748. La police de la navigation fluviale est normalement exercée par le préfet. Participaient à cette police en 2000 773 agents, dont 700 assermentés sous l'autorité du procureur de la République. Son financement était assuré sur crédits budgétaires ou du FNSE.

749. CAA de Paris, 7 juin 2007, *Voies navigables de France c/ Gaultier*, Leb. t. p. 844 qui identifie deux régimes de délégation de signature au sein de l'établissement public, dont l'un est spécifique à la répression des contraventions de grande voirie. Exerçant la police de la conservation du domaine, le président de VNF est compétent pour exercer les pouvoirs dévolus au préfet à l'article L. 13 du code des tribunaux administratifs (CE, Sect., avis du 8 octobre 1993, *Lévy*, Leb. p. 260).

750. Sur le contrôle du juge sur la durée du chômage, voir CE, 9 janvier 1924, *Sieur Moine c/ ministre de la Guerre*, rec. t. p. 1380 pour un chômage n'ayant eu qu'une durée de huit jours et ayant été annoncé quinze jours à l'avance.

751. Article L. 2142-1 : « *Le déclassement d'un cours d'eau, d'une section de cours d'eau, d'un canal, lac, plan d'eau ou d'un port intérieur faisant partie du domaine public fluvial de l'État est prononcé, après enquête publique, par décision de l'autorité administrative compétente, tous les droits des riverains et des tiers demeurant réservés. Lorsqu'elle concerne le domaine public fluvial d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, la décision de déclassement est prise par l'autorité exécutive de cette personne publique, après enquête publique et consultation du comité de bassin ainsi que des assemblées délibérantes des autres collectivités territoriales sur le territoire desquelles se situe le domaine à déclasser, tous les droits des riverains et des tiers demeurant réservés. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article.* »

752. L'adoption de cet objectif ne semble pas s'être accompagnée d'un chiffrage rigoureux des bénéfices marchands et non marchands d'un retour au bon état des eaux. Les études sur ce point sont difficiles à conduire et rares. Dans une note ERNR2-09-72 du 8 juillet 2009 (*Les Bénéfices non marchands de l'atteinte du bon état des eaux : évaluation à l'échelle de la France*), le commissariat général au Développement durable actualise les chiffres disponibles en France sur ce sujet. Hors effets induits sur la santé et le tourisme, ces bénéfices sont estimés à 1 Md€ par an (moitié

pour les eaux de surface et moitié pour les eaux souterraines), auquel il faut ajouter 300 M€ pour les coûts évités de traitement de l'eau et d'achat d'eau en bouteille par les ménages.

753. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 48, avec en particulier un tableau par pays, p. 50.

754. Dans sa communication *Vers une gestion durable de l'eau dans l'Union européenne* du 27 mars 2007 [COM (2007) 128 final], la Commission européenne relève ainsi qu'en 2003 les quinze pays membres avaient atteint un taux de conformité de seulement 81 % par rapport à la directive eaux résiduaires urbaines.

755. La Commission souligne dès le premier bilan dressé en 2002 (*Mise en œuvre de la directive 91/676/CEE du Conseil concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir des sources agricoles*, synthèse des rapports établis par les États membres pour l'année 2000, 2002, Office des publications officielles des Communautés européennes) que les mesures prises par les États membres ont été insuffisantes et que 40 % du territoire de l'Union connaît, pour une longue durée, une concentration élevée persistante dans les eaux souterraines. Le 2e rapport [COM (2004) 248] du 23 avril 2004 détaille les performances par taille d'agglomération et par pays. Ses conclusions restent alarmistes puisqu'elles soulignent que deux sources majeures de pollution empêchent d'atteindre les objectifs de qualité des eaux : les pollutions diffuses d'origine agricole et l'élimination insuffisante de l'azote par les stations d'épuration. De nombreuses difficultés subsistant, la Commission indique qu'en juillet 2003 elle avait envoyé 34 avis motivés concernant la directive et lancé 16 procédures d'infraction mais que 18 affaires n'avaient pas encore atteint le stade de l'avis motivé. Un 3e rapport sur la mise en œuvre de cette directive est paru en août 2007 [COM (2007) 120 (*JO* C 181 du 3 août 2007)]. Depuis lors, la Commission a été saisie de demandes de dérogation émanant du Danemark, des Pays-Bas et du Royaume-Uni, la première ayant débouché en 2008 (Décision 2008/664/CE du 8 août 2008).

756. Une abondante jurisprudence de la CJCE concerne l'application de cette directive, qui fait également partie de celles qui ont été le plus méconnues par les États membres (CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-207/97 pour la Belgique, considérant 40 ; CJCE, 11 novembre 1999, aff. C-184/97 pour l'Allemagne ; 25 mai 2000, aff. C-384/97 pour la Grèce, considérant 40 ; CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-261/98 pour le Portugal ; CJCE, 10 mai 2001, aff. C-152/98 pour les Pays-Bas au sujet du bassin de l'Escaut ; CJCE, 12 juin 2003, aff. C-130/01 pour la France). Cette jurisprudence intéressante définit notamment ce qu'il faut entendre par « programme d'action » au sens de l'article 7 de la directive : des mesures ponctuelles comme les codes de bonnes pratiques agricoles, un simple catalogue d'intentions qui ne précise ni le contenu ni les objectifs ni la durée des actions envisagées ou même une réglementation générale ne constituent pas un programme global et cohérent ayant le caractère d'une planification concrète et articulée couvrant l'ensemble du territoire national et l'ensemble des substances visées par la directive et en rapport avec les objectifs de qualité des eaux réceptrices.

757. Sur la méconnaissance de cette directive, voir CJCE, 25 octobre 2007, aff. C-248/05 pour une décharge municipale en Irlande.

758. La non-production de rapports nécessaires à la mise en œuvre des directives relatives à l'eau constitue un manquement aux obligations communautaires (CJCE, 12 décembre 2000, aff. C-435/99).

759. Ce système ne permet pas encore de sortir des données comparatives entre États ou entre régions, faisant obstacle au parangonnage et à l'émulation. Si la Commission a validé en 2008 les résultats de l'exercice d'intercalibration entre États membres des indicateurs portant sur les eaux de surface, ces États n'ont pas encore harmonisé entre eux toutes les définitions et données, ce qui ôte toute signification aux comparaisons instantanées.

760. La Commission rend compte tous les ans de la manière dont elle s'acquitte de cette tâche dans une communication spécifique (*Pour une Europe des résultats. Application du droit communautaire*, COM (2007) 502 final du 5 septembre 2007 ; 26e rapport annuel sur l'application du droit communautaire, COM (2009) 675 final du 15 décembre 2009). Le 26e rapport, portant sur l'exercice 2008, comporte une annexe spécifique passant en revue l'application du droit communautaire par grand secteur, dont celui de la protection des ressources en eau. Elle fait le point sur les projets législatifs et les actions en cours pour assurer une meilleure application du droit applicable. Par ailleurs, une communication spécifique COM (2008) 773 décline pour le domaine de l'environnement la COM (2007) 502 : elle mentionne l'application de la directive ERU comme un défi spécifique et celle de la directive nitrates comme une priorité stratégique.

761. Cet arrêt n'ayant toujours pas été exécuté en 2007, la Commission a décidé de saisir à nouveau la CJCE mais cette décision a été momentanément suspendue, la France ayant pris l'engagement de ramener d'ici à fin 2009 les taux observés sous la norme communautaire.

762. La Commission décomptait fin 2009 527 infractions ouvertes (de la préparation de la mise en demeure à la saisine de la CJCE) dans le domaine de l'environnement dont 106 concernaient l'eau (soit 20 %). Sur les 106 infractions relatives à l'eau, l'Espagne compte pour 12 cas, le Royaume-Uni pour 11, l'Irlande pour 10, la Grèce pour 9, la France pour 7, le Portugal pour 6, l'Italie et la Belgique pour 5…

763. Sur l'état des procédures engagées contre la France, voir *La Politique environnementale de l'Union européenne : cadre juridique, aspects contentieux et dossiers en cours concernant la France*, note d'information à la presse du 18 février 2008 [COMM/B/PA/MK/CH/CK/D (2008)], Paris, Commission européenne, représentation de la France. En 2007, sur les 222 procédures d'infraction ouvertes contre la France, 47 concernaient l'environnement, l'eau représentant 21 % de ces dernières. Le Portugal, l'Irlande et d'autres encore ont été poursuivis par la Commission et condamnés par la CJCE pour manquement à la directive relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine.

764. Le rapport d'information n° 342 sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement présenté le 10 mai à la commission des finances du Sénat par Fabienne Keller décrit le tournant qui serait survenu en 2005 avec la première condamnation prononcée contre la France le 12 juillet 2005 par la CJCE et avec la communication de la Commission en date du 13 décembre 2005 relative à la mise en œuvre de l'article 228 TCE. Ce rapport mentionne toutes les affaires pendantes à cette date, notamment toutes celles qui concernent l'eau (affaires C-280/02 et C-191/04 sur les eaux résiduaires urbaines ; affaires C-266/99 et C-505/03 sur l'application de la directive nitrates à la Bretagne ; affaire C-147/00 sur les eaux de baignade). On doit toutefois relever que la CJCE a condamné de nombreux États avant et après 2005 (voir par exemple les arrêts C-232/95 et C-233/95 du 11 juin 1998 et C-384/97 du 25 mai 2000 qui condamnent la Grèce pour méconnaissance de la directive 76/464/CEE, l'arrêt C-214/97 du 17 juin 1998 qui condamne le Portugal pour la méconnaissance de la directive 75/440/CEE du 16 juin 1975, l'arrêt C-266/00 du 8 mars 2001 qui condamne le Luxembourg pour méconnaissance de la directive 91/676/CEE concernant la pollution par les nitrates ou l'arrêt C-293/05 du 30 novembre 2006 qui condamne l'Italie pour méconnaissance de la directive 91/271/CEE du 21 mai 1991 sur les eaux résiduaires urbaines…).

765. Ce contentieux n'est pas terminé, car la France connaît des retards pour les trois échéances prévues par la directive de 1991 (cf. 1.2.2.2.). L'arrêt de 2004 porte sur le respect de la première échéance (1998). Après deux mises en demeure (juillet 2004 et décembre 2005) et un avis motivé (décembre 2008), la Commission vient de saisir la CJCE au sujet du non-respect de la deuxième échéance par 64 villes, dont Lyon, Bordeaux, Avignon, Arles… Pour tenter de les faire échapper aux poursuites, on a redécoupé certaines agglomérations pour les faire tomber sous le seuil communautaire, ce qui a été jugé inacceptable par la Commission. Pour le troisième groupe, la procédure ne fait que commencer : elle en est au stade de l'avertissement écrit (novembre 2009). C'est sur ce troisième groupe, qui concerne 551 villes, que le Grenelle de l'environnement porte l'effort, dans l'espoir d'éviter une condamnation.

766. Antoine Frérot, dans son ouvrage *L'Eau, pour une culture de la responsabilité* (Autrement, 2009, p. 157), mentionne que 121 collectivités ne respectent toujours pas les directives de 1991, ce qui les expose à un risque de condamnation évalué à 400 M€. Ce chiffre ne concerne que les agglomérations visées par l'arrêt zones sensibles et plus de 500 agglomérations ne sont en réalité pas conformes. Le retard avec lequel les conséquences des directives ont été tirées s'explique également par leurs dispositions prévoyant une entrée en vigueur très étalée dans le temps. La directive nitrates prévoyait par exemple un délai de deux ans pour désigner les zones vulnérables puis un délai de deux ans pour établir les programmes d'action à appliquer dans ces zones puis, pour leur mise en œuvre, un délai de quatre ans à compter de leur élaboration. Par construction, le début d'application était renvoyé à 2000.

767. Circulaire du 8 décembre 2006 relative à la mise en conformité de la collecte et du traitement des eaux usées des communes soumises aux échéances des 31 décembre 1998, 2000 et 2005 en application de la directive n° 91/271/CEE du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux résiduaires urbaines.

768. Selon le rapport déjà cité de Fabienne Keller (cf. note 764), l'effet a été rapide : sur 32 préfets ayant rendu compte à la direction de l'eau de leur action au 30 juin 2007, 12 avaient envoyé 63 mises en demeure tandis que 15 autres s'apprêtaient à en envoyer 77 supplémentaires.

769. TA de Rennes, 25 octobre 2007, *AJDA*, 2008, p. 470 (cf. 2.5.4.).

770. L'État français étant le seul responsable à l'égard de l'Union, il supporte intégralement la condamnation, y compris lorsque les faits ou les comportements qui sont à son origine concernent une collectivité territoriale. Le Conseil d'État a donc dans son étude *Collectivités territoriales et obligations communautaires* du 23 octobre 2003 (p. 79, et s.) écarté toute idée de rendre les collectivités territoriales directement passibles des condamnations communautaires mais recommandé que soit ajoutée au CGCT, au-delà des dispositions spéciales existant déjà et concernant les seules aides d'État, une disposition législative générale permettant à l'État, comme c'est le cas en Autriche ou en Belgique, de se retourner contre la collectivité responsable et d'inscrire d'office à son budget ou de mandater d'office (art. L. 1612-15 du CGCT) les sommes correspondant aux sanctions infligées en cas de manquement. Le rapport susmentionné de Fabienne Keller se montre très réservé sur le sujet, car les collectivités territoriales ne sont guère associées à l'élaboration des directives. Le gouvernement, qui est convenu de la nécessité de modifier le droit existant, avait élaboré un projet de texte en ce sens à l'été 2008. Il prévoyait une décision du Premier ministre répartissant les sommes dues au prorata des responsabilités respectives des personnes publiques impliquées, le cas échéant après avis d'une commission composée de membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes et du comité des finances locales. Les sommes mises à la charge des collectivités territoriales constituaient, selon ce projet, des dépenses obligatoires. Le sujet étant sensible, le gouvernement a différé sa décision pour ne pas perturber la réforme en cours des collectivités territoriales ni le bon déroulement de la campagne pour les élections régionales de mars 2010. Il serait hautement souhaitable qu'un texte de cette nature soit soumis au Parlement après cette échéance. Si le gouvernement préfère écarter l'hypothèse d'une action administrative directement diligentée par lui et accorder d'emblée aux collectivités territoriales la garantie constituée par l'intervention d'un juge, il pourrait donner à cette action la nature d'une action récursoire.

771. Rapport d'information du Sénat n° 554 (*L'Évaluation des politiques concernant les zones humides*) présenté par Joël Bourdin le 16 juin 2009. Ce rapport formule également à l'égard des zones humides une remarque budgétaire déjà rencontrée par ailleurs : l'impossibilité de disposer d'un budget lisible et fiable sur l'effort financier consacré à ces zones. Sur la protection des zones humides au titre de la législation sur l'urbanisme, voir aussi Simon Charbonneau, « La protection des zones humides par le droit de l'urbanisme », *Droit de l'environnement*, n° 168, mai 2009, p. 11.

772. Il en existe trente-cinq en France qui sont toutes des réserves naturelles.

773. Ensemble d'écosystèmes caractéristique d'une aire biogéographique et nommé à partir de la végétation et des espèces animales qui y prédominent et y sont adaptées.

774. L'ONEMA évalue à 1,8 million d'hectares la superficie couverte par ces zones. Mais 2,5 millions d'hectares ont disparu depuis une centaine d'années, du fait de l'urbanisation ou du drainage agricole. Et ces destructions se sont accélérées au cours des vingt dernières années, malgré l'adoption en 1994 d'un plan national d'action pour les zones humides et la création d'un Observatoire national des zones humides notamment chargé de suivre l'évolution de 87 zones humides identifiées comme majeures.

775. Une ZNIEFF n'emporte pas par elle-même d'effet juridique direct mais le juge peut tirer des conséquences indirectes de l'inclusion de terrains dans une telle zone (CE, 3 septembre 2009, *Commune de Canet-en-Roussillon*, req. 306298).

776. L'engagement n° 112 du Grenelle de l'environnement prévoyait l'acquisition de 20 000 ha de zones humides. Mais, comme le relève une note ERNR2-09-50 du commissariat général au Développement durable du 2 juin 2009 (*Synthèse des travaux d'évaluation économique des services rendus par les zones humides en France*), aucune étude d'ensemble n'évalue la totalité des services rendus par une zone humide. Parmi ces services, quatre sont importants pour la gestion de l'eau : l'épuration des eaux, le soutien des étiages, l'écrêtement des crues et la réalimentation des nappes. L'achat a donc été décidé sans aucune évaluation sérieuse préalable. Si l'acquisition et la gestion de ces zones devaient être confiées aux agences de l'eau, il s'agirait d'une rupture : contrairement à l'inspiration de la loi de 1964 (cf. 1.3.6.1.), elles seraient transformées en maîtres d'ouvrage et en gestionnaires d'équipements ou d'infrastructures. Cette évolution ne paraissant pas souhaitable, il conviendrait dans une telle hypothèse d'obliger les agences à sous-traiter cette mission aux EPTB dont c'est une des vocations selon la loi du 30 juillet 2003 (cf. 2.3.3.).

777. Voir par exemple Philippe Hugon, « L'eau est-elle un bien public ou une marchandise ? », *Revue de sciences sociales*, n° 20, 2004 et « Vers une nouvelle forme de gouvernance de l'eau en Afrique et en Amérique latine », *La Revue internationale et stratégique*, n° 66, p. 65. L'auteur identifie six fondements théoriques distincts à ce caractère : l'approche par le service public ; l'approche par les défaillances du marché (l'eau comme bien collectif impur) ; l'approche néo-institutionnelle (minimisation des coûts d'agence et de transaction) ; l'approche éthique (l'eau comme bien premier et droit fondamental) ; l'approche par le développement durable (les eaux comme

patrimoines communs de communautés qui se transmettent de génération en génération avec limitation des droits de propriété ou de prélèvement) ; l'approche politique (l'eau comme bien construit et résultant de décisions collectives prises par les différents acteurs de l'eau).

778. Par exemple, les habitants de Bourbonne-les-Bains se sont vu collectivement reconnaître l'usage gratuit des eaux et piscines et au demi-tarif des bains et douches par un règlement de juin 1784, un acte de vente de 1812 et un règlement ministériel du 5 avril 1827. Ces droits doivent être supportés par le concessionnaire de l'établissement thermal. Et les habitants, qui jouissent également en vertu d'anciens usages du droit de puiser à la « fontaine chaude » l'eau thermale nécessaire à leurs besoins personnels, ne sauraient être tenus d'entretenir à leurs frais une pompe rendue nécessaire parce que l'État a rendu inutilisable cette fontaine par suite de travaux effectués par lui pour abaisser le point d'émergence des eaux. Il appartient donc à l'État de prendre toutes mesures et notamment de faire les réparations nécessaires pour que le droit des habitants puisse s'exercer (avis de la section de l'intérieur du 11 décembre 1928, n° 197.403).

779. Pour répondre à cette difficulté, le Conseil d'État a précisé le projet de loi de telle sorte que le régime de police générale ne puisse pas porter atteinte aux droits des riverains et aux droits d'usage protégés par le code civil. Il a en revanche admis que l'administration puisse sous couvert de cette police générale limiter les prélèvements agricoles excessifs opérés dans les eaux souterraines.

780. L'innovation n'était pas totale puisqu'il existait un précédent, récemment redécouvert par le Conseil d'État (avis de la section des travaux publics du 24 juin 1958, n° 274.363). L'édit d'octobre 1666 relatif au canal des Deux-Mers, concédé à Riquet, ayant prévu que ce canal serait alimenté par les eaux de plusieurs rivières qui seront détournées à cet effet et l'article 123 du décret du 12 août 1807 que « *toutes les eaux qui tombent naturellement ou par l'effet d'ouvrages d'art […] soit dans le canal, soit dans ses rigoles nourricières […] seront en entier à la disposition du canal* », le Conseil d'État en a déduit que l'administration responsable de la navigation sur ce canal disposait des eaux qui l'alimentent et que ces dernières, par leur affectation au service public de la navigation, présentaient le caractère d'eaux domaniales. Cette domanialité n'entraîne cependant pas celle du lit des rivières qui alimentent le canal : ces rivières n'étant ni navigables ni flottables, la propriété de leur lit appartient aux riverains selon l'article 98 du code rural. Mais l'exercice de ce droit doit respecter la domanialité des eaux et leur affectation à l'alimentation du canal. L'instruction des demandes d'établissement d'ouvrages dans le lit de ces rivières doit donc être effectuée en liaison avec le service du canal chaque fois que ces ouvrages pourraient porter atteinte à l'affectation de la totalité des eaux à l'alimentation du canal. Un avis ultérieur du Conseil d'État indique qu'il appartient au service chargé de la navigation sur ce canal d'instruire et de soumettre à enquête publique toute autorisation de prélèvement d'eau sur un bassin de compensation du canal, ce prélèvement concernant exclusivement des eaux « *en entier à la disposition du canal du Midi* » pour les besoins de la navigation en vertu de l'article 237 du code du domaine public fluvial (avis de la section des travaux publics du 27 avril 1976, n° 317.108).

781. Voir par exemple Jean Barale, *Le Régime de l'eau, richesse nationale*, RDP, 1965, p. 587.

782. Voir par exemple Jean-François Théry, *Législation, réglementation et organisation administrative dans le domaine de l'eau*, EDCE 1969, p. 103.

783. Yves Jégouzo, *Le Droit et la gestion de l'eau en France : organisation administrative et conciliation des usages*, www.legiscompare.com/Publications/journees%20chinoises%20oct%202006/11-Jegouzo.pdf.

784. Dès lors, la compétence pour fixer ces indemnités est judiciaire (TA de Versailles, 23 novembre 2004, *Desforges*, req. 0300681).

785. CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Leb. p. 288, concl. Ronny Abraham.

786. CE, Sect., 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, Leb. p. 478 pour un plan de prévention des risques naturels.

787. Les jurisprudences administrative et judiciaire ont également quelque peu compliqué le paysage juridique en reconnaissant la domanialité publique communale des eaux captées et transportées dans les réseaux de distribution d'eau potable ou d'assainissement (cf. note 214). *Res communis*, l'eau devient domaniale quand elle emprunte les tuyaux.

788. Ce régime de déclaration d'utilité publique des travaux destinés à l'appropriation de l'énergie hydraulique est un régime spécifique et dérogatoire (CE, Ass., 30 octobre 1959, *Commune de Tignes*, rec. p. 558).

789. Olivier Petit, « La surexploitation des eaux souterraines : enjeux et gouvernance », *Natures sciences société*, 2004, vol. XII, n° 2, p. 146.

790. Des propriétaires privés, regroupés ou non en associations syndicales autorisées, peuvent d'autant plus facilement construire des canaux d'irrigation que le code rural prévoit des servitudes d'aqueduc (art. L. 152-14), d'appui (art. L. 152-17) ou d'écoulement (art. L. 152-20 et s.) pour les conduites d'irrigation. Il leur suffit, s'ils ne disposent pas de droits d'usage de la ressource souterraine, d'obtenir l'autorisation de prélèvement dans un cours d'eau. Lorsque l'initiative est publique et que le système est concédé par une collectivité publique, les servitudes prévues sont nettement plus importantes (art. L. 152-1 et s.).

791. CE, 5 juillet 2004, *SA Laprade énergie*, Leb. p. 294, AJDA, 2004, p. 2219, note Pierre Sablière ; CE, 16 janvier 2006, *M A*, req. 263010.

792. Pierre Nicolay, *Cours de droit administratif*, t. V, p. 62 et s., Eyrolles, 1976.

793. CE, Sect., 22 décembre 1950, *Terrien*, rec. p. 636 ; CE, Sect., 11 janvier 1946, *Société hydro-électrique de la vallée de Salles-la-Source*, rec. p. 8 et Sect., 18 février 1972, *Société hydroélectrique de la vallée de Salles-la-Source*, Leb. p. 154.

794. Pour une illustration récente de ce pouvoir sur le fondement de l'article L. 215-10 du code de l'environnement, voir CAA de Nancy, 2 mars 2009, *M^me^ Richard et M. Corbel*, req. n° 07NC00426, AJDA, 2009, p. 1062. En sens inverse, un préfet n'est pas tenu de modifier un arrêté d'autorisation d'un barrage ayant pour effet de faire baisser la cote d'eau d'un canal et de rendre impossible le fonctionnement d'un moulin fondé en titre dès lors que le propriétaire n'invoque que ce titre à l'appui de sa demande (CE, 12 novembre 2007, *SCI Azimut*, req. 280658). Voir aussi Sylvain Gauché, *Le Juge administratif et la survivance du droit féodal : l'exemple des moulins*, AJDA, 2009, p. 1141.

795. CE, 23 mars 1870, *Chalret-Durieu*, rec. p. 328 ; CE, 3 juin 1881, *Pissevin*, rec. p. 596 ; CE, 19 mars 1937, *Cabrol*, rec. p. 369 ; CE, 9 juin 1937, *Sieur Loury*, rec. p. 575 ; CE, 14 février 1958, *Bonnard et Castelnau*, rec. p. 908.

796. CE, 6 juillet 1928, *Ollagnier*, rec. p. 865 ; CE, 5 novembre 1948, *Garnier*, rec. p. 412 ; CE, 16 mars 1960, *Guignard*, rec. t. p. 1005 ; CE, 30 janvier 1963, *Commune de Plancoët*, rec. t. p. 897 ; CE, 13 janvier 1988, *Syndicat national de la production autonome d'électricité*, Leb. t. p. 739.

797. Cet article permet de modifier ou de retirer, sans porter atteinte à des droits acquis et sans indemnité, une autorisation de prise d'eau accordée pour l'exploitation d'une centrale électrique pour des motifs tirés de la protection de la nature, qui est l'un des aspects de la salubrité publique (CE, 13 janvier 1988, *Syndicat national de la production autonome d'électricité*, Leb. t. p. 799). Les articles 107 et 109 du code rural figurent aujourd'hui au code de l'environnement (art. L. 215-10). Un décret qui ajoute un cas de retrait d'autorisation sans indemnité est illégal, l'article 34 de la Constitution réservant à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales (CE, 7 décembre 1962, *Association Les forces motrices autonomes*, rec. p. 664). Le décret du 30 mars 1993 ayant en outre prévu la possibilité de révoquer sans indemnisation un établissement fondé en titre qui ne serait pas entretenu pendant au moins vingt ans décomptés à partir du 30 mars 1993, date d'entrée en vigueur de ce décret, l'administration dispose avec ce texte d'un moyen complémentaire pour ne pas laisser se pérenniser des droits non utilisés. Encore faut-il pouvoir constater et établir cette absence d'entretien.

798. CE, 16 janvier 2006, *M A*, req. 263010 ; CE, 7 février 2007, *M. et M^me^ Sable*, req. n° 280373, Leb. t. p. 893.

799. Le nombre des établissements fondés en titre n'est pas connu. L'agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse en recense en moyenne trente-cinq par département avec de fortes variations d'un département à l'autre.

800. La loi n'a en revanche pas retenu un amendement de mise en cohérence qui consistait à classer les ravines, à l'origine de fréquentes crues, dans le domaine public fluvial.

801. Un préfet ne peut pas à l'occasion de la délivrance d'un récépissé de déclaration au titre de la législation de l'eau (cf. 2.5.3.2.1.) imposer une prescription ayant pour objet d'assujettir un plan d'eau à l'ensemble de la réglementation sur la pêche en eau douce alors que les conditions d'application de celle-ci sont définies par le code rural, que son respect est assuré par un contrôle *a posteriori* assorti de sanctions propres (cf. 2.5.3.2.4.) et que ses finalités excèdent celles définies par l'article 2 de la loi du 3 janvier 1992 (CAA de Lyon, 4 mai 2000, *Tosoni*, Leb. t. p. 833).

802. Les articles L. 1311-1 et L. 1311-2 du code de la santé publique prévoient que des décrets en Conseil d'État fixent les règles générales applicables dans ces cinq domaines, règles générales qui peuvent à leur tour être complétées dans le département par des arrêtés préfectoraux et dans la commune par des arrêtés du maire ayant pour objet d'édicter des dispositions particulières en

vue d'assurer la protection de la santé publique. En cas d'urgence, une exécution immédiate des mesures peut être ordonnée par le préfet. Consulté sur la portée de ces articles (anciens art. L. 1 et L. 2 du code de la santé publique), le Conseil d'État a estimé que les maires pouvaient en faire usage, alors même que les décrets en Conseil d'État ne seraient pas survenus, et que les préfets pouvaient également intervenir à cette fin (avis des sections sociale et de l'intérieur réunies du 8 novembre 1988, n° 344.703). Le contrôle des règles édictées par les maires au titre de l'article L. 1311-2 relève des services communaux d'hygiène et de santé et non pas des services de l'État.

803. Lorsqu'un maire intervient pour faire ouvrir par le permissionnaire en cas de dépassement du niveau légal de la retenue les vannes d'un barrage conformément à l'arrêté d'autorisation, il engage la responsabilité de l'État et non celle de la commune (CE, 10 février 1997, *Julien*, Leb. t. p. 834). Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur les décisions que prend le préfet relativement à l'entretien de la centrale par l'exploitant (CE, 7 décembre 1998, *SARL Hydroélectrique Menges*, Leb. t. p. 929).

804. En particulier, la police des eaux appartient au préfet et non pas au maire sur les cours d'eau non domaniaux (CE, 12 décembre 1956, *Commune de Villeneuve-Loubet*, rec. p. 474) et sur les ruisseaux (CE, 6 mars 1935, *Syndicat agricole de Cruas*, rec. p. 288 ; CE, 17 août 1945, *de Kérouartz*, rec. p. 180). Ce pouvoir de police, susceptible de s'exercer y compris à l'encontre de propriétaires d'un bras de rivière, est destiné à assurer le maintien du volume d'eau disponible dans le cours d'eau et à lutter contre tout ce qui y fait obstacle. Le préfet est donc seul compétent pour autoriser tous les ouvrages susceptibles d'affecter le libre écoulement des eaux (CE, 8 mars 1957, *Consorts Biard*, rec. t. p. 912 ; CE, 8 juillet 1964, *Époux Rozier-Mandeville*, rec. p. 388). Par extension, elle permet aussi au préfet de lutter de nos jours contre la pollution en réglant dans un but de salubrité le débit et le niveau des eaux (CE, 10 octobre 1962, *Consorts Gloria*, rec. p. 522), de prescrire des mesures de curage du cours d'eau et de ses dépendances chaque fois que nécessaire pour assurer le libre écoulement des eaux (CE, 3 avril 1957, *Sieur Gabert*, rec. p. 234), d'assortir les autorisations délivrées de prescriptions complémentaires (CE, 12 février 1936, *Boussioux*, rec. p. 189) ou de les modifier, le juge administratif exerçant un contrôle normal sur leur caractère approprié (CE, 17 novembre 1978, *Ministre de l'Agriculture c/ Grieser*, Leb. p. 446 ; CE, 28 mai 1984, *Mariotte*, Leb. t. p. 624). Le préfet est aussi chargé à ce titre de répartir les eaux d'irrigation conformément aux règlements et usages locaux (CE, 10 février 1933, *Syndicat des Ambègues de Saint-Féliu-d'Avall et Dabadie*, rec. p. 190) et de faire face aux situations de sécheresse (CE, 10 mai 1950, *Moutin*, rec. p. 274). Les fautes commises dans l'exercice de cette police engagent donc la responsabilité de l'État et non pas celle de la commune (CE, 11 mai 1960, *Commune du Teil*, rec. p. 306). Le préfet est également habilité sur le fondement du décret n° 68-134 modifié du 9 février 1968 à ordonner la fermeture périodique des campings en zone submersible durant les périodes traditionnelles de crue des cours d'eau à proximité desquels ils sont situés (CE, 18 mai 1998, *SARL River caravaning et autres*, t. p. 196).

805. Le maire est en revanche compétent pour exercer la police de la salubrité sur les eaux qui ne présentent pas le caractère de cours d'eau non domaniaux, par exemple sur une ravine qui n'est alimentée par aucune source et reçoit seulement par intermittence des eaux pluviales (CE, Sect., 22 février 1980, *Ministre de l'Environnement c/ Pourfillet et autre*, Leb. p. 101) ou sur un plan d'eau privé ouvert au public (CE, Sect., 28 novembre 1980, *Commune d'Ardres*, Leb. p. 449). Il est également compétent pour ordonner la fermeture d'une microcentrale hydroélectrique en cas de risque d'effondrement de cette centrale (CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, req. 296458). Il peut également, en cas de péril imminent (CE, 22 janvier 1965, *Consorts Alix*, rec. p. 44), se substituer au préfet pour faire cesser la pollution d'une source par une installation classée (CE, 14 décembre 1981, *Commune de Montmorot*, Leb. t. p. 639) ou par une exploitation agricole (CE, 2 décembre 2009, *Commune de Rachecourt-sur-Marne*, req. 309684). Cette dernière décision reflète une conception plus large de la notion de péril imminent.

806. Pour une procédure coordonnée au titre de la mise en exploitation des carrières et de la loi sur l'eau voir CE, 22 avril 1998, *SARL Les graviers langonnais*, Leb. p. 150. L'existence d'une procédure d'instruction coordonnée n'a en revanche pas pour objet ou pour effet de fusionner les procédures (CE, 20 novembre 1989, *Syndicats des marins-pêcheurs et autres*, Leb. t. p. 803).

807. Un préfet peut ainsi interdire l'arrosage au titre de la police sur l'eau mais un maire le peut aussi au titre de la police de la salubrité prévue par l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales (CE, 23 septembre 1991, *Commune de Narbonne*, Leb. t. p. 803).

808. Par exemple, l'autorisation accordée au titre de la loi du 19 juillet 1976 en vue de l'exploitation d'un élevage piscicole ne dispense pas son titulaire qui entend créer un enclos de rechercher l'autorisation prévue par l'article 427 du code rural, attribuée selon des critères différents et

qui a pour effet de soustraire les eaux encloses à l'application des dispositions relatives à la police de la pêche (CE, 23 février 1983, *Ministre de l'Environnement c/ Parc et autres*, Leb. p. 79). Ou encore, la construction d'un barrage écrêteur de crues par un district est soumise aux dispositions des articles L. 214-1 et s. du code de l'environnement et des articles L. 151-36 et s. du code rural. Le principe de l'indépendance des législations a pour conséquence qu'un dossier d'enquête publique d'une autoroute n'a pas à comporter l'étude d'impact spécifiquement exigée par la législation sur l'eau, la DUP ne dispensant pas le maître d'ouvrage d'obtenir avant le commencement des travaux les autorisations ou de souscrire les déclarations requises par la loi du 3 janvier 1992 (CE, 10 mai 1996, *Comité de défense des habitants menacés par l'A 83 et autres*, Leb. t. p. 884). Mais si le document exigé par le décret du 29 mars 1993 et précisant les incidences du projet sur le milieu aquatique n'a pas à présenter les caractéristiques d'une étude d'impact définies par le décret du 12 octobre 1977 (CE, 3 octobre 1997, *Association Picardie-Nature*, Leb. t. p. 825 ; CE, 29 avril 1998, *Association Val-d'Oise Environnement*, Leb. t. p. 915), il doit néanmoins indiquer tous les éléments de nature à permettre d'apprécier les conséquences de l'opération envisagée sur le milieu aquatique au regard des intérêts protégés par l'article 2 de la loi du 3 janvier 1992 (CAA de Lyon, 3 février 1998, *Préfet de l'Ain et Société des autoroutes Paris Rhin Rhône*, Leb. t. p. 915). Dans le même ordre d'idées, l'enquête préalable à une DUP fait l'objet d'une réglementation distincte de celle applicable en matière d'enquête prescrite par le code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure (CE, 13 février 1981, *Association pour la protection de l'eau et des ressources naturelles du bassin inférieur du Doubs et autres*, Leb. p. 88).

809. Interrogé sur la portée de l'article 1er du décret du 23 février 1973 pris sur le fondement de la loi du 16 décembre 1964 soumettant à autorisation tout déversement et tout fait susceptibles d'altérer la qualité des eaux superficielles ou souterraines et des eaux de mer dans les limites territoriales, le Conseil d'État a répondu que relevaient de son champ d'application toutes les mesures contenant des autorisations explicites de déversement même si ce n'était pas leur objet exclusif ou principal, notamment les décisions prises au titre de la police des eaux et de la police des entreprises lorsqu'elles comportent des dispositions concernant l'évacuation des eaux (art. 25 et 63 du code du domaine public fluvial pour les eaux domaniales ; art. 103, 106 et 112 du code rural pour les eaux non domaniales ; décret du 8 août 1935 pour les eaux souterraines). Entrent également dans ce champ d'application les décisions prises sur le fondement de textes relatifs à l'autorisation ou à la concession d'entreprises qui, s'ils n'ont pas pour objet d'assurer la protection des eaux, comportent des dispositions explicites concernant l'évacuation des eaux usées. Les textes qui ont pu donner lieu de façon incidente à de telles autorisations sont notamment la loi modifiée du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, le décret du 1er avril 1939 instaurant une procédure d'urgence pour l'instruction des demandes de construction de dépôts d'hydrocarbures et la loi du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives (avis de la section des travaux publics du 27 avril 1976, no 316.988).

810. Interrogé sur les conséquences à tirer du durcissement par la loi du 2 janvier 1970 du régime des carrières (art. 105 et 106 du code minier) lorsque le gîte est situé dans un cours d'eau, c'est-à-dire sur les rapports entre le droit minier et le droit de l'eau, le Conseil d'État a estimé que les dispositions du code minier s'appliquaient au cours d'eau non domaniaux nonobstant l'article 98 du code rural qui attribue le droit de prendre des matériaux dans le lit du cours d'eau à chaque riverain dans la partie du lit qui lui appartient et l'article 103 du même code qui confère à l'autorité détentrice de la police du cours d'eau le pouvoir d'interdire au besoin l'extraction des matériaux du lit du cours d'eau. Elles s'appliquent aussi aux cours d'eau domaniaux, nonobstant les textes réglementaires relatifs à l'administration du domaine public de l'État, notamment à son occupation temporaire et au stationnement sur ses dépendances. En revanche, les articles 105 et s. du code minier ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à la conservation des cours d'eau et à la gestion du domaine public de l'État. Les auteurs de la loi du 2 janvier 1970 ayant entendu subordonner de manière plus stricte la mise en exploitation des carrières, désormais soumise à autorisation, au respect des règles édictées dans l'intérêt général, tout en écartant les inconvénients qui résultent de la diversité et de la superposition de ces règles, il convient que, pour satisfaire à la volonté du législateur, les textes d'application des articles 105 et s. du code minier règlent l'instruction des autorisations de mise en exploitation des carrières de manière à provoquer, une fois la demande formée auprès du préfet, toutes décisions utiles des diverses autorités compétentes, chaque fois que, eu égard à la situation du gîte, l'autorisation de mise en exploitation est subordonnée à l'intervention préalable de telles décisions (avis de la section des travaux publics du 17 septembre 1970, no 305.109).

811. Interrogé sur l'interprétation de décrets survenus en 1930 et régissant la police et la surveillance des sources minérales, le Conseil d'État écrivait, après avoir indiqué que les dispositions dont il était saisi ne devaient pas donner lieu dans leur application à des difficultés d'interprétation :

«*Il est bien certain toutefois que ces dispositions fragmentées en de nombreux textes divers présenteraient beaucoup plus de clarté si elles étaient réunies dans un texte unique et cohérent. La section de l'intérieur ne peut qu'appeler à nouveau et comme suite à la note du Conseil d'État du 27 mars 1930, l'attention […] sur la nécessité urgente de cette codification par la voie législative* » (avis de la section de l'intérieur du 21 juillet 1930, nº 201.597).

812. De nombreux forages agricoles, soumis à simple déclaration, ne sont pas déclarés. Un rapport parlementaire (Gérard Miquel, *Rapport nº 2152 sur la qualité de l'eau et de l'assainissement en France*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 18 mars 2003) mentionne qu'à la fin des années 1980 85 % des 700 forages recensés dans le département de l'Hérault n'étaient pas déclarés. Une étude portant sur la région Languedoc-Roussillon indique que 4 500 forages sont réalisés chaque année tous usages confondus mais que 5 à 10 % seulement sont déclarés (Marielle Montginoul et Jean-Daniel Rinaudo, *Quels instruments pour gérer les prélèvements en eau souterraine ? Le cas du Roussillon*, CEMAGREF, UMR G-Eau, Montpellier). Cette étude insiste sur l'insuffisance des ressources affectées par l'État à la police de l'eau et sur le manque de sensibilisation des acteurs : après campagne de sensibilisation, le taux de déclaration augmente temporairement de 25 à 50 % et semble revenir au niveau antérieur après deux ans. Une enquête de terrain effectuée auprès de 76 agriculteurs indique que si 87 % d'entre eux déclarent disposer d'un ou plusieurs forages et si plus de 50 % d'entre eux affirment avoir déclaré leurs forages en activité, la vérification auprès de la direction départementale de l'agriculture montre que seulement 27 % des exploitants ont déclaré tous leurs forages. Autre manière de présenter les choses, les forages déclarés ne représentent que 40 % des forages en exploitation identifiés alors que 63 % auraient été déclarés selon les exploitants. Les résultats d'une autre enquête diligentée début 2008 conduisent à des conclusions analogues. Dans le département des Pyrénées-Orientales, une procédure de déclaration simplifiée des points de prélèvement a été mise en place depuis 2003 : sur les 2 à 3 000 forages estimés, seuls 600 à 700 ont été déclarés ; et les déclarations des agriculteurs ne portent que sur les forages superficiels, car s'ils déclaraient ceux qui sont effectués en nappe profonde la direction départementale de l'agriculture les obligerait à les reboucher (*Un point sur les modalités d'application de l'article 21*, CEMAGREF, octobre 2008).

813. La protection de ces zones a été renforcée par la loi du 30 décembre 2006. Leur inventaire et leur délimitation sont en cours sous l'égide de l'ONEMA et devraient être achevés en 2012. Les déclarations de destruction sont couvertes par l'article R. 214-1 du code de l'environnement (rubrique 3150 de la nomenclature IOTA) et les destructions des frayères réprimées par la législation sur la pêche (art. L. 432-3 du même code).

814. Ce pouvoir ne peut être mis en œuvre qu'en cas d'incompatibilité avec le SDAGE ou le SAGE ou d'atteinte grave aux intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement.

815. Police de l'eau, rapport d'activité 2008, MEDDAT, 2009.

816. Il s'agit en particulier des risques de pollution ou d'infiltration découlant de leur médiocre exécution (mise en contact de nappes jusque-là isolées…) ou de leur abandon sans rebouchage. Aucune administration n'assure le suivi des captages abandonnés, de plus en plus nombreux. Le rapport d'information nº 215 du Sénat présenté par Gérard Miquel (cf. note 812) a donc suggéré de faire réaliser – comme c'est le cas en Australie ou dans certains des États unis d'Amérique – les forages par des entreprises certifiées ou agréées, qui conserveraient les plans des forages effectués, et d'instaurer une obligation de rebouchage en cas d'interruption de leur utilisation, ce rebouchage devant également être effectué par une entreprise agréée. L'agrément serait délivré sous une double condition tenant à la nature de l'équipement et au niveau de formation. L'entreprise ne pourrait pas entamer le chantier sans avoir déclaré aux services compétents la localisation et les caractéristiques du forage. **Le Conseil d'État recommande donc que les deux décrets à l'étude depuis quelque temps sur la profession de foreur et les obligations qui y sont attachées interviennent sans tarder. Ils devraient également traiter des forages géothermiques, car leur multiplication accroît le risque de diffusion de produits antigel, très toxiques, dans les nappes phréatiques.**

817. Le taux de contrôle des irrigants par les services de l'Agriculture est très inférieur aux 5 %, considérés comme le minimum de la dissuasion, dans cette région sensible où prévaut un système contractuel de gestion des eaux.

818. L'installation de cet équipement est à leur charge (TA Montpellier, 21 septembre 2006, *RJE*, 2007.362).

819. Le taux d'équipement en compteurs des autres agriculteurs reste mal connu. Certains affirment qu'il augmente, notamment du fait que le versement des subventions agro-environnementales au titre de la PAC est subordonné à la détention d'un compteur.

820. Jean-François Théry notait déjà en 1969, dans un contexte il est vrai différent, en conclusion de son article (cf. note 782) : « *[…] Le foisonnement des textes répressifs n'atteint pas à l'efficacité, que ne facilite guère la disparité des régimes juridiques et la diversité des administrations chargées de les mettre en œuvre. Car il est trop visible que cette réglementation manque d'efficacité. La technique du règlement d'eau n'ajoute pas une goutte d'eau dans les rivières, et l'interdiction de la pollution est une illusion généreuse.* »

821. Le nombre des inspecteurs des installations classées est passé de 750 agents en 1998 à plus de 1 300 en 2004 pour 450 000 installations soumises à déclaration et 64 600 établissements comportant au moins une installation soumise à autorisation, dont 23 500 élevages.

822. L'ONCFS avait ainsi en 2003 1 181 agents habilités pour la police de la pêche (dont 1 070 en brigades départementales et 111 en brigades mobiles) et 117 pour la police de l'eau. Pour le Conseil supérieur de la pêche, la ventilation était de 536 pour la police de l'eau et de 669 pour la police de la pêche. La direction de l'eau estime aujourd'hui à 900 le nombre d'agents de l'ONEMA se consacrant à la police de l'eau.

823. Rendant compte de l'efficacité des mesures prises en 2005 au titre du décret sécheresse, l'inspection générale de l'environnement (*Mise en œuvre du décret sécheresse. Audit des mesures prises*, 13 avril 2006, p. 66) note par exemple à ce sujet : « *Dans le département de Lot-et-Garonne, à la demande du préfet les contrôles donnent lieu à avertissement lorsque le non-respect de l'arrêté préfectoral est constaté. Un second contrôle est ensuite assuré par le CSP – débouchant sur un procès-verbal en cas d'infraction persistante. En 2005, quatre avertissements ont été délivrés sur le département. Aucun procès-verbal n'a été par la suite dressé. Ceci traduit soit un très grand respect des arrêtés préfectoraux intervenu après une concertation approfondie avec les irrigants, soit une faible pression de contrôle.* » Mais des procès-verbaux ont été dressés dans d'autres départements : sur un total national non exhaustif de 521, 115 en Charente-Maritime, 87 dans les Deux-Sèvres, 73 en Vendée, 26 dans le Gard, 25 dans la Vienne et en Charente… Ils concernent l'irrigation ou l'arrosage interdits, le remplissage de plans d'eau ou de mares de tonne de chasse, des pompages… Plusieurs infractions concernent des collectivités territoriales. Mais les sanctions finales apparaissent modérées.

824. Indépendamment de toute sanction, une autorisation peut toujours être supprimée sans indemnité (CE, 13 décembre 1972, *Société Malteries franco-belges*, p. 806 pour une usine autorisée par décret et dont la suppression, sans indemnité en vertu de l'article 26 du code de la navigation fluviale, résultait de la réalisation d'un programme de lutte contre les inondations).

825. Pour 25 000 visites annuelles d'inspection sur site au début des années 2000, le taux de prescriptions complémentaires par arrêté ressort à 15 %, celui des arrêtés de mise en demeure à 12 %, celui des arrêtés de consignation à 1,5 %, celui des suspensions d'activité à 0,6 % et des fermetures d'activité à 0,2 %. Point intéressant à relever, le rapport des cinq inspections note aussi qu'en matière d'élevage le traitement des dossiers de déclaration et d'autorisation a pris beaucoup de retard dans les régions d'élevage intensif comme la Bretagne et que le contrôle y était pratiquement inexistant. Si des renforts ont été alloués, peu d'infractions sont encore relevées, car « *le principe retenu est de commencer par informer l'exploitant de ses obligations, puis de l'avertir, puis de le mettre en demeure, et enfin de le verbaliser* ».

826. Les préfets sont par exemple tenus de mettre en demeure les propriétaires d'ouvrages qui ne se sont pas mis en conformité dans le délai de trois ans avec les obligations de déclaration ou d'autorisation prévues par l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992 (CAA de Paris, 27 mai 1999, *Hagstotz*, t. p. 796). Il arrive également au Conseil d'État d'enjoindre à un préfet de mettre en demeure dans un délai bref un propriétaire, qui n'a pas déclaré son ouvrage (cf. 2.5.3.2.1.), de régulariser sa situation au regard du régime de police de l'eau (CE, 12 mars 2007, *Ministre de l'Écologie c/ M. et M^me^ Durand*, req. 294421, t. p. 863).

827. Ce pouvoir du juge de plein contentieux permet aussi, avec le décalage entre le procès-verbal et la date du jugement, de mieux constater les atteintes à l'environnement et de mieux calibrer les prescriptions complémentaires.

828. Pour une illustration de ce type de critique, voir *La Lettre eau*, septembre 2008, n° 44 au sujet des périmètres de protection des captages. Et les décisions successivement rendues aux deux stades de la procédure (TA Dijon, 23 mai 2006, *Association « Eau et rivières de Bourgogne »*, req. n° 0500568 ; CAA Lyon, 17 juin 2008, *Association « Eau et rivières de Bourgogne »*, req. n° 06LY01475 qui annule le refus du préfet d'enjoindre à un syndicat, alors qu'il était en situation de compétence liée selon l'article L. 1324-1 A du code de la santé publique, de déposer un dossier en vue de l'établissement de périmètres de protection et qui enjoint au préfet de mettre en demeure sous un mois le syndicat de déposer ce dossier).

829. Les articles L. 211-5 et L. 216-1 du code de l'environnement prévoient que le préfet peut prescrire à l'exploitant ou au propriétaire d'une installation ou d'un ouvrage de prendre toutes les mesures permettant, en cas d'incident ou d'accident, de circonscrire la gravité de celui-ci ou de mettre fin au dommage qui en résulte et peut même, en cas de nécessité, et en l'absence de toute autre solution, prescrire la suppression de l'installation ou de l'ouvrage qui est à l'origine de l'incident ou de l'accident. Mais la création d'un étang ne constituant pas en elle-même un incident ou accident présentant un danger pour la sécurité civile et justifiant la mise en œuvre des pouvoirs prévus par l'article L. 211-5 du code de l'environnement, le préfet ne pouvait pas faire usage des pouvoirs que lui confère l'article L. 216-1 du même code pour assurer le respect des dispositions de cet article, dont les conditions de mise en œuvre ne sont pas réunies (CE, 12 mars 2007, *Ministre de l'écologie c/ M. et Mme Durand*, Leb. t. p. 863 ; voir aussi dans le même sens CE, 31 mars 2004, *Herrmann*, t. p. 777). De manière générale, la jurisprudence interprète largement les articles L. 211-1, L. 211-4 et L. 211-5 de ce code, en permettant au préfet d'imposer de nouvelles prescriptions pour tenir compte de l'évolution de la situation depuis que l'autorisation a été accordée mais aussi pour améliorer cette situation pourvu que, dans ce dernier cas, les prescriptions nouvelles ne soulèvent pas de difficultés sérieuses d'exécution d'ordre matériel ou économique (CE, 10 janvier 2005, *SCI du golf du parc de Nantilly*, Leb. p. 11). Le problème est que ces pouvoirs, similaires à ceux qui sont reconnus en matière d'installations classées (CE, 17 juillet 2009, *Société civile d'exploitation agricole de Henven*, req. n° 295078 qui confirme un refus d'autorisation d'élevage porcin industriel par une cour administrative d'appel au motif que celle-ci pouvait tenir compte des taux de nitrates déjà atteints dans deux rivières pour apprécier le caractère suffisant des prescriptions imposées à l'exploitant), ne sont pas utilisés par les préfets.

830. Le rapport note que la police, implantée dans les villes, intervient très peu en matière d'environnement, sauf pour le bruit, le trafic d'animaux ou de déchets et les pollutions industrielles. Il relève par ailleurs que le ministère de l'Intérieur (DCPJ) ne décompte pour sa part que 3 347 délits à l'environnement en 2003 (1 398 pour la chasse et la pêche, relevés à hauteur de 1 311 par la gendarmerie et de 87 par la police, et 1 949 pour les atteintes à l'environnement, relevés à concurrence de 1 618 par la gendarmerie et de 331 par la police). Les chiffres donnés par la gendarmerie sont, pour ce qui concerne les délits, de 1 332 pour la pêche et de 978 pour la chasse.

831. Deux décrets du 17 juillet 2006 (décret n^{os} 2006-880 et 2006-881) dont les dispositions ont été codifiées (R. 122-5 et s. du code de l'environnement) ont actualisé la procédure (avec ou sans enquête publique) et modifié le tableau des installations, ouvrages, travaux ou activités (IOTA) soumis à déclaration ou à autorisation en fonction de certains seuils (longueur, surface, volume, débit, charge polluante…) et de rubriques (prélèvements, rejets, impacts sur le milieu aquatique ou la sécurité publique, impacts sur le milieu marin, IOTA relevant d'un autre régime d'autorisation mais valant autorisation au titre de la loi sur l'eau). Ils ont en particulier intégré dans cette nomenclature relative à la législation sur l'eau les rubriques de la loi « pêche », des installations classées pour la protection de l'environnement et du code minier. Ils modifient les décrets n° 93-742 et 93-743 du 29 mars 1993 pris en application de la loi du 3 janvier 1992 qui régissaient cette matière (procédure de déclaration et nomenclature des installations) et qui ont été eux-mêmes précisés par trois arrêtés du même jour définissant les prescriptions à respecter pour les différentes installations. En simplifiant, les règles sont les suivantes : tous les captages dédiés à l'usage domestique et tous les captages à usage professionnel dont le débit est inférieur à 40 m^3/h échappent à la réglementation ; les forages dont le débit est compris entre 8 et 80 m^3/h sont soumis à déclaration ; tous les forages dont le débit est supérieur à 80 m^3/h sont soumis à autorisation. En zone de sauvegarde de la ressource ou en zone de répartition des eaux (cf. note 436), tous les forages d'un débit supérieur à 8 m^3/h sont soumis à autorisation et tous les autres à déclaration.

832. Pour un exemple récent de cette posture, voir CE, Sect., 21 décembre 2007, *Groupement d'irrigation des prés de la forge et autres*, req. 280195, Leb. p. 543, RFDA, 2008, p. 541, concl. Mattias Guyomar, *AJDA*, 2009, p. 1120, actualité bibliographique qui critique la solution pour des considérations d'intelligibilité du droit. Dans cette affaire, le Conseil d'État a étendu à la police de l'eau la solution qu'il avait dégagée en matière de police des établissements classés : un recours gracieux ou hiérarchique ne préserve pas le délai de recours contentieux (avis de la section des travaux publics du 18 juin 1985, n° 337.421 ; CE, 19 mars 1993, *Ollitrault*, Leb. p. 78 ; CE, 16 novembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ SA Compagnie des bases lubrifiantes*, Leb. p. 411 ; CE, 3 décembre 2003, *M. Roels*, Leb. t. p. 905). La loi du 30 décembre 2006 (art. 10) et l'ordonnance du 11 juin 2009 (art. 10) ont repris à leur compte cette solution.

833. CE, 27 juin 2007, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières-TOS*, Leb. t. p. 961 ; CJCE, 6 novembre 2008, aff. C-381/07 sur l'incompatibilité avec le droit communautaire du régime déclaratif dans le cas des rejets d'activités piscicoles.

834. Cela pourrait conduire à harmoniser le calendrier ou la périodicité des programmes de mesure des agences de l'eau et les plans de contrôle des services de police.

835. Une affaire poursuivable est celle pour laquelle l'auteur est identifié et qui ne suscite aucun obstacle juridique à la poursuite (caractérisation insuffisante, non-imputabilité à la personne poursuivie, amnistie…).

836. La loi nº 84-512 du 29 juin 1984 a réorganisé la police de la pêche et introduit la faculté de transiger (art. 457 du code rural).

837. Ces chiffres, qui ne sont pas forcément représentatifs, sont tirés du rapport *Mise en œuvre du décret sécheresse. Audit des mesures prises* (inspection générale de l'environnement, 13 avril 2006, p. 78 et s.). Le rapport souligne, après d'autres, l'usage systématique de l'ordonnance pénale par plusieurs tribunaux. Mais plusieurs affaires se sont conclues par un rappel à la loi.

838. Dominique Guihal, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 2008.

839. De temps à autre, la loi durcit la répression : par exemple la loi du 30 décembre 2006 a qualifié de délit la destruction des frayères et permet aux tribunaux d'ordonner la remise en état du milieu aquatique.

840. Bien que sanctionnées par des amendes pénales, les contraventions de grande voirie ne sont pas, compte tenu de leur objet et de leur régime particulier, notamment des règles de procédure et de compétence applicables, des contraventions de police et n'entrent pas dans les catégories énumérées à l'article R. 25 du code pénal et n'ont pas le caractère de délit lorsque le taux de ces amendes dépasse celui fixé à l'article 466 du code pénal pour les amendes de police (avis de la section des travaux publics du 7 juillet 1983, nº 333.832).

841. C'est par exemple le cas pour les infractions aux arrêtés sécheresse pris par les préfets. La sanction pour dépassement du quota d'eau est fixée à 1 500 €. En Beauce, la facture d'eau pour un irrigant est en moyenne de 7 à 8 000 €.

842. Ce fondement est invoqué dans les nombreuses plaintes qui ont été déposées contre le préfet des Côtes-d'Armor suite à la prolifération des algues vertes sur le rivage et aux dangers qui en résultent pour les hommes et les animaux.

843. La jurisprudence de la Cour de cassation appliquait jusqu'à récemment la conception traditionnelle de la distinction entre acte réglementaire et décision individuelle (Cass. crim., 10 mai 2000, Bull. crim. nº 183). Dans un arrêt récent (Cass. crim., 30 octobre 2007, Bull. crim. 2007, nº 261, *Rev. Sc. Crim.* 2008, p. 75, note Yves Mayaud), elle semble avoir dépassé cette distinction en cassant un arrêt de cour d'appel pour n'avoir pas recherché « *si l'arrêté d'autorisation du 24 décembre 1996 ne se bornait pas à appliquer à l'installation, conformément à l'article 17 du décret du 21 septembre 1977 visé à la prévention, des prescriptions techniques, relatives, en particulier, aux émissions aériennes de plomb et de cadmium, fixées par des arrêtés ministériels à caractère réglementaire* ». Il renverse également la solution sur le terrain du lien de causalité en rappelant que l'article L. 223-1 n'exige pas que les fautes reprochées au prévenu soient la cause exclusive du danger.

844. Dominique Guihal et Patrick Thieffry, « L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement », *Gaz. Pal.*, 2009, nº 28-29, p. 11.

845. La directive mentionne à ce titre dans son article 2 près de 70 directives et règlements sectoriels (énumérés à l'annexe A), dont toutes les directives sur l'eau (cf. 1.2.2.2.), les trois principales directives adoptées sur la base du traité Euratom (annexe B) et toute loi ou réglementation d'un État membre ou toute décision d'une autorité compétente donnant effet à la législation communautaire.

846. CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C 176-03, rec. p. I-7879 et 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C 440-05, rec. p. I-9097 ; Henri Labayle, *L'Ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, CDE 2006, p. 379 ; Michel Petite et Wolfgang Bogensberger, « Du droit pénal communautaire : l'arrêt de principe du 13 septembre 2005 de la Cour de justice dans l'affaire C-176/03 », *Gaz. Pal.* du 13 avril 2006, p. 4.

847. Christophe Krolik, *Union européenne. Le Traité de Lisbonne et l'environnement*, REDE nº 2/2008, p. 171.

848. Selon la police, ce délai est immédiat, de 3 jours, de 5 jours ou indéterminé après la clôture de la constatation ou de l'enquête.

849. Par exemple, le délit de pollution de l'eau est réprimé par une amende pouvant atteindre 75 000 € alors que, commise dans un parc, la même infraction n'est passible que d'une amende maximale de 30 000 €.

850. Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, p. 182, La Documentation française.

851. Cette ordonnance ayant été contestée devant lui, le Conseil d'État a précisé à cette occasion les conditions dans lesquelles pouvait être créé un nouveau régime de transaction pénale et annulé un de ses articles qui ne répondait pas aux exigences constitutionnelles (CE, Ass., 7 juillet 2006, *France nature environnement*, Leb. p. 328).

852. Cette législation nouvelle devrait conduire le juge à se montrer plus ouvert quant au champ du préjudice indemnisable. Dans l'état antérieur de la législation, le juge acceptait d'indemniser les associations de pêche pour les frais d'alevinage et de réalevinage des cours d'eau pollués et pour la perte d'adhérents mais pas pour la perte de richesse biologique qui n'ouvrait pas par elle-même droit à réparation (CE, 12 juillet 1969, *Ville de Saint-Quentin*, Leb. p. 383-385).

853. TA de Rennes, 25 octobre 2007, *Associations « Halte aux marées vertes », « Sauvegarde du Trégor », « Eaux et rivières de Bretagne » et « De la source à la mer »*, AJDA, 2008, p. 470, concl. Dominique Rémy. La condamnation pour double carence fautive de l'État a été aggravée par la cour administrative d'appel de Nantes (*AJDA*, 2009, p. 2260). Dans une affaire précédente, le tribunal administratif de Rennes avait déjà indemnisé le préjudice moral et d'image subi par un distributeur d'eau potable du fait de sa condamnation par le TGI de Guingamp (TA de Rennes, 2 mai 2001, *Soc. Suez Lyonnaise des eaux*, req. 97182, AJDA, 2001, p. 593, concl. Jean-François Coënt, JCP 2002. II. 10066, note Florence Nicoud, *RDSS* 2001.472, obs. Jean-Simon Cayla).

854. CAA de Lyon, 23 avril 2009, *Association « Club mouche saumon Allier », association agréée interdépartementale des pêcheurs professionnels du bassin de la Loire et des cours d'eau bretons*, req. n° 07LY02634, AJDA, 2009, p. 1429, note Camille Vinet.

855. Voir par exemple sur le naufrage de l'*Erika*, tribunal correctionnel de Paris, 11e ch., 16 janvier 2008, n° 9934895010, *AJDA*, 2008, p. 934, note Agathe Van Lang. L'évaluation du préjudice écologique est toutefois délicate, qu'il s'agisse de celui qui est invoqué par les collectivités territoriales ou par les associations agréées. La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement le 30 mars 2010 en indemnisant plus largement que les premiers juges le préjudice écologique subi par les associations et par les collectivités territoriales.

856. Le Conseil d'État vient de confirmer un arrêt de cour administrative d'appel qui avait annulé un jugement de tribunal administratif accordant une indemnisation à une association agréée de pêche au titre de la pollution d'une rivière occasionnée en aval d'une station d'épuration par des rejets d'origine industrielle et l'insuffisante capacité de traitement de la station. Le Conseil d'État a confirmé l'arrêt au motif, d'une part, que l'association, qui n'avait pas encore réalisé les travaux de dépollution de la rivière, ne tenait ni du code de l'environnement, ni d'aucune circonstance propre à l'espèce, *l'obligation* de procéder à de tels travaux, alors même que son objet social était de veiller au bon état des eaux et que, d'autre part, le préjudice allégué par elle en matière d'alevinage ne présentait qu'un caractère éventuel (CE, 13 novembre 2009, *Association agréée de pêche et de protection du milieu aquatique « La sauvegarde de la Moine »*, req. 310038, AJDA, 2009, p. 2141).

857. Céline Bigot, *Le droit à l'eau en droit international et en droit communautaire. Contribution à l'étude d'un droit de l'homme et des générations futures en émergence*, thèse présentée le 11 décembre 2006 à l'université de Paris-X Nanterre. Voir aussi Houria Tazi Sadeq, *Du droit de l'eau au droit à l'eau*, UNESCO, 2006.

858. Voir par exemple le rapport présenté par El Hadji Guissé, rapporteur spécial de la sous-commission sur la promotion de la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement (E/CN. 4/Sub. 2/2002/10).

859. Communiqué de presse SG/SM/7738 du secrétaire général à l'occasion de la Journée mondiale de l'eau le 12 mars 2001.

860. Cette crainte apparaît peu fondée, car l'affirmation d'un droit individuel à l'eau n'aurait en elle-même aucune incidence sur les droits dont sont titulaires les États sur leurs ressources naturelles (cf. 1.2.1.) ou sur les traités internationaux en vigueur relatifs au partage de la ressource.

861. Pour clarifier cette question, le conseil des droits de l'homme des Nations unies a désigné en mars 2008 (résolution 7/22) un expert chargé d'animer sur une période de trois ans une consultation publique sur les obligations en matière de droits de l'homme concernant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Les premiers travaux, commencés en novembre 2008, portent sur l'assainissement. S'ils font apparaître qu'il n'y a pas de référence au droit à l'assainissement dans les conventions des Nations unies à vocation universelle, ce qui explique sans doute la prudence de l'UNESCO dans ce domaine, des entités régionales ou des pays l'ont reconnu. Selon cet expert, Mme Catarina de Albuquerque, le droit à l'assainissement touche néanmoins à la dignité de la personne, au droit à la santé, au droit à l'éducation, aux droits des femmes, etc. Sa contribution

« *Water and sanitation as human rights* », publiée à la suite de ce texte, dresse un panorama de l'état du droit et plaide en faveur de l'existence d'un droit autonome à l'eau potable et à l'assainissement, élément du droit à un niveau de vie convenable.

862. La convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles signée à Alger en 1968 et le Protocole additionnel de San Salvador à la convention américaine sur les droits de l'homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels le reconnaissent.

863. John Scanlon, Angela Cassar et Noemi Nemes, *Water as a Human Right ?*, paper presented at the 7th International Conference on Environmental Law, São Paulo, 2-5 juin 2003 ; *The Right to Water*, World Health Organization, Genève, 2003.

864. E/C. 12/2002/11 du 20 janvier 2003.

865. Consultée sur ce point avant les travaux de la 6e session en septembre 2007, la CNCDH a adopté le 20 septembre 2007 un avis sur le droit à l'eau et à l'assainissement dans lequel elle souhaite que le conseil « *adopte une résolution par laquelle l'accès à l'eau potable et à l'assainissement serait reconnu comme un droit fondamental bénéficiant, au niveau international, de la même protection que les autres droits indispensables à la mise en œuvre du "droit à un niveau de vie suffisant" (art. 25 DUDH)* ». Dans cet avis, elle se déclare « *convaincue que le droit à l'eau est indispensable à l'exercice du droit à la dignité, du droit à la santé, qu'il fait partie des droits protégés* » par le Pacte de 1966 relatif aux droits économiques et sociaux, notamment aux articles 11 et 12.

866. Document A : HRC/6/3 du 16 août 2007.

867. L'approvisionnement en eau est un sujet qui touche prioritairement aux droits des femmes. En effet, dans la plupart des sociétés, il leur revient d'aller chercher l'eau et de la rapporter. En Afrique, il n'est pas rare que la « corvée » d'eau prenne plus de deux heures, en fonction de la distance à la source. D'où l'importance de la fixation, évoquée ci-après, d'une distance maximale à la source lorsque est évoqué un éventuel droit à l'eau.

868. Ces normes sont inspirées par l'OMS (*Directives de qualité pour l'eau de boisson*, 2e éd., vol. I à III, Genève 1993).

869. En droit, il est difficile de raisonner autrement que par référence à des besoins humains ou usages essentiels ou incompressibles qui peuvent être appréhendés de manière fonctionnelle. Le débat s'est donc cristallisé sur la détermination de ce niveau incompressible, qui n'est toutefois pas indépendant du climat.

870. Jamie Bartram et Guy Howard, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, OMS, 2002.

871. Peter Gleick, « Basic water requirement for human activities : meeting basic needs », *Water International 21*, 1996, p. 83 et « The human right to water », *Water policy*, 1999 1 (5), p. 487.

872. Cela n'empêche pas les législations nationales de prévoir des dispositifs pour faciliter ce branchement, en particulier celui des plus défavorisés. Une autre difficulté concerne le branchement des habitations situées dans les quartiers d'habitat informel, situation touchant un milliard de personnes. Certaines législations nationales, comme celle du Maroc, ont levé l'interdiction de brancher des habitations édifiées sans aucun titre de propriété (Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 161).

873. La consommation d'eau et la distance au point d'eau sont étroitement corrélées : la consommation d'un ménage tombe au-dessous de 10 l par jour quand cette distance est supérieure à 1 km du domicile mais double en cas de proximité entre eux. C'est finalement le raccordement du domicile lui-même qui provoque l'augmentation de la consommation la plus forte. La dissociation entre le droit d'accès à l'eau et l'organisation de la gestion des réseaux pour que cette eau soit amenée à une fontaine publique proche du domicile ou au domicile lui-même des intéressés fait que ce droit reste largement théorique.

874. Conseil d'État, *Droit au logement, droit du logement*, rapport public 2009, p. 27 et s. pour le droit à un logement suffisant – qui inclut son alimentation en eau potable – en vertu de l'article 11 alinéa premier du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et p. 29 pour le droit à un logement d'un niveau suffisant – qui comporte l'alimentation en eau et des installations sanitaires – en vertu de l'article 31 de la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe.

875. Dans son rapport *La Prise en charge des dettes d'eau des usagers démunis en France*, avril 2008, Académie de l'eau, p. 27 et s., Henri Smets indique que la consommation d'eau représente 4,8 % du revenu du premier centile et 2,7 % pour les 5 % les plus pauvres. Son rapport chiffre également le nombre des bénéficiaires potentiels d'une tarification sociale (p. 46 et s.) : 100 000 ménages sur le 1,16 million de ménages ayant les revenus les plus faibles. Il retrace également

l'historique des différentes propositions à ce sujet (p. 100 et s.), notant que l'Assemblée nationale les a écartées en 2001 et 2006.

876. Maurice Bernard, « Contribution de l'APD à l'atteinte des objectifs du Millénaire pour l'accès à l'eau potable et à l'assainissement », *La Revue politique et parlementaire*, nº 1043, avril-juin 2007.

877. AFD, rapport du conseil de surveillance, cadre d'intervention sectoriel 2007-2009 eau. L'eau représente 20 % des engagements de l'AFD.

878. On peut citer à ce titre le programme solidarité-eau (ps-Eau) qui promeut la coopération décentralisée pour le compte du ministère des Affaires étrangères ou le GRET. Créé en 1977, le GRET (groupe de recherche et d'échanges technologiques) emploie plus de 600 personnes et intervient au soutien de 200 projets par an environ menés dans plus de 30 pays, dont une partie sur la thématique de l'eau agricole ou de l'accès des populations défavorisées urbaines et rurales à l'eau potable et à l'assainissement (Jean-Pierre Mahé, *Construire un service public d'eau potable avec les entrepreneurs locaux. L'exemple du programme Mirep au Cambodge*, GRET, décembre 2006 ; Clément Répussard, « À la recherche d'une légitimité politique dans la gestion villageoise du service de l'eau ? Comités de gestion, configurations politiques et fonctionnement des services d'eau potable au Nord-Sénégal », *Coopérer aujourd'hui*, nº 63, GRET).

879. Conseil d'État, *Le Cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, 2005, La Documentation française.

880. Pour une description succincte de leur activité, on peut se reporter à *Les Activités économiques liées à l'eau dans le monde*, Conseil économique, social et environnemental, rapport présenté par Mme Marie-José Kotlicki, 2008, p. II-131 et s. L'association des usagers locaux est également présentée comme hautement souhaitable pour assurer le succès de ces programmes. Celle des usagers français n'est pas prévue : la CLCV recommande à ce titre de soumettre, lorsqu'elle existe, les projets importants à la commission consultative des services publics locaux pour leur conférer un caractère plus démocratique.

881. Antoine Frérot, *L'Eau, pour une culture de la responsabilité*, Autrement, 2009, p. 136.

882. Les chiffres relatifs aux années 1990 à 2003 figurent dans *Les Activités économiques liées à l'eau dans le monde*, Conseil économique, social et environnemental, rapport présenté par Marie-José Kotlicki, 2008, p. II-129.

883. Un partenariat international pour la gestion de ce bassin a été mis sur pied le 26 avril 2004.

884. Un document d'orientation stratégique de décembre 2007 sur la gestion intégrée des ressources en eau transfrontalières détaille les orientations et les actions dans ce domaine.

885. Cet aquifère de plus de un million de km^2 est partagé entre l'Algérie (700 000 km^2), la Libye (250 000 km^2) et la Tunisie (80 000 km^2).

Contributions

Water and Sanitation as Human Rights

Catarina de Albuquerque
United Nations Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations related to access to safe drinking water and sanitation

Water and Sanitation are issues that are increasingly dealt with from a human rights perspective. The world is facing growing demand for water and increasing water scarcity in many regions. Billions of people still lack access to safe sanitation. This paper deals with the perspective of human rights on these problems. The first part of this paper examines the recognition of the human rights to water and sanitation, and proposes that they should be considered distinct rights. It then turns to their content, and elaborates on the State's obligations in that context. The paper finishes with some considerations on how the human rights to water and sanitation can be practically realized.

1. Recognition of Water and Sanitation as Human Rights

The mandate of Independent Expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation was established by a resolution of the Human Rights Council in March 2008 (Human Rights Council 2008). In that resolution, States acknowledged that they have human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation. In September 2009, the Human Rights Council reaffirmed that these obligations exist focusing specifically on sanitation (Human Rights Council 2009).

While it is undisputed that there are clear human rights obligations related to water and sanitation, some still resist to recognizing water and sanitation as distinct human rights. The International Bill of Rights – consisting of the Universal Declaration on Human Rights and the first two UN human rights Covenants, on economic, social and cultural rights and on civil and political rights, respectively and the Optional Protocols thereto – does not include any explicit reference to the rights to water or to sanitation. At the time these treaties were drafted, the magnitude of the problem of lack of access to water and sanitation was not well known, understood or prioritized.

I strongly support the notion that water and sanitation are distinct rights, as components of an adequate standard of living. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which monitors the implementation of the Covenant

on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), has regularly taken up the issue of lack of access to water, and in 2002, it adopted its General Comment Nº 15 on The Right to Water (CESCR 2003). General Comments are considered authoritative interpretations of international law, and this General Comment was particularly important to address the Covenant's (apparent) silence on the issue of water. According to the Committee, the right to water is consecrated in Art. 11 of the Covenant "implicitly", since that provision uses an open formulation as it consecrates the "right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, **including** adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions". The preposition "including" would mean that the catalogue of rights contained in Art. 11 was not intended to be exhaustive. To justify this assertion, the Committee remarks that "the right to water clearly falls within the category of guarantees essential for securing an adequate standard of living, particularly since it is one of the most fundamental conditions for survival."

Because less attention has been devoted to sanitation than to water, in 2009, I focussed my first report to the Human Rights Council on the human rights obligations related to access to sanitation. The report defines sanitation in human rights terms as "a system for the collection, transport, treatment and disposal or reuse of human excreta and associated hygiene. States must ensure without discrimination that everyone has physical and economic access to sanitation, in all spheres of life, which is safe, hygienic, secure, socially and culturally acceptable, provides privacy and ensures dignity." (Independent Expert on Water and Sanitation 2009: Para. 63). The report reviews how sanitation is linked to many other human rights but concludes that it is not sufficient to only examine sanitation through the lens of other human rights. Sanitation is crucial for a life with human dignity. Similar to the approach of the Committee with regard to the right to water, the report suggests that sanitation should be considered a human right, as a component of the right to an adequate standard of living.

Water and sanitation are at least as important as food, clothing and housing for maintaining an adequate standard of living. Can we imagine an adequate standard of living when people have to defecate in the open, when the water people drink makes them fatally sick or when women and girls have to walk long distances to collect water for basic domestic uses? Does it make sense, is it acceptable to say that article 11 of the Covenant does not include sanitation and water? Frequently, States will declare that they consider water and sanitation as basic human needs, rather than asserting them as human rights – but can we consider that an adequate standard of living has been fulfilled when people still lack such basic needs? Indeeed, it seems irrational to maintain that an adequate standard of living can be enjoyed without ensuring access to safe drinking water and sanitation.

In this context, it is perhaps surprising that water and sanitation were not included in Article 11. In the 1950s and 60s, water and sanitation issues were not high on the political and diplomatic agendas. Water was perhaps perceived as abundant. Sanitation, as now, suffered from a powerful taboo which prevented serious discussion. Also the enormous population increase witnessed over the last decades, makes the consequences of lack of water and sanitation reach devastating proportions. It seems safe to say that, at that time, water and sanitation were not perceived as pressing social problems inherently linked to human

dignity. The Covenant's *travaux preparatoires* provide some illumination in that water and sanitation do not seem to have figured prominently in the discussions. Nevertheless, the *travaux preparatoires* also make clear that States did not intend food, housing and clothing as an exhaustive list, but rather as illustrations or as component elements of the right to an adequate standard of living. (Craven: 1995).

Since 1966, a lot has changed that would justify considering sanitation and water as component elements of the right to an adequate standard of living. We are in the midst of a sanitation and water crisis. Today, over 2 million people a year dying from lack of safe sanitation and clean water. Almost a billion people still do not have access to safe drinking water, and 2.5 billion do not have access to safe sanitation. The human, economic, and developmental impacts of these staggering numbers are enormous. Lack of access to sanitation and safe drinking water perpetuates poverty – people living in poverty cannot afford to gain access, and without access, their capacity to work, go to school, and engage in other productive activities is limited. With scientific advancement, we also have a better understanding of the central importance of clean water and sanitation for people's overall well-being.

Subsequent human rights treaties reflect this understanding and support the recognition of sanitation and water as distinct human rights. The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), adopted in 1979 by the General Assembly and ratified by 186 States (as of 9 February 2010), includes sanitation and water supply as components of the right to adequate living conditions, in its Article 14, dealing specifically with rural women. The Convention on the Rights of the Child, adopted in 1989 by the General Assembly and ratified by 193 States (as of 9 February 2010), refers to clean drinking water and "environmental sanitation" in the context of guaranteeing the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Art. 24). More recently, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), adopted in 2006 by the General Assembly and ratified by 81 States (as of 11 March 2010), includes access to clean water services for persons with disabilities as part of the right to social protection and an adequate standard of living (Art. 28 (2) (a)). At the regional level, human rights treaties regarding women and children in Africa also refer to the obligation to ensure access to clean drinking water. These treaties are legally binding on the States that ratify them and their implementation is monitored by expert bodies.

Moreover, declarations and resolutions by the UN and by other organisations recognise safe drinking water and sanitation as human rights. While these are not legally binding, they show a strong political commitment to the recognition of water and sanitation as human rights and can also be used in the interpretation of legally binding treaties. For instance, the Mar de la Plata Action Plan (1977: 66) adopted by the United Nations Water Conference, the Dublin Statement on Water and Sustainable Development (1992: 2) adopted at the International Conference on Water and the Environment, the Cairo Programme of Action adopted by the United Nations International Conference on Population and Development (1994: Principle 2) and the Istanbul Habitat Agenda of the UN on Human Settlements (Habitat II) (1996: Para. 11) all recognize water as a human right, the latter two also encompassing sanitation. Additionally, other General Assembly and Commission on Human Rights Resolutions refer to clean

water as a human right. Also, the former Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights adopted, in 2006, Draft Guidelines for the Realization of the Right to Drinking Water Supply and Sanitation.

A human right to water and, in some cases, sanitation has also been recognised in several national Constitutions. Since the mid 1990s, an increasing number of States have included such provisions including South Africa, Ecuador, Uruguay, Nicaragua, the Democratic Republic of the Congo, the Maldives and most recently Bolivia.

These numerous and ever increasing references to the right to water at the international, regional and national levels, in both binding treaties and non-binding political declarations indicate widespread acceptance of water as a human right. Concerning the right to sanitation, although it has been less frequently recognized than the right to water, recent developments in human rights law show a clear trend towards recognition of this right also.

As the human rights to water and sanitation are already implicit in Article 11 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, recognition of the rights would not require any new treaty or even amendment of an existing treaty. Some States, however, aim at recognition of the rights at the Human Rights Council in 2011. I fully support this initiative because it can help to bring clarity to the debate and contribute to a better understanding of State's human rights obligations.

2. Content of Water and Sanitation as Human Rights

States are obliged to respect, protect and fulfill the human rights to water and sanitation. The duty to respect means that the State must refrain from violating the rights. The duty to protect requires States to ensure that third parties do not interfere with enjoyment of the rights. The duty to fulfil includes an obligation to facilitate, or taking positive measures to realize the rights, an obligation to promote the rights through awareness-raising and other measures, and an obligation to provide access when individuals are unable to realize it on their own. Water and sanitation are frequently considered within the ambit of economic, social and cultural rights, which must be realized progressively, to the maximum of available resources of the State. This means that all components of the rights do not have to be immediately realized, but that the State must take concrete and deliberate steps towards the full realization of the rights (CESCR 1990).

One crucial element is the adoption of a national action plan for sanitation and drinking water, with timebound targets and a vision for universal access to safe and affordable drinking water and sanitation. Implementing such a plan will require a mix of legislative and policy measures, as well as built in monitoring mechanisms to ensure continual progress. The steps required to achieve the realization of the rights to water and sanitation will necessarily be different from country to country – indeed, the measures must be adapted to the local context in order to meet the needs of the people concerned. Human rights do not offer a one-size fits all solution but instead a broad legal framework to guide policy and

legislative action. For example, while piped water is often the most suitable solution for urban settings, the State cannot be expected to ensure access to piped water in all rural areas. States have a margin of appreciation to adopt the measures most suited to the specific circumstances including low-cost technologies. The same is true for the amount of water: while it is often assumed that 20 liters per capita per day is a minimum quantity required for basic human survival, this is not the requirement from a human rights perspective. Often, and since human rights have a focus on the individual, 20 liters is not enough. For example, a pregnant woman, a person with a disability or someone living with HIV/AIDS, will require more water than other people, and human rights require that their needs be taken into account. Furthermore, geography and climate will affect the amount of water required per day for personal and domestic uses. Some have estimated that States should aim for at least 50 to 100 litres per person per day (Howard / Bartram 2003) for full realization of the right, but this numerical value should not replace a contextual analysis. States have to ensure that everyone has access to services that comply with the standards, but different settings require different and flexible water and sanitation solutions. The parameters offered by this framework assist in monitoring whether States are living up to their human rights obligations by taking the measures they have opted for.

Human rights do not require that States directly provide individuals with water and sanitation. States' primary obligation is to create an environment conducive to the realisation of human rights. Furthermore, human rights do not require or favour a particular model of service provision. For example, they do not exclude private provision. Yet, what they require is that States ensure – through adequate oversight and regulation, including effective monitoring and complaint procedures – that the actions of all actors do not result in human rights violations (OHCHR 2007). Furthermore, human rights do not require that water be for free: Individuals are expected to contribute with their own means. Nevertheless, services have to be affordable and must not compromise the realization of other human rights such as food, housing and health. Those who are able to, must contribute financially or in kind. However, for those who are unable to pay, the State is under a duty to provide, meaning that no one can be deprived of access to safe drinking water and sanitation because of lack of financial resources. Subsidies or the provision of minimum essential levels of services free of charge can be suitable measures to address these specific cases. And when talking about costs, it is important to bear in mind that the expenditure needed for achieving universal water and sanitation coverage is not prohibitive: Investments are expensive, but the costs of not ensuring access to drinking water and sanitation are even higher in terms of public health and lost work and school days. Recent estimates show that for each dollar invested in water and sanitation, on average there is a return of 8 dollars in costs averted and productivity gained (Hutton *et al.* 2007: 20).

Sometimes it is argued that, as water availability increasingly becomes a problem due to water scarcity caused by population growth, increased demand for water, and unknown future water distribution patterns due to climate change, the human right to water does not help much in reality. But, bearing in mind that the human right to water covers water only for personal and domestic uses, which accounts for a very small percentage of all water used (less than 10%), it can be assumed that there is enough water to satisfy the needs covered by the right to water. Agriculture and industry are the largest water users, corresponding

respectively to 70% and 20% of worldwide water use (WWDR 2009). Most of the time, access to water is not a problem of availability of water resources, but rather of their allocation (UNDP 2006). Given that water is likely to become even scarcer in the future, it is the more important to have legal mechanisms in place to ensure that water allocation is prioritised in accordance with basic human needs. Human rights require that personal and domestic uses are prioritized over other uses to ensure that all people have access to safe drinking water and sanitation.

The normative content of the human rights to water and sanitation can broadly be described under the categories of availability, quality, accessibility, affordability, and acceptability (CESCR 2003, Independent Expert on Water and Sanitation 2009).

Availability: Water supply for each person must be sufficient for personal and domestic uses. The human right to water is limited to these uses and does not cover water for productive uses, etc. Likewise, a sufficient number of sanitation facilities has to be available.

Quality: Water has to be safe for consumption and other uses. It has to be of such quality that it does not impose a threat to human health. Sanitation facilities must be hygienically and technically safe to use. To ensure hygiene, access to water for cleansing and hand washing is essential.

Physical Accessibility: Water and sanitation services must be accessible to everyone in the household or its vicinity on a continuous basis. Physical security must not be threatened by accessing facilities.

Affordability: Services also have to be affordable. Realizing access to sanitation and water must not compromise the ability to pay for other essential needs guaranteed by other human rights such as food, housing and health care.

Acceptability: Sanitation facilities, in particular, have to be culturally acceptable. This will often require separate male and female facilities. Also, facilities have to be constructed in a way that ensures privacy and dignity.

Breaking down the rights in this manner helps to ensure that access is factually guaranteed. The existence of facilities is not sufficient, when elderly people or people with disabilities cannot access them. Physical access alone is not sufficient, when people cannot afford expensive water and sanitation services. The existence of toilets is not enough when women do not use these because they are not sex-separated or do not guarantee their privacy.

3. Realization of the Human Rights to Water and Sanitation

Understanding water and sanitation as human rights is particularly relevant in the context of development and poverty alleviation. One common misunderstanding regarding human rights in this context is that the human rights framework is often perceived simply as a new, alternative approach to the planning, implementation and evaluation of projects. While human rights do provide a new lens

through which to design and implement development projects, the description misses the most critial point about human rights.

As we have seen above, States are legally obliged to fulfill their human rights obligations towards individuals. Economic, social and cultural rights, which include the rights to water and sanitation, are guaranteed by the International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights. This treaty was ratified or acceded to by, and is thus legally binding for 160 states (as of 28 February 2010). These States are obliged to respect, protect and fulfill the human rights to water and sanitation.

The added contribution of human rights stems from their legally binding nature. As objective legal standards, they provide a non-negotiable normative basis and a source of authority and legitimacy. Providing access to sanitation and water is no longer left to the States' discretion, but constitutes a human rights obligation. It becomes a matter of legal entitlements and claims, not of charitable benevolence of governments or development agencies.

The majority of organizations and programmes working on these issues are development organizations rather than human rights organizations. In this regard, it is crucial that bridges are built between the two sectors, since develoment and human rights are complementary frameworks. Both sectors aim towards the same goal of ensuring that everyone has access to sanitation and water. Human rights place a particular emphasis on participation, non-discrimination and accountability. Good programming principles commonly applied in development practice overlap to a considerable degree with human rights principles. Meaningful participation and non-discrimination are crucial elements for a sustainable project, and thus have become central considerations in development programming.

The emphasis in human rights on participation is a critical part of empowering people to claim their rights. Human rights also impose participation in decision-making. Participation has to be active, free and meaningful and thus has to go beyond mere consultation and information. It requires a genuine opportunity to express demands and concerns and influence decisions. Also, it is crucial to include all individuals and groups concerned. Capacity building and training is also required so people are able to engage meaningfully. Only when existing policies are understood, can they be challenged and transformed. Such activities show a close link to civil and political rights such as the freedom of expression and assembly. Socio-economic rights further enhance participatory democracy by empowering marginalized sectors of society to insist that democratic institutions pay due attention to their needs, leading in the long term to structural transformation of discriminatory and exclusionary societal norms. Some countries have made important steps towards introducing participation in the water and sanitation sectors at the national level. For instance, Ghana's 2007 National Water Policy aims to ensure participation at the most local level on water related issues (COHRE 2009). In Kenya, participation is ensured through representation of all stakeholders on the boards and the involvement of community based organizations and user groups in delivering services and determining sites of facilities. Additionally, the Water Services Regulatory Board specifically empowers people to organize Water Action Groups, which can include consumers and unserved populations, to negotiate directly with service providers and address their concerns to relevant institutions (GTZ: 2009).

Moreover, with human rights, non-discrimination is important, not because it will lead to more sustainable impact, although that is a laudable outcome, but because it is illegal to discriminate against people on certain grounds – non-discrimination is a right. More fundamentally, the recognition of socio-economic rights in general, and of the rights to water and to sanitation in particular, compel societal awareness of and political sensitivity to the needs and experiences of society's vulnerable and marginalized sectors, which tend otherwise to be overlooked or denied in everyday social and political discourse. Human rights do not allow to extend access only to those who are relatively easy to reach, but help to focus interventions on those who are normally excluded, for instance the extreme poor and people living in slums. Ensuring that the needs of all groups are included will also contribute to the sustainability of gains achieved through development interventions.

Human rights require that accountability mechanisms are in place to hold the Government and other actors accountable for ensuring that these rights are not violated and for providing remedies in cases of alleged violations. Such mechanisms consist of administrative as well as judicial mechanisms including courts, national human rights institutions, informal justice systems and international courts, tribunals and quasi-judicial bodies. Explicitly recognizing the rights to water and to sanitation in the Constitution and legislation is an important first step towards ensuring accountability, but efforts must extend beyond recognition to implementation. For instance, on my country mission to Costa Rica, I was pleased to observe that the Constitutional Court and the Ombudsman all played a specific role in ensuring the enforcement of the rights to water and sanitation, and affirmed the right of the community to participate in decisions affecting their access to water supply.

However, accountability is not just about being able to go to court to claim one's right, as is sometimes assumed. It is also about empowering rights-holders to claim their rights and giving them a voice, particularly to the poor and excluded segments of the society in the local water and sanitation decision making processes, and foster a dialogue with the relevant duty bearers. An enabling environment is crucial to ensuring that people are empowered to claim their rights, and demand that their rights be respected and fulfilled.

4. Conclusion

There is a clear tendency towards the recognition of the human rights to water and sanitation. These human rights impose some specific obligations on States. Human rights have a powerful and valuable contribution to make to discussions on water and sanitation. They offer a framework that can help States prioritize their interventions.

While I do not assert that human rights are the solution to solving all problems, I am convinced that with human rights, we ensure a special focus on those who are normally forgotten, we insist on accountability for State failures to ensure access to water and sanitation, and we look at the issues holistically, not only in terms of quantity and quality, but also accessibility, affordability and acceptability. Acces to water and sanitation is no longer an issue of charity, but legal rights. These attributes of human rights are fundamental for moving towards our common goal of safe water and sanitation for all.

References:

Centre on Housing Rights and Evictions (2009): The Significance of Human Rights in MdG-based Policy Making on Water and Sanitation: An Application to Kenya, South Africa, Ghana, Sri Lanka and Laos, Geneva.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990): General Comment No. 3, The nature of States parties obligations (Art. 2 Para. 1), 12 December 1990, contained in E/1991/23, Annex III.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2003): General Comment No. 15, The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 20 January 2003, E/C.12/2002/11, available at: www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf.

Craven, Matthew (1995): The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development, p. 291-293, 1995.

Levin, Thomas / Nierenköther, Mijako / Odenwälder, Nina *(2009)*: The Human Right to Water and Sanitation: Translating Theory into Practice, *GTZ*, Eschborn, December 2009.

Howard, Guy / Bartram, Jamie (2003): Domestic Water Quantity, Service Level and Health, World Health Organization, Geneva, 2003.

Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments (OHCHR 2007), 16 August 2007, A/HRC/6/3.

Human Rights Council (2008): Human rights and access to safe drinking water and sanitation, 28 March 2008, A/HRC/RES/ 7/22, available at: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_22.pdf.

Human Rights Council (2009): Human rights and access to safe drinking water and sanitation, 12 October 2009, A/HRC/RES/12/8.

Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, (Independent Expert on Water and Sanitation 2009), 1 July 2009, A/HRC/12/24, available at: www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-24_E.pdf.

Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, Addendum, Mission to Costa Rica, 23 June 2009, A/HRC/12/24/Add. 1.

Hutton, Guy / Haller, Laurence / Bartram Jamie (2007): Economic and health effects of increasing coverage of low cost household drinking-water supply and sanitation interventions to countries off-track to meet MdG target 10, World Health Organization, Geneva, Switzerland.

International Conference on Water and the Environment (1992): Development issues for the 21st century, 26-31 January 1992, Dublin, Ireland, The Dublin Statement, Report of the Conference, Geneva.

United Nations (1977): Report of the United Nations Conference on Water, Mar del Plata, 14-25 1977, E/Conf. 70/29.

United Nations (1994): Report of the International Conference on Population and Development, Cairo 5-13 September 1994, A/Conf. 171/13/Rev. 1, Annex, Cairo Programme of Action.

United Nations (1996): Report of the United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul, 3-14 June 1996, A/Conf. 165/14, Annex II, Habitat Agenda.

UNDP (2006): Human Development Report 2006. Beyond scarcity: Power, poverty and the global water crisis. United Nations Development Programme, New York.

WWDR (2009): United Nations World Water Development Report: Water in a Changing World. The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) /Earthscan, Paris/London.

Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau

Laurence Boisson de Chazournes
Professeur, faculté de droit, université de Genève
Mara Tignino
Maître assistant, faculté de droit, université de Genève
Visiting Scholar, law school, George Washington University

Toutes les régions du monde connaissent des tensions et conflits portant sur des aspects de gestion et de protection de l'eau. Ceux-ci peuvent avoir trait à la conduite de projets de construction de barrage et de détournement d'eaux, à des problèmes de pollution ou encore à des investissements privés relatifs à la fourniture de services dans le domaine de l'eau [1]. D'autres encore peuvent tenir à des questions de délimitation frontalière ou de protection des droits de l'homme [2]. Certains facteurs peuvent favoriser ou aggraver les risques de conflits et tensions. Il en est ainsi de la croissance démographique, de la pluralité et de la concurrence entre les utilisations des ressources en eau de même que de l'impact des changements climatiques [3].

La pratique du règlement des différends dans le domaine de l'eau est riche. Ceux-ci n'ont d'abord porté que sur certaines utilisations pour appréhender aujourd'hui une large gamme des usages de l'eau. Les mécanismes de règlement de différends utilisés présentent une grande variété, qu'ils soient judiciaires, diplomatiques, conventionnels ou institutionnels. Leur champ de compétences peut être général ou spécifique, sans qu'aucun mécanisme ne soit dédié spécifiquement à la résolution des différends relatifs à l'eau.

Le phénomène de la multiplication des mécanismes et procédures de règlement des différends dans l'ordre international produit ses effets sur le règlement des différends relatifs à l'eau. D'une part, les États et les acteurs non étatiques ont

1 - L. Boisson de Chazournes, « Water and economics : trends in dispute settlements procedures and practice », in E. Brown Weiss, L. Boisson de Chazournes, N. Bernasconi-Osterwalder (eds.), Fresh Water and International Economic Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 333-365.

2 - De manière générale, sur le droit international des ressources en eau et de la place du règlement des différends, voir L. Boisson de Chazournes, M. Tignino, « Droit international et eau douce », JurisClasseur Environnement, fasc. 2900, 2007, p. 1-32.

3 - Voir : PNUD, Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau, rapport sur le développement humain, 2006, p. 203-231, http://hdr.undp.org/en/media/hdr06-complete.pdf.

accès à un grand nombre de *fora* susceptibles de régler leurs différends. D'autre part, la multiplication des mécanismes soulève le défi d'assurer une interprétation cohérente des différentes règles du droit international, défi qui n'est d'ailleurs pas spécifique au domaine de l'eau [4].

On évoquera tour à tour les divers types des mécanismes de règlement des différends, en soulignant que les États ne favorisent pas certains aux dépens d'autres. Les instruments universels relatifs aux ressources en eau, que sont la Convention sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après la Convention de 1997) adoptée par l'Assemblée générale en 1997 et le Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la commission du droit international en 2008 [5], réservent une place importante aux modes diplomatiques, tout en n'excluant pas le recours à des procédures juridictionnelles. Nombre d'instruments régionaux et spécifiques font une large place à des organes conjoints pour prévenir et régler les différends. La négociation joue aussi un rôle important, notamment quand les États règlent leurs différends par des accords de transaction.

Les modes juridictionnels contribuent également au règlement des différends dans le domaine de la gestion de l'eau. La Cour permanente de justice internationale (CPJI), la Cour internationale de justice (CIJ) ainsi que des tribunaux arbitraux ont été et sont sollicités. Il en est de même des tribunaux institués dans le cadre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 [6], des tribunaux établis au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après ALENA) [7], ainsi que des juridictions des droits de l'homme.

Les organisations internationales, en favorisant le règlement des différends en leur sein, contribuent également à prévenir et régler les différends relatifs à l'eau. On évoquera le rôle des cours régionales ainsi que des mécanismes d'enquête établis par les institutions financières internationales (IFI) et les procédures de non-respect instituées dans le cadre de diverses conventions de droit international de l'environnement.

4 - Voir Y. Shany, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2003.

5 - Le texte de la Convention est reproduit in L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. Mbengue et C. Romano, Protection internationale de l'environnement, Pedone, Paris, 2005, p. 297-312. Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières en annexe à la résolution 63/124 de l'Assemblée générale du 11 décembre 2008.

6 - Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, ILM, vol. IV, p. 524.

7 - Accord de libre-échange nord-américain, 17 décembre 1992, www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu_id=50&menu=.

I. Négociations et autres modes diplomatiques de règlement des différends : la prégnance de l'idée de transaction

Les États ont à leur disposition une vaste panoplie de mécanismes pour régler leurs différends. Les modes diplomatiques comptent parmi ceux-ci, avec une prépondérance du recours à la transaction.

1. Négociations et mécanismes d'enquête

La négociation constitue la modalité minimale de règlement en cas de conflit. Elle précède souvent le recours à d'autres modes de règlement d'un différend international. Elle peut également trouver place à la suite d'un différend. La CIJ dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a par exemple souligné le rôle des négociations entre la Hongrie et la Slovaquie pour trouver une solution d'un commun accord sur l'aménagement du projet du système de barrages prévu par le traité de 1977 entre ces deux États [8].

En cas d'échec des négociations, les États peuvent recourir à d'autres modes diplomatiques ou à des procédures juridictionnelles de règlement des différends. Le recours à des mécanismes d'une catégorie de procédures n'exclut pas le recours à ceux relevant de l'autre catégorie, à moins qu'il y ait un engagement juridique dans le sens de l'exclusion [9]. Ainsi, la Convention de 1997 prévoit que les parties, si elles ne règlent pas un différend par négociation, peuvent solliciter les bons offices d'une tierce partie, lui demander d'intervenir à des fins de médiation ou de conciliation, recourir à une commission mixte ou soumettre ledit différend à une procédure juridictionnelle [10]. Rien n'empêche des interactions entre ces procédures au cours de la recherche de la résolution d'un différend.

La Convention de 1997 introduit un élément novateur en ce qu'elle prévoit un mécanisme d'enquête susceptible d'être déclenché sur initiative unilatérale d'un État suite à la naissance d'un différend [11]. Les parties sont ensuite tenues par l'engagement d'examiner de bonne foi le rapport de la commission d'enquête.

8 - Selon la Cour, les dispositions en matière environnementale contenues dans le traité de 1977 entre la Hongrie et la Slovaquie « sont, par définition, d'ordre général et doivent être transformées en obligations spécifiques de faire, à l'issue d'un processus de consultation et négociation. De ce fait leur mise en œuvre exige une disposition réciproque à discuter de bonne foi des risques réels et potentiels pour l'environnement ». Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 68, § 112.

9 - En ce sens voir les procédures de règlement de différends prévues par le traité de l'Indus. Indus Waters Treaty, Karachi, 10 septembre 1960, http://siteresources.worldbank.org/INTSOUTHASIA/Resources/223497-1105737253588/IndusWatersTreaty1960.pdf.

10 - Article 33.2 de la Convention de 1997. Sur les négociations relatives aux procédures de règlement des différends dans la Convention de 1997, voir : L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », Annuaire français de droit international, t. XLIII, 1997, p. 751-798.

11 - Article 33.3 de la Convention de 1997.

À la différence de la Convention de 1997, le Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières de 2008 ne prévoit aucune disposition spécifique en matière de règlement des différends. Dans son article 15 relatif aux activités projetées, le Projet se limite à indiquer que, si l'État auteur d'une notification sur un projet et l'État destinataire de cette notification sont en désaccord sur les effets potentiels du projet, « *ils engagent des consultations et, si nécessaire, des négociations en vue de parvenir à une solution équitable* ». Ce même article précise que les parties « *peuvent faire appel à un organe d'enquête indépendant pour déterminer de manière impartiale les effets desdites activités* » [12].

Les Règles de l'Association de droit international (ADI/ILA) sur les ressources en eau, adoptées à Berlin en 2004, prévoient l'obligation pour les États riverains de recourir à des mécanismes d'enquête en cas de différend, en précisant que les recommandations adoptées par cet organe ne seront obligatoires que si les parties en ont décidé ainsi [13].

2. Le règlement des différends par des commissions mixtes

Les instruments juridiques adoptés à l'échelon d'un bassin ou d'un cours d'eau instituent souvent des mécanismes institutionnels de caractère permanent qui participent à la prévention ainsi qu'au règlement des différends qui surgissent entre les États riverains. Ainsi, la convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube de 1994 prévoit l'intervention de la commission internationale pour la protection du fleuve Danube [14]. En outre, l'accord sur la coopération pour le développement du bassin du Mékong de 1995 prévoit l'intervention de la commission du Mékong, avant que les États ne puissent décider d'une médiation par une tierce partie [15]. Le traité du Río de la Plata et

12 - Article 15.3 du projet.

13 - L'article 72.3 prévoit que : « Where the facts are in dispute, the States involved in the dispute shall appoint a body to investigate and to determine the disputed facts, the decision of the fact-finding body binding the States only if they have consented to such binding effect. » ILA, Berlin Conference, The Berlin Rules on Water Resources, 2004, www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/32.

14 - L'article 24.1 de la convention sur le Danube prévoit que : « If a dispute arises between two or more Contracting Parties about the interpretation or application of this Convention, they shall seek a solution by negotiation or by any other means of dispute settlement acceptable to the parties to the dispute, if appropriate with assistance by the International Commission. » Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, Sofia, 29 juin 1994, www.icpdr.org/icpdr-pages/drpc.htm.

15 - L'article 34 de l'accord du Mékong de 1995 établit que : « Whenever any difference or dispute may arise between two or more parties to this Agreement regarding any matters covered by this Agreement and/or actions taken by the implementing organization through its various bodies, particularly as to the interpretations of the Agreement and the legal rights of the parties, the Commission shall first make every effort to resolve the issue as provided in Articles 18. C and 24. F. » Agreement on the cooperation for the sustainable development of the Mekong River basin, Chang Rai, 5 avril 1995, www.mrcmekong.org/download/agreement95/agreement_procedure.pdf.

sa frontière maritime y afférente de 1973 ainsi que le statut du fleuve Uruguay de 1975 ont également doté leurs commissions de pouvoirs de conciliation [16].

Qui plus est, certains organes conjoints ont été dotés du pouvoir d'adopter des décisions de portée obligatoire. C'est le cas de la commission mixte internationale établie entre les États-Unis et le Canada par le traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes [17] et de la commission du Mékong [18]. L'exercice de tels pouvoirs peut permettre la prévention de la survenance de différends.

3. Négociation et règlement ex gratia

Les différends relatifs à l'eau peuvent être réglés par la voie des solutions négociées entre les États concernés. Cela a été le cas à la suite de l'accident de l'usine chimique Sandoz située près de Bâle en Suisse ; des accidents liés à deux industries minières situées à Baia Mare et Baia Borsa en Roumanie, en 2000 ; ou encore de l'accident provoqué par une usine chimique près de la ville de Jilin en Chine qui a pollué les eaux du fleuve Songhua et affecté la qualité des eaux en Russie en novembre 2005 [19].

Ces accidents, qui ont contaminé de manière importante le Rhin, le Tisza – affluent du Danube – et le Songhua – affluent de l'Amour –, ont été réglés sans que la responsabilité internationale des États concernés ait été engagée de manière contentieuse. Ce mode de règlement peut conduire à renforcer leur

16 - L'article 68 du traité du Río de la Plata de 1973 se lit comme suit : « Tout litige qui apparaîtra entre les parties au sujet du Río de la Plata sera examiné par la commission administrative sur proposition de l'une d'elles. » L'article 58 du statut du fleuve Uruguay de 1975 prévoit que : « Tout litige né entre les parties au sujet du fleuve est examiné par la commission sur proposition de l'une d'elles. » Traité concernant le Río de la Plata et la frontière maritime y afférente, 19 novembre 1973, Nations unies, Recueil des traités, vol. MCCXCV, p. 319-330. Statut du fleuve Uruguay, 26 février 1975, Nations unies, Recueil des traités, vol. MCCXCV, p. 348-355.

17 - L'article IX du traité entre les États-Unis et la Grande-Bretagne relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre les États-Unis et le Canada, Washington DC, 11 janvier 1909, prévoit : « Les hautes parties contractantes conviennent de plus que tous les autres différends ou questions qui pourront s'élever entre elles et impliquant des droits, obligations ou intérêts de l'une relativement à l'autre ou aux habitants de l'autre, le long de la frontière commune aux États-Unis et au Canada, seront soumis de temps à autre à la commission mixte internationale pour faire l'objet d'un examen et d'un rapport, chaque fois que le gouvernement des États-Unis ou celui du Canada exigera que ces questions ou différends lui soient ainsi référés. » Voir aussi l'article VII du traité qui prévoit l'institution de la commission mixte internationale composée par six membres. En outre, aux termes de l'article VIII : « La commission mixte internationale devra entendre et juger tous les cas comportant l'usage ou l'obstruction ou le détournement des eaux à l'égard desquelles l'approbation de cette commission est nécessaire aux termes des articles III et IV de ce traité. »

18 - L'article 5.2 (b) de l'accord sur le Mékong prévoit : « Any inter-basin diversion project shall be agreed upon by the Joint Committee through a specific agreement for each project prior to any proposed diversion. »

19 - A. Kiss, « "Tchernobâle" ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques », Annuaire français de droit international, t. XXXIII, 1987, p. 719-727 ; M. Marmorat, Local Momentum for Global Governance : The Management of Transboundary Pollution. The Baia Mare Cyanide Spill, Romania, 2000, novembre 2008, www.ifri.org/files/Sante_env/TransboundaryWaterPollution.pdf ; UNEP, The Songhua River Spill, Field Mission Report, Chine, décembre 2006, www.unep.org/PDF/China_Songhua_River_Spill_draft_7_301205.pdf.

coopération par l'adoption de nouveaux instruments juridiques qui contribuent à prévenir la survenance de dommages.

L'accident de l'usine Sandoz

L'accident de l'usine Sandoz, survenu dans la nuit du 30 octobre au 1er novembre 1986, a causé le rejet dans le Rhin d'environ trente tonnes de substances chimiques polluantes et a atteint des États riverains, notamment la France et l'Allemagne. À la suite de l'accident, les autorités suisses ont souligné la nécessité d'adopter des mesures visant à assurer que de tels accidents ne se répètent pas dans le futur et ont envisagé l'interdiction de certaines substances particulièrement polluantes pour l'environnement. Elles n'ont toutefois pas entendu voir leur responsabilité internationale engagée. Les États riverains du Rhin, victimes de la pollution, n'ont pas voulu se prévaloir de la clause relative au recours à l'arbitrage prévue dans des instruments de protection contre la pollution dans le Rhin telle la convention de Bonn relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique du 3 décembre 1976[20]. La résolution du différend se fit par transaction, la Suisse offrant ses bons offices pour faciliter la négociation d'une compensation financière par l'usine Sandoz aux victimes de la catastrophe. Un accord conclu en 1987 entre le ministre français de l'Environnement, une association alsacienne des victimes de la pollution et la société Sandoz a permis la réparation des dommages causés sur le territoire français[21]. La catastrophe de l'usine Sandoz a également été une cause déterminante de l'évolution du régime du Rhin. Elle est à l'origine du programme d'action pour le Rhin en 1987 ainsi que, douze ans après, de l'adoption de la convention sur la protection du Rhin de 1999[22].

Les accidents de Baia Mare et Baia Borsa

Une solution analogue à celle de l'usine Sandoz s'est dégagée à la suite des accidents de Baia Mare et Baia Borsa en Roumanie, respectivement en janvier et mars 2000. La rupture d'un barrage dans une industrie d'exploitation de minerai d'or à Baia Mare et le déversement des substances dangereuses depuis une industrie minière désaffectée à Baia Borsa ont contaminé les eaux du fleuve Tisza[23].

---

20 - L'article 15 de cette convention prévoit que : « Tout différend entre des parties contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente convention et qui n'aura pas été réglé par voie de négociation est, sauf si les parties au différend en disposent autrement, soumis, à la requête de l'une d'entre elles, à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'annexe B qui fait partie intégrante de la présente convention. » Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique, Bonn, 3 décembre 1976, www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/multilateral/fr/TRE000487.txt.

21 - A. Kiss, op. cit., p. 719-727.

22 - J. Sohnle, « Nouvelles tendances en matière de règlement pacifique des différends relatifs aux ressources en eau douce internationales », in L. Boisson de Chazournes, Salman M.A. Salman, Les ressources en eau et le droit international, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 389-426.

23 - Voir C. Lucas, « The Baia Mare and Baia Borsa accidents : cases of severe transboundary water pollution », Environmental Policy and Law, vol. XXXI, no 2, 2001, p. 106-111 ; A. Schwabach, « From Schweizerhalle to Baia Mare : the continuing failure of international law to protect Europe's rivers », Virginia Environmental Law Journal, vol. XIX, 2001, p. 431-461.

La Hongrie, État riverain, situé en aval, a subi d'importantes conséquences de la pollution. Malgré les tensions entre les deux États du fait de ces accidents, la coopération entre la Roumanie et la Hongrie a continué et s'est même renforcée [24]. Ainsi, la Roumanie a reconnu que l'état d'un grand nombre d'industries minières situées sur son territoire était susceptible de causer des accidents [25]. En outre, elle a fourni de manière constante à la Hongrie des informations sur les rejets des substances polluantes dans le fleuve Tisza [26]. La coopération entre la Roumanie et la Hongrie a trouvé également une expression dans l'adoption au sein de la commission économique des Nations unies pour l'Europe du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières en 2003 (ci-après le Protocole de 2003) [27]. À la différence de l'accident de l'usine Sandoz, les accidents sur le fleuve Tisza n'ont pas donné lieu à une indemnisation des victimes.

Les organisations internationales compétentes sont intervenues rapidement pour évaluer le dommage causé aux ressources en eau transfrontières [28]. Une mission conjointe du Programme des Nations unies pour l'Environnement (PNUE) et du Bureau de la coordination des affaires humanitaires (OCHA) a été conduite entre février et mars 2000 pour évaluer l'impact des accidents sur l'environnement du fleuve Tisza [29]. En outre, la Commission européenne a constitué une équipe spéciale, laquelle a identifié les défauts de conception de l'ouvrage de Baia Mare à l'origine de l'accident [30]. Les rapports d'évaluation environnementale du PNUE/OCHA ainsi que celui de l'équipe spéciale de la Commission européenne ont été utilisés pour le règlement d'un autre différend, le différend

24 - L'ouverture de négociations pour l'adhésion de la Roumanie et de la Hongrie à l'Union européenne a sans doute influencé la solution au différend. Voir M. Marmorat, op. cit., p. 28.

25 - A. Schwabach, op. cit., p. 436.

26 - M. Marmorat, op. cit., p. 13.

27 - Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992 et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, 21 mai 2003, disponible à l'adresse www.unece.org/env/civil-liability/documents/protocol_f.pdf. Ce Protocole, qui vise à établir un régime de responsabilité civile et d'indemnisation adéquate et rapide en cas de dommages causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur un cours d'eau international, n'a été toutefois jusqu'à présent ratifié que par la Hongrie.

28 - Voir M. Marmorat, op. cit., p. 33-34.

29 - Joint UNEP/OCHA Environment Unit, UN Assessment Mission. Cyanide Spill at Baia Mare, mars 2000, http://ocha-gwapps1.unog.ch/rw/RWFiles2000.nsf/FilesByRWDocUNIDFileName/ACOS-64CHS2-baiamare.pdf/$File/baiamare.pdf.

30 - L'équipe spéciale a estimé que le problème clé tenait à l'inefficacité des autorités chargées de délivrer les permis et d'exécuter les contrôles. Le régime des permis a été jugé trop compliqué et l'équipe spéciale a conclu que la première étude d'impact sur l'environnement était entachée d'erreurs. De plus, rien n'avait été prévu pour faire face à une situation d'urgence et la surveillance du niveau de l'eau dans le bassin de réception des résidus, là où la retenue avait cédé, était inadéquate. Report of the International Task force for Assessing the Baia Mare Accident, décembre 2000, www.reliefweb.int/library/documents/eubaiamare.pdf.

Tatar c/ Roumanie, porté par des ressortissants de la Roumanie contre cette dernière devant la Cour européenne des droits de l'homme[31].

L'accident du fleuve Songhua

De manière similaire aux accidents des industries minières de Baia Mare et Baia Borsa, l'accident de pollution du fleuve Songhua en Chine a fait l'objet d'une attention internationale pour ses impacts environnementaux. À la suite de l'accident survenu le 13 novembre 2005 dans une usine de produits chimiques située sur les rives de ce fleuve, une équipe du PNUE a été invitée par le gouvernement chinois à se rendre sur les lieux de l'accident pour évaluer les dommages provoqués par le déversement des eaux pollués. Cet accident, qui a causé le déversement d'environ 100 tonnes de benzènes et nitrobenzènes dans le fleuve Songhua, a affecté l'approvisionnement en eau potable de la ville chinoise d'Harbin[32].

L'accident du fleuve Songhua a eu des impacts transfrontières, ce fleuve étant un affluent de l'Amour qui constitue la frontière avec la Russie[33]. À la suite de l'accident, un climat de coopération s'est toutefois établi entre la Chine et la Russie. Le Président et le Premier Ministre de la Chine ont présenté leurs excuses au gouvernement russe pour la pollution provoquée par l'accident et ont affirmé leur volonté « *to reduce the damage to the Russian side* »[34]. La Chine a fourni à la Russie, sur une base journalière, les informations nécessaires pour évaluer les risques de pollution sur son territoire. En outre, en 2008, un accord a été conclu entre les deux États visant à la protection des ressources en eau[35].

II. Modes juridictionnels de règlement des différends : le rôle important des cours et tribunaux

Depuis le XIX^e^ siècle, les modes juridictionnels de règlement ont été choisis pour régler des différends relatifs à l'eau. Les États ont très tôt fait confiance à des autorités juridictionnelles pour régler leurs différends en ce domaine.

31 - Voir infra, affaire Tatar c/ Roumanie, arrêt du 27 janvier 2009, http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html &documentId=846165&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

32 - En particulier, l'alimentation en eau potable de cette ville a été arrêtée du 23 au 27 novembre 2005. UNEP, The Songhua River Spill, Field Mission Report, Chine, décembre 2006, p. 6 et p. 15, www.unep.org/PDF/China_Songhua_River_Spill_draft_7_301205.pdf.

33 - Ibid., p. 6.

34 - Ibid., p. 14.

35 - Déclaration de presse, China, Russia sign an Agreement on Cross-Border Water Use, Protection, 29 janvier 2008, http://english.gov.cn.

1. Le recours à la Cour permanente de justice internationale et à la Cour internationale de justice

Questions de navigation

Pendant ses vingt-quatre années d'activités (1922-1946), la CPJI a rendu trois arrêts[36] et un avis consultatif[37] relatifs à des questions d'eau. Les affaires contentieuses portées devant cette juridiction mettent notamment en relief les aspects économiques des utilisations d'un cours d'eau international. Dans les affaires relatives à la *Juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder* et *Oscar Chinn*[38] des questions liées à la navigation ont été abordées. L'*Affaire relative aux prises d'eau à la Meuse* a porté sur des aspects concernant la construction de canaux de navigation favorisant le transport des marchandises vers la mer du Nord[39].

Le différend relatif à la *Juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder*, l'affaire la plus marquante pour l'évolution du droit des cours d'eau internationaux, avait trait à la définition des sections du fleuve Oder auxquelles le régime de liberté de navigation prévu par le traité de Versailles devait s'appliquer. Ce différend a donné l'occasion à la Cour de se pencher sur le principe de la liberté de navigation sur un cours d'eau international. Selon la CPJI, la solution du différend devait être recherchée non «*pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des États d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des États riverains*[40]». La Cour a souligné que cette communauté

36 - Juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie/Pologne), arrêt du 10 septembre 1929, CPJI Recueil, série A no 23. Affaire Oscar Chinn (Royaume-Uni/Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI Recueil, série A/B no 63. Prises d'eau à la Meuse (Belgique/Pays-Bas), arrêt du 28 juin 1937, CPJI Recueil, série A/B no 70.

37 - En 1926, le Conseil de la Société des Nations a demandé un avis consultatif afin de déterminer l'étendue territoriale de la compétence de la commission européenne du Danube dans la partie dite «du Danube maritime» entre les villes de Galatz et Braila situées en Roumanie. Compétence de la commission européenne du Danube (entre Galatz et Braila), avis du 8 décembre 1927, CPJI Recueil, série B no 14.

38 - L'affaire relative à Oscar Chinn concerne des mesures prises par le gouvernement belge à l'égard du transport fluvial sur les voies d'eau du Congo belge. Ces mesures avaient atteint gravement les activités économiques de M. Oscar Chinn. Dans cette affaire, la Cour a estimé que «la liberté de navigation, en tant qu'il s'agit des opérations commerciales des entreprises de transport fluvial ou maritime, implique, à cet égard, la liberté du commerce. On ne saurait cependant pas en déduire que la liberté de navigation entraîne et présuppose à tous autres égards la liberté du commerce». Affaire Oscar Chinn (Royaume-Uni/Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI Recueil, série A/B no 63, p. 83.

39 - Ce différend concernait la construction de canaux par la Belgique et les Pays-Bas. Les États ont invoqué tous deux la violation du traité de 1863 portant sur le règlement du régime des prises d'eau à la Meuse. La CPJI a considéré que «chacun des deux États a la liberté, agissant sur son propre territoire, de les modifier [les canaux], de les agrandir, de les transformer, de les combler et même d'en augmenter le volume d'eau par des apports nouveaux, du moment qu'il n'est pas porté atteinte au puisement d'eau» amenée par la prise d'eau de Maastricht (p. 26). Prises d'eau à la Meuse (Belgique/Pays-Bas), arrêt du 28 juin 1937, CPJI Recueil, série A/B no 70.

40 - Juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie/Pologne), arrêt du 10 septembre 1929, CPJI Recueil, série A no 23, p. 27.

d'intérêts sur un fleuve navigable « *devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres*[41] ». La notion de « communauté d'intérêts et de droits » employée par la CPJI sera reprise par la CIJ dans l'arrêt de 1997 relatif au projet Gabčíkovo-Nagymaros, puis dans son ordonnance de 2006 relative à l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*[42].

Dans son arrêt sur la détermination de l'étendue des droits de navigation du Costa Rica et du Nicaragua sur le fleuve San Juan, la CIJ a souligné l'importance des « *besoins essentiels* » de la population riveraine dans l'interprétation du traité de limites de 1858 entre le Costa Rica et le Nicaragua. Pour la Cour, le Costa Rica et le Nicaragua avaient entendu maintenir le droit d'utiliser le fleuve afin de subvenir aux besoins essentiels des populations « *tels que le transport scolaire ou les soins médicaux*[43] ». La Cour en conclut « *qu'il n'a pas pu être dans l'intention des auteurs du traité de 1858 de dénier aux habitants de la rive costaricienne du fleuve, là où cette rive constitue la frontière entre les deux États, le droit d'emprunter le fleuve dans la mesure nécessaire à la satisfaction de leurs besoins essentiels, compte tenu de la configuration des lieux, et en dehors même de toute activité de nature commerciale*[44] ».

Le besoin de prendre en compte les intérêts des populations riveraines s'est également fait ressentir dans des arrêts de la CIJ en matière de délimitation frontalière.

Question de délimitation frontalière

Les cours d'eau et les lacs peuvent constituer une référence naturelle pour fixer une frontière entre les États. Les cours d'eau et leurs rives offrent un élément objectif et visible sur le terrain. Cela explique en partie le nombre considérable de frontières fluviales et lacustres à l'heure actuelle. Dans un certain nombre d'affaires, la Cour a montré que la solution d'un différend frontalier doit prendre en compte les relations de coopération entre des États riverains. Ainsi, dans l'*Affaire relative à l'île Kasikili/Sedudu*, la Cour a fait référence au communiqué de Kasane des présidents du Botswana et de la Namibie du 24 mai 1992 pour rappeler aux parties les obligations liées au régime de coopération autour de l'île Kasikili/Sedudu dans le fleuve Chobe[45].

La délimitation frontalière sur un cours d'eau international a un impact sur les populations riveraines concernées, ce qui peut conduire à considérer que la

41 - Ibid.

42 - Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 56, § 85. Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine/Uruguay), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, p. 10, § 39 et p. 17, § 64.

43 - Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica/Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, p. 32, § 78, www.icj-cij.org/docket/files/133/15322.pdf.

44 - Ibid., p. 33, § 79.

45 - Affaire de l'île Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), CIJ Recueil 1999, p. 1106-1107, § 102.

frontière ne doit plus être appréhendée comme une ligne de séparation entre des États mais comme un espace de contact entre les populations riveraines[46]. Ce besoin d'envisager la frontière comme un espace de coopération entre les États riverains est particulièrement évident lorsqu'il est nécessaire d'assurer l'accès à l'eau aux populations locales dans des régions arides où l'eau a une importance vitale[47].

Question de qualité et de quantité d'eau

L'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* a porté sur la construction d'un système de barrages sur le Danube, prévu par un traité conclu entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie en 1977. Le gouvernement hongrois décida toutefois en 1989 de suspendre puis d'abandonner le projet. L'échec des négociations entre les deux États ouvrit la porte à des mesures unilatérales. La Tchécoslovaquie mit en place la « variante C », qui prévoyait une diversion unilatérale du Danube sur son territoire. En se référant à ce projet et eu égard au droit d'exercer des contre-mesures, la Cour a indiqué que l'appropriation de « *entre quatre-vingts et quatre-vingt-dix pour cent des eaux du Danube*[48] » par la Tchécoslovaquie avait privé la Hongrie « *de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube* » et « *n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international* »[49]. En outre, la Cour a souligné l'importance de la protection de la qualité des eaux du fleuve Danube, en affirmant que les impacts du projet Gabčíkovo-Nagymaros sur l'environnement « *seront nécessairement une question clé* » et que ce sont les normes actuelles en matière de protection d'environnement qui doivent être prises en compte par les États pour évaluer ses impacts et l'évaluation des risques écologiques[50].

L'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* porte sur le droit d'un État riverain, l'Argentine, de protéger la qualité des eaux du fleuve Uruguay et son écosystème. Dans son ordonnance en mesures conservatoires, la Cour a rappelé l'importance qu'elle attache à la protection de l'environnement[51], tout en ne considérant pas que les circonstances en l'espèce nécessitaient l'indication

46 - Voir R. Ranjeva, « Nouveaux aspects du droit des frontières en Afrique à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (éd.), L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Kluwer Law, Pays-Bas, p. 603-607.

47 - À l'occasion de l'affaire Burkina Faso/Mali, le juge ad hoc Abi-Saab a considéré dans son opinion individuelle que le choix de la ligne de séparation correspondant avec celle des cartes pour régler le différend frontalier entre le Burkina et le Mali était « une solution juridique possible dans les limites de la marge de liberté existant en l'espèce », toutefois le juge ad hoc aurait préféré une autre solution « qui, tout en respectant les points de repère (et ce n'est pas par hasard s'ils sont tous les deux des points d'eau), soit plus imbue de considérations d'équité infra legem dans l'interprétation et l'application du droit, s'agissant d'une zone de nomadisation qui souffre de la sécheresse et où l'accès à l'eau est donc d'importance vitale ». Opinion individuelle annexée à l'arrêt Différend frontalier (Burkina Faso/Mali), CIJ Recueil 1986, p. 662-663.

48 - Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 50, § 65.

49 - Ibid., p. 56, § 85.

50 - Ibid., p. 77, § 140.

51 - Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine/Uruguay), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, p. 18, § 72.

de mesures conservatoires. Pour la Cour, il n'y avait pas d'éléments montrant que la décision uruguayenne d'autoriser la construction des usines «*créerait un risque imminent de préjudice irréparable pour le milieu aquatique du fleuve Uruguay ou pour les intérêts économiques et sociaux des populations riveraines établies du côté argentin du fleuve*[52]».

2. Le règlement des différends par la voie de l'arbitrage

L'arbitrage, la forme la plus ancienne de règlement juridictionnel, a souvent été usité dans le domaine de l'eau. Depuis la fin du XIXe, des différends ont été soumis à un arbitrage, que ce soit un arbitre unique[53], une commission mixte[54] ou à des tribunaux arbitraux institués ou non au sein de la Cour permanente d'arbitrage (CPA). Leurs décisions ont permis de développer et consolider des règles relatives à l'utilisation des cours d'eau internationaux.

L'affaire du lac Lanoux

L'*Affaire relative au lac Lanoux*, ayant opposé l'Espagne à la France, avait trait à un projet français d'aménagement de ce lac qui consistait à détourner les eaux du Carol vers l'Ariège. Elle a été soumise à un tribunal *ad hoc* en vertu d'un compromis signé en novembre 1956. Dans sa décision, le tribunal a pris en compte les règles du droit conventionnel applicables ainsi que «*les règles du droit international commun*[55]». Le tribunal a de ce fait consacré des obligations du droit international de l'eau telles les obligations de consultation et négociation de bonne foi entre les États riverains lorsqu'ils projettent des activités relatives à l'utilisation des ressources en eau partagées. Selon le tribunal, un État riverain «*a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres*[56]».

52 - Ibid., p. 18, § 73.

53 - Voir la sentence du 22 mars 1888 rendue par le président des États-Unis d'Amérique, Grover Cleveland, agissant en qualité d'arbitre, dans l'Affaire relative au fleuve San Juan (Costa Rica/Nicaragua) et les sentences arbitrales des 19 août 1872 et 10 avril 1905 rendues dans l'Affaire du delta de l'Hilmand (Afghanistan/Perse). Extraits : Annuaire de la CDI, vol. II (2), 1974, p. 201-204.

54 - Décision du 22 août 1893 rendue dans l'Affaire relative au fleuve Kochk par une commission anglo-russe en vue de préciser et compléter la clause III du Protocole nº 4 du 10 juillet 1887 (Grande-Bretagne/Russie) ; décision rendue dans l'Affaire Faber par la commission mixte des réclamations Allemagne Venezuela instituée en application du Protocole du 13 janvier 1903 (Allemagne/Venezuela). Extraits : Annuaire de la CDI, vol. II (2), 1974, p. 204-205.

55 - Le tribunal a estimé que : «quand il y a matière d'interprétation, celle-ci doit être opérée selon le droit international ; celui-ci ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation ; il est donc permis de tenir compte de l'esprit qui a présidé aux traités pyrénéens, ainsi que des règles du droit international commun.» Affaire du lac Lanoux (Espagne/France), sentence du 16 novembre 1957, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, p. 301, § 2.

56 - Ibid., p. 315, § 22.

Le tribunal ne s'en est pas tenu là. En examinant si la France avait pris en compte les intérêts espagnols, le tribunal a estimé qu'un État riverain doit donner aux intérêts d'un autre État du cours d'eau une place raisonnable non seulement au cours de négociations, mais aussi dans la solution retenue [57]. Le tribunal a conclu que la France avait tenu suffisamment compte des intérêts espagnols et qu'elle ne violait pas les obligations du droit conventionnel et du « *droit international commun* ».

Une autre affaire a porté sur des dommages subis par des ressortissants américains autour du lac Ontario au cours des années 1951-1952. La construction et l'entretien d'un barrage – connu sous le nom de *Gut Dam* – par le Canada sur le fleuve Saint-Laurent avait causé une augmentation du niveau des eaux et provoqué un préjudice aux propriétés de plusieurs centaines d'individus [58]. Des plaintes ont été portées devant des tribunaux nationaux des États-Unis et une commission – la *Foreign Claims Settlement Commission* – instituée par le Congrès américain a été chargée de déterminer les dommages subis par les nationaux des États-Unis. Les parties ont toutefois décidé de mettre en place en 1965 un tribunal arbitral – connu sous le nom de *Lake Ontario Claims Tribunal* – et environ deux cents réclamations ont été déposées devant ce dernier. Le tribunal n'a toutefois pas statué sur ces réclamations puisque le Canada et les États-Unis ont ensuite réglé leur différend à l'amiable, le Canada ayant décidé d'attribuer une somme forfaitaire de 350 000 $ aux nationaux des États-Unis [59].

L'Affaire relative à l'apurement des comptes entre la France et les Pays-Bas

Ce différend a été soumis à un arbitrage institué sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) en 2004. Dans sa décision relative à l'apurement des comptes entre la France et les Pays-Bas, le tribunal a interprété les obligations de la convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 et de son Protocole de 1991 à la lumière de la solidarité existant entre les États riverains [60]. Il a ainsi souligné la relation étroite entre la solidarité des États riverains et la protection de la qualité des eaux du Rhin. Pour le tribunal, la « *communauté d'intérêts et de droits* » fait partie du régime de solidarité établi par les États riverains pour protéger l'environnement de ces ressources [61]. Le tribunal a contribué à la consolidation de la notion de

57 - Le tribunal a souligné « combien sont intimement liées l'obligation de tenir compte, au cours des tractations, des intérêts adverses et l'obligation de faire à ceux-ci, dans la solution retenue, une place raisonnable ». Ibid., p. 317, § 24.

58 - E.L. Kerley, C.F. Goodman, « The Gut Dam claims : a lump sum settlement disposes of an arbitrated dispute », Virginia Journal of International Law, vol. X, 1970, p. 305.

59 - Ibid., p. 325.

60 - Pour le tribunal, « le Protocole, au nom de la solidarité existante entre les riverains du Rhin, organise en tout état de cause la lutte contre la pollution du fleuve par les chlorures en assurant un financement commun des mesures à prendre par la France et les Pays-Bas ». Affaire concernant l'apurement des comptes entre le royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, sentence du 12 mars 2004, p. 40, § 98.

61 - Selon le tribunal, le régime établi sur le Rhin rend « témoignage à une communauté d'intérêts qui conduit à une "communauté de droits". […] La solidarité des riverains est sans doute un élément de leur communauté d'intérêts ». Ibid., p. 39, § 97.

communauté d'intérêts et de droits sur un cours d'eau international à laquelle s'étaient référées la CPJI en 1929 et la CIJ en 1997 et 2006.

L'arbitrage Abyei (Soudan)

La décision relative au différend ayant opposé le Soudan et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (MPLS/A) relatif à la délimitation de la région de l'Abyei, située entre le nord et le sud du Soudan, a également soulevé des questions d'accès à l'eau [62]. En particulier, le tribunal a décidé que le fleuve du Bahr el Arab et les affluents liés à ce cours d'eau font partie de la région de l'Abyei [63].

En définitive, le recours à l'arbitrage constitue un mode privilégié pour régler des différends en matière d'eau. Un bon nombre d'instruments conventionnels, universels, régionaux et portant sur des cours d'eau spécifiques prévoient le recours à ce mode de règlement de différends [64]. La convention des Nations unies de 1997 prévoit dans une annexe des dispositions détaillées relatives à l'arbitrage. Il est prévu que le tribunal arbitral institué sur la base de cette annexe puisse recommander, à la demande de l'une des parties, « *les mesures conservatoires indispensables* [65] ». Certains instruments peuvent faire référence à des règles spécifiques telles celles contenues dans le *Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement*

62 - Il est intéressant de mentionner que, dans ce différend, un tribunal international a délimité, pour la première fois, un territoire situé à l'intérieur d'un État. En outre, un aspect inusuel de l'arbitrage Abyei a trait au fait qu'il concerne un différend entre un État et une entité non gouvernementale. Le gouvernement du Soudan/le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (l'arbitrage Abyei), sentence du 22 juillet 2009, www.pca-cpa.org/upload/files/Abyei%20Final%20Award.pdf.

63 - Le gouvernement du Soudan/le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (l'arbitrage Abyei), sentence du 22 juillet 2009, p. 253-254, § 735-736. Les conclusions du tribunal ont été âprement critiquées par l'un des arbitres qui, dans son opinion dissidente, a mis en relief le fait que la sentence ne protégeait pas l'accès à l'eau d'une des communautés habitant cette région, notamment la population de Misseriya. Selon l'arbitre, « the Award failed utterly to take the rights of the Misseriya into consideration and could have the effect of denying them access to the water of the Bahr ». En outre, bien que la décision protège les droits traditionnels de Misseriya et d'autres populations nomades d'élever du bétail et traverser la région de l'Abyei, d'après l'arbitre, les Misseriya ont été réduits « to second class citizens in their own land and to create conditions which may deny them access to water ». Opinion dissidente de l'arbitre Al-Khasawneh, p. 67.

64 - La convention d'Helsinki de 1992 comme celles relatives au Danube et au Rhin prévoient la possibilité d'un arbitrage. Ces instruments prévoient également dans le cadre d'une annexe les modalités de la procédure arbitrale, notamment les questions de délai et de composition du tribunal arbitral. Article 22.2 (b) et annexe IV de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (ci-après la convention d'Helsinki de 1992, ce texte est reproduit notamment dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. Mbengue et C. Romano, op. cit., p. 275-279) ; article 24.2 et annexe V de la convention du Danube de 1994 ; article 16.2 de la convention pour la protection du Rhin du 12 avril 1999 : www.admin.ch/ch/f/rs/c0_814_284.html.

65 - Annexe, article 7 de la convention des Nations unies de 1997.

adopté au sein de la CPA en 2001. Ce Règlement facultatif de la CPA confère le droit aux acteurs non étatiques de porter plainte devant un tribunal arbitral [66].

3. Modes juridictionnels de règlement des différends impliquant des acteurs non étatiques

De plus en plus de différends transnationaux portent sur des questions d'eau. Une illustration en est donnée par le recours aux mécanismes institués au sein du CIRDI et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après ALENA). D'autres sont réglés dans le cadre de procédures de droits de l'homme.

a) Le CIRDI

Plusieurs affaires portées devant les tribunaux arbitraux dans le cadre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 [67] traitent de questions liées à l'eau [68]. Certaines décisions arbitrales concernent les aspects relatifs à la privatisation des services de l'eau et les enjeux de l'expropriation en ce domaine. Tel a été le cas des décisions *Azurix c/ Argentine* de 2006 et *Biwater Gauff c/ Tanzanie*

66 - Le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières de 2003 fait référence à ce Règlement pour régler les différends qui pourraient surgir. L'article 14 du Protocole se lit comme suit : « En cas de différend entre demandeurs de dommages-intérêts en application du Protocole et personnes responsables en vertu du Protocole, et si les deux parties ou toutes les parties en sont ainsi convenues, celui-ci peut être soumis à un arbitrage définitif et contraignant conformément au Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles ou à l'environnement ». Ce Règlement donne une définition large du différend qui peut être soumis à l'arbitrage. Selon l'article premier du Règlement : « La qualification du différend comme relatif à l'environnement ou aux ressources naturelles n'est pas nécessaire pour déterminer la compétence dès lors que toutes les parties sont convenues de trancher un différend particulier conformément au présent Règlement. »

67 - Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, ILM, vol. IV, p. 524.

68 - Voir Aguas del Tunari SA c/ Bolivie (affaire no ARB/02/3), sentence sur la compétence du 21 octobre 2005 (le différend a été réglé par les deux parties) ; Aguas Cordobesas SA, Suez, c/ Argentine (affaire no ARB/03/18) (le différend a été réglé par les deux parties) ; ATA Construction, Indus. et Trading Co. c/ Jordanie (affaire no ARB/08/2) (pendante) ; Azurix Corp. c/ Argentine (affaire no ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006 ; Azurix Corp. c/ Argentine (affaire no ARB/03/30) (pendante) ; Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Argentine (affaire no ARB/03/17), sentence sur la compétence du 16 mai 2006 (affaire pendante) ; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ Tanzanie (affaire no ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008 ; Branimir Mensik c/ Slovaquie (affaire no ARB/06/9) (le différend a été réglé par les deux parties) ; Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine (affaire no ARB/97/3), décision du 20 août 2007 ; JacobsGibb Ltd. c/ Jordanie (affaire no ARB/02/12) ; Impregilo SpA c/ Argentine (affaire no ARB/07/17) (pendante) ; SAUR Int'l c/ Argentine (affaire no ARB/04/4 (pendante) ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine (affaire no ARB/03/19), sentence sur la compétence du 3 août 2006 (affaire pendante).

de 2008[69]. Ces deux décisions soulignent certains contours du concept d'expropriation indirecte. Il en est ainsi des critères permettant de distinguer les réglementations légitimes ne donnant pas lieu à expropriation et les règlementations donnant lieu à une indemnisation[70]. La problématique de l'expropriation et de l'indemnisation des investisseurs privés pose le problème de l'étendue du pouvoir de régulation d'un État, notamment s'il doit répondre à des exigences de meilleur accès à l'eau de la population ou de protection de l'environnement.

Dans le cadre d'un certain nombre de différends sur l'eau, les tribunaux du CIRDI ont été confrontés à des demandes de participation par des personnes non parties à un litige, notamment des organisations non gouvernementales[71]. Ces dernières ont demandé de déposer des mémoires d'*amicus curiae* en soulignant le fait que la gestion de l'eau soulève des questions d'intérêt public[72]. Dans leurs ordonnances, les tribunaux ont mis en relief que l'objet des différends portant sur des contrats de concession soulevait des questions de droit international, y compris des considérations relatives aux droits de l'homme, et ont accepté la soumission des mémoires d'*amicus curiae*[73].

Ainsi que le montre la jurisprudence du CIRDI, le droit international des investissements soulève des questions complexes dans lesquelles plusieurs facteurs sont liés les uns aux autres, qu'il s'agisse de la protection de l'investissement, de l'exigence de protéger une ressource indispensable à la vie de l'homme et de la protection de l'environnement. Tout en soulignant la dimension économique

---

69 - Le concept d'expropriation peut revêtir différentes formes. L'expropriation peut être directe ou indirecte. L'expropriation directe est liée à un processus de nationalisation des ressources naturelles par un État. La notion d'expropriation indirecte a été définie par l'article 1110 de l'ALENA qui prévoit que : « Aucune des parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement ("expropriation"), sauf : a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire ; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) ; et d) moyennant le versement d'une indemnité. » Voir l'étude de l'OCDE, L'expropriation indirecte et le « droit de réglementer dans le droit international de l'investissement », septembre 2004.

70 - Voir décision Azurix, p. 111-112, § 311-312 et décision Biwater Gauff, p. 136-136, § 462-465 et p. 236, § 798.

71 - M. Mbengue, M. Tignino, « Transparency, public participation and amicus curiae in water disputes », in E. Brown-Weiss, L. Boisson de Chazournes, N. Bernasconi-Osterwalder (eds.), Fresh Water and International Economic Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 367-405.

72 - Voir Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ Argentine (affaire no ARB/03/19), order in response to a petition for transparency and participation as amicus curiae, 19 mai 2005 ; Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Argentina (affaire no ARB/03/17), order in response to a petition for participation as amicus curiae, 17 mars 2006 ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ Argentine (affaire no ARB/03/19), order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an amicus curiae submission, 12 février, 2007 ; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ United Republic of Tanzania (affaire no ARB/05/22), procedural order no 5, 26 mars 2007. Voir B. Stern, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », Revue de l'arbitrage, 2007, no 1, p. 3-43.

73 - Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ Argentine (affaire no ARB/03/19), order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an amicus curiae submission, 12 février, 2007 ; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ United Republic of Tanzania (affaire no ARB/05/22), procedural order no 5, 26 mars 2007.

de l'eau, les mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement doivent prendre en compte d'autres considérations, de nature sociale et environnementale, dans la gestion de cette ressource naturelle.

b) L'ALENA

Il est intéressant de noter qu'au sein de l'ALENA le Canada, les États-Unis et le Mexique ont ressenti le besoin d'adopter une déclaration qui se lit comme suit :

« *L'ALENA ne crée aucun droit aux ressources en eau naturelle de l'une ou l'autre partie. […] L'eau qui se trouve à l'état naturel dans les lacs, les rivières, les réservoirs, les aquifères, les bassins hydrographiques, etc., n'est ni une marchandise ni un produit, ne se vend pas dans le commerce et, par conséquent, n'est pas et n'a jamais été visée par les conditions d'un accord commercial quel qu'il soit* [74]. »

Alors que cette déclaration exclut l'eau du champ d'application du chapitre 3 relatif au commerce des biens, elle ne vise pas expressément les investissements qui sont régis par le chapitre 11 de l'ALENA. En 1998, un différend opposant une compagnie privée américaine, Sun Belt, au Canada a été porté dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA [75]. En outre, en 2002, une plainte a été déposée par des agriculteurs des États-Unis. Ces derniers ont accusé le Mexique d'avoir porté atteinte à leur « investissement », constitué par leurs droits de propriété sur l'eau, qui serait protégé par l'ALENA [76]. L'interprétation donnée de la notion d'« investissement » n'a toutefois pas été retenue par le tribunal CIRDI/ALENA. Le tribunal, en considérant que les plaignants devraient démontrer que

---

74 - Déclaration faite en 1993 par les gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, www.scics.gc.ca/cinfo99/83067000_f.html.

75 - Les compagnies privées considèrent avec intérêt les profits potentiels qui pourraient dériver de la réalisation des transferts internationaux d'eau vers les États-Unis. En 1991, la province de la Colombie-Britannique au Canada avait donné des autorisations à des compagnies canadiennes pour effectuer des transferts d'eau en vrac par navire-citerne. Une de ces compagnies constitua un joint-venture avec une compagnie américaine, Sun Belt, pour approvisionner en eau la ville californienne de Goleta. Avec l'adoption au niveau fédéral d'un moratoire en 1999, la Colombie-Britannique retira les concessions données. Devant le retrait de la concession, la compagnie Sun Belt déposa une plainte au titre du chapitre 11 de l'ALENA, en invoquant des dommages pour plus de 200 millions de dollars. Voir affaire Sun Belt Inc. c/ Canada, notice of claim and demand for arbitration, 12 octobre 1999, www.naftaclaims.com/disputes_canada/disputes_canada_sunbelt.htm. Cette affaire est encore pendante. Voir M. Tignino, D. Yared, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », Revue québécoise de droit international, vol. XIX, no 2, 2006, p. 159-195.

76 - Les plaignants ont considéré avoir payé pour acquérir leurs droits de propriété sur l'eau. Cela constituait de ce fait un investissement au titre de l'article 1139 (g) de l'ALENA. Le Mexique aurait violé les droits de propriété sur l'eau en diminuant les quotas d'eau que les États-Unis, et donc indirectement les agriculteurs, devaient recevoir au titre de l'accord sur le Rio Grande de 1944. Pour les plaignants : « From 1992 to 2002, Mexico has captured, seized, and diverted to the use of Mexican farmers, the foundation of the Investment (approximately 1,219,521 acre-feet of irrigation water) located in Mexico and owned by Claimants. By diverting Claimants' water to Mexican farmers, Mexico dramatically increased its irrigated agricultural production on the Mexican side of the Rio Grande River, while the crops of United States farmers in the Rio Grande Valley shrivelled » (p. 32-33). Affaire Bayview Irrigation District c/ Mexico (Texas Water Claims), notice of arbitration, 19 janvier 2005, p. 32-33, http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Texas/TexasClaims_NOA-19-01-05.pdf.

« *they have made an investment in Mexico* », a souligné que « [i]*n our view it is clear that they do not* »[77]. Le tribunal a considéré qu'il n'était pas compétent.

c) Les procédures de protection des droits de l'homme

Le comité des droits de l'homme a eu l'occasion de considérer l'eau sous l'angle de la vie culturelle des minorités dont les droits sont protégés par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[78]. Selon cet organe, la culture « *peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones*[79] ». Ainsi, les droits protégés par l'article 27 du Pacte peuvent porter « *sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse*[80] ». Des activités économiques et sociales liées à l'eau, telle la pêche, peuvent être considérées comme un moyen de subsistance d'une minorité et être partie de leur culture. Le déni de ces activités est incompatible avec les obligations contractées au titre de l'article 27 du Pacte[81].

Les mécanismes régionaux des droits de l'homme telles la Cour européenne des droits de l'homme, la commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ainsi que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ont également abordé des questions liées à l'eau. Certains des droits protégés par

---

77 - Affaire Bayview Irrigation District c/ Mexico (Texas Water Claims), award, 12 juin 2007, p. 24-25, § 108-112, www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Texas/Bayview_Jursdictional_Award_19-05-07.pdf.
En septembre 2007, les plaignants ont déposé une demande d'annulation de la décision. Notice of application for annulment, 17 septembre 2007, www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Texas/Bayview-Mexico-Annulment-Notice.pdf.

78 - Une illustration de la relation entre la protection du mode de vie d'une communauté autochtone et des activités socio-économiques liées à l'eau est donnée par l'affaire relative à La bande du lac Lubicon c/ Canada. L'auteur de cette communication, le chef Bernard Ominayak, soutenait que la décision de la province d'Alberta d'exproprier des terres appartenant à la bande du lac du Lubicon à des fins commerciales (prospection de pétrole et de gaz) constituait une violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ainsi que du droit de disposer librement de ses richesses naturelles protégés par l'article premier du Pacte sur les droits civils et politiques. Alors que le comité s'est déclaré incompétent pour examiner la communication sous l'angle de cette disposition du Pacte, il a estimé que la communication était recevable « dans la mesure où elle peut soulever des questions au regard de l'article 27 ou d'autres articles du Pacte » (§ 31.1). Le comité, en concluant à la violation par le Canada de l'article 27 du Pacte, a mis en évidence la relation entre la protection de la vie culturelle d'une communauté et son mode d'existence. La bande du lac Lubicon c/ Canada (Communication no 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990)), § 31, 32.2 et 33. Voir aussi Jouni E. Länsman et consorts c/ Finlande, Communication no 511/1992, 8 novembre 1994, CCPR/C/52/D/511/1992, § 10.3 ; Apirana Mahuika et consorts c/ Nouvelle-Zélande (Communication no 547/1993, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000)), § 9.9.

79 - Comité des droits de l'homme, Observation générale no 23 sur l'article 27 : protection des minorités, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 (1994), § 7.

80 - Ibid.

81 - Voir La bande du lac Lubicon c/ Canada (Communication no 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990)), § 32.2 et 33 ; Jouni E. Länsman et consorts c/ Finlande, Communication no 511/1992, 8 novembre 1994, CCPR/C/52/D/511/1992, § 10.3 ; Apirana Mahuika et consorts c/ Nouvelle-Zélande (Communication no 547/1993, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000)), § 9.9.

ces mécanismes, notamment le droit à un procès équitable [82], le droit à la santé et à un environnement sain, ont permis l'intégration de questions relatives à la gestion et à la protection de l'eau dans le cadre de règlement de litiges [83].

Ainsi, la Commission africaine des droits de l'homme, dans une décision de 2001 relative à un différend portant sur la violation de droits économiques, sociaux et culturels du peuple ogoni par le Nigeria, a souligné qu'en matière d'exploitation pétrolière la santé et l'environnement des communautés locales et notamment la lutte contre la pollution de l'eau doivent être garantis [84]. La pollution du fleuve Tisza causée par l'activité minière de Baia Mare et ses effets sur la santé humaine ont été au centre d'un différend porté contre la Roumanie devant la Cour européenne des droits de l'homme [85]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est référée à l'Observation générale n° 15 sur le droit à l'eau adoptée en 2002 par le comité sur les droits économiques, sociaux et culturels pour défendre l'existence du droit à l'eau des populations autochtones au Paraguay [86]. Parmi les apports des mécanismes de droits de l'homme doivent être soulignés tant la lutte contre la pollution des ressources en eau que la question de l'accès des couches les plus vulnérables de la population à cette ressource.

---

82 - Cour européenne des droits de l'homme, Zander c/ Suède, arrêt du 25 novembre 1993, http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695739&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

83 - Voir rapport sur la situation des droits de l'homme au Brésil, OEA/Ser.L/V/II.97 (1997), www1.umn.edu/humanrts/iachr/country-reports/brazil1997-ch6.html ; Rapport sur la situation des droits de l'homme en Équateur OEA/Ser.L/V/II.110 (2001), www1.umn.edu/humanrts/iachr/country-reports/ecuador1997-ch8.html ; Communications 25/89, 47/90, 56/91 et 100/93, Organisation mondiale contre la torture et al. c/ Zaïre, arrêt du 2 octobre 1995, www1.unm.edu/humanrts/africa ; Communication 155/96, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/Nigeria, arrêt du 27 mai 2002, www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/F155-96.html.

84 - Ainsi, la Commission : « Exhorte le gouvernement de la république fédérale du Nigeria à assurer la protection de l'environnement, de la santé et des moyens d'existence du peuple ogoni : – En arrêtant toutes les attaques contre les communautés ogonies et leurs dirigeants par les forces de sécurité de l'État du River State et en permettant aux citoyens et enquêteurs indépendants d'accéder librement au territoire ; – En menant des enquêtes sur les violations des droits de l'homme susvisées et en poursuivant en justice les autorités des forces de sécurité, le NNPC et les autres agences impliquées dans les violations des droits de l'homme ; – En s'assurant qu'une compensation adéquate soit versée aux victimes des violations des droits de l'homme, de même qu'une assistance pour la réinstallation des victimes de raids menés sur ordre du gouvernement, et en procédant à un nettoyage total des terres et rivières polluées/endommagées par les opérations liées à l'exploitation pétrolière ; – En s'assurant qu'une évaluation adéquate de l'impact social et écologique des opérations pétrolières soit menée pour tout futur projet d'exploitation pétrolière et que la sécurité de tout projet du genre soit garantie au moyen d'organes de contrôle indépendants de l'industrie pétrolière ; et – en fournissant des informations sur les risques pour la santé et l'environnement, de même qu'un accès effectif aux organes de régulation et de décision par les communautés susceptibles d'être affectées par les opérations pétrolières. » Communication 155/96, Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigeria, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

85 - Affaire Tatar c/ Roumanie, arrêt du 27 janvier 2009, § 97, disponible : http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=846165&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

86 - Comunidad indigena Yakye Axa c/ Paraguay, arrêt du 17 juin 2005, série C no 125, § 167. Voir aussi Comunidad indigena Sawhoyamaxa c/ Paraguay, arrêt du 29 mars 2006, série C no 146, § 164.

III. La contribution des organisations internationales au règlement des différends relatifs à l'eau

Les juridictions établies dans le cadre des traités d'organisations régionales d'intégration économique tels la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE) et le Tribunal de la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC) peuvent être saisies pour régler des différends en matière d'eau. En outre, les mécanismes de non-respect mis en place par des décisions des conférences de parties des conventions de droit international de l'environnement ou par d'autres instruments juridiques apportent leur contribution au règlement pacifique des différends en matière d'eau [87].

1. À propos de quelques mécanismes juridictionnels régionaux

Les institutions établies dans le cadre de traités régionaux d'intégration économique peuvent établir en leur sein des mécanismes juridictionnels de règlement des différends qui ont des compétences en matière d'eau. Ainsi, au niveau de la Communauté européenne, la CJCE est très fréquemment saisie afin d'assurer le respect du droit dérivé en matière d'eau [88].

Le retard dans la transposition des directives, telle la directive-cadre dans le domaine de l'eau de 2000, a été l'objet d'un certain nombre d'affaires portées devant la CJCE [89]. La Commission a ainsi engagé onze procédures d'infraction et la Cour de justice a condamné cinq États membres pour défaut de communi-

87 - Voir par exemple le mécanisme de non-respect de la convention d'Aarhus, décision I/7, examen du respect des dispositions, première réunion des parties, 21-23 octobre 2002 et la commission de coopération environnementale de l'Amérique du Nord mise en place par l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, 13 septembre 1993 (en particulier articles 14 et 15).

88 - Depuis l'adoption de la directive-cadre dans le domaine de l'eau de 2000, de nouvelles directives ont été adoptées pour assurer une meilleure protection de la qualité des eaux en Europe. Tel est par exemple le cas de la directive sur la protection des eaux souterraines contre la pollution de 2006 qui remplace celle de 1979. Voir : directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau et les actes modificatifs de 2001 et 2008, JO L 327 du 22 décembre 2000, p. 1-73 ; JO L 331 du 15 décembre 2001 ; JO L 81 du 20 mars 2008. Voir aussi la directive 2006/118/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 sur la protection des eaux souterraines contre la pollution, JOCE 372 du 27 décembre 2006.

89 - Conformément à l'article 24.1, premier alinéa, de la directive, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 22 décembre 2003 et en informer immédiatement la Commission. Voir la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil Vers une gestion durable de l'eau dans l'Union européenne. Première étape de la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau 2000/60/CE [SEC (2007) 362] [SEC (2007) 363], COM/2007/0128 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0128:FIN:FR:HTML.

cation des dispositions nationales de transposition de cette directive [90]. En outre, la Commission a saisi la Cour de manquements aux obligations prévues par les directives telles la directive concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles de 1991 et la directive relative au traitement des eaux urbaines résiduaires de la même année [91]. La Cour a été également saisie par la Commission du problème de la non application de jugements en matière d'eau [92].

La CJCE joue un rôle important pour surveiller la bonne application du droit communautaire en matière d'eau. La transposition complète des obligations prévues par les directives ainsi que le respect des délais prescrits sont essentiels pour parvenir à l'objectif d'une amélioration de la gestion et de la qualité des ressources en eau nationales et transfrontières. Une bonne qualité de ces ressources contribue également à la protection du milieu marin qui peut souffrir de rejets provenant de sources d'eau douce. Cette relation entre l'eau douce et l'eau salée ainsi que les effets de la pollution tellurique dans le milieu marin ont été illustrés par un arrêt de la CJCE de 2004 concernant l'étang de Berre [93].

D'autres traités régionaux d'intégration économique tels les traités instituant la SADC et la Communauté de l'Afrique de l'Est ont mis en place des tribunaux compétents pour les litiges relatifs à l'eau. Le Tribunal de la SADC et la Cour de justice de la Communauté de l'Afrique de l'Est sont compétents en cas de différends relatifs à l'interprétation et à l'application, respectivement, du Protocole sur les cours d'eau partagés de la SADC de 2000 et du Protocole pour le développement durable du bassin du lac Victoria de 2003 [94]. Ces deux institutions peuvent connaître de litiges entre États, entre un État et la Communauté ainsi qu'entre un acteur privé et la Communauté [95].

---

90 - Belgique (C-33/05), JOCE 48 du 25 février 2006, p. 9 ; Luxembourg (C-32/05), JOCE 331 du 30 décembre 2006, p. 7 ; Allemagne (C-67/05), JOCE 36 du 11 février 2006, p. 17 ; Italie (C-85/05), JOCE 60 du 11 mars 2006, p. 10 ; Portugal (C 118/05), JOCE 60 du 11 mars 2006, p. 11.

91 - Voir par exemple : Luxembourg (526/08), JOCE 44 du 21 février 2009, p. 3 ; Irlande (C-316/06) JOCE 285 du 8 novembre 2008, p. 5 ; Grèce (C-440/06), JOCE 315 du 22 décembre 2007, p. 19. Voir aussi communiqué de presse, Traitement des eaux résiduaires : la Commission assigne la France devant la Cour et adresse un avertissement à cinq États membres, 20 novembre 2009, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1794&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en.

92 - Tel est le cas d'une affaire portée contre la France. Dans un jugement de 2004, la Cour a constaté ses manquements à la directive de 1991 sur le traitement des eaux urbaines résiduaires. La France n'avait pas identifié des zones sensibles au titre de l'eutrophisation et avait manqué de soumettre les zones sensibles à un traitement plus rigoureux en matière de rejets d'eaux urbaines résiduaires provenant des agglomérations urbaines (France (C-280/02), JOCE 284 du 20 novembre 2004, p. 1). En 2008, la Commission a adressé un avis motivé à la France en indiquant les points sur lesquels elle ne s'était pas conformée à l'arrêt de 2004 de la Cour de justice. Vingt-sixième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire, 2008, p. 159, http://ec.europa.eu/community_law/docs/docs_infringements/annual_report_26/en_sec_sectors_autre_document_trava.

93 - France (C-239/03), JOCE 300 du 4 décembre 2004, p. 20.

94 - Article 7, Protocole révisé sur les cours d'eau partagés de la SADC, 7 août 2000, www.sadc.int/ ; article 46.2 du Protocole pour le développement durable du bassin du lac Victoria, 29 novembre 2003, www.unhabitat.org/downloads/docs/Protocol%20for%20Development%20Lake%20Victoria%20Basin%20EAC%202003.pdf.

95 - Voir les articles 17 et 18 du Règlement du tribunal de la SADC et les articles 28-30 du traité instituant la Communauté de l'Afrique de l'Est.

2. Les mécanismes de contrôle et d'enquête des institutions financières internationales

Les institutions financières internationales ont établi des mécanismes institutionnels de règlement des différends qui prennent appui sur le concept de participation populaire. La création par la Banque mondiale du Panel d'inspection en 1993 vise à prendre en compte les intérêts des populations locales des pays emprunteurs lorsqu'ils sont atteints par une mauvaise élaboration et mise en œuvre de projets financés par la Banque. Les banques régionales de développement, notamment la Banque interaméricaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque africaine de développement ont chacune mis en place leur propre mécanisme.

Les rapports du Panel d'inspection de la Banque mondiale ont pu conduire à la décision de suspendre l'exécution de certains projets relatifs à l'eau ainsi qu'au retrait de la Banque d'un projet. Ainsi, dans le cadre du projet concernant la construction du barrage Arun III au Népal, le Panel ayant constaté des violations par la Banque de ses politiques opérationnelles, cette dernière a annoncé, en août 1995, sa décision de ne plus financer le projet [96]. Les décisions du Panel peuvent aussi permettre à la Banque et à l'État dans lequel est situé le projet de renégocier l'accord de financement d'un projet. Ce fut le cas de la plainte relative au projet Bujagali portée devant le Panel en juillet 2001 [97]. En outre, dans le cas relatif à la construction du barrage Yacyretà en Argentine et au Paraguay, le rapport du Panel d'inspection a conduit à l'adoption par la Banque mondiale d'un plan d'action prenant en compte les intérêts des communautés concernées [98].

Les institutions financières internationales qui apportent un financement au secteur privé ont également créé des mécanismes de correction (« *accountability* »). Tel est le cas de la Société financière internationale (SFI) et de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI). Ces deux organisations internationales ont créé un conseiller-médiateur-ombudsman (CAO) compétent pour recevoir et instruire les plaintes de personnes affectées par les projets financés par la SFI et l'AMGI [99], y compris dans le domaine de l'eau. Dans ce contexte il

96 - Nepal : Arun III Proposed Hydroelectric Project and Restructuration of IDA Credit, rapport d'investigation du 21 juin 1995, http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/Investigation_Report_62195.pdf.

97 - Uganda : Third Power Project (Credit 2268 – UG), Fourth Power Project and Proposed Bujagali Hydropower Project, rapport d'investigation de 2001, http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/UGANDAIRMainReport.pdf.

98 - Paraguay/Argentina Reform Project for the Water and Telecommunications Sectors, SEGBA V Power Distribution Project (Yacyretà), rapport d'investigation du 24 février 2004, http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/FullInvestigationReport.pdf.

99 - Le CAO a trois fonctions. La première est celle d'ombudsman qui est chargé de recevoir et instruire les plaintes de personnes affectées par les projets financés par la SFI et l'AMGI. La deuxième fonction du CAO est relative au contrôle de l'application des politiques opérationnelles de la SFI et de l'AMGI. Enfin, la troisième fonction est relative au rôle de conseiller du CAO. Dans cette fonction, le CAO fournit des conseils au président du Groupe de la Banque mondiale et aux directions de la SFI et de l'AMGI. Les fonctions, le mandat et la procédure à suivre sont décrits sur le site Internet www.ifc.org/cao/index.html.

faut mentionner le cas relatif à la construction de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay. Les deux sociétés commerciales, Ence et Botnia, chargées de mettre en œuvre les projets, avaient demandé à la SFI et à l'AMGI de recevoir un financement et une garantie. Une plainte a été déposée en septembre 2005, alléguant que les projets de deux usines de pâte à papier affectaient la santé de la population résidant au long de deux rives du fleuve Uruguay ainsi que l'environnement. Dans son rapport, l'ombudsman a souligné le fait que, dans leurs évaluations environnementales, les deux sociétés commerciales auraient dû notamment prendre en compte les effets transfrontaliers de projets [100]. En septembre 2009, une nouvelle plainte concernant l'usine de pâte à papier Botnia avait été déposée auprès de l'ombudsman du CAO. Ce dernier a transféré l'affaire au mécanisme du CAO relatif au contrôle de l'application des politiques opérationnelles [101], lequel a considéré que ces politiques avaient été respectées [102].

3. Les mécanismes de contrôle des conventions de protection de l'environnement

La commission de coopération environnementale (CCE) instituée par l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE) de 1994 et le comité sur le respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement de 1998 (ci-après la convention d'Aarhus), sont dotés de mécanismes spécifiques de règlement des différends faisant place à des plaintes individuelles.

Dans une affaire concernant un projet de construction dans le delta du Danube d'un canal de navigation (Bystroé) par l'Ukraine, la Roumanie a mis en œuvre les procédures prévues par la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière de 1991 (ci-après la convention d'Espoo) et la convention d'Aarhus. Le comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus [103] et le comité d'application de la convention

100 - Office of the Compliance Advisor/Ombudsman International Finance Corporation Multilateral Investment Guarantee Agency, Preliminary Assessment Report, Complaint Regarding IFC's Proposed Investment in Celulosas de M'Bopicuá and Orion Projects, Uruguay, 11 novembre 2005 ; voir aussi Office of the Compliance Advisor/Ombudsman International Finance Corporation Multilateral Investment Guarantee Agency, CAO Audit of IFC's and MIGA's, Due Diligence for two Pulp Mills in Uruguay, Rapport final, 22 février 2006.

101 - Ombudsman Assessment Report regarding Community and Civil Society Concerns in relation to IFC Project Orion, Uruguay, décembre 2009, www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/OmbudsmanAssessmentReport_Orion2_Dec17_2009.pdf.

102 - CAO Appraisal for Audit of IFC, Case of IFC's Involvement in the Orion Pulp Plant in Uruguay, 15 mars 2010, www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/CAO_Appraisal_Report_C-I-R1-Y09-F123_ENG.pdf.

103 - Voir rapport de la 7e réunion du comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus, 18 février 2005, ECE/MP. PP/C. 1/2005/Add. 3.

d'Espoo [104] ont conclu à des manquements de l'Ukraine en matière d'étude d'impact environnemental et de participation du public dans le processus décisionnel. En outre, la Roumanie a également enclenché la procédure d'enquête prévue par la convention d'Espoo. Cette dernière a conclu que le projet de Bystroé risquait d'avoir d'importants effets transfrontières sur l'environnement [105].

Dans le différend relatif au canal de Bystroé, le comité d'Aarhus a mis en évidence que la convention d'Aarhus « *vise à donner au public concerné la possibilité d'examiner toutes les informations détaillées pertinentes et à garantir ainsi une participation éclairée et donc plus efficace du public* » et a recommandé à l'Ukraine « *de mettre sa législation et sa pratique en conformité avec les dispositions de la convention* » [106].

Sur le continent nord-américain, la CCE a compétence pour recevoir des communications individuelles de particuliers relatives à l'application des lois des États membres [107]. Depuis 1995, la CCR a reçu plus de soixante-dix communications. Seuls seize dossiers factuels avaient toutefois été publiés en mars 2009 [108]. On compte des affaires concernant la pollution des ressources en eau au Canada et au Mexique [109]. Ces dossiers factuels visent à donner des informations détaillées sur les violations des lois nationales en matière d'environnement et sur les actions engagées par les États.

---

104 - Bien que la réunion des parties de la convention d'Espoo ait adressé à l'Ukraine une déclaration de non-respect et une mise en garde afin de suspendre les travaux concernant la phase I du projet de Bystroé, le comité d'application de la convention a constaté la reprise de ces travaux en décembre 2008. Rapport de la 15e session du comité d'application de la convention d'Espoo, 2008, ECE/MP. EIA/2008/2, § 28.

105 - Selon l'appendice IV de la convention d'Espoo, une partie à la convention peut soumettre « à une commission d'enquête constituée conformément aux dispositions du présent Appendice la question de savoir si une activité proposée inscrite sur la liste figurant à l'Appendice I est susceptible d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important ». Voir Report on the Likely Significant Adverse Transboundary Impacts of the Danube-Black Sea Navigation Route, juillet 2006, www.unece.org/env/eia/implementation/inquiry.htm.

106 - Conclusions et recommandations relatives au respect par l'Ukraine des obligations découlant de la convention d'Aarhus, ONU Doc. ECE/MP. PP/C. 1/2005/2/Add. 3, 18 février 2005, § 32 et 41 (a), www.unece.org/env/documents/2005/pp/c.1/ece.mp.pp.c1.2005.2.Add.3.f.pdf.

107 - Selon l'article 14 de l'ANACDE : « Le secrétariat pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement. »

108 - Selon l'article 15 de l'ANACDE : « 1. Si le Secrétariat estime que la communication justifie, à la lumière de toute réponse fournie par la partie, la constitution d'un dossier factuel, il en informera le conseil en indiquant ses motifs. 2. Le secrétariat constituera un dossier factuel si le conseil, par un vote des deux tiers, lui en donne instruction. »

109 - Ainsi, dans une affaire portant sur le Río Magdalena qui est un fleuve qui s'écoule au Mexique, les auteurs de la communication ont allégué le non-respect par le gouvernement mexicain de sa législation relative à l'évacuation des eaux usées. Le dossier factuel publié constate « de présumées omissions » dans « l'application efficace de la législation de l'environnement en Amérique du Nord ». Dossier factuel, Communication Río Magdalena (SEM-97-002), 11 décembre 2003, www.cec.org/Storage/67/6077_97-2-FFR_fr.pdf. Dans une autre affaire relative au Techno parc de Montréal, les plaignants ont allégué que la ville de Montréal n'assurait pas l'application efficace de la loi sur les pêches et ne protégeait pas le fleuve Saint-Laurent contre des polluants toxiques provenant du parc. Dossier factuel, Communication Techno Parc de Montréal (SEM-03-005), mars 2009, www.cec.org/Storage/74/6785_TechnoparcFR_fr.pdf.

Conclusion

Les différends sur l'eau sont nombreux et peuvent être réglés par des procédures aux contours variés. Les mécanismes juridictionnels sont largement utilisés, tout comme les procédures diplomatiques. Des procédures récentes et novatrices sont elles aussi sollicitées.

L'utilisation des eaux est à l'origine de nombreux différends qui pour l'heure peuvent être réglés sans grande difficulté. Leur résolution nécessite aussi fréquemment d'établir une balance entre les intérêts en présence et de prendre à cet effet en considération aussi bien les aspects économiques, sociaux, environnementaux que culturels de l'eau. Cela peut se traduire par une clarification et un développement des règles applicables en ce domaine. En ce sens, une interprétation holistique et intégrée des divers corps de normes applicables est de plus en plus prônée, sans que les mécanismes de règlement des différends puissent toujours répondre à ces doléances.

Gestion privée de l'eau : où va le droit international ?

Vanessa Richard
Chargée de recherche au CNRS, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), UMR 6201 CNRS/ université Paul-Cézanne Aix-Marseille-III

La régulation internationale des activités du secteur privé dans le domaine de la distribution d'eau potable et du traitement des eaux usées est certainement l'un des enjeux de gestion de l'eau qui suscitent les débats les plus vifs. Elle est en effet très polarisée idéologiquement en même temps qu'épineuse du point de vue juridique. La demande de régulation globale est à l'évidence très forte et se trouve justifiée par la libéralisation des services d'eau dans le contexte de la mondialisation économique, par le caractère transnational des entreprises *leaders* dans ce domaine, et par une protection d'intérêts environnementaux et sociaux qui bénéficie à toutes les communautés humaines. À l'autre bout du spectre, le droit international, élaboré par et pour les États, paraît impuissant à répondre à ces attentes, à se saisir d'une question qui met en lumière le décalage existant entre la complexification des échanges transnationaux – la multiplication et l'interdépendance des activités et des acteurs – et son caractère intrinsèquement interétatique.

L'évolution de l'implication du secteur privé transnational dans ce type de services pourrait laisser croire que le débat n'est qu'une tempête dans un verre d'eau. Comparé aux autres investissements internationaux dans les infrastructures, l'investissement direct étranger (IDE) dans le secteur de l'eau reste modeste et surtout cantonné aux zones urbaines. Néanmoins, l'aide publique au développement ne peut à elle seule combler les besoins de financement et demeure mal répartie [1]. Elle conditionne également souvent la fourniture de l'aide dans ce domaine au recours au secteur privé par le biais de partenariats public-privé (PPP) [2] et, dans les pays en développement (PED) et émergents, le nombre de PPP continue de progresser ainsi que leur couverture de popu-

1 - OCDE, *De l'eau pour tous. Perspectives de l'OCDE sur la tarification et le financement*, Paris, OCDE, 2009, p. 24-26.

2 - Nous entendons ici par PPP l'ensemble des formes contractuelles associant une autorité publique à une entreprise, sans référence à des catégories de contrats que l'expression peut recouvrir dans les différents droits internes (délégation de service public, marché public, concession, contrat de partenariat…), ainsi que les dispositifs d'exploitation conjointe (SEM, *joint-venture*).

lation[3]. L'intervention du secteur privé, qui dispose d'un savoir-faire immédiatement mobilisable, a souvent permis de créer, réhabiliter ou/et pérenniser le bon fonctionnement de services d'eau que les autorités publiques n'avaient pas les moyens – humains, techniques, financiers… – d'assurer dans de bonnes conditions.

Cependant, l'irruption du secteur privé dans la gestion de ces services a modifié les rôles et responsabilités respectifs des autorités publiques et du secteur privé. Les observateurs s'accordent à dire que le passage à une gestion privée ou semi-privée doit être soigneusement préparé, d'autant qu'une fois effectué il est souvent difficile de revenir en arrière[4]. Or, beaucoup d'États négligent l'importance ou échouent à mettre en place un cadre juridique, institutionnel et économique suffisant, c'est-à-dire une réglementation qui permette de savoir quelles sont les responsabilités de chacun à tous les stades du PPP, l'adaptation ou la création d'instances de régulation indépendantes spécifiques, et un financement du service d'eau qui combine de façon optimale les « 3T » (tarification, taxes et transferts)[5]. Autorités publiques et entreprises peuvent également échouer à identifier les groupes d'usagers (et pour quel service ils sont prêts à payer), à prendre en compte le rôle joué par les fournisseurs préexistants (petits opérateurs privés, associations d'usagers, souvent informels) et à créer le climat de transparence et de participation des usagers qui aurait permis un passage de relais compris et accepté, en particulier en ce qui concerne les modifications de la tarification et leur pertinence dans le cadre local[6].

Dans ce contexte sont apparus ces dernières années un nombre non négligeable de conflits liés à la participation d'entreprises multinationales (EMN) qui ont conduit à une inquiétante confrontation entre la protection de l'investissement privé et celle de l'intérêt général, ce qui soulève légitimement la question d'un cadre juridique global. Les relations entre l'investisseur privé étranger (IPE) et l'État hôte de l'investissement se situent pour partie dans un environnement juridique de droit international. Or, celui-ci tel qu'il existe non seulement ne permet pas d'encadrer les activités des différents acteurs concernés dans ce secteur, et cela même lorsque sont mis en cause des droits internationalement protégés (droits humains, droit de l'environnement), mais il ne permet pas non plus de trancher les conflits de façon satisfaisante, c'est-à-dire qu'il échoue à prendre en compte tous les intérêts et valeurs en présence. Le déséquilibre est particulièrement criant en droit des investissements internationaux, l'un des rares domaines à créer des droits directement invocables par les IPE (I). Au-delà se

3 - P. Marin, *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities. A Review of Experiences in Developing Countries*, Washington DC, Banque mondiale/PPIAF, 2009, p. 2. Les principales formes d'engagement étranger dans les services d'eau des PED et émergents étaient pour les années 1996-2006 la concession (70 %), l'affermage (25 %) et la privatisation (5 %) : CNUCED, *World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Genève/New York, Nations unies, 2008, p. 107.

4 - CNUCED, *World Investment Report 2008…*, *op. cit.*, p. 150.

5 - *Ibid*., p. 150-151 ; OCDE, *De l'eau pour tous…*, *op. cit*., p. 14-17. Pour un exemple de réussite du financement grâce à un transfert des revenus d'une taxe sur les télécoms vers les services d'eau, voir P. Marin, *op. cit*., p. 50.

6 - J. Étienne, A. Henry, « Eau et assainissement en Afrique : croyances, modes et modèles », *in* IDDRI, *Eau : encadrer les partenariats public-privé*, Paris, IDDRI, 2003, p. 23-24.

pose la question de savoir comment mettre à la charge des EMN opérant dans le secteur de l'eau, qui ne sont pas sujets du droit international, des obligations dont le contenu serait universel, de manière à imposer à toutes un même seuil, plus élevé, de garanties relatives à la protection de l'environnement et des droits humains (II).

I. Un droit international déséquilibré

Les différends apparus ces dernières années à propos d'IDE dans le secteur des services environnementaux ont illustré des collisions entre, d'une part, la protection de la valeur économique de l'investissement à laquelle l'entreprise a droit et, d'autre part, une réglementation visant la protection d'intérêts environnementaux et/ou sociaux adoptée par l'État hôte qui modifierait les conditions dans lesquelles le service est fourni et porterait par là atteinte aux droits du gestionnaire privé. C'est par exemple le cas lorsque les autorités publiques adoptent des mesures au motif que la structure tarifaire retenue par le gestionnaire privé n'est pas compatible avec certaines exigences sociales inhérentes à un service public (l'accès à l'eau des plus pauvres en particulier), ou encore au motif que l'eau distribuée n'est pas suffisante en quantité ou en qualité[7].

Or, en matière d'IDE, le droit international offre une protection des intérêts susceptibles d'être mis en jeu nettement déséquilibrée au profit des aspects économiques. La raison en est qu'au plan universel les mécanismes de garantie du respect de normes environnementales ou sociales manquent encore, dans une très large mesure, de force contraignante. En revanche, le droit international économique dispose d'outils très efficaces pour assurer le respect de ses règles, notamment parce que le mode de règlement des différends est préaccepté et peut donc être déclenché de façon unilatérale. En cas de différend entre l'IPE et l'État hôte, le premier a la possibilité de saisir des juridictions spécialisées, dont la raison d'être est d'examiner la conformité du comportement de l'État hôte/des autorités publiques cocontractant(es) aux stipulations du contrat qui le(s) lie(nt) à l'entreprise et/ou aux dispositions de traités relatifs aux standards de traitement bénéficiant aux IPE et liant l'État hôte et l'État de nationalité de l'investisseur (1). Ce faisant, ces juridictions ne prennent que très mal en compte les considérations d'intérêt général qui ont pu pousser les autorités publiques à modifier les conditions d'exécution du contrat (2).

7 - Voir les faits à l'origine des affaires soumises à l'arbitrage CIRDI *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c/ Argentine* ; *Azurix Corp. c/ Argentine* ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine* ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ Tanzanie*.

1. Le contexte juridique de l'intervention des gestionnaires privés étrangers

Les EMN opèrent dans le cadre des contrats de PPP les liant aux autorités publiques de l'État hôte, mais également au sein d'un tissu très dense de traités bilatéraux sur l'investissement[8] qui encadrent la protection et la promotion des IDE entre l'État hôte et l'État de l'IPE. Le contrat peut également s'inscrire dans le cadre de traités commerciaux plus larges comme les accords de libre-échange. Ces accords sur l'investissement international (AII) contiennent des dispositions très diverses mais remarquablement convergentes en ce qui concerne le standard minimal de traitement que l'IPE est en droit d'attendre : le traitement national, un traitement juste et équitable, l'assurance de la sécurité et de la stabilité juridiques. L'État hôte ne peut procéder à l'expropriation de l'investissement, de façon directe ou indirecte[9], que si « *la prise de possession de l'investissement est effectuée à une fin publique, stipulée par la loi, d'une façon non discriminatoire et elle s'accompagne d'une indemnisation*[10] ». De plus, le contrat et/ou l'AII permettent le plus souvent que le différend soit soumis non pas aux juridictions nationales de l'État hôte mais à une instance arbitrale spécifique à ce type de litige, constituée en application de règlements arbitraux élaborés à l'échelle internationale. Les plus connus sont les arbitrages CIRDI[11] et CNUDCI[12]. Or, ce type d'arbitrage est très spécifique. Dès le moment où l'arbitrage dans le cadre CIRDI, CNUDCI ou autre est prévu par le contrat/l'AII, l'IPE a un droit de saisine unilatérale. Les sentences arbitrales adoptées ne peuvent faire l'objet d'aucune procédure d'appel ; seule existe la possibilité de demander une sentence d'annulation. De plus, malgré des progrès récents à cet égard, les procédures d'arbitrage manquent fort de transparence. Elles ne permettent en outre pas aux populations affectées d'accéder au prétoire comme elles pourraient le faire dans un tribunal national alors que, dans les pays où les pouvoirs publics sont défaillants en matière d'eau et d'assainissement, les groupements formels ou informels d'usagers ont toujours joué un rôle capital dans la gestion des services avant la conclusion du PPP. Enfin, les arbitres sont choi-

8 - Selon la conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, fin juin 2008 on comptait 2 619 TBI et 259 accords de libre-échange et autres accords contenant des dispositions sur l'investissement, la plupart en vigueur : CNUCED, *Aspects relatifs au développement des accords internationaux d'investissement*, 2 décembre 2008, Doc. TD/B/C. II/MEM. 3/2, p. 2.

9 - Il y a expropriation indirecte lorsque, par ses actes, l'État d'accueil s'ingère dans l'utilisation des biens de l'investissement ou dans les avantages que ces biens procurent d'une façon qui équivaut en pratique à expropriation. Les biens de l'investissement s'entendent très largement : meubles ou immeubles, intérêts corporels et incorporels, intérêts économiques liés à l'exploitation d'une entreprise…

10 - OCDE, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, Paris, OCDE, 2004, p. 2.

11 - Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement, créé par la convention de Washington de 1965.

12 - Règlement d'arbitrage de 1976 élaboré par la commission des Nations unies pour le droit commercial international.

sis sur une liste par les parties au coup par coup, en fonction de leurs « sympathies » pour telle ou telle position juridique [13].

2. La faible prise en compte de l'intérêt général à protéger

Dans les conflits récents opposant atteinte à la valeur économique de l'IDE et protection d'intérêts environnementaux/sociaux, on constate que, quand un manquement au contrat ou à l'AII est allégué, l'IPE invoque désormais quasi systématiquement l'expropriation indirecte pour obtenir compensation. Pour sa part, l'État hôte se défend en arguant de son droit d'adopter des « réglementations légitimes ne donnant pas lieu à expropriation » (et donc à indemnisation), qui sont valides en droit international si elles concernent la protection de l'intérêt général et ne sont pas discriminatoires [14]. Se pose alors la question de savoir selon quelles modalités un État peut adopter des mesures légitimes visant à la protection de l'intérêt public mais qui affectent la valeur de l'investissement, sans être accusé d'avoir en réalité pris le contrôle des biens de l'IPE et donc être sommé de verser une indemnisation substantielle.

L'examen des sentences arbitrales publiées montre de grandes disparités dans la prise en compte de la protection environnementale/sociale ayant motivé la mesure incriminée [15], qui demeure faible. Dans deux sentences, les arbitres ont accepté d'examiner la légitimité du but poursuivi par la mesure pour vérifier s'il s'agissait d'une mesure légitime ne donnant pas lieu à expropriation [16]. Les arbitrages CIRDI les plus récents affirment qu'il s'agit là d'un critère insuffisant pour décider de l'existence ou non d'une expropriation indirecte et recourent à la technique de la proportionnalité entre l'intérêt public que la mesure incriminée prétend protéger et l'atteinte portée aux droits individuels, empruntant à la technique utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme [17]. D'autres arbitrages considèrent que l'objectif poursuivi, quand bien même il vise la protection d'un intérêt général légitime, n'entre pas en ligne de compte pour appré-

13 - Sur les spécificités de ce type d'arbitrage, voir A. Cosbey *et al.*, *Investment and Sustainable Development. A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements*, Winnipeg, IISD, 2004, 38 p.

14 - Sur les instruments internationaux traitant de cette question voir OCDE, *L'« expropriation indirecte »…*, *op. cit*., p. 6-10. Également, S. El Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, p. 542-563.

15 - Ces sentences ne se limitent pas aux affaires précitées, spécifiques aux services d'eau ; on trouve également parmi les mesures incriminées le classement en réserve naturelle d'une zone concédée pour la construction d'un complexe touristique (CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c/ Costa Rica*, 2000), le classement en zone écologique d'un site de projet de décharge de produits dangereux (CIRDI, *Metalclad Corp. c/ Mexique*, 2000), l'interdiction d'exporter des produits contenant du PCB (CNUDCI, *SD Myers, Inc. c/ Canada*, 2000), le refus de renouveler un permis de gérer une décharge (CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c/ Mexique*, 2003), l'interdiction d'utiliser une substance toxique dans la transformation de l'essence sans plomb (CNUDCI, *Methanex Corp. c/ États-Unis*, 2005)…

16 - Sentences *Methanex* et *SD Myers* précitées.

17 - Sentences *Tecmed* et *Azurix* précitées.

cier l'existence d'une expropriation directe ou indirecte et que seul l'impact de la mesure sur la valeur de l'investissement est pertinent [18].

Le droit international peut créer des droits dans le chef des EMN mais échoue jusqu'ici à générer des obligations qui seraient opposables à toutes les entreprises. Pour ce faire, plusieurs stratégies juridiques et quasi juridiques se développent.

II. Quelle(s) régulation(s) internationale(s) ?

Lorsqu'il s'agit d'encadrer la protection de biens publics globaux – des biens matériels ou immatériels dont les bénéfices sont universels [19] –, deux approches sont possibles. D'une part, une approche « additive », qui requiert l'addition d'efforts comparables de toutes les parties prenantes dans le même sens ; d'autre part, une approche « de maillon faible », qui vise, *via* une action concertée, à aider les plus fragiles à s'aligner sur un seuil de protection défini conjointement [20]. Dans les deux cas, la stratégie de régulation juridique évidente, s'agissant de droit international, est celle de l'adoption d'un cadre collectif s'imposant aux États, qui traduiront ces obligations dans leur législation interne, celle-ci étant opposable aux entreprises y ayant leur siège ou opérant sur leur territoire (1). À côté de cette stratégie, classique mais limitée, se développent d'autres approches, qui visent à contourner ou dépasser l'ordre de Westphalie pour interpeller directement l'entreprise et l'amener à rendre des comptes (2).

1. La régulation par le filtre de l'État

Une régulation des activités des EMN passant par l'addition de législations concordantes dont le contenu serait défini internationalement se heurte à des obstacles évidents. Les enjeux économiques et de compétitivité sont tels qu'il est douteux que les États acceptent de s'engager sans avoir la garantie que tous ou, *a minima*, les plus représentatifs d'entre eux, acceptent le même degré de contrainte dans une logique additive. Le faible degré de maturité de la société interétatique ne laisse pas présager d'une percée du multilatéralisme à court ou moyen terme vers la conclusion d'un traité requérant des États qu'ils adoptent un même seuil d'encadrement des activités des sociétés ou créant un cadre juridique global de

18 - Sentences *Santa Elena* et *Metalclad* précitées.

19 - Il n'existe pas de liste définie de biens publics globaux. Sont souvent cités l'accès à l'eau, à la santé, à la connaissance, le droit à la sécurité, le respect des droits de l'homme…

20 - I. Kaul, « Biens publics globaux, un concept révolutionnaire », *Le Monde diplomatique*, juin 2000, p. 22-23.

gestion et de protection des ressources en eau [21]. Le domaine de la corruption a toutefois échappé à cette tendance. Des conventions régionales comme celle de l'OCDE de 1997 ou de l'Union africaine de 2003 et universelle (la convention des Nations unies de 2003) exigent que les États interdisent et sanctionnent les offres de corruption faites à des agents publics étrangers par les entités publiques et privées ressortissantes des États parties. Dans les services d'eau, la lutte contre la corruption peut permettre d'éviter qu'un marché soit confié à un IPE qui ne présente pas la meilleure offre de prestations, ou encore qu'un agent public ferme les yeux sur l'absence d'étude d'impact environnemental [22].

En matière d'IDE, il est même à vrai dire difficile d'amener les États à remettre en cause le cloisonnement de leurs politiques. C'est ainsi que des obligations internationales environnementales ou de droits humains contractées n'impactent que très peu, voire pas du tout, la politique de promotion des IDE. Cette schizophrénie s'illustre de façon frappante dans l'action des agences de crédit à l'exportation (ACE) publiques. Celles-ci assurent contre les risques les investissements des entreprises nationales à l'étranger et leur accordent des prêts pour favoriser leur implantation à l'étranger. En pratique, elles financent massivement l'IDE. Or, ces ACE fonctionnent de manière opaque et ne posent souvent que de faibles conditionnalités environnementales ou sociales à l'assurance ou au financement, malgré le fait qu'elles fonctionnent en tout ou en partie sur des fonds publics d'États qui ont des obligations dans ces domaines [23].

À défaut de voie conventionnelle ouverte émergent des instruments et mécanismes non contraignants qui tentent de dépasser l'écran de l'État et les limites de l'action interétatique. Le recours à des mécanismes plus souples a l'avantage de permettre la prise en compte de la complexité des opérations d'IDE, en particulier de la pluralité des acteurs impliqués. Ils permettent également d'introduire des éléments de contrôle dans un domaine où existe un fossé entre l'extension du rôle social et environnemental des entreprises et l'indigence des obligations et de la responsabilisation qui devraient l'accompagner [24]. Ces outils répondent à une logique d'*accountability*, terme sans équivalent en français. Être *accountable*, c'est devoir rendre des comptes. On ne se situe donc pas dans une logique de responsabilité juridique internationale, mais de responsabilisation des acteurs de la société internationale.

---

21 - Les prises de position très différentes des collectivités locales et des parlementaires, d'une part, et des représentants de niveau ministériel, d'autre part, lors du dernier Forum mondial de l'eau attestent des barrages qui subsistent : comparer le « pacte d'Istanbul pour l'eau » des autorités locales, le « Parliamentarians Process : Proposals emerging from "Parliaments for Water" », et l'« Istanbul Ministerial Statement », 22 mars 2009, http://content.worldwaterforum5.org/files/PoliticalProcess/.

22 - Voir Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2008. La corruption dans le secteur de l'eau*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 8-10.

23 - L'OCDE a créé un outil, non contraignant et critiqué par les ONG spécialisées, pour tenter d'encadrer les activités de ces ACE : *Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, dernière version de juillet 2009, Doc. TAD/PG (2009) 21. Voir également OCDE, *Recommandations sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, version de janvier 2005, Doc. TD/ECG (2005) 3.

24 - J. Ruggie, *Protect, Respect and Remedy : A Framework for Business and Human Rights*, 2008, Doc. A/HRC/8/5, p. 3.

2. Le recours aux mécanismes d'*accountability*

Les mécanismes d'*accountability* créés pour inciter le secteur privé à respecter des principes globaux proviennent principalement d'initiatives d'organisations internationales. Il n'est pas possible ici de mentionner tous les mécanismes pouvant être actionnés dans un contexte de gestion privée de l'eau et nous nous contenterons d'en mettre quelques-uns en lumière. Les plus connus de ces principes internationaux sont certainement les dix éléments du *Global Compact* (GC)[25], lancé en juillet 2000 par le secrétaire général des Nations unies avec entre autres objectifs une meilleure participation des entreprises à la réalisation des objectifs du Millénaire. L'adhésion aux principes du GC par les EMN est volontaire. Un mécanisme de *reporting*[26] incite les EMN participantes à communiquer sur les progrès accomplis dans l'application du GC. À défaut, celles-ci seront supprimées de la liste des participants, qui est disponible au grand public. Dans le cadre du GC, le *CEO Water Mandate*[27], une initiative lancée en 2007, concerne spécifiquement l'impact du secteur privé sur les ressources en eau. Elle ne se cantonne donc pas aux industries de l'eau potable et de l'assainissement. Encore en phase de démarrage, l'initiative s'est dotée de son propre mécanisme de *reporting* avec des premiers résultats mitigés[28]. On peut également mentionner les Principes d'Équateur rédigés en 2003 à l'initiative de la Société financière internationale[29], qui pour leur part tiennent compte du fait que l'IDE s'appuie sur la caution du secteur bancaire et demandent aux banques de s'engager volontairement à financer des projets compatibles avec l'approche de développement durable[30] et à communiquer au moins annuellement leurs progrès dans ce sens[31]. Enfin, il faut mentionner les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, qui sont «*des recommandations adressées […] par les pays adhérents aux* [EMN] *qui opèrent sur leur territoire. Ils établissent des normes relatives aux activités des* [EMN] *et, le cas échéant, des entreprises nationales dans les […] pays adhérents. Le respect des Principes directeurs est volontaire et n'est pas susceptible d'être*

25 - Voir le site du Global Compact, www.unglobalcompact.org.

26 - Voir *Policy on the « Communication on Progress » (COP)* sur le site du GC.

27 - Les documents relatifs au *CEO Water Mandate* figurent à www.unglobalcompact.org/Issues/Environment/CEO_Water_Mandate/index.html.

28 - Voir le rapport de J. Morrison, P. Schulte, *Water Disclosure 2.0. Assessment of Current and Emerging Practice in Corporate Water Reporting*, mars 2009, www.unglobalcompact.org/docs/news_events/9.1_news_archives/2009_03_11/Water_Disclosure.pdf.

29 - Division de la Banque mondiale chargée de promouvoir l'intervention du secteur privé dans les projets de développement.

30 - Les banques signataires doivent exiger de leurs emprunteurs la communication des études d'impact pour les projets susceptibles d'avoir des impacts importants, ainsi qu'un plan de gestion des impacts négatifs en particulier dans les pays non OCDE. Pour les projets de catégorie A (aux impacts négatifs potentiels les plus élevés), l'emprunteur doit également prévoir un mécanisme de plainte au bénéfice des populations affectées et un examen indépendant de l'étude d'impact sera effectué.

31 - Voir le site des Principes d'Équateur dans leur version révisée de 2006, http://equator-principles.com/.

sanctionné juridiquement[32] ». Les Principes ne font pas obligation aux EMN de rendre des comptes sur leur application. En revanche, les pays adhérents doivent créer des points de contact nationaux (PCN), capables d'examiner des « *circonstances spécifiques* », c'est-à-dire que les PCN peuvent être « saisis » d'une question relative à la mise en œuvre des Principes par les EMN opérant dans les pays adhérents [33]. Sans conséquence juridique, la constatation d'une situation de non-respect peut amener le PCN à offrir ses bons offices ou une médiation tierce, mais également à formuler des recommandations et à publier un communiqué sur la situation en l'absence de solution entre l'EMN et la personne ayant « saisi » le PCN [34].

Ces principes et mécanismes sont assez représentatifs de l'intérêt de recourir à des outils non contraignants qui permettent de viser directement les entreprises, et de leurs limites. L'impact espéré s'appuie sur l'effet *name and shame* ou encore *comply or explain*. Lorsqu'il s'agit de mettre en place des mécanismes de garantie du respect, par les États, de leurs obligations internationales, la technique du *name and shame* est considérée comme un stade embryonnaire de contrôle, puisqu'on espère que le seul fait de désigner publiquement un État ayant violé ses obligations l'amènera à modifier son comportement. Dans le cas des EMN qui tiennent à leur image auprès du consommateur, l'effet de levier pourrait se révéler plus puissant. Cependant, en matière d'application volontaire de standards de bonne conduite internationaux comme en matière de codes de conduite internes aux entreprises, « [l]*e risque est […] que seul le consommateur, qui n'est pas toujours bien informé, puisse sanctionner les comportements déviants*[35] ».

Le droit international est mal armé pour encadrer efficacement l'action des IPE dans les services d'eau. Du reste, une bonne part des problèmes qu'elle soulève trouveraient une solution non pas dans une régulation globale mais dans un renforcement des capacités des États hôtes (en majorité des PED ou émergents) à mettre en place le cadre juridique, institutionnel et économique nécessaire à l'intervention du secteur privé. L'expérience montre aussi que lorsque ce dernier intervient dans des situations très délabrées, mieux vaut recourir à des projets plus modestes et plus réalistes, afin de créer des conditions favorables à des solutions plus ambitieuses[36].

S'agissant du contentieux relatif à l'IDE, les armes juridiques pourraient s'équilibrer avec l'introduction de plus en plus fréquente, dans les derniers AII adoptés, de dispositions faisant référence à un comportement attendu non plus seulement de l'État hôte vis-à-vis de l'IPE, mais également de l'IPE lui-même

32 - *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Texte, commentaire et clarifications*, 2001, Doc. DAFFE/IME/WPG (2000) 15/FINAL, p. 2.

33 - Au 1er février 2010, les adhérents comprenaient les trente membres de l'OCDE et douze pays non membres.

34 - « Lignes directrices de procédure » in *Principes directeurs de l'OCDE…*, *op. cit*., p. 46 et s.

35 - E. Mazuyer, « L'autorégulation des entreprises par les codes de conduite : un mécanisme effectif pour les engagements éthiques ? », *in* H. Ghérari, Y. Kerbrat (sous la dir.), *L'Entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2010, p. 205.

36 - OCDE, « Des stratégies de financement réalistes pour les systèmes de distribution d'eau et d'assainissement », *Synthèses de l'OCDE*, octobre 2007, p. 5.

dans la conduite de ses activités. La mention du respect, par l'IPE, de certains standards environnementaux ou de droits humains fondamentaux ouvrirait en effet la possibilité à l'État d'utiliser l'arbitrage international pour porter plainte ou formuler des demandes reconventionnelles [1].

Concernant un cadre global de régulation de l'intervention des EMN dans le secteur de l'eau, la volonté politique n'est pas au rendez-vous. Certains proposent la création d'une autorité mondiale de l'eau [2], qui se heurte *a priori* au même obstacle. Au-delà, la création d'un cadre juridique global adapté supposerait la participation des EMN à leur élaboration, dans des conditions et selon des modalités qui restent entièrement à définir. Les outils d'une vraie régulation mondiale de l'intervention privée dans les services d'eau demeurent, pour l'essentiel, à inventer.

1 - H. Hello, « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009, n° 3, spé., p. 600-601.

2 - D. Conaré, E. Cohen, H. Smets, « Vers une autorité mondiale de l'eau ? », *in* IDDRI, *op. cit.*, p. 29-39.

Flood prevention and compensation in the Netherlands. Current practice, comparison with the French system and impact of climate change

Jennifer K. Poussin, Jeroen C.J.H. Aerts and Wouter J.W. Botzen
Amsterdam Vrije Universiteit

Abstract

This paper is meant as an informative article for the readers of the French Council of State annual report. It presents the Dutch flood prevention and compensation arrangements for flood damage. As the Netherlands are densely populated and about 9 million people live under the sea level, flood prevention has been an important subject of concern. This concern is currently increasing because of potential impacts of climate change, such as sea level rise. Flood prevention is based on the dikes and so called 'Deltaworks' that protect the low-lying areas from flooding, their protection standards and corresponding maintenance. Additionally, a compensation scheme, the Calamities and Compensation Act (WTS) can provide partial compensation of flood damage to the population in case of an extreme flooding event. The compensation is provided by the Dutch government and is based on a political decision. A comparison between the Dutch and the French flood management policies shows that while the Dutch mainly rely on flood prevention, the French are relatively more focused on flood compensation via an insurance system. However, both countries have varying success in providing adequate compensation and low success in stimulating flood damage mitigation. To concentrate more on the Netherlands, with the projected climate change and foreseen consequences on sea level and adaptation costs, the country needs to improve its flood compensation system, but also increase its protection provided by dike infrastructure and provide adequate incentives for households' investments in measures that mitigate flood damage.

Keywords: Floods; Prevention; Dikes; Compensation; Netherlands; France; Climate change.

1. Introduction

The Netherlands is a densely populated country with approximately 16.5 million inhabitants living in an area of 41,528 km^2 (CBS, 2009). Approximately 9 million people live below sea level, and some areas lie at 7 meters below mean sea level, being the lowest areas in Europe. Figure 1 shows a map of the location of the Netherlands in Northern Europe at the lower end of the delta of the rivers Rhine and Meuse.

Figure 1. *Location of the Netherlands at the lower end of the rivers Meuse and Rhine*

Throughout history the Netherlands have been subject to floods, from the rivers, but also from the sea. To protect the country from these floods, ten thousands kilometres of dikes have been built and maintained for centuries. The most disastrous event was the storm surge of 1953 that killed 1,800 people in the South West of the Netherlands. This event has initiated the Delta Plan, which has developed numerous storm barriers and levee systems to protect the low-lying and economic centres in the Western parts of the country. Flood insurance, which had been available until 1953 is not available anymore, and the government installed a government regulated compensation arrangement for flood damage – the "Calamities and Compensation Act (WTS)" – to provide compensations to the population in case of natural disasters.

This paper presents the Dutch flood risk prevention and flood loss compensation system. Section 2 presents in further details the system of dikes and their legal protection. Section 3 describes the Calamities and Compensation Act (WTS). Section 4 will be dedicated to a short comparison with the French flood management system. Section 5 will discuss the expected future trend of flood risk – including climate change consequences and adaptation costs – in the Netherlands. Section 6 will conclude.

2. Dutch dikes, standards and Deltaworks

Many low-lying parts of the Netherlands have been reclaimed from former lakes (usually referred to as 'polders') and are protected by so called 'dike rings' along the main rivers and coastal areas. The lower part of the Netherlands is divided in 53 of such dike rings (Figure 2). A dike ring is also a separate administrative unit under the Water Embankment Act of 1995 which aims to guarantee a certain level of protection against flood risks within each dike-ring area. For example, a dike ring with a safety norm of 1/10,000 has been designed in such a way that it can withstand a flood with a probability ('return period') of 1/10,000 years. The safety norms have been determined after a major storm surge in 1953 (Van Dantzig, 1956). They reflect both the number of inhabitants and the economic value of assets within a dike ring; the more people and economic values to be protected by dike infrastructure, the higher the safety standard. The safety standards of dike rings vary in between 1/10,000 and 1,1250 throughout the country and are the highest safety standards in the world.

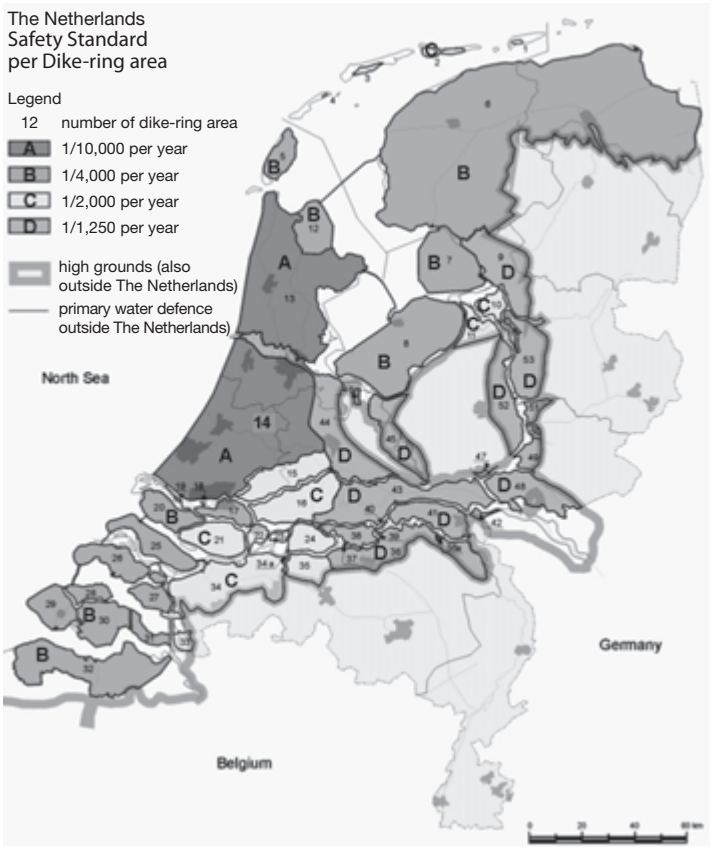


Figure 2. *The four Safety standards (A=1/10,000; B=1/4,000; C=1/2,000 and D=1/1250) of dike ring areas in the Netherlands*

During the night of January 31 1953, a North Westerly windstorm pounded the coast of Zeeland. The dike system failed to prevent flooding of the islands of Goeree-Overflakkee, Tholen and Schouwen-Duiveland and many other parts of the South Westerly delta of the Netherlands as well as large parts of the East coast of the United Kingdom. The consequences were disastrous with 1,835 fatalities, 100,000 evacuees, and 200,000 hectares of land being inundated and large economic losses were suffered of about € 30-40 billion euro's in 2008 values (Aerts *et al.*, 2009).

After this catastrophic event, a commission was installed who had to design a plan to prevent such disasters in the future. Plans were made to connect the South Holland and Zeeland islands with dams. The combination of these plans and dams was called the Delta Plan. The plan led to the implementation of the Deltaworks, which are a series of dams, sluices, dikes, and storm surge barriers constructed between 1958 and 1997 in the Southwest of the Netherlands. The aim of the Deltaworks was to improve flood protection by shortening the Dutch coastline, thus reducing the number of dikes that had to be raised. With over 10,250 miles (16,500 km) of dikes (1,500 miles designated as primary dikes and 8,750 miles as secondary dikes) and 300 structures, such as sluices and bridges, the project is one of the most extensive engineering projects in the world. The Deltaworks reduced the length of the dikes exposed to the sea by approximately 400 to 450 miles or 640 to 700 kilometres. In most of the cases, building a barrier or a dam was much faster and cheaper than reinforcing existing dikes. This was the case because the building and strengthening of dikes are time consuming and expensive. The Dutch government stated that a major storm surge flood may never happen again and, therefore, the Delta Plan consisted of the reconstruction of the dikes that failed during the 1953 event as well as developing several storm surge barriers, resulting in the very high coastal protection levels shown in Figure 2. Figure 3 shows the locations of the barriers and dams of the Delta Plan.

Figure 3. *Locations of the storm surge barriers and dams of the Delta Plan that were constructed in the period 1958 and 1997*

In 1958 the first Deltawork was already operational. It was the storm barrier in the river Hollandse Ijssel. This barrier (not a dam) was of great importance because it protected the densely populated Western part of the Netherlands with the city of Rotterdam against future flooding. Three years later, in 1961, two more estuaries were closed namely the Veerse Gat and the Zandkreek (RWS, 2010). The water between these dams soon changed from salt – to freshwater and is now known as the Veerse Meer (Lake of Veere). An enormous array of sluices was built in the mouth of the Haringvliet in order to drain off excess water from the river Rhine. After the construction of the Haringvliet dam, the water of the Haringvliet gradually became fresh. The sluices can be opened during very cold winters to prevent the tide from freezing. It was, therefore, only in emergency situations that salt water from the North Sea would be allowed to enter the freshwater of Haringvliet. In 1971 the seventeen sixty-metres-wide sluices were fully operational. The Brouwers dam, which is located South of the Haringvliet dam, was finished almost a year later.

According to the original plans the Eastern Schelde was supposed to be closed, just like the other river mouths. The water enclosed behind the dam would have therefore become fresh, exactly like the water in the Haringvliet and the Lake of Veere. There was some unexpected resistance against the construction of this closed dam, because people were concerned that the unique saltwater environment of the Eastern Schelde would cease to exist. Specifically, not only the environment, but also the fishing industry would have suffered from a closed dam. As a consequence, in 1976, the Dutch government agreed to an alternative plan and created the storm surge barrier Oosterschelde. Instead of building a closed dam, an open barrier has been built containing a number of sluices that are only closed during heavy storms and high water levels. The unique environment and the favourable fishery conditions were therefore maintained. Sixty-two openings of each forty metres wide were installed to allow as much saltwater through as possible. It was supposed to maintain the tidal movement. The Eastern Schelde storm surge barrier turned out to be one of the biggest structures of the world. The costs of this design of an 'open dam'were considerably higher than the costs of a ordinary closed dam and in total € 3.8 billion were needed to complete the barrier. The barrier was put into operation in 1986.

The final Deltawork was built at the port of Rotterdam. The movable barrier, called the 'Maeslant Barrier', can close off the New Waterway when water levels are threatening the nearby-located dikes. The Maeslant Barriers ensures both a high flood protection level and an open gateway for shipping. The total costs of the Deltaworks have been estimated to almost € 9 billion in 2007 values. This cost, as well as the maintenance of the works, is paid via national taxes on property owners.

The Dutch government (Waterboards and Rijkswaterstaat) inspects the dike system every five years. It is assessed whether the dike protection level meets its standards given the updated boundary conditions including climate change effects. The dike system should ensure that the flood probability always remains at the required legal standard. Currently, more than 30% of all dike ring areas do not meet its legal protection standard. Hence, major investments in dike reinforcement are ongoing.

Finally, the fact that the Dutch dike system has the highest flood safety standards in the world has also led to some negative effects. Most of the economic

activities and population growth after 1953 took place in the low lying vulnerable areas in the Western parts of the country because the government guaranteed its safety (Vis *et al.*, 2003). This means that if a similar event as 1953 would happen because the dike system would fail, the consequences would be much larger.

3. WTS system

Since 1998, government compensation for disaster losses including flood damage in the Netherlands is arranged via the Calamities and Compensation Act (WTS). This law has been partly developed in response to the river floods that occurred in 1993 and 1995, when the government provided (almost complete) damage relief on an *ad hoc* basis (Botzen and van den Bergh, 2008). The WTS only provides compensation when a flood results in a considerable disruption of public safety and requires a coordinated effort of organization and civil services. Moreover, damage caused by storm surges is excluded from the WTS, because financial costs of such a flood might be considerable and difficult to estimate beforehand, as shown by the major North Sea storm surge of 1953 (Kok *et al*., 2002). Currently, private insurance coverage against flood damage is not generally available. Therefore, most of the risks of flooding are carried by the public sector or by households and businesses in case the government decides not to grant compensation.

The reason behind compensation by the government instead of private insurance companies might be that the government is regarded as liable for flood damage because of its responsibilities for dike maintenance. After the floods in 1953, 1993, and 1995, a public view existed that the government was partly liable for the incurred damage, due to insufficient investments in coastal protection and dikes (de Vries, 1998). Furthermore, feelings of solidarity can be a reason to provide damage compensation through tax revenues. A disadvantage of the current system is that it is not clear in which cases flood damage will be compensated. The decision whether WTS compensation is provided, as well as the determination of the extent of the compensation provided, lies with the government that is in office when the disaster takes place. Therefore, these decisions are influenced by political will and public pressure, which can be regarded as arbitrary and subjective. Uncertainty for individuals concerning the compensation of damage is higher than when private insurance is available, since insurance provides a contractual right for compensation (Botzen and van den Bergh, 2008).

A major drawback of a public compensation scheme is that incentives to limit or reduce losses for individuals are limited (Kaplow, 1991; Harrington, 2000). These loss-reducing incentives are minimal when individuals expect that the government will provide compensation regardless of individual risk characteristics or prevention measures undertaken. Prevention measures are costly for individuals and incentives are minimal when the government unconditionally compensates potential damage. Although this is partly accounted for by the WTS by compensating damage only partially, loss-reducing incentives are limited due to a lack of transparency and the absence of rewarding *ex ante* damage-reducing behaviour via premium discounts. In addition, damage compensation

is not adjusted for higher risks taken by individuals who settle into flood-prone areas. In this way, government compensation schemes result in a governmentally subsidized incentive to take on risk. Incentives to limit losses are likely to be better with insurance arrangements. Another disadvantage of the current public compensation scheme is that disaster compensation by the government may hamper economic development broadly if disaster relief is financed through additional taxes or reduced public investments in other areas (Botzen and van den Bergh, 2008).

4. Comparison with the French system

Table 1 shows the similarities as well as differences of Dutch and French flood risk management and arrangement for compensation of flood damage. Both countries are threatened by floods coming from the sea and the rivers and have constructed dikes to protect populated and economically important areas. The compensation schemes for flood damage of both countries are governmentally regulated. Furthermore, damage caused by extremely large floods in the Netherlands would be at least partially, paid by the government, as in France with the state coverage provided to reinsurance companies above a certain amount of insured damage (Letrémy, 2009). In both countries, small flood losses from rivers or sea may not be compensated since they may not be declared as large natural disasters (Boulet-Desbareau, 2005; Botzen *et al.*, 2010). Finally, both countries present low incentives for flood damage mitigation. In the Netherlands, the public compensation added to the security felt by the population behind the dikes may decrease their willingness to undertake individual mitigation measures. In France, the insurance coverage is coupled with "Plans de prévention des risques" (PPR). These plans are meant to guide the implementation of mitigation measures by households and communities. However, these PPRs have been created in 1995 and only one third of the communities at risk in 2009 were covered with a plan approved by the government and at the implementation stage (Prim. net, 2010). Furthermore, the communities with implemented plans in 2002 still suffered from severe damage that same year. The reasons advanced for the level of these damages included the inadequacy of the approved PPRs (Boulet-Desbareau, 2005).

Table 1 also highlights some important differences between flood management and compensation schemes between France and the Netherlands. France is about 13 times the geographical area of the Netherlands and the population potentially affected by floods in the Netherlands represents more than 55% of the population while it is only about 8% of the French population. Furthermore, French dikes do not have flood safety standards as in the Netherlands and are less subject to regular maintenance (CEMAGREF, 2009). Another important difference is that the French compensation arrangement is mainly based on insurance coverage. Each household can take a protective insurance for its house, the multirisque habitation (MRH) contract, which includes a protection against natural disasters (Letrémy, 2009). In France, damage compensation is based on the natural disaster declaration by the government, which in turn is based on the probability of the specific flood. In the Netherlands, however, there are no legal criteria standards for this declaration and the compensation of households

is uncertain and may potentially be low. In France, once declared as a natural disaster, flood damage will be compensated in accordance with the MRH contracts conditions.

Table 1: Comparison of Dutch and French flood risk management and compensation arrangements

	Similarities		Differences	
	The Netherlands	**France**	**The Netherlands**	**France**
General	Floods from rivers and sea		41,528 km², ¼ under sea-level, more than 9 million inhabitants of flood-prone areas (55% of total population)	543,965 km², 5 million people highly vulnerable to floods (8% of total population)
Dikes	Dike-rings for rivers and sea	Dikes for rivers and marine coasts	Dikes with standards and low flood probability, dikes length: ~30,000 km, maintenance every 5 years	Dikes without standards, not as maintained as in the Netherlands
Insurance	Compensation based on natural disaster declaration controlled by government, government pays for extreme damages		Compensation paid by government, no private insurance, unclear standards for natural disaster declaration	Compensation mainly paid by insurers, private insurance with premiums and deductibles fixed by government, natural disaster declaration for disaster probability 1/10 years and lower
Compensation and mitigation	Limited compensation of small floods, incentives for flood damage mitigation are low		Few large floods since 1953, partial compensation	Compensated in case of a disaster declaration and according to Multirisque Habitation contracts

5. Future and climate change impact

Climate change is expected to increase the frequency and severity of flooding in the Netherlands (IPCC, 2007). For this area, it would mean that both consequences and probability of flood risk may increase (e. g. Middelkoop *et al.*, 2001; Aerts *et al.*, 2006). Moreover, sea level rise may increase flood risks from storm surges in low-lying delta regions, such as the Netherlands (Alley *et al.*, 2005; Aerts *et al.*, 2006; Aerts *et al.*, 2008). The official sea level rise scenarios of the Netherlands account for 85 cm sea level rise in the year 2100.

Aerts *et al.* (2008) have calculated by how much flood probabilities may increase due to (combined) effects of sea level rise and increasing river discharges. Depending on the location of the dike ring, the flood probability may increase with a factor 10 with each 50 to 80 cm sea level rise. For example, the largest dike ring around the cities of Rotterdam, The Hague and Amsterdam has the highest safety standard of 1/10,000 years. A sea level rise of 70 cm would increase the probability of flooding to 1/100 years.

In addition, apart from the effects of climate change, urban development and economic growth cause flood risk to increase rapidly. Since the dike ring system and its safety standards were put in place in the 1950s, the potential damage behind the dikes has increased sevenfold over the last 50 years due to continuous developments of new urban concentrations in vulnerable areas (Aerts *et al.*, 2008). Future projections show a gradual upward trend in house construction. In particular, by the year 2040 about 500,000 to 1,500,000 new houses will be constructed. This issue has raised the question whether flood risk management should focus only on maintaining flood probabilities as legally required by the Dutch Water Act or also on reducing potential damage. Even if future flood risk defined as probability times damage will be maintained at a constant level through heightening dikes, the potential damage of a flood is expected to increase. An explanation for this, as seen previously, is that heightening dikes and creating barriers increases feelings of safety among households and investors, which stimulates further economic and urban development in vulnerable areas (Vis *et al.*, 2003). Therefore, it has been argued that an effective climate change adaptation policy should also focus on adaptation measures (e. g., Kabat *et al.*, 2005). For example, measures could be implemented that reduce the vulnerability of buildings to flooding and thereby limit damage once a flood occurs (Botzen *et al.*, 2009). Moreover, financial arrangements, such as insurance, could be promoted to compensate flood victims and heighten risk awareness (Botzen *et al.*, 2009).

Table 2 shows the costs of additional flood protection measures under different climate change scenarios. These are costs for 3,500 km of dikes, the nourishment of 450 km of beaches and widening of the main rivers. The Royal Dutch Meteorological Institute (KNMI) provided climate change projections for the years 2040 and 2100 for the Netherlands (Van den Hurk *et al.*, 2006). Each climate change scenario consists of a combination of projected sea level rise and maximum discharges of the rivers Rhine and Meuse. Table 2 provides the different combinations. For the year 2040, maximum discharges of the rivers Rhine and Meuse were set to 16,700 and 4,150 m^3/s respectively. Maximum discharges for the year 2100 were projected as 18,000 and 4,600 m^3/s. Note in this respect that in the current climate, 16,000 m^3/s is the discharge value of the River Rhine that has a probability of 1/1,250 years. In other words, dike rings with a current safety standard of 1/1,250 can withstand a flood peak of the River Rhine with a discharge of 16,000 m^3/s. Different sea level rise scenarios (up to 500 cm) have been used to calculate the effects on flood probabilities. Note, however, that the maximum sea level rise scenarios provided by the KNMI project 85 cm in the year 2100.

The total costs for adaptation vary between € 9 billion and over € 80 billion. These are estimated *without* upgrading the current Deltaworks storm surge barrier system. The 2100 scenario is officially used by the government as the maximum sea level rise. Nevertheless, sea level rise will continue to increase after 2100 and large infrastructure investments should address the long-term sea level after 2100.

Table 2. Costs of flood management investments under different climate change scenarios (billion €) excluding the costs of upgrading the Deltaworks (Aerts et al., 2008)

	Scenarios				
Year	**2040**	**2100**	**2100**	**2100**	**Far future**
Sea level rise (cm)	24 cm	60 cm	85 cm	150 cm	500 cm
Max discharge river Rhine [m^3/s]	16,700	18,000	18,000	18,000	18,000
Max discharge river Meuse [m^3/s]	4,200	4,600	4,600	4,600	4,600
River works	**Costs in billion €**				
River widening Rhine	2.7	5.5	5.5	5.5	5.5
River widening Meuse	1.3	4.2	4.2	4.2	4.2
Dike reinforcement	0.2	1.8	2.6	6.1	36
Coast	**Costs in billion €**				
Beach nourishment Holland	1.9	6.4	9.1	16.0	25
Beach nourishment Waddensea	1.1	3.8	5.4	9.6	Unknown
Beach nourishment Westerschelde	0.1	0.4	0.6	1.1	Unknown
Coastal dike reinforcement	1.9	2.3	2.6	3.4	8
Total	9	24	30	46	>80

6. Conclusions

The delta of the Netherlands is very vulnerable to flooding because of its low-lying position and its high population density in vulnerable areas. An extensive system of river dikes, coastal dikes, dunes, dams, and storm surge barriers protects the country from flooding of the North Sea and peak discharges from the Rivers Rhine and the Meuse. The catastrophic storm surge flood in 1953 was important in shaping Dutch water management policy and resulted in the design of the Delta Plan and construction of the Deltaworks that comprise several storm surge barriers at the coast. The history of the Dutch Deltaworks indicate the necessity to balance flood protection with economic activities, for example shipping and fishing, while limiting adverse impacts on nature. The Deltaworks were successful in limiting flood probabilities to low levels by implementing the highest safety standards in the world (1/10,000). However, this high level flood protection system also created a sense of security that resulted in continuous development in vulnerable areas so the potential flood damage increased substantially over time.

The Netherlands do not have private flood insurance and households rely on ad hoc partial compensation for flood damage by the government. Compensation is uncertain as it depends on a political decision by the government on whether a flood can be called “a large scale disaster”. In addition, as in France, the incentives for household mitigation are low.

The foreseen climate change and consequences on sea level rise and adaptation costs need to be taken into account in the flood management policies of the Netherlands. These policies will need to assess measures to limit the potential damage from floods in addition to controlling the probability of flooding with dikes.

References:

Aerts, J.C.J.H., Major, D., Bowman, M., Dircke, P (2009). Connecting Delta Cities. *VU University press*, Amsterdam pp96.

Aerts, J. C. J. H., Bannink, B., Sprong, T. A. (2008). Aandacht voor Veiligheid. IVM Report 2008/95-6. online at: www.adaptation.nl. (in Dutch).

Aerts, J. C. J. H., Renssen, H., Ward, P. J., De Moel, (2006). Sensitivity of global river discharges under Holocene and future climate conditions. *Geophys. Res. Lett.*, 33 (19), L19401

Alley, R. B., Clark, P. U., Huybrechts, P. and Jouchin, I. (2005). Ice-sheet and sea-level changes. *Science*, 310 (5747): 456-460.

Botzen, W.J.W., Aerts, J.C.J.H. and van den Bergh, J.C.J. M (2009). Willingness of homeowners to mitigate climate risk through insurance. *Ecological Economics*, 68 (8-9): 2265 2277.

Botzen, W.J.W., van den Bergh, J.C.J.M. (2008). Insurance against climate change and flooding in the Netherlands: Present, future, and comparison with other countries. *Risk Analysis*, 28 (2): 413-426.

Botzen, W.J.W., van den Bergh, J.C.J.M. and Bouwer, L.M. (2010). Climate change and increased risk for the insurance sector: A global perspective and an assessment for the Netherlands. *Natural Hazards* doi 10.1007/ s11069-009-9404-1.

Boulet-Desbareau, C., Bessis, B., Moronval, F., Salagnac, J. (2005). *La Mitigation en zones inondables. Éléments pour l'élaboration des plans de prévention des risques inondation. Réduire la vulnérabilité des biens existants. Document d'étape*. Direction de la prévention de la pollution et des risques (DPPR), sous-direction de la prévention des risques majeurs, ministère de l'Écologie et du Développement durable (MEDD), 52 p.

CBS (2009). Last retrieved on the 18th of November 2009 from www.cbs.nl/ nl-NL/menu/home/default.htm.

CEMAGREF (2009). Last retrieved on the 18th of November 2009 from www. cemagref.fr/ Informations/DossiersThematiques/RisquesLiesEau/Recherche21. htm.

Harrington, S. (2000). Rethinking disaster policy. *Regulation*, 23 (1), 40-46.

IPCC (2007). Climate Change 2007. The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. *Cambridge University Press*, Cambridge. eds. S.

Solomon, D. Qin, M. Manning, Z. Chen, M. Marquis, K. B. Averyt, M. Tignor and H. L. Miller. Cambridge and New York: Cambridge University Press.

Kabat, P., van Vierssen, W., Veraart, J., Vellinga, P. and Aerts, J. (2005). Climate proofing the Netherlands. *Nature*, 438: 283-84

Kaplow, L. (1991). Incentives and government relief for risk. *Journal of Risk and Uncertainty*, 4 (2), 167-175.

Klijn, F. *et al*. (2007). Long-term strategies for flood risk management: scenario definition and strategy design. Final report on Task 14 of FLOODsite. *Report no. 14-05-01. Delft Hydraulics*, the Netherlands.

Kok, M., Gelder van, P. H. A. J. M., Vrijling, J. K., & Vogelsang, M. P. (2002). Risk of flooding and insurance in the Netherlands. In B. Wu, Z. H. Wang, G. Wang, G. G. H. Huang, H. Fang, & J. Huong (Eds.), Flood Defence. *New York: Science Press*.

Letrémy, C. (2009). Phone conversations on the 11th, the 12th and the 15th of May 2009. Employee of the ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire (MEEDDAT), France.

Middelkoop, H., Daamen, K., Gellens, D., Grabs, W., Kwadijk, J.C.J., Lang, H., Parmet, B.W.A.H., Schadler, B., Schulla, J., & Wilke, K. (2001). Impact of climate change on hydrological regimes and water resources management in the Rhine basin. *Climatic Change*, 49 (1-2): 105-28.

Prim. net (2010). Last retrieved on the 25th of January 2010 from www.prim.net/.

RWS (2010). The Deltaworks. Last retrieved on the 25th of January 2010 from www.deltawerken.com/Deltaworks/23.html.

Van Dantzig (1956). Economic decision problems for flood prevention. *Econometrica*, 24 (3): 276-287.

Van den Hurk, B., Klein Tank, A., Lenderink, G., Van Ulden, A., Van Oldenborgh, G.J., Katsman, C., Van den Brink, H., Keller, F., Bessembinder, J., Burgers (2006). KNMI Climate Change Scenarios 2006 for the Netherlands. *KNMI Scientific Report WR 2006-01*, De Bilt.

Vis, M., Klijn, F., de Bruijn, K.M. and van Buuren, M., (2003). Resilience strategies for flood risk management in the Netherlands. *The International Journal of River Basin Management*, 1 (1): 33-40.

Vries de, E. J. (1998). Vergoeding van rampschade. *Nederlands Juristenblad*, 42, 1908-1915.

Science et élaboration du droit de l'eau

Patrick Lavarde
Directeur général de l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA)

Alexis Delaunay
Directeur du contrôle des usages et de l'action territoriale à l'ONEMA

Introduction

Le rapport du Conseil d'État montre que l'évolution du droit de l'eau s'inscrit désormais dans un contexte européen qui impose de plus en plus d'obligations de résultat. Le risque de manquement à ces obligations européennes fait peser sur l'État français des menaces de sanctions financières. Aux côtés des gestionnaires, les scientifiques peuvent contribuer à la prévention de ce risque contentieux européen.

Tout d'abord, les différents usages de l'eau qui peuvent conduire à des prélèvements d'eau excessifs, les rejets polluants et les diverses pressions qui s'exercent sur la ressource en eau et les milieux aquatiques impliquent de **gérer l'eau dans sa complexité**.

L'un des rôles classiques de la science est alors d'**éclairer la décision publique et le juge**, par l'élaboration de méthodologies pour prévoir l'incidence ou l'impact des projets, ou par une intervention directe en tant qu'expert.

Face au risque inquiétant de contentieux européen et national, l'un des rôles confiés à l'ONEMA a été d'organiser l'expertise scientifique française et de **produire des méthodes fondées sur la science pour prévenir le contentieux**. À ce titre, l'ONEMA anime un dispositif d'interface entre la science et l'action dans le cadre de la stratégie commune pour la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau définie en 2001 entre la Commission européenne et l'ensemble des États membres, afin d'**anticiper et échanger**, en particulier sur les besoins d'outils et de méthodologies nécessaires pour mettre en œuvre cette directive.

Cette organisation de l'expertise scientifique a pour objectif de **définir les concepts sur des fondements scientifiques**, en particulier concernant la notion centrale du « bon état écologique » des masses d'eau de surface, de **définir la notion de « bon état quantitatif » des eaux souterraines et fixer les limites**

de l'exploitation raisonnable des eaux. Elle doit aider à prévoir l'efficacité des actions de restauration en termes de réponses biologiques pour choisir la nature et l'intensité des interventions prioritaires afin de **restaurer les milieux**.

Un autre rôle fondamental confié à l'ONEMA consiste à mettre en place et coordonner le système d'information sur l'eau, qui permet de connaître l'état des eaux et des milieux, leurs usages, ainsi que les pressions (pollutions, modifications physiques…) qui les affectent. Ce dispositif est indispensable pour **évaluer l'état des eaux et en rendre compte** auprès de la Commission européenne et pour évaluer l'efficacité des politiques publiques de l'eau.

La directive-cadre sur l'eau intègre l'analyse économique et environnementale au cœur de la gestion de l'eau, ce qui implique de **développer les concepts économiques**, d'autant que la Commission européenne a relevé une faiblesse sur ce point dans de nombreux pays lors de l'analyse des états des lieux réalisés en 2004 dans tous les districts.

Enfin, la France n'a de chances de faire valoir ses convictions ou faire reconnaître ses difficultés particulières d'application de certains volets des directives que si elle est intégrée dans les réseaux scientifiques européens, **ce qui implique de mieux coopérer notamment dans le cadre des programmes de recherche européens**.

Ces points seront successivement développés dans la présente contribution.

Gérer l'eau dans sa complexité

La seconde moitié du XX^{e} siècle est marquée par un accroissement des prélèvements d'eau et des rejets, une industrialisation des prélèvements (industrie, agriculture, consommation humaine) et une artificialisation des milieux et des écosystèmes (urbanisation, infrastructures…).

Il en résulte deux questions majeures :
– au plan qualitatif, la dégradation de la qualité des eaux (de surface, souterraines, côtières) ;
– au plan quantitatif, des besoins croissants mais aussi l'apparition de pénuries structurelles comme de phénomènes d'inondations présentant de nouvelles caractéristiques.

Le droit de l'eau (ou des eaux) a partiellement pris en considération ces évolutions, par la jurisprudence puis par les lois sur l'eau des 16 décembre 1964 et 3 janvier 1992 en prescrivant une gestion globale et équilibrée de la ressource en eau et en renforçant le contrôle des usages. En particulier, la loi du 3 janvier 1992 a instauré un régime de déclaration ou d'autorisation des installations, ouvrages, travaux et activités ayant une incidence sur l'eau selon la nomenclature annexée à l'article R. 214-1 du code de l'environnement.

Le choix a ainsi été fait de développer par la loi des limitations administratives au droit de propriété, mais sans remettre en cause les différentes catégories d'eaux définies par le code civil, ni l'ancienne dichotomie entre les eaux utiles et les eaux nuisibles, ou encore entre la gestion des eaux en période de sécheresse et la prévention des inondations.

Le droit de propriété n'est ainsi plus la question centrale du droit de l'eau. L'eau est « *res communis* » de manière générale, sauf quelques exceptions. Le droit de l'eau est essentiellement un droit de « qualité » (eau et milieux) et un droit de contrôle « des usages ». Il est caractérisé désormais par l'exigence (d'origine européenne) de démarche intégrée et d'approche économique, ce qui conduit nécessairement à une approche pluridisciplinaire.

De plus en plus, cette évolution du droit exige l'intervention des sciences pour, par exemple, déterminer la qualité des eaux et des milieux, déterminer la nature des masses d'eau, déterminer la nature des rejets, déterminer la qualité des eaux de baignade, déterminer la qualité des eaux délivrées à la consommation.

De plus, de nouveaux sujets émergent tels que la découverte des effets des polluants d'origine pharmaceutique, les mécanismes de transfert des pollutions historiques des sédiments au travers de la chaîne alimentaire (PCB par exemple) ou la question des résidus de nanomatériaux. Le champ des questions à approfondir s'accroît ainsi continuellement.

Dans ce contexte de complexité croissante, le droit européen s'est largement développé avec des exigences renforcées, et tend à prendre en considération les divers aspects du droit de l'eau. Il en résulte pour l'État français un important risque contentieux pour l'application des directives européennes, et en premier lieu de la directive-cadre sur l'eau, comme cela a été largement exposé dans le corps du rapport.

Ce risque renforce la nécessité d'améliorer les connaissances scientifiques dans la mesure où, dans le contentieux contemporain, les juridictions font de plus en plus appel à l'expertise, notamment au regard des aspects techniques et scientifiques que les dossiers comportent.

Éclairer la décision publique et le juge

Le droit de l'eau n'échappe pas aux exigences du principe de prévention. Ainsi, les études d'impact ou documents d'incidences se sont développés et certains documents d'environnement (c'est le cas en droit de l'eau) sont désormais aussi soumis à évaluation. Or ces évaluations exigent des compétences scientifiques diversifiées qui vont fonder les décisions administratives et le contenu des plans et programmes.

De plus en plus, les juridictions administratives sont amenées à statuer sur le fond et sur le contenu des dossiers, et non uniquement sur la forme. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a annulé la déclaration d'utilité publique du barrage de la Trézence (Charente-Maritime) compte tenu du coût et des atteintes à l'environnement, notamment aux espèces aquatiques. Il a également annulé des actes administratifs pour insuffisance de l'étude d'impact ou au contraire les a confirmés en estimant que les insuffisances alléguées de l'étude d'impact n'étaient pas démontrées.

Les scientifiques des organismes de recherche et des universités élaborent des méthodologies pour évaluer l'impact des divers aménagements, qui contribuent à éclairer au mieux les juges appelés à statuer sur la suffisance ou l'insuffisance des études d'impact ou d'incidences.

En matière de législation fixant des obligations de résultat, on peut citer par exemple l'article L. 214-18 du code de l'environnement, issu à l'origine de la loi du 30 juin 1984 relative à la pêche, qui impose à tout ouvrage à construire dans le lit d'un cours d'eau de comporter des dispositifs maintenant dans ce lit un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage.

Cette obligation de résultat obligeant à maintenir un débit minimal biologique a conduit les scientifiques à élaborer des méthodes pour aider à la détermination prévisionnelle d'un débit, voire d'un régime réservé en aval des barrages. Les juges s'appuient ensuite sur ces méthodologies ainsi que sur les éléments fournis par les parties pour confirmer le débit réservé fixé par le préfet ou, au contraire, pour rectifier cette valeur en vertu des pouvoirs du juge de plein contentieux.

Lors de l'enquête publique, le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête peuvent recourir à l'expertise, celle-ci reposant aussi souvent sur des aspects scientifiques qui vont orienter les conclusions et les décisions.

La plupart de ces évolutions exigent une démarche interdisciplinaire, le droit s'appuyant notamment sur la géographie, la sociologie, la biologie, la chimie, la physique, etc.

Il y a ainsi une interaction positive et continue entre les progrès de la science et l'évolution de la jurisprudence relative à l'obtention d'obligations de résultat fixées par les textes législatifs et réglementaires avec une certaine souplesse.

Produire des méthodes fondées sur la science pour prévenir le contentieux

Le risque de contentieux européen et national a fait apparaître l'urgence d'organiser l'expertise scientifique française pour aider à l'élaboration de textes de niveau européen et pour en faciliter la mise en œuvre ultérieure. C'est un des objectifs qui ont conduit à la création de l'ONEMA. Fondé sur des liens étroits avec la communauté scientifique, l'appui qu'apporte l'ONEMA à la direction de l'eau et de la biodiversité du ministère chargé de l'Écologie est ainsi déterminant et a été pris en compte dans l'élaboration du contrat d'objectifs avec l'État.

Un exemple du risque contentieux européen par manque de cadrage préalable des concepts peut être illustré par la définition des zones sensibles au titre de l'eutrophisation en application de la directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires. L'annexe 2 de la directive avait fixé quelques critères généraux, ce qui a conduit les États membres à développer leurs propres méthodologies de délimitation de ces zones. Ensuite, la Commission européenne a établi une analyse comparative des propositions des États membres et a décidé de poursuivre devant la Cour de justice des Communautés européennes un certain nombre d'entre eux, dont la France, selon des critères établis *a posteriori*.

Même si l'État français avait écarté certaines zones pour des raisons de coût financier en s'éloignant manifestement des critères techniques prévus par la directive, cette faiblesse du cadrage préalable, débouchant ensuite sur des poursuites devant la CJCE, a été mal vécue par l'administration française.

Anticiper et échanger

Une approche plus itérative et plus interactive entre la Commission et les États membres, avec un recours accru à la science, est apporté par la directive-cadre sur l'eau (DCE), laquelle demande aux États membres d'atteindre d'ici à 2015 le bon état des masses d'eaux. Ce texte permet d'harmoniser toute la politique de l'eau communautaire développée depuis 1975 (plus de trente directives ou décisions).

Cette directive, transposée en droit français depuis le 4 avril 2004, introduit de nouvelles notions (masses d'eau, milieux fortement modifiés…) et de nouvelles méthodes (consultation du public, analyse économique obligatoire…) qui modifient l'approche française de la gestion de l'eau. Ces notions ne sont pas encore parfaitement définies et peuvent générer à terme un important contentieux avec la Commission.

Afin de prévenir autant que possible ce contentieux, une stratégie commune pour sa mise en œuvre a été définie en 2001 entre la Commission européenne et l'ensemble des États membres. Des groupes de travail européens thématiques, pilotés par la Commission européenne et/ou des pays membres, sont chargés de produire des guides méthodologiques pour bien appliquer la directive dans chaque pays. Ces guides sont approuvés par les vingt-sept directeurs de l'eau de l'Union européenne. Ainsi, le rôle de ces groupes est déterminant parce que les guides produits pourront être utilisés en cas de contentieux pour prouver l'existence de méthodes ou de pratiques plus efficaces que celles mises en œuvre par un État. Ils serviront de repères dans les discussions d'experts sur l'état de l'art et contribueront ainsi à cadrer les représentations européennes d'une bonne gestion de l'eau. Par ailleurs, les travaux de ces groupes ont également été déterminants pour l'élaboration des directives filles de la DCE (directive eaux souterraines du 12 décembre 2006 ; directive normes de qualité environnementale du 16 décembre 2008) et leur mise en application. Ce type de recommandations non contraignantes joue en effet souvent le rôle de précurseur du droit contraignant. Dans ces conditions, il est important d'établir une stratégie d'implication française dans ces groupes en maîtrisant le mode de gouvernance et la façon dont la science y est mobilisée.

Des groupes miroirs sont établis au niveau national pour préparer et décliner les travaux thématiques européens. Ces groupes rassemblent experts et gestionnaires (scientifiques, agences de l'eau, délégations de bassin, ONEMA…) sous l'égide du MEEDDM afin d'établir des « compromis » entre approches scientifique, pratique et politique. La question qui se pose alors est celle du poids relatif à accorder à chacune des approches, de manière cohérente d'une thématique à l'autre (d'un groupe de travail à l'autre).

Les guides européens et français sont disponibles sur le site de la Commission européenne [1] et sur le site du Premier ministre relatif aux circulaires [2]. Cette coconstruction de la mise en œuvre de la directive-cadre entre la Commission européenne et les États membres se poursuit et un nouveau programme de travail 2010-2012 a été établi.

Ces guides portent sur de nombreux domaines : économie, identification des masses d'eau, analyse des pressions et impacts, identification et désignation des masses d'eau fortement modifiées, eaux côtières et de transition, interétalonnage, surveillance, participation du public, etc., le dernier portant sur la prise en compte du changement climatique.

À l'occasion de l'examen des états des lieux réalisés par les États membres en 2004, la Commission européenne [3] leur a demandé notamment de :
– améliorer les méthodes sur des questions essentielles (telles que la désignation de masses d'eau fortement modifiées, la définition des critères d'évaluation des risques ou l'amélioration de l'état quantitatif des eaux souterraines) ;
– mettre en place un vaste système national d'évaluation écologique et de classification qui servira de base à la mise en œuvre de la directive et à la réalisation de l'objectif de « bon état écologique », en achevant l'exercice d'interétalonnage existant ;
– mettre en place tous les instruments économiques requis par la directive (tarification, récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau, coûts environnementaux et des ressources et principe du pollueur-payeur).

La Commission s'est engagée à poursuivre la coopération fructueuse dans le cadre de la stratégie de mise en œuvre commune en partenariat avec les États membres, estimant que cette démarche a déjà donné de meilleurs résultats qu'une approche plus formaliste de la mise en œuvre. Toutefois, elle a indiqué que, s'il devait apparaître qu'elle risquait d'échouer, la Commission n'hésiterait pas à recourir aux pouvoirs qui lui sont conférés par le Traité.

Définir les concepts sur des fondements scientifiques

La fixation d'obligations de résultat définies de manière souple permet à la jurisprudence d'évoluer en fonction de l'amélioration des connaissances. Tel est le choix pragmatique qui a été retenu pour définir à partir de l'avancement

1 - Water Framework Directive Guidance Documents : http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/facts_figures/guidance_docs_en.htm.

2 - Les guides de mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau sont accessibles sur le site www.circulaires.gouv.fr/index.php (recherche avancée « ministère chargé de l'écologie » + « directive-cadre sur l'eau » dans le titre).

3 - Communication de la Commission du 22 mars 2007 intitulée Vers une gestion durable de l'eau dans l'Union européenne. Première étape de la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau 2000/60/Conseil d'État [COM (2007) 128 final] : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0128:FR:NOT.

des travaux scientifiques et des données disponibles la notion de bon état des eaux, celui à atteindre en 2015, question bien évidemment centrale pour mettre en œuvre la directive-cadre sur l'eau.

Cette directive engageant les États membres dans une action de reconquête de la qualité de l'eau et des milieux aquatiques avec un objectif de bon état d'ici à 2015, il est nécessaire de savoir ce que signifie un « bon état ». Avec ce terme, l'Union européenne ne fait plus seulement référence à des données d'ordre physico-chimique comme la concentration de telle ou telle molécule chimique mais bien au fonctionnement de l'écosystème dans son ensemble, ce qui fait appel à de nouvelles connaissances scientifiques, ou à l'intégration, par de nouvelles modalités, de connaissances existantes.

Le droit de l'environnement, qui porte essentiellement sur les approches « sanitaires » et « milieux », sera largement questionné pour toute affaire portant sur ces sujets, ce qui nécessitera probablement un recours fréquent aux fondements scientifiques qui définissent l'évaluation de l'état des eaux. Pour atteindre les objectifs assignés, la transparence sur le fondement scientifique des mesures à prendre et leurs modalités devient une obligation. Il en est ainsi du diagnostic de l'état des milieux et des restaurations nécessaires.

Les fondements scientifiques du bon état écologique, repris ci-après, permettent d'apprécier les interactions potentielles entre science et droit.

Pour les eaux douces de surface, la directive-cadre européenne sur l'eau fixe pour objectif d'atteindre à l'horizon 2015 le « bon état » pour tous les milieux naturels, de préserver ceux qui sont en « très bon état », et d'atteindre le « bon potentiel » dans les milieux fortement artificialisés. Il s'y ajoute également un objectif « zéro toxiques » non daté mais clairement affiché. Il s'agit bien d'une obligation de résultat, la directive fixant seulement un catalogue des mesures possibles qui restent sous la responsabilité des États membres.

Le « bon état » est défini d'après la situation la plus déclassante entre un état chimique se rapportant à des normes de concentration de substances dangereuses (toxiques), qui seront définies sur des critères écotoxicologiques, et un état écologique qui repose sur une évaluation de la « structure et du fonctionnement des écosystèmes aquatiques ».

La mise en œuvre de la directive implique une première phase de diagnostic général de l'état des milieux, qui prépare la mise en place d'un réseau de suivi.

Cette phase se traduit par des besoins de connaissances précis en termes de méthodes de diagnostic : typologie des milieux physiques dans un cadre géographique avec définition des « masses d'eau » correspondant aux unités à évaluer, bio-indicateurs, réseaux de suivi…

Les milieux sont classés en trois catégories :
- les milieux de référence, exempts de contamination toxique, et pour lesquels l'impact des activités humaines est supposé non significatif, non visiblement perturbé par l'homme (analyse des pressions) ;
- les milieux naturels plus ou moins dégradés ;
- les milieux artificiels ou fortement modifiés.

Les milieux de référence permettent de définir des « conditions de référence », notamment biologiques. Ces milieux doivent être préservés de toute

dégradation, sauf dérogation à justifier en fonction d'un intérêt général. Ces conditions de référence servent de repères pour définir l'« état écologique » des milieux naturels à l'aide principalement de bio-indicateurs. Si l'écart à la référence mesuré sur les peuplements est « léger », les milieux sont considérés en « bon état ». Ils doivent faire l'objet d'une surveillance régulière et être conservés au moins dans cet état. Dans le cas contraire, si l'écart des peuplements est « modéré à fort » et/ou si les concentrations en toxiques dépassent les seuils fixés, les milieux sont classés dans un état « moyen, médiocre ou mauvais », et devront être restaurés pour être ramenés au bon état en 2015, sauf dérogations qui devront être soigneusement justifiées en termes de coût et de faisabilité.

Pour les milieux artificiels ou fortement modifiés, les problèmes et les enjeux sont différents. La définition des premiers correspond à toute masse d'eau créée par l'homme. Un milieu est désigné comme fortement modifié si le fait de restaurer le milieu physique pour atteindre le bon état écologique a pour effet de limiter les usages existants, et si ces usages ne peuvent être satisfaits par une meilleure solution environnementale (faisabilité, coût). Cette option doit être justifiée et peut être remise en cause.

L'obligation de bon état chimique s'applique pour tous les milieux artificialisés. Par contre, l'état de référence est remplacé par la notion d'un « potentiel écologique maximal » qu'il serait possible d'atteindre compte tenu de l'artificialisation du milieu nécessaire à l'usage, et l'objectif à atteindre est le « bon potentiel », c'est-à-dire un écart léger au potentiel maximal. On voit donc bien les enjeux économiques qui peuvent être liés à la définition du bon potentiel.

L'évaluation de l'état écologique repose principalement sur la bio-indication de l'état des peuplements qui sont ainsi « juges de paix » de l'état ; celle-ci nécessitant un interétalonnage des méthodes entre les États membres sous la houlette de la Commission et des accords sur la limite entre des écarts « légers » et « modérés » à l'état biologique de référence.

Pour l'évaluation des conditions physiques (hydromorphologie), il n'y a pas de normes préconisées. Seuls sont indiqués les compartiments qui doivent être évalués pour définir un état de référence, soit, pour les rivières :
– « *paramètres hydromorphologiques soutenant les paramètres biologiques* » ;
– « *paramètres chimiques et physico-chimiques soutenant les paramètres biologiques* ».

La limite entre les états « bon » et « moyen » détermine l'obligation de restauration.

L'évaluation des conditions physico-chimiques pour chaque type de milieu fait référence au « *fonctionnement de l'écosystème caractéristique* », et aux « *valeurs des éléments de qualité biologique* », c'est-à-dire à l'altération des peuplements.

L'évaluation de l'état chimique se réfère au respect de normes de qualité environnementale concernant divers produits particulièrement toxiques (Hg, Cd, HCH, substances dangereuses). Ces normes pourront être modifiées et complétées pour d'autres substances dangereuses dans les années à venir selon des procédures fixées par la directive. L'état chimique se décline en deux catégories selon que les normes sont respectées ou non.

Définir la notion de bon état quantitatif des eaux souterraines et fixer les limites de l'exploitation raisonnable des eaux

Le bon état d'une eau souterraine au sens de la directive-cadre est l'état atteint par une masse d'eau lorsque son état quantitatif et son état chimique sont au moins considérés comme bons. Si l'état quantitatif des eaux de surface n'intervient pas directement dans l'évaluation de son état écologique, la directive note que l'état quantitatif d'une masse d'eau souterraine peut avoir une incidence sur la qualité écologique des eaux de surface et des écosystèmes terrestres associés à cette masse d'eau souterraine. La ressource disponible d'eau souterraine doit ainsi prendre en compte le taux annuel à long terme de l'écoulement requis pour atteindre les objectifs de qualité écologique des eaux de surface afin d'éviter toute diminution significative de l'état écologique de ces eaux et toute dégradation significative des écosystèmes terrestres associés.

La définition du bon état d'une eau souterraine est donc très importante pour la masse d'eau souterraine elle-même, mais aussi pour les masses d'eau de surface associées.

La science a en effet montré assez tôt l'interaction entre les divers compartiments de la ressource en eau et la nécessité d'une gestion globale. La connaissance du fonctionnement hydrogéologique (par exemple les modélisations des nappes d'eau souterraines réalisées par le BRGM) montre l'interaction entre les prélèvements sur les nappes d'eau souterraines et le débit des sources et des rivières. De même, un déficit de débit de un mètre cube par seconde sur des sources ou un prélèvement d'eau identique sur un cours d'eau non domanial se répercutent évidemment sur le cours d'eau domanial situé en aval et diminuent d'autant le débit du fleuve à son embouchure. Il en résulte une plus grande intrusion des eaux marines et une remontée de la limite de salure des eaux. À l'inverse, l'assèchement des zones humides accélère l'évacuation des eaux vers la mer, mais diminue la recharge hivernale des nappes phréatiques.

On estime qu'une ressource en eau fait l'objet d'une gestion équilibrée lorsque huit années sur dix en moyenne les volumes et débits maximaux autorisés ou déclarés, quels que soient leurs usages (irrigation, alimentation en eau potable…), peuvent en totalité être prélevés dans cette ressource tout en garantissant le bon fonctionnement des milieux aquatiques correspondants. La garantie de bon fonctionnement peut, lorsqu'ils existent, s'observer par le respect des débits ou niveaux piézométriques d'objectifs, de façon à permettre le maintien d'un débit minimal dans les cours d'eau et les milieux aquatiques en général.

L'évaluation des volumes prélevables globaux permettant de préserver le fonctionnement des écosystèmes aquatiques est ainsi fondamentale mais représente une importante source de conflit avec les usages économiques de l'eau dans certaines régions du sud de la France où les prélèvements dépassent actuellement ces valeurs.

Restaurer les milieux

Après la phase de diagnostic et d'évaluation de l'état des eaux vient la seconde phase de mise en œuvre de la directive-cadre qui consiste à restaurer les milieux qui n'atteignent pas le « bon état ». Les mesures à prendre sont détaillées dans le premier plan de gestion adopté en 2009 après une large consultation publique.

La restauration des milieux, qui constitue l'objectif central de la directive-cadre sur l'eau, constitue le point essentiel sur lequel doivent porter les recherches sur les hydrosystèmes. Du fait de l'obligation de résultat (et pas seulement de moyen) et compte tenu des enjeux économiques et des délais de réponse des systèmes naturels aux actions de restauration, il faut disposer de modèles prospectifs permettant de prévoir l'efficacité des actions de restauration en termes de réponses biologiques pour choisir la nature et l'intensité des interventions prioritaires. La capacité prédictive des outils existants et la nature des modèles à développer sont en cours d'évaluation. Ces outils seront dans un premier temps des « modèles d'impact » mettant en relation le niveau d'une variable d'impact (altération physique, pollution organique, eutrophisation, contamination toxique…) avec des réponses biologiques. Il faudra aboutir à des modèles de « réponses fonctionnelles complexes » permettant d'évaluer l'importance relative des différents types d'impacts dans un contexte naturel donné.

La directive-cadre stratégie pour le milieu marin du 17 juin 2008 affiche le même type d'objectifs que la directive-cadre sur l'eau.

Cet exemple montre que la disponibilité des connaissances scientifiques devient le régulateur de la prévention du contentieux européen. Les acquis de la science constituent également une obligation de faire pour les États membres, qui ne peuvent plus évoquer l'impossibilité technique.

Évaluer l'état des eaux et en rendre compte

La nécessité de mettre en place un système national d'évaluation de l'état des eaux avait été ressentie dès la loi du 16 décembre 1964, et les agences financières de bassin, devenues agences de l'eau, y ont largement contribué. Un dispositif partenarial, le « Réseau national des données sur l'eau » (RNDE), a été créé à la suite de la loi sur l'eau de 1992, et a réuni, de 1992 à 2002, les principaux producteurs de données publiques relatives à l'eau, pour faciliter le partage et la mise à disposition de ces données, nécessaires en particulier à l'élaboration des premiers schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux. Un langage commun des données sur l'eau a été établi par le service d'administration nationale des données et référentiels sur l'eau, afin de rendre compatibles et homogènes la définition et l'échange des données entre les producteurs, les utilisateurs et les banques de données.

Toutefois, la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau a renforcé le besoin de cohérence entre l'ensemble de ces bases de données pour permettre le rapportage homogène de l'application de la DCE à la Commission européenne.

La loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 a ainsi introduit dans le code de l'environnement l'existence d'un système d'information sur l'eau[4] (SIE) et en a confié la mise en place et la coordination technique à l'ONEMA. La gouvernance interministérielle du système d'information sur l'eau est organisée au niveau national sous l'autorité de la direction de l'eau et de la biodiversité du MEEDDM. Elle s'appuie sur l'ONEMA qui assure la coordination technique nationale du SIE, et sur la délégation de bassin et l'agence ou l'office de l'eau qui assurent la coordination de la production des données au niveau de leurs bassins.

Le décret n° 2009-1543 du 11 décembre 2009 a précisé le contenu du schéma national des données sur l'eau. Ce schéma porte notamment sur les objectifs, le périmètre et les modalités de gouvernance du système d'information, les dispositifs de recueil, de conservation et de diffusion des données et des indicateurs de ce système d'information, les modalités de mise en œuvre de ces dispositifs, les modalités d'élaboration des méthodologies et du référentiel des données et des services que ces dispositifs doivent respecter pour assurer leur interopérabilité et les modalités d'échange des données avec d'autres systèmes d'information non totalement compris dans le périmètre du système d'information sur l'eau.

Le dispositif mis en place a permis d'effectuer dans les délais, soit le 22 mars 2010, le rapportage de l'état des masses d'eau auprès de la Commission européenne[5]. Les données transmises incluent notamment une évaluation de l'état des eaux en 2009, l'affectation à chaque masse d'eau d'un objectif et une estimation détaillée par bassin du coût des actions nécessaires pour l'atteinte de ces objectifs.

Les scientifiques sont très impliqués en appui à l'ONEMA dans la mise en œuvre du schéma national des données sur l'eau, notamment dans le cadre du Laboratoire national de référence AQUAREF constitué par le BRGM, le CEMAGREF, l'IFREMER, l'INERIS et le Laboratoire national d'essais, et qui intervient pour faire évoluer les méthodologies en matière d'évaluation de l'état chimique et écologique. La science a un rôle déterminant pour définir les normes de qualité environnementale des différentes substances prises en compte pour déterminer l'état chimique d'une masse d'eau ou pour étalonner les différents indicateurs biologiques qui caractérisent l'état écologique. Les modèles scientifiques sont indispensables pour caractériser une masse d'eau dans son ensemble à partir de données recueillies ponctuellement sur des sites de surveillance. La modélisation est également utilisée pour faire le lien entre les pressions qui s'exercent sur les milieux et les impacts constatés.

4 - Article R. 213-12-2 du code de l'environnement.

5 - Voir le communiqué : La reconquête du bon état des eaux et des milieux aquatiques. De l'état des eaux en 2009 aux objectifs 2015 : www.eaufrance.fr/IMG/pdf/eaufrance_rapportage_2010-03-22.pdf.

Développer les concepts économiques

La directive-cadre sur l'eau, en introduisant une logique de résultat pour le bon état des eaux, intègre l'analyse économique et environnementale au cœur de la gestion de l'eau. Elle en adopte les principes (principe du pollueur-payeur, coûts disproportionnés), les analyses (analyse coût/efficacité et coût/avantages) et les instruments économiques (système de prix – tarification et récupération appropriée des coûts en tant que système de financement des services de l'eau).

Après quelques années de pratique, il reste encore des zones d'ombre dans la manière dont les États membres ont utilisé ces analyses économiques, ce qui rend difficiles à la fois toute appréciation de la conformité de chacun des États membres vis-à-vis des engagements prévus par la directive et toute comparaison de la performance de chaque pays européen.

La base du calcul du coût disproportionné est dépendante de l'évaluation des avantages tirés des mesures visant le bon état. En dépit des valeurs des références sur les coûts et les bénéfices environnementaux formulées à titre indicatif, la difficulté persiste dans la définition et l'estimation des coûts environnementaux, de la ressource, des coûts compensatoires et des bénéfices environnementaux liés au bon état (art. 9.1 de la DCE). L'évaluation des bénéfices liés aux mesures visant le bon état nécessite également plus de développements méthodologiques.

Le caractère incitatif du système de prix de l'eau pour chacun des secteurs économiques reste difficile à démontrer, en particulier pour faire le lien entre la taxe-redevance et le niveau de pollution (ou externalité) émis. Le principe du pollueur-payeur reste difficilement applicable, en particulier sur le secteur agricole.

Des marges d'amélioration restent nécessaires pour permettre au régulateur et donc au droit de clarifier les concepts et les méthodes permettant de mieux motiver les décisions sur le plan juridique.

Mieux coopérer grâce aux programmes de recherche européens

Faire en sorte que la recherche soit davantage impliquée à l'amont des enjeux opérationnels et réglementaires constitue un enjeu important. Des initiatives nationales ont d'ores et déjà été prises pour mobiliser la recherche et l'expertise scientifique autour des enjeux et des besoins opérationnels liés à l'eau et aux milieux aquatiques.

Pour autant, et en raison du poids du niveau européen dans la conception des politiques de l'eau, le renforcement de la participation française dans des consortiums européens de recherche appliquée est un objectif majeur pour pouvoir collectivement mieux anticiper les échéances, interétalonner les définitions, homogénéiser les méthodologies, etc.

À cet égard, la mise en place d'un ERAnet (Réseau européen d'organismes et d'agences de financement de recherche) sur l'eau pour aller vers une programmation de recherche conjointe des États européens sur le thème de l'eau et le développement de partenariats innovants et efficaces entre scientifiques, décideurs et acteurs de terrain sont stratégiques. Un projet de ce type, piloté par l'Allemagne, a été soumis début janvier 2010, avec une implication forte de la France qui y assurerait *via* l'Agence nationale de la recherche le pilotage de la préparation de l'agenda de recherche-développement tandis que l'ONEMA s'impliquerait dans l'organisation de l'interface entre scientifiques et gestionnaires sur les différents enjeux posés par la réglementation et la gestion de l'eau (la gestion des inondations ; la gestion des pénuries d'eau ; les aspects de gouvernance et les aspects économiques…).

Un lien fort devra être établi entre ce type d'initiative et la plate-forme technologique européenne sur l'eau chargée depuis 2004 de promouvoir la coordination et la collaboration en termes de recherche industrielle et développement technologique dans le domaine de l'eau (WSSTP), de même qu'avec le dispositif d'interface entre science et politique publique qu'anime l'ONEMA avec la Commission européenne pour faciliter la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau.

Sur un plan général, l'engagement de programmes de recherche européens permet de mieux anticiper et de mieux travailler avec les autres pays, dans la mesure où un pays isolé parmi vingt-sept ne peut espérer obtenir une majorité pour faire valoir ses convictions ou faire reconnaître ses difficultés particulières d'application.

Conclusion

Le droit de l'eau évolue avec, d'une part, les progrès de la jurisprudence et, d'autre part, la publication de nouveaux textes législatifs et réglementaires, sous l'influence croissante du droit européen. Cette évolution se fait en interaction forte avec la progression des connaissances scientifiques.

Les différentes politiques sectorielles sont responsables de pressions sur les masses d'eau et doivent intégrer la politique de l'eau dans le sens du développement durable.

Cela implique une intégration entre les disciplines scientifiques à la fois au sein des domaines biotechniques (exemple du bon état) mais également en interface avec les sciences économiques et sociales.

La mise en œuvre du « droit européen de l'eau » nécessite une approche pragmatique « chemin faisant » pour faire évoluer les exigences avec la faisabilité scientifique et technique démontrée. Le recours aux scientifiques et aux experts est ainsi de plus en plus indispensable dans la prévention et l'instruction des contentieux.

Ce « droit européen de l'eau », de plus en plus fondé sur des obligations de résultat, est ainsi un important stimulateur pour la recherche-développement.

La trame verte et la trame bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit

Philippe Billet
Professeur à l'université Jean-Moulin-Lyon III
Président de la Société française pour le droit de l'environnement

Il n'est pas certain que le repas servi au baptême de Jean-François Paul de Gondi, futur cardinal de Retz, aurait été tout à fait le même s'il s'était déroulé aujourd'hui : « *Le jour de ma naissance, on prit un esturgeon monstrueux dans une petite rivière qui passe sur la terre de Montmirail, en Brie*[1]. » Un vague goujon tout au plus. Il y a bien longtemps en effet que la rivière en question, probablement le Petit-Morin[2], n'accueille plus de poissons amphihalins[3] et n'est plus classée qu'en rivière de deuxième catégorie, victime non seulement d'un abaissement de sa qualité, mais également d'aménagements qui barrent la remontée des poissons migrateurs. Le fabuliste, quoique « maître des eaux et des forêts » initié à la gestion des cours d'eau, aurait sans doute troussé quelques vers malicieux sur le menu fretin invité aux agapes nobiliaires, troquant ainsi le merle *ersatz* de la grive contre le petit poisson. Le juriste environnementaliste, pragmatique contemporain, y verra plus certainement une nouvelle illustration de l'affaiblissement de la biodiversité dans les cours d'eau, où les obstacles mécaniques s'opposent à la circulation des espèces aquatiques[4], rivalisant ainsi, dans l'appauvrissement de la biocénose, avec les pollutions en tout genre et faiblesses d'étiage liées aux prélèvements. De fait, la présence d'ouvrages transversaux crée des ruptures dans la continuité du cours d'eau et le ralentissement des vitesses d'écoulement dégrade la qualité du milieu, ce qui a pour effet d'appauvrir la diversité des espèces en favorisant certaines classes d'âge et les espèces adaptées aux eaux moins rapides, voire stagnantes. En outre, la dérivation d'accompagnement de l'ouvrage uniformise le débit résiduel et, en suppri-

1 - Cardinal de Retz, Mémoires (1675-1677), Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1956, p. 1.

2 - Sur cette identification, voir analyse in Revue de Champagne et de Brie, 1885, t. XVIII.

3 - Poissons migrateurs appartenant à des espèces qui se déplacent entre les eaux douces et les eaux salées afin de réaliser leur cycle biologique. L'esturgeon (Acipenser sturio) est désormais une espèce strictement protégée (voir arr. 20 décembre 2004 relatif à la protection de l'espèce Acipenser sturio (esturgeon) : JO, 7 janvier 2005, p. 325, qui interdit notamment « la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier des animaux provenant du territoire national »).

4 - 50 000 ouvrages environ sont implantés dans les cours d'eau métropolitains, avec, pour certains d'entre eux comme la Loire, une densité de 0,1 à 1 ouvrage par kilomètre.

mant les crues et la constitution ou l'alimentation de zones humides, ne permet pas la régénération ou la variété des habitats. La rupture de continuité n'est malheureusement pas propre au milieu aquatique, même si elle y est souvent plus marquée pour des raisons physiques – enserrement de l'eau dans des berges qui en marquent le cours – et physiologiques – dépendance vitale de leur milieu de la plupart des espèces qu'il abrite, qu'elles ne peuvent pas quitter même le temps du franchissement d'un obstacle.

La faune terrestre n'est pas mieux traitée : l'occupation humaine de l'espace induit un jeu de concurrence avec son habitat qu'elle détruit, banalise, fragmente, barre ou compartimente par l'implantation d'obstacles infranchissables ou dangereux. La dynamique des populations animales implique en effet des déplacements et une répartition sur un territoire donné, que ce soit pour dormir, se nourrir, se reproduire, se protéger, assurer leur expansion et les échanges génétiques ou augmenter leur espace vital. Or, les structures qui servent de continuums depuis la zone dite « noyau », où l'animal accomplit une grande partie de son cycle vital, jusqu'à la nouvelle zone, peuvent être affectées par cette occupation humaine. Le tribut payé à la route par certains amphibiens en dépit de l'existence de batrachoducs [5], ou la jurisprudence sur les accidents routiers liés aux collisions avec des grands mammifères dans « *les zones de passage habituel d'animaux sauvages* » [6] illustrent bien les conflits d'occupation de l'espace et les effets de l'interception des continuités écologiques par les ouvrages ou activités humains [7].

Or, ces continuités créent de véritables solidarités entre espaces disjoints, constituent des « *voies ou itinéraires qui facilitent le déplacement d'organismes entre habitats fragmentés* [8] » et doivent, à ce titre, être protégées contre les altérations anthropogéniques, « *eu égard à l'intérêt public qui s'attache au maintien de la biodiversité* [9] ». La nécessité de protection de ces corridors caractérise ce que Marie Bonnin a appelé le « *troisième temps du droit de la conservation de la nature* » : après le temps de la protection des espèces et celui de la protection des

5 - Ou crapauducs, dont les résultats sont jugés « variables, qui ne dépendent pas toujours du soin pris à leur mise en place » (R. Duguet et F. Melki (sous la dir.), Les Amphibiens de France, Belgique et Luxembourg, Biotope, 2003), ou dont la conception peut ne pas toujours être adaptée à une espèce en particulier (D. Lesbarrères, Déplacements et mouvements migratoires des anoures : le problème de l'utilisation des « crapauducs » in Cl. Baudoin (sous la dir.), L'Éthologie appliquée aujourd'hui, vol. II : Gestion des espèces et des habitats, Éditions Ed, 2003).

6 - CAA Nancy, 10 décembre 1992, Consorts Docquois, req. no 91NC00352 ; CE, 4 novembre 1987, Sté des Autoroutes du sud de la France, JCP G 1988, IV, p. 50. CAA Marseille, 24 novembre 2008, Département des Bouches-du-Rhône, req. no 06MA02306. Voir CETE de l'Ouest, étude jurisprudentielle de responsabilités en matière de collisions véhicules-grands mammifères sauvages, rapport d'étude (août 1995), CETE, 1997.

7 - Il serait réducteur de limiter les déplacements et l'emprunt de ces continuités à la grande faune ou aux seuls mammifères. Les insectes, les plantes anémophiles, hydrophiles, ornithophiles et entomophiles (pollinisation par le vent, par l'eau, par les oiseaux et par les insectes) et l'avifaune utilisent également des continuités écologiques qui ne se recouvrent pas nécessairement. Nous retiendrons principalement ici les déplacements de mammifères.

8 - J.A. Hilty et al., Corridor Ecology. The Science and Practise of Linking Landscapes for Biodiversity Conservation, Island Press, 2006, p. 5 (trad. libre).

9 - CAA Lyon, 26 novembre 2009, Communauté d'agglomération du lac du Bourget et de la commune de Chindrieux, req. no 07LY01589.

habitats naturels est venu le temps de la protection des réseaux écologiques [10], résultat d'une évolution marquée par le glissement « naturel » de la protection stricte des zones noyaux vers la protection des zones tampons. Comme l'explique Marie Bonnin, ces réseaux cohérents d'écosystèmes sont constitués de trois types de zones : les zones noyaux, « *qui assurent les conditions environnementales propres à la sauvegarde d'écosystème d'habitats et de populations animales ou végétales importantes* », souvent déjà protégées ; les zones tampons qui visent à protéger les premières « *des processus dommageables liés à la présence d'activités en dehors du réseau* » ; les corridors écologiques, enfin, qui ont « *pour fonction principale de relier entre elles les zones noyaux afin de permettre aux espèces de se disperser et de migrer* » [11]. « *Maillage écologique* », « *réseau écologique* », « *trame écologique* » sont autant de dénominations qui qualifient les interconnexions entre zones noyaux et montrent que la protection doit être globale de façon à assurer sa cohérence. En dépit de leur intérêt, ces continuités écologiques ne reposent pas sur un régime juridique uniforme, en raison des difficultés pour le droit à les appréhender et à aborder l'espace qui les concerne. La protection des continuités écologiques aquatiques, ancienne, est facilitée par la délimitation naturelle (cours d'eau) ou artificielle (canaux) du milieu, même s'il faut parfois compter avec une certaine mobilité du cours d'eau (I). Celle des continuités écologiques terrestres est beaucoup plus récente et plus modeste aussi, compte tenu de contrariés certaines avec les activités humaines et d'une inadaptation récurrente du droit (II). Les futures « trame verte et trame bleue », issues des réflexions initiées dans le cadre du Grenelle de l'environnement, devraient permettre d'harmoniser la protection de ces continuités et d'organiser leur articulation avec d'autres documents de planification, afin de les pérenniser et de leur donner une réelle efficacité. En l'état des discussions, cependant, le mécanisme proposé n'échappe pas à la critique (III).

I. La protection des continuités écologiques aquatiques

La nécessité de maintenir ou de rétablir les perméabilités écologiques est apparue assez tôt, d'abord pour des raisons halieutiques, afin de garantir la circulation des poissons et leur reproduction en vue de la pêche. La loi du 31 mai 1865 relative à la pêche, après d'âpres discussions sur le point de savoir si cette obligation devait être imposée à tous les usiniers ou seulement à ceux implantés sur les cours d'eau domaniaux [12], a ainsi prévu que des décrets en Conseil d'État déterminent « *les parties des fleuves, rivières, canaux et cours d'eau dans les barrages desquels il pourra être établi, après enquête, un passage appelé*

10 - M. Bonnin, Les corridors écologiques. Vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?, L'Harmattan, coll. « Droit du patrimoine culturel et naturel », 2008, p. 13-19. Nous n'envisagerons dans cette brève étude que le droit français et communautaire, renvoyant à cet ouvrage pour les aspects internationaux et de droit comparé.

11 - Op. cit., p. 18-19.

12 - D. 1865, p. 205 s.

échelle, destiné à assurer la libre circulation du poisson[13] ». Une circulaire du 12 août 1865[14], confirmée en cela par une circulaire du 22 mars 1902, a justifié l'indifférence de cette procédure de *classement* au caractère domanial ou non domanial du cours d'eau en question et, surtout, à la présence préalable ou non de barrage, permettant ainsi d'anticiper la présence future d'un tel ouvrage[15]. Nonobstant quelques ajustements, l'évolution de ce régime a permis de distinguer un dispositif général, aux termes duquel : « *Tout ouvrage à construire dans le lit d'un cours d'eau doit comporter des dispositifs maintenant dans ce lit un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces qui peuplent les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, des dispositifs empêchant la pénétration du poisson dans les canaux d'amenée et de fuite*[16] », et un régime spécifique aux cours d'eau dits « réservés », aux termes duquel : « *Dans les cours d'eau ou parties de cours d'eau et canaux dont la liste est fixée par décret, après avis des conseils généraux rendus dans un délai de six mois, tout ouvrage doit comporter des dispositifs assurant la circulation des poissons migrateurs. L'exploitant de l'ouvrage est tenu d'assurer le fonctionnement et l'entretien de ces dispositifs* », outre l'obligation de mettre les ouvrages existants en conformité, dans un délai de cinq ans à compter de la publication d'une liste d'espèces migratrices par bassin ou sous-bassin[17]. Le tout sans indemnité.

Ce régime a perduré jusqu'à sa réforme par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 (LEMA)[18], sous la pression du droit communautaire et plus particulièrement de la directive-cadre sur l'eau n° 2000/60 du 23 octobre 2000[19]. De prime lecture, la directive n'impose pas le maintien ou le rétablissement des continuités écologiques dans les cours d'eau, mais tend à établir « *un cadre pour la protection des eaux intérieures de surface, des eaux de transition, des eaux côtières et des eaux souterraines* [qui] *prévienne toute dégradation supplémentaire, préserve et améliore l'état des écosystèmes aquatiques* ». S'agissant de l'état écologique des cours d'eau, elle pose en revanche des exigences précises. Ainsi, au titre des « *éléments de qualité biologique* », le « *très bon état* » se caractérise, s'agissant de l'ichtyofaune, par « *la composition et l'abondance des espèces* » qui correspondent totalement ou presque totalement

13 - Décret impérial du 25 janvier 1868 qui désigne les parties des fleuves, rivières et canaux réservées pour la reproduction du poisson dans les départements de Seine-et-Marne, de Seine-et-Oise, de la Seine, de l'Eure et de la Seine-Inférieure : Bull. Lois 1868, no 1568, p. 134 s. Pour une analyse de ces textes, voir M. Thibault, La Gestion des populations de truites communes en France analysée dans une perspective historique, in J.-L. Baglinière et G. Maisse (sous la dir.), La Truite. Biologie et écologie, INRA, 1991, p. 239 s.

14 - Recueil Potiquet, 1re série (1330-1880), t. III, p. 125.

15 - Sur cette question, voir M. Raux, Le Régime administratif et juridique de la pêche fluviale, Charles Amat, 1909, p. 175-176.

16 - Code de l'environnement, art. L. 432-5 ancien.

17 - Code de l'environnement, art. L. 432-6 ancien. Pour son application, voir CE, 17 mars 2010, req. no 314991.

18 - Loi no 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques : JO, 31 décembre 2006, p. 20285 et rectif., JO, 20 janvier 2007, p. 1201.

19 - Directive no 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau : JOCE, no L. 327 du 22 décembre 2000, p. 1.

« *aux conditions non perturbées* » alors que le « *très bon état* » des « *éléments de qualité hydromorphologique* » comprend une rubrique « *Continuité de la rivière* », caractérisée par celle qui « *n'est pas perturbée par des activités anthropogéniques et permet une migration non perturbée des organismes aquatiques et le transport de sédiments* »[20]. Ces exigences ont été transposées par la LEMA, qui a transféré dans le régime de l'eau les exigences de continuité qui marquaient antérieurement le régime de la pêche, formalisant ainsi une protection détachée des préoccupations halieutiques[21] pour désormais caractériser le bon état écologique de l'eau. Deux catégories de classements ont ainsi été instituées : d'une part, au titre de l'article L. 214-17 (1°) du code de l'environnement, l'autorité administrative doit établir une liste des cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux parmi ceux qui sont en très bon état écologique ou identifiés par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux comme jouant le rôle de réservoirs biologiques nécessaires au maintien ou à l'atteinte du bon état écologique des cours d'eau d'un bassin-versant ou dans lesquels une protection complète des poissons migrateurs vivant alternativement en eau douce et en eau salée est nécessaire, « *sur lesquels aucune autorisation ou concession ne peut être accordée pour la construction de nouveaux ouvrages s'ils constituent un obstacle à la continuité écologique* » et où le renouvellement de la concession ou de l'autorisation des ouvrages existants régulièrement installés est subordonné « *à des prescriptions permettant de maintenir le très bon état écologique des eaux, de maintenir ou d'atteindre le bon état écologique des cours d'eau d'un bassin-versant ou d'assurer la protection des poissons* [amphihalins] ». « *Parmi ceux qui* » : l'expression est significative d'une approche minimaliste de la continuité, permettant ainsi des choix, sans doute soumis à censure juridictionnelle en cas d'erreur manifeste d'appréciation, mais choix tout de même, plutôt que contrainte justifiée pour des raisons écologiques[22]. Cette réserve est cependant atténuée par une extension de la protection aux réservoirs biologiques nécessaires au maintien ou à l'obtention du bon état écologique. D'autre part, au titre de l'article L. 214-17 (2°) du code de l'environnement, l'autorité administrative est tenue d'établir une liste de cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux dans lesquels « *il est nécessaire d'assurer le transport suffisant des sédiments et la circulation des poissons migrateurs* » qu'ils soient ou non amphihalins, obligeant ainsi à l'équipement ou à la

20 - Directive no 2000/60/CE, précitée, annexe V, § 1.2.1., « Définitions normatives des états écologiques "très bon", "bon" et "moyen" en ce qui concerne les rivières ».

21 - Comme le relève Roger Cans, après avoir rappelé les divers plans « saumon » de 1975, « grands migrateurs » de 1980 et « de restauration de l'esturgeon » de 1981 : « Si on consacre autant d'argent à la remontée des poissons, ce n'est pas seulement pour maintenir la diversité biologique du milieu. Rien que dans l'estuaire de la Gironde, la pêche professionnelle représente un chiffre d'affaires de 40 millions de francs. Or, elle ne pourra se maintenir que si les migrateurs continuent à se présenter chaque saison à l'entrée des fleuves » (Petite Histoire du mouvement écolo en France, Delachaux et Niestlé, 2006, p. 196).

22 - « Le classement de cours d'eau doit être centré sur les priorités du SDAGE, puisqu'il est un outil de mise en œuvre de la [directive-cadre sur l'eau] dont les objectifs, notamment, sont déclinés dans les SDAGE, en évitant de vouloir classer tous les cours d'eau, ce qui serait contre-productif » (circulaire du 17 septembre 2009 relative à l'organisation de la procédure de révision des classements de cours d'eau complétant les circulaires du 6 février 2008 et du 15 septembre 2008, annexe I, § 1 : BO MEEDDM no 2009/18 du 10 octobre 2009, p. 231). Cette concession faite aux cours d'eau ignore par ailleurs la réalité du milieu aquatique, délaissant ainsi les zones humides.

gestion des ouvrages existants, qui doivent être mis en conformité dans un délai de cinq ans après la publication de l'arrêté de classement et selon les prescriptions établies par l'autorité administrative.

La gestion, l'entretien et l'équipement des ouvrages relèvent de règles établies de façon partenariale, l'autorité administrative devant les définir en concertation avec le propriétaire ou l'exploitant, selon les cas, ce qui peut traduire un affaiblissement de la protection au regard d'une norme « purement » unilatérale. Le principe de participation n'a en effet pas toujours les vertus qu'on veut bien lui prêter, dès lors que « *la négociation du droit […] conduit nécessairement au plus petit dénominateur commun, d'autant plus petit que le partenaire de l'État est plus grand* [23] ».

Au-delà de ces questions formelles, certains indices conduisent à s'interroger sur la pertinence de ces régimes au regard du maintien ou du rétablissement de la continuité. Ainsi, le principe selon lequel ces obligations imposées à l'exploitant de l'ouvrage « *n'ouvrent droit à indemnité que si elles font peser sur le propriétaire ou l'exploitant de l'ouvrage une charge spéciale et exorbitante* [24] » peut justifier une prudente réserve de l'autorité administrative quant au classement, compte tenu de la charge financière que cela induirait au regard de l'intérêt de la protection de la faune piscicole : « *Certains obstacles peuvent, après diagnostic, s'avérer très difficilement franchissables à court terme. Pour ces ouvrages, les possibilités d'aménagement ou d'effacement peuvent en effet être techniquement irréalisables et/ou financièrement inacceptables* [25]. » Et de préconiser, à titre de compensation, « *d'étudier l'intérêt d'un classement du cours d'eau, à l'amont de cet obstacle et en excluant celui-ci, puisque le classement en liste 2 concerne tous les migrateurs et non pas exclusivement les amphihalins* », autorisant ainsi une interception de la continuité physique, sous réserve cependant que cette « enclave » aquatique prenne en compte la complétude du cycle biologique d'une espèce. Il faut, enfin et surtout, tenir compte du fait que les deux catégories de listes doivent être établies « *après étude de l'impact des classements sur les différents usages de l'eau visés à l'article L. 211-1* [du code de l'environnement] [26] », soit le risque de devoir arbitrer entre intérêts contradictoires. Ce risque est d'autant plus évident que l'administration est invitée à « *prendre en compte l'évaluation du potentiel hydroélectrique et le bilan énergétique en évaluant les conséquences au regard des objectifs nationaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de développement des énergies*

23 - J. Untermaier, « Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan », Revue du CEDRE, PUF, 1981, p. 101.

24 - Code de l'environnement, art. L. 214-17, III.

25 - Circulaire du 17 septembre 2009, précitée.

26 - Code de l'environnement, art. L. 214-17, II.

renouvelables (art. 2-1 de la loi du 16 octobre 1919 [27]*)* » et que : « *Le rapport d'évaluation environnemental et le potentiel hydroélectrique des SDAGE peuvent servir de modèle méthodologique pour l'élaboration des études de l'impact* [28]. » Soit le risque de sacrifier la circulation du poisson à celle de l'eau nécessaire au turbinage. Sans doute tout ouvrage doit-il comporter « *des dispositifs maintenant dans ce lit un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, des dispositifs empêchant la pénétration du poisson dans les canaux d'amenée et de fuite* [29] », mais cette obligation ne concerne que les ouvrages « *à construire* ». Les classements existants, que ce soit au titre du régime antérieur ou de la nouvelle réglementation, doivent constituer « *le socle de la trame bleue* [30] », laissant ainsi subsister un temps au moins les inconvénients que l'on a pu relever [31]. Ce qui laisse également sans résolution la question de l'étude d'incidence qui doit accompagner les autorisations au titre de la réglementation sur l'eau et les milieux aquatiques, qui a curieusement occulté les écosystèmes pour ne retenir que le biotope, envisagé comme un simple milieu sans la moindre référence à la biocénose : l'étude doit en effet indiquer « *les incidences directes et indirectes, temporaires et permanentes, du projet sur la ressource en eau, le milieu aquatique, l'écoulement, le niveau et la qualité des eaux, y compris de ruissellement, en fonction des procédés mis en œuvre, des modalités d'exécution des travaux ou de l'activité, du fonctionnement des ouvrages ou installations, de la nature, de l'origine et du volume des eaux utilisées ou affectées et compte tenu des variations saisonnières et climatiques* [32] ». Le jeu d'interrelations que suppose l'écosystème n'est pas mentionné, pas plus que ne l'est la diversité biologique du milieu considéré. La biocénose est tenue hors du jeu de l'étude au profit du seul biotope. Vainement pourrait-on se référer à l'étude d'impact qui peut être jointe en complément du dossier lorsque le projet impose une telle étude, dès lors qu'elle n'intègre pas non plus cette préoccupation. Le seul tempérament à cette critique reste l'hypothèse d'un projet qui serait de nature à affecter de façon notable

27 - « Les actes administratifs relatifs à la gestion de la ressource en eau, pris en application du premier alinéa de l'article 1er ou du cinquième alinéa de l'article 2 de la présente loi, du III de l'article L. 212-1 et du premier alinéa de l'article L. 212-3 du code de l'environnement, sont précédés d'un bilan énergétique en évaluant les conséquences au regard des objectifs nationaux de réduction des émissions de gaz contribuant au renforcement de l'effet de serre et de développement de la production d'électricité d'origine renouvelable » (loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (JO, 18 octobre 1919, p. 11523), dans sa version issue de la loi no 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 45 (JO, 14 juillet 2005, p. 11570)).

28 - Circulaire du 17 septembre 2009, précitée, annexe III.

29 - Code de l'environnement, art. L. 214-18, I.

30 - Circulaire du 17 septembre 2009, précitée.

31 - Outre le fait que seuls les poissons sont concernés. La nomenclature « eau » est plus ouverte cependant, qui définit la continuité écologique des cours d'eau comme « la libre circulation des espèces biologiques et par le bon déroulement du transport naturel des sédiments » (code de l'environnement, art. R. 214-1, annexe, rubr. 3.1.1.0.). Cette protection néglige cependant les bandes végétalisées (ou enherbées) le long des cours d'eau, qui concourent à la fois à l'établissement d'un corridor terrestre et à la protection de la qualité du milieu aquatique en retenant ou ralentissant certains polluants.

32 - Code de l'environnement, art. R. 214-6.

un site Natura 2000, puisque l'étude doit évaluer ses incidences au regard des objectifs de conservation du site.

Quels qu'en soient les défauts et insuffisances, la protection des continuités aquatiques n'en existe pas moins cependant, renforcée pour certaines espèces par le droit communautaire [33], et devrait être consolidée par le plan d'action pour la restauration de la continuité écologique des cours d'eau [34]. Les continuités écologiques terrestres connaissent en revanche un sort beaucoup moins enviable, ignorées ou presque du droit, sans réelle protection spécifique, à quelques exceptions près.

II. La protection des continuités écologiques terrestres

La protection des continuités terrestres est plus problématique que celle des continuités aquatiques en raison des difficultés que rencontre le droit à maîtriser un phénomène dynamique et à dépasser la technique habituellement employée du zonage, statique s'il en est. De fait, le droit semble manifester une certaine détestation pour ce qui bouge, lointaine réminiscence de l'adage : « *Res mobilis, res vilis* » cher aux peuples sédentaires, qui n'ont de considération que pour ce qui est immobilisé, parce que rattaché à un espace approprié dont les limites font l'objet d'une reconnaissance juridique. Les lapins des garennes, les pigeons des colombiers et les poissons de divers eaux et plans d'eau ont beaucoup donné de ce point de vue. Rousseau n'est sans doute pas pour rien dans la perpétuation de la limite, l'isolat fondateur, à le suivre, de la société civile [35], complexe de l'éternel errant qu'il fut. La limite immobilise donc, le droit s'étant emparé du territoire en insérant l'espace dans des frontières, en manifestant son emprise sous la forme de partitions, de répartitions et de prescriptions [36]. Si la territorialisation apparaît comme une technique de découpage de l'espace sur un fondement utilitariste, le territoire qui en résulte est fonctionnel : l'espace ainsi déterminé devient le support d'un ensemble de mesures destinées à satisfaire les objectifs de cette individualisation. Le territoire est donc relatif, réduit

33 - Voir Règlement no 1100/2007 du Conseil du 18 septembre 2007 instituant des mesures de reconstitution du stock d'anguilles européennes (JOUE no 248 du 22 septembre 2007, p. 17) qui impose aux États membres la mise en place d'un plan de gestion de l'anguille qui comprend notamment « les mesures structurelles visant à permettre le franchissement des rivières et à améliorer les habitats dans les cours d'eau, conjointement avec d'autres mesures de protection de l'environnement » (art. 2, 8o).

34 - Circulaire du 25 janvier 2010 relative à la mise en œuvre par l'État et ses établissements publics d'un plan d'action pour la restauration de la continuité écologique des cours d'eau : BO MEEDDM no 2010/3 du 25 février 2010, p. 41.

35 - « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile », J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes* (1755), in Œuvres complètes, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, t. III, p. 164.

36 - G. Darcy, Variations sur le concept de territoire, in Mélanges Moreau, Economica, 2003, p. 71 et s.

à une surface affectée à une finalité particulière. Le droit des espaces protégés n'échappe pas à cette règle, marqué qu'il est par l'enracinement historique de la norme dans le territoire. La protection suppose une nécessaire territorialisation de la norme applicable, dès lors que l'intérêt et la fragilité de l'espace et des espèces qu'il renferme ne sont pas les mêmes partout et que les contraintes varieront d'un endroit à l'autre, en fonction des caractéristiques des biotopes et biocénoses à protéger et des atteintes susceptibles de les affecter. Cette territorialisation est d'autant plus indispensable que les mesures de protection et de prévention des atteintes s'analysent comme des mesures de police, dont la légalité est doublement conditionnée par le territoire : la spécialité territoriale, qui permet d'identifier précisément l'autorité compétente pour agir et l'adaptation territoriale, qui impose que les mesures adoptées soient proportionnées à la situation. Ce qui suppose que les spécificités marquant un espace naturel donné soient préalablement identifiées et géographiquement circonscrites afin de recevoir une traduction juridique et que les limites de ce territoire soient valides : à défaut, l'illégalité de leur établissement, l'erreur manifeste dans l'appréciation de la sensibilité de cet espace emporteront la légalité de toutes les mesures qui l'auront eu – ou pris – comme assiette. Le « *déterminisme spatial* » souligné par Patrick Janin, aux termes duquel : « *Toute règle de droit a un domaine de validité spatiale déterminé* [37] », marque ainsi pleinement ses effets. Dès lors, l'animal qui quitte l'espace protégé perd la protection qui y est attachée, sauf à ce qu'il bénéficie lui-même du statut d'espèce protégée [38], consubstantiel et indifférent au lieu où il se trouve [39]. Et ne retrouve cette protection que lorsqu'il regagne un espace protégé, fragilisé dans l'espace de transition le temps de son emprunt. La protection de l'espèce animale n'a pas la vertu de préserver l'espace qu'elle traverse ni de lui conférer un statut particulier qui permettrait de régir les activités et autres occupations des sols dont il constitue le support.

On chercherait en vain dans la réglementation des dispositions pertinentes pour protéger ces continuités. Contre toute attente, la directive habitats qui constitue pourtant le dispositif phare de l'Union européenne en matière de protection de la biodiversité avec la mise en place du « réseau écologique européen cohérent » « Natura 2000 » n'impose pas spécialement aux États d'identifier et de protéger les corridors écologiques, leur laissant toute latitude sur ce point : « *Là où ils l'estiment nécessaire, dans le cadre de leurs politiques d'aménagement du territoire et de développement et notamment en vue d'améliorer la cohérence écologique du réseau Natura 2000, les États membres s'efforcent d'encourager la gestion d'éléments du paysage qui revêtent une importance majeure pour la faune et la flore sauvages. Ces éléments sont ceux qui, de par leur structure linéaire et continue (tels que les rivières avec leurs berges ou les systèmes traditionnels de délimitation des champs) ou leur rôle de relais (tels que les étangs ou les petits bois), sont essentiels à la migration, à la distribution géographique*

37 - P. Janin, L'Espace en droit public interne, thèse (dactyl.), Lyon-II, 1996, p. 7.

38 - Code de l'environnement, art. L. 411-1 et s. et R. 411-1 et s.

39 - A tout le moins dans le champ géographique retenu. Voir CE, 13 juillet 2006, Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers et sylviculteurs, AJDA, 2006, p. 1792, concl. Yann Aguila ; Envir., octobre 2006, comm. no 97, obs. P. Trouilly ; RD. rur. 2006, no 355, obs. Ph. Billet.

et à l'échange génétique d'espèces sauvages[40]. » La notion de « réseaux » n'a pas le sens qu'on attendrait toutefois, qui supposerait des liens obligés[41] : les zones spéciales de conservation et les zones de protection spéciale sont appréhendées de manière autonome dans l'espace, sans lien particulier entre elles, dès lors qu'elles reposent sur des sites, « *aire géographiquement définie, dont la surface est clairement délimitée* ». Seuls les paysages sont reconnus, en des termes elliptiques, comme susceptibles de jouer un rôle de jonction, sans contrainte particulière cependant : « *Là où ils l'estiment nécessaire, les États membres s'efforcent d'améliorer la cohérence écologique de Natura 2000 par le maintien et, le cas échéant, le développement des éléments du paysage, mentionnés à l'article 10, qui revêtent une importance majeure pour la faune et la flore sauvages*[42]. » Cependant, dans le cadre du « *Plan d'action en faveur de la diversité biologique dans les domaines de la protection des ressources naturelles* » du 27 mars 2001, la Commission européenne a envisagé le réexamen des « *besoins actuels et futurs en termes de connectivité écologique entre les sites Natura 2000 ainsi que les moyens d'y répondre* » et prévu de « *renforcer la connectivité écologique entre les sites Natura 2000 afin qu'elle soit intégralement assurée sur et entre les territoires des États membres en passant en revue les nécessaires liens écologiques entre les sites et leur rapport avec d'autres types d'utilisation des sols* ». Selon elle, la connectivité entre sites « *doit être considérée comme un critère clé pour l'évaluation, lors des séminaires biogéographiques, des sites proposés pour des espèces migratoires ou des espèces à large aire de répartition*[43] ». Si ces préoccupations ont été intégrées dans le 6e programme d'action pour l'environnement 2002-2012[44] et confortées par les observations de la Commission sur la biodiversité[45], elles n'ont cependant pas été traduites formellement, n'imposant ainsi pas de contrainte particulière aux États.

Il faut sans doute y voir une des raisons de l'indifférence du droit français aux corridors écologiques, mais certainement pas la seule, tant ils sont mal maîtrisés dans leur existence comme dans leur configuration juridiques. Le droit interne se caractérise en effet par une série d'occasions manquées, à commencer par le régime des parcs nationaux qui, dès 1960, instaurait les zones périphériques autour des zones centrales des parcs en vue notamment de rendre plus efficace

40 - Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, art. 10, JOCE no L. 206 du 22 juillet 1992, p. 7.

41 - Pour une approche critique, voir F. Cruchaudet, Les réseaux et la protection juridique de l'environnement, thèse, Lyon-III, 2001.

42 - Directive 92/43/CEE, précitée, art. 3 § 3.

43 - COM (2001) 162 final, § 28. Ce principe a été étendu aux plans de gestion des bassins hydrographiques, qui doivent intégrer « les préoccupations liées à la diversité biologique », notamment « en établissant une chaîne d'écosystèmes aquatiques dont la fonction écosystémique a été rétablie ou améliorée, et qui peuvent fonctionner comme un corridor écologique aquatique » (§ 40).

44 - Déc. no 1600/2002/CE du 22 juillet 2002 : JOCE no L. 242, 10 septembre 2002, p. 1.

45 - « Une grande partie de la biodiversité se situe en dehors de ces sites. Des mesures concernant l'environnement en dehors des zones Natura 2000 sont prévues par les politiques environnementales (par exemples, des mesures en faveur des espèces menacées et en faveur de la connectivité du réseau Natura 2000) » (Communication de la Commission du 22 mai 2006, Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà. Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain, p. 7 : COM (2006) 216 final).

la protection de la nature dans le parc [46], mais cette dernière considération a été occultée dans l'application réglementaire du dispositif, comme n'a connu aucune application en ce sens le régime des périmètres de protection des réserves naturelles, à l'intérieur desquels il est possible « *de soumettre à un régime particulier ou interdire toute action susceptible d'altérer le caractère ou de porter atteinte à la réserve* [47] ». De la même façon, le régime des arrêtés préfectoraux de protection des biotopes qui permet notamment la conservation des formations naturelles peu exploitées par l'homme, dans la mesure où elles sont nécessaires à la reproduction ou à la survie de ces espèces protégées [48], n'a pas été conçu pour les lieux de transition et délaisse les espèces dites « banales ». Rien ne semble cependant interdire son utilisation à des fins de protection des continuités écologiques empruntées par des espèces protégées. Le droit de l'urbanisme, quant à lui, a toujours négligé cette question en dépit de ses potentialités : la zone naturelle « ND » du plan d'occupation des sols, à protéger en raison de la qualité des milieux naturels et des paysages et de leur intérêt notamment du point de vue écologique [49] comme la zone naturelle et forestière « N » du plan local d'urbanisme, qui répond pour partie aux mêmes critères [50], n'ont jamais été mobilisées afin de protéger les continuités écologiques. Le droit de l'urbanisme rencontre cependant vite ses limites, dès lors qu'il ne peut régir que les occupations du sol visées par le code de l'urbanisme : un classement en zone naturelle ne permet pas, par exemple, d'interdire que la zone soit mise en culture.

On peut naturellement songer à d'autres dispositifs susceptibles d'identifier et de préserver les continuités écologiques, à l'instar de l'étude d'impact, qui vise de façon générique « *les conséquences dommageables pour l'environnement* » et « *les effets directs et indirects, temporaires et permanents […] en particulier sur […] la faune, la flore, […] les milieux naturels et les équilibres biologiques* ». La référence à la biocénose ne rend cependant pas spécifiquement compte des effets du projet sur les continuités écologiques et, moins encore, sur la diversité biologique qui peut en être affectée. Le recensement préalable des espèces et l'analyse des incidences du projet, même indirectes, sont en pratique limités à des individualités (il existe telle ou telle espèce, qui vit dans tel ou tel milieu, l'absence de sa recension étant sanctionnée) sans véritable analyse de l'impact sur la diversité biologique de la disparition ou de la diminution de telle ou telle espèce du fait de la réalisation du projet, faute d'avoir, par exemple, analysé les inféodations liées aux chaînes alimentaires. Ainsi, alors même que l'atteinte portée à une espèce aura des incidences sur d'autres qui en dépendent ou qui lui sont liées (soit qu'elle les régule, soit qu'elle les favorise par sa présence), cette atteinte ne sera pas envisagée dans l'étude d'impact, faute d'avoir été expressément imposée. Ce caractère indirect des effets du projet est donc largement ignoré. De leur côté, les espaces naturels sensibles des départements, en dépit de leur ouverture au public, les zones de rétention des eaux de crue ou de ruissellement et les zones de mobilité du lit mineur d'un cours d'eau dans le cadre du dispositif

46 - Code de l'environnement, art. L. 331-15 ancien.

47 - Code de l'environnement, art. L. 332-17.

48 - Code de l'environnement, art. R. 411-15.

49 - Code de l'environnement, art. R. 123-18 ancien.

50 - Code de l'environnement, art. R. 123-8.

« Bachelot » de lutte contre les inondations[51] peuvent servir d'expédients, mais n'ont pas été conçus à cette fin. S'ils sont empruntés par la faune, c'est parce que la zone s'y prête en raison de son affectation à une autre fin.

La seule concession juridique aux continuums écologiques vient du nouveau régime des parcs nationaux issus de la loi du 14 avril 2006, qui prévoit que l'aire d'adhésion d'un parc comprend « *tout ou partie du territoire des communes qui, ayant vocation à faire partie du parc national en raison notamment de leur continuité géographique ou de leur solidarité écologique avec le cœur, ont décidé d'adhérer à la charte du parc national et de concourir volontairement à cette protection* ». En outre, la charte du parc national doit définir un projet de territoire « *traduisant la solidarité écologique entre le cœur du parc et ses espaces environnants* »[52]. Ce dernier correctif permet d'éviter que les solidarités écologiques ne constituent qu'un fondement procédural à l'adhésion, la charte devant prendre en compte les interdépendances écologiques dans le cadre de son volet « *comportant des objectifs ou orientations et des mesures déterminées à partir de ses particularités territoriales, écologiques, économiques, sociales ou culturelles* ». Si l'on peut effectivement transposer la jurisprudence *Commune de Manzat* sur la valeur réglementaire de la charte des parcs naturels régionaux à celle des parcs nationaux et assujettir ainsi – et notamment – les dispositions d'un document d'urbanisme[53], les dispositions de la charte d'un parc national sur les solidarités écologiques devraient trouver une certaine efficience. Son champ géographique reste cependant restreint et en limite l'intérêt, même si elle peut constituer un exemple de ce vers quoi il faudrait tendre, anticipation des futures trame verte et trame bleue, ou en tout cas élément à intégrer dans son champ d'application.

III. La protection des continuités dans le cadre des futures trames verte et bleue

Les discussions engagées dans le cadre du Grenelle de l'environnement ont dégagé un consensus en faveur de la mise en place d'une trame verte et d'une trame bleue, impliquant de raisonner non plus en fonction des espèces et des habitats remarquables, mais « *en termes de maillage et de fonctionnalité des écosystèmes à une très large échelle spatiale, intégrant d'une part la mobilité des espèces et dans une moindre mesure des écosystèmes, mais aussi la biodiversité ordinaire* ». Prudemment, l'engagement n° 73 du Grenelle n'a pas retenu une opposition formelle entre corridors écologiques et occupation humaine, mais a préféré raisonner de manière intégrée, concevant cette trame comme un « *outil*

51 - Code de l'environnement, art. L. 211-12.

52 - Loi no 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux : JO, 5 avril 2006, p. 5682 ; code de l'environnement, art. L. 331-1 et L. 331-3, I. Voir O. Delanoë (sous la dir.), Application du concept de solidarité écologique dans les parcs nationaux, Parcs nationaux de France, 2009.

53 - CE, 29 avril 2009, Commune de Manzat : Envir., juillet 2009, comm. no 86, obs. M. Sousse ; JCPA, 2009, no 2231, obs. Ph. Billet.

d'aménagement du territoire[54] ». Il a également pris en compte une dimension qui était restée jusque-là ignorée : le changement climatique, qui induit des déplacements d'espèces et leur nécessaire et progressive adaptation, impliquant de leur ménager des voies de migration. Le projet de loi[55] retient cette démarche intégrée, qui assigne aux deux trames (ou « trame verte et bleue », de façon générique) « *d'enrayer la perte de biodiversité en participant à la préservation, à la gestion et à la remise en bon état des milieux nécessaires aux continuités écologiques, tout en prenant en compte les activités humaines, et notamment agricoles, en milieu rural* ». La définition de leurs composantes, assez large, ne nous retiendra pas dans le cadre d'une approche juridique.

Le projet repose sur l'articulation de deux documents-cadres élaborés à deux échelons territoriaux dont l'un inféode l'autre. Établi sur un fondement participatif, mais qui occulte toute idée de débat public au profit d'une simple mise à disposition pour observations, un document-cadre intitulé *Orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques* est élaboré, mis à jour et suivi par l'État. Fondé notamment sur l'inventaire du patrimoine naturel de l'article L. 411-5 du code de l'environnement, il doit comprendre, principalement, une présentation des choix stratégiques de nature à contribuer à la préservation et à la remise en bon état des continuités écologiques ainsi qu'un guide méthodologique identifiant les enjeux nationaux et transfrontaliers relatifs à la préservation et à la remise en bon état des continuités écologiques et comportant un volet relatif à l'élaboration des schémas régionaux de cohérence écologique. Les documents de planification et projets relevant du niveau national, et notamment les grandes infrastructures linéaires de l'État et de ses établissements publics, devront être compatibles avec ces orientations nationales et préciser, sans préjudice de l'application du régime de droit commun des évaluations environnementales (études d'impact, d'incidence…), « *les mesures permettant d'éviter, de réduire et le cas échéant de compenser les atteintes aux continuités écologiques que la mise en œuvre de ces documents de planification et projets, notamment les grandes infrastructures linéaires, sont susceptibles d'entraîner* ». L'évolution rédactionnelle est certaine par rapport au projet de loi initial, qui imposait une « *prise en compte* » aux contours juridiques incertains, désormais délaissée au profit d'une « *compatibilité* », plus affirmée et en tout cas plus en phase avec l'échelle des orientations nationales[56]. Elle abandonne surtout la référence à la seule compensation des atteintes pour impliquer un peu plus l'aménageur dans la définition de mesures d'évitement et de réduction des atteintes, évitant ainsi la solution de facilité consistant à détruire pour autant que l'on compense ailleurs. Le texte n'est cependant pas allé jusqu'à imposer le rétablissement du continuum ainsi intercepté par le projet, sans doute techniquement délicat à mettre en œuvre.

---

54 - Doc. Sénat no 155, 12 janvier 2009, p. 38-39.

55 - Les débats parlementaires n'étant pas achevés au moment de la rédaction de cette contribution, nous retiendrons le projet de loi dans sa version adoptée par le Sénat telle qu'elle a été transmise à l'Assemblée nationale (Doc. AN no 1965, 9 octobre 2009) et partiellement modifiée dans le cadre des discussions de cette dernière en date du 10 février 2010.

56 - Voir J.-Cl. Bonichot, Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle ?, in Fr. Priet (sous la dir.), Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 49 et s.

À l'échelon régional, un document-cadre intitulé *Schéma régional de cohérence écologique* est élaboré, mis à jour et suivi conjointement par la région et l'État en association avec un comité régional « trames verte et bleue » créé dans chaque région et après avis des communes, départements et intercommunalités. L'association du public est plus étroite que pour les orientations nationales, puisque le projet de schéma régional doit être soumis à enquête publique et tenu à la disposition du public une fois adopté par arrêté du préfet de région après délibération préalable du conseil régional. De façon assez ambiguë d'un point de vue terminologique et juridique, ce schéma régional doit « *respecter* » les orientations nationales, ainsi que les « *éléments pertinents* » des schémas directeurs d'aménagement et de gestion de l'eau, qui devraient désormais prévoir les aménagements et dispositions nécessaires à la mise en place de la trame bleue figurant dans les schémas régionaux de cohérence écologique. En revanche, de façon plus classique, il doit être porté à la connaissance des communes ou de leurs groupements compétents en matière d'urbanisme par le préfet, « *dans les conditions prévues par l'article L. 121-2 du code de l'urbanisme* », ce qui est assez réducteur dès lors que cette procédure n'impose pas de contrainte particulière à l'égard des documents existants. Les parlementaires n'ont pas voulu faire de la trame une *sanction*, qui aurait consisté notamment à imposer le respect du schéma dans les trois ou cinq ans de son adoption, par révision ou modification du document d'urbanisme. Ou notamment, en application de l'article L. 123-12 du même code complété sur ce point, permettre au préfet de retarder l'entrée en vigueur de certains plans locaux d'urbanisme en cas d'absence de respect de ce schéma régional. Au *respect* que la jurisprudence devra préciser, le projet associe la « *prise en compte* », rapport d'inféodation qui devrait unir au schéma régional les documents de planification et les projets, notamment d'infrastructures linéaires, de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements. Il faut, à notre sens, se garder de retenir ce rapport au sens de dispositions similaires du projet d'intérêt général de l'article L. 121-2 du code de l'urbanisme, lequel ne supporte pas de variation dans sa prise en compte, alors que le dispositif relatif à la trame verte et bleue prévoit, au bénéfice des documents et projets inféodés au schéma régional, la possibilité de mesures « *permettant d'éviter, de réduire et, le cas échéant, de compenser les atteintes aux continuités écologiques que la mise en œuvre de ces documents de planification, projets ou infrastructures linéaires sont susceptibles d'entraîner* ». Soit une approche quelque peu édulcorée, comme un élément parmi d'autres à intégrer dans les réflexions présidant à l'élaboration du document ou du projet, et auquel il est possible de passer outre au prix de quelques aménagements et compensations. Nonobstant la difficulté qu'il y a à bien cerner ces rapports[57], on regrettera la disparition de la référence faite, au titre de cette prise en compte, au guide méthodologique figurant dans les orientations nationales pour la préservation et la restauration des continuités écologiques, ce renvoi direct à la référence nationale permettant de réduire les altérations subies par ces orientations à l'occasion de leur transcription dans le schéma régional. Le

57 - On relèvera ainsi une ambiguïté rédactionnelle liée à une approche en deux paragraphes distincts, qui ne permet pas de savoir précisément si les documents d'aménagement de l'espace ou d'urbanisme des communes ou intercommunalités doivent être compris au sein des « documents de planification » du paragraphe suivant, lequel autorise les compensations, alors que le paragraphe concernant ces documents d'aménagement de l'espace ou d'urbanisme n'y fait pas allusion, imposant alors une prise en compte plus stricte.

législateur a, en tout cas, été sensible au caractère partenarial de la mise en œuvre du schéma : alors que le projet de loi ne les prévoyait que « *le cas échéant* », les parlementaires ont donné un caractère « privilégié » aux mesures contractuelles qui composent notamment le contenu du schéma régional, aux fins d'assurer « *la préservation et, en tant que de besoin, la remise en bon état*[58] *de la fonctionnalité des continuités écologiques* ».

Les deux documents n'ont pas été conçus pour rester intangibles, puisque, tant à l'échelon national qu'à l'échelon régional, une analyse des « *résultats obtenus du point de vue de la préservation et de la remise en bon état des continuités écologiques par la mise en œuvre du document-cadre* » doit être conduite, ainsi qu'une analyse « *du développement du territoire de chaque région concernée en termes d'activité humaine* », le milieu rural apparaissant à titre de précision dans le cadre des orientations nationales. L'issue de cette analyse est soit la révision, soit le maintien en vigueur du document. On ne peut en tout cas qu'approuver la disparition de la sanction qui marquait le défaut d'analyse des résultats du schéma régional dans un délai fixé par décret en Conseil d'État, qui prévoyait la caducité du schéma et, partant, l'absence de référence régionale pour la protection des continuités écologiques, sans obligation formelle particulière d'adopter de nouveau un tel schéma. Seule la mise en œuvre de ces dispositifs[59] permettra d'en éprouver la pertinence, mais il ne faut sans doute pas compter sur celle-ci avant quelques années, compte tenu de la technicité de la définition du contenu concret de ces orientations et schémas.

Conclusion

La variabilité spatiale de la diversité biologique et des corridors écologiques complique certainement leur traitement juridique, dans la mesure où leurs territoires se superposent à d'autres territoires existants, appropriés ou d'actions administratives, en même temps que la détermination de leurs limites reste sujette à caution. Le territoire, espace fini, reste un espace de concurrence. Son aménagement durable imposerait de renoncer à l'assujettissement « à tout prix » du sol à l'occupation humaine, ce qui nécessiterait d'admettre que la protection peut aussi passer par la concession à certains éléments naturels d'un territoire qui leur est propre, avec leur propre dynamique et d'adapter l'occupation humaine en conséquence. Dès lors, les corridors écologiques induisent un singulier renversement de perspective dans la protection des espèces et la conception du territoire : il ne s'agit désormais plus de composer *le* territoire, mais bien de composer *avec* le territoire qui leur sert de support. Subtile équation.

58 - Terminologie préférée, après un débat presque idéologique, à celle de « restauration », au prétexte qu'il convenait de rester en harmonie avec la terminologie de la directive-cadre sur l'eau, alors que la restauration est plus exigeante qu'une simple « remise en bon état ».

59 - Avec une place particulière réservée au département quant à la maîtrise d'ouvrage ou à l'assistance à maîtrise d'ouvrage pour les travaux contribuant à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques sur les trames d'un schéma régional et la possibilité, dans certains cas, de mobiliser à cet effet le produit de la taxe départementale sur les espaces naturels sensibles.

Existe-t-il un droit de l'eau ?

Yves Jégouzo
Professeur émérite à l'université Paris-I
Ancien conseiller d'État en service extraordinaire

Poser la question de l'existence d'un droit de l'eau n'a pas grand sens si on entend par là s'interroger sur la présence de normes régissant le statut et les usages de l'eau. Dès l'apparition du fait juridique, le caractère vital de la ressource en eau, sa rareté, la valeur économique et politique qu'elle représente ont été à l'origine de nombreuses et importantes règles visant à régir les conflits d'usage dont elle est l'objet. Le droit romain (la loi des XII tables traite de l'eau) et, après lui, l'ancien droit ont édifié en ce domaine de nombreux principes et règles et certaines coutumes restent encore en vigueur pour régir les droits d'usage.

La réponse est tout autre si on entend par droit de l'eau un corps de règles régissant globalement les eaux continentales – la question des eaux maritimes se posant dans des termes différents – et constituant un système juridique traitant de l'eau dans tous ses aspects en prenant en compte les interrelations qui existent au sein de ce milieu physique et de son environnement. Cette approche a été longtemps ignorée.

Au point de départ coexistent en effet des droits de l'eau, liés à ses différents usages (I). La nécessité de s'acheminer vers un droit de l'eau intégrant en un régime unique tant l'ensemble des usages que la prise en compte des différents objectifs d'intérêt général qui s'attachent à l'eau constitue une préoccupation récente. C'est à partir de cette question que l'on peut esquisser quelques réflexions sur la structuration en cours du droit de l'eau autour de deux thèmes devenus majeurs, l'eau patrimoine collectif (II) et l'eau comme objet d'une gestion intégrée (III), la corrélation entre les deux n'étant pas admise par tous.

I. Des droits des eaux à un droit de l'eau

À l'origine, le caractère spécifique de l'eau n'est pas ignoré. Mais les droits attachés aux usages de l'eau sont fragmentés dès le droit romain. Cette fragmentation n'a commencé à être remise en cause que récemment.

A. Un régime de l'eau longtemps caractérisé par sa fragmentation

Dans la classification retenue par le droit romain – elle domine encore l'analyse juridique contemporaine des biens –, l'eau courante est classée parmi les « *res communes* », choses communes à l'universalité des hommes. Il y a là une originalité du régime de l'eau. Toutefois, l'approche juridique dominante qui est retenue se fait à partir des droits qui s'exercent sur l'eau, les fleuves entrant dans la catégorie des « *res publicae* » qu'il appartient à la puissance publique de gérer dans l'intérêt des citoyens, les eaux stagnantes, les sources et les rivières de faible importance et les eaux souterraines pouvant faire l'objet d'une appropriation privée. Il n'existe donc pas un régime de l'eau mais des droits des eaux faisant l'objet de régimes distincts (voir sur ce point, notamment, J.-L. Gazzaniga et J.-P. Ourliac, *Le Droit de l'eau*, Litec et J. Sironneau, « Genèse et évolution du droit de l'eau en France », in *Genèse du droit de l'environnement*, L'Harmattan, 2001, p. 195).

C'est cette analyse qui a modelé le droit de l'eau tel qu'il s'est construit dans l'ancien droit et au cours du XIX^e^ siècle, le code civil ne changeant rien à cela puisque, outre la distinction qu'il opère entre les eaux domaniales et les eaux privées, il est significatif qu'il traite principalement de l'eau au chapitre des servitudes, c'est-à-dire des différents droits qui doivent se superposer sur la ressource en eau et le sol. La loi du 8 avril 1898 dont les promoteurs attendaient qu'elle soit la grande loi générale de l'eau ne fera que reprendre et rigidifier ces différentes catégories en les dotant chacune de régimes juridiques spécifiques et en renforçant d'ailleurs les droits des propriétaires sur les eaux autres que domaniales.

Cette fragmentation du droit de l'eau sera accrue par la structuration qui sera faite de son régime juridique en fonction des différents usages de l'eau. La raison majeure qui justifiera longtemps la distinction principale entre eaux domaniales et eaux privées est qu'en une période où les autres voies de communication ne sont pas sûres la « voie d'eau » est essentielle à l'affirmation du pouvoir royal. C'est la voie d'eau qui est classée dans le domaine de la couronne par l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts, à savoir « *tous les fleuves et rivières portant bateaux de leurs fonds sans artifice et ouvrages de mains* ». Ce critère de la navigabilité sera longtemps déterminant dans la définition du domaine public fluvial.

De la même façon, le régime juridique de l'eau sera par la suite progressivement spécialisé en fonction des usages que l'on entend y favoriser. C'est dans ce mouvement que s'inscrit, par exemple, la loi du 16 octobre 1919 relative à l'énergie hydraulique. La caractéristique du régime de l'eau fut longtemps d'être diversifié selon que l'on considère l'eau voie navigable, l'eau potable destinée à l'alimentation humaine et animale, l'eau source d'énergie, l'eau agricole, l'eau facteur de risque, l'eau des pêcheurs ou celle des baigneurs. Il faut feuilleter une dizaine de codes pour accéder au droit de l'eau, le code rural, le code de la santé publique, le code des communes, le code du domaine sans compter les multiples lois non codifiées. Il ne peut être question alors de parler d'un code de l'eau.

À cette pluralité de régimes a correspondu longtemps – et cela demeure en partie vrai – une gestion administrative très éclatée tant au sein de l'État que dans la sphère publique en général. En faisant même abstraction des services spécialisés, ce sont au moins six administrations de l'État qui exercent leurs compétences sur l'eau : le ministère de la Santé publique surveille la qualité de l'eau ; le ministère de l'Équipement gère la voie navigable et la protection contre les crues ; le ministère de l'Industrie l'hydroélectricité et les prélèvements à usage industriel ; le ministère de l'Agriculture, l'irrigation ; et le ministère de l'Intérieur, le contrôle des services de l'eau et de l'assainissement ; la gestion de ces services incombant aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs concessionnaires dont on peut d'ailleurs souligner au passage qu'ils connaîtront une concentration de type capitalistique (Compagnie générale des eaux, Lyonnaise, etc.) qui assurera, au moins de fait, une certaine unification des normes.

B. L'émergence d'une conception globale du droit de l'eau

Depuis plus d'un demi-siècle, c'est cette conception fragmentée du droit de l'eau, déjà discutée lors de l'élaboration de la loi du 8 avril 1898, qui est remise en cause.

La croissance de la consommation d'eau liée à l'urbanisation, à la modernisation de l'agriculture, aux progrès de l'irrigation et à la multiplication des utilisations industrielles de l'eau a conduit à la prise de conscience de la rareté de la ressource en eau et à la nécessité d'en gérer rationnellement l'usage.

Parallèlement, la dégradation croissante des eaux courantes et l'apparition de nouvelles formes de pollution diffuses touchant notamment les eaux souterraines ont fait de la qualité de l'eau une préoccupation devenue prioritaire tant à l'échelon national qu'international.

Enfin, l'émergence de l'écologie tant comme science qu'idéologie ou aspiration des sociétés postindustrielles a transformé la conception que l'on s'était faite de l'eau pendant des siècles. L'eau est maintenant analysée autant comme milieu physique que comme ressource : le titre du code de l'environnement qui en traite est d'ailleurs intitulé de manière significative « Eau et milieux aquatiques ». Surtout, l'interrelation qui existe entre l'eau, les autres milieux physiques, les espèces et l'évolution des territoires, qui est scientifiquement de mieux en mieux connue, conduit à globaliser l'approche juridique de l'eau par la recherche d'une synthèse qui prenne en compte les équilibres qui doivent être opérés entre ses différents usages, entre l'utilisation de la ressource et la préservation de sa qualité, entre le milieu aquatique et l'unité géographique que constitue le bassin hydrographique.

En France, le chantier de cette globalisation sera entrepris par la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux qui, si elle reste en retrait sur la question du statut juridique de l'eau, s'est montrée, par contre, très innovante en posant le principe d'une gestion de l'eau par bassin et en posant les premières fondations d'une administration de l'eau qui est un des instruments de base de la gestion dite « intégrée » de l'eau.

La loi nº 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau a constitué la seconde étape de cette unification du droit de l'eau à partir de quelques grands principes. Le premier est le principe de l'unité de la ressource en eau qui consiste à appréhender l'eau dans l'ensemble de son cycle sans tenir compte ni des distinctions physiques et géologiques, ni des différents régimes juridiques qui les rigidifient (J. Sironneau, « La nouvelle loi sur l'eau ou la recherche d'une gestion équilibrée », *RJE*, 1992, p. 137). À ce principe de base s'en ajoutent trois autres, le principe de la patrimonialisation de l'eau, l'affirmation du caractère d'intérêt général de la préservation de l'eau tant en quantité qu'en qualité et, enfin, le principe de la « gestion équilibrée de la ressource en eau » (code de l'environnement, art. L. 211-1).

La dernière étape de cette construction d'un droit de l'eau globalisé et largement unifié sera communautaire. Le droit communautaire, dans un premier temps, n'avait abordé la question de l'eau que de manière très sectorielle avec deux séries de directives, les directives « d'usage » définissant les usages possibles des différentes catégories d'eaux selon leur qualité et les directives dites « rejet » qui visaient à réglementer par types de substances ou d'activités les rejets dans le milieu aquatique. L'objectif visait alors essentiellement à harmoniser les contraintes pesant sur les acteurs économiques intervenant dans l'espace européen. L'approche communautaire va changer totalement à partir du moment où les institutions européennes vont acquérir des compétences dans le domaine de l'environnement : la directive nº 2000/60 du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau définit de nouveaux principes de gestion de la qualité de la ressource par bassin, d'information du public et de récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau. Elle détermine l'objectif de parvenir en quinze ans au « bon état des eaux ». Il faudra trois lois pour transposer cette directive en droit français, la loi nº 2003-699 du 30 juillet 2003 visant à prévenir les risques liés aux inondations, la loi nº 2004-338 du 21 avril 2004 et, enfin, la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques

À ce stade, peut-on prétendre qu'il existe désormais en France – mais aussi en Europe – un droit de l'eau intégrant en un régime unique l'ensemble des usages de cette ressource et la prise en compte des différents objectifs d'intérêt général qui s'attachent à elle ? En réalité, c'est autour de deux notions que le droit de l'eau s'est restructuré : l'eau comme patrimoine collectif et comme objet d'une gestion intégrée.

II. L'unification du droit de l'eau autour de la notion de patrimoine

La loi du 7 janvier 1983 affirmant que « *le territoire français* » faisait partie du patrimoine commun renfermait implicitement le principe de la patrimonialisation de l'eau. La loi de 1992 va plus loin en disposant que l'eau, en tant que telle, distincte du territoire qui la supporte ou qui la contient, « *fait partie du patrimoine commun de la nation* » (code de l'environnement, art. L. 210). Cette déclaration de principe ne résout toutefois pas totalement le problème dans la mesure où le recours à la notion de patrimoine commun de la nation laisse pendante la question du statut juridique de l'eau et, notamment, celle de savoir s'il faut que l'eau soit propriété publique.

A. La tendance à l'appropriation publique de l'eau

A priori, l'appropriation publique – et, plus précisément encore, le classement de l'ensemble des eaux dans le domaine public – semble la voie la plus évidente pour à la fois unifier le régime de l'eau et créer les conditions d'une gestion intégrée qui permette de concilier les divers usages et intérêts en présence.

C'est cette conception qui faillit l'emporter lors des débats de la loi de 1964. Elle fut défendue, notamment, par le sénateur Marcilhacy, président de la commission spéciale chargée de l'examen de la loi. Elle revient à considérer que la globalisation nécessaire de la gestion de l'eau doit passer par l'unification de son statut autour de la domanialité publique. Si le législateur s'y est refusé, il a néanmoins ouvert à cette occasion la voie à une domanialisation accrue des eaux en faisant évoluer les critères de la domanialité publique fluviale. À la navigabilité – critère tombé en fait en déshérence depuis qu'en 1910 on l'avait réduit à un simple classement – est substituée une définition qui permet d'incorporer dans le domaine public fluvial tout cours d'eau, section de cours d'eau, lac ou plan d'eau pour tout « *motif d'intérêt général relatif à la navigation, à l'alimentation en eau des voies navigables, aux besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, à l'alimentation des populations ou à la protection contre les inondations* » (disposition reprise à l'article L. 2111-7 du nouveau code général des propriétés des personnes publiques – voir aussi É. Fatôme, « Bref regard sur le domaine public naturel après le CGPP », *AJDA*, 2009, p. 2326). Compte tenu de la diversité des intérêts ainsi définis et de la généralité des termes utilisés, la porte est ainsi ouverte à l'incorporation au domaine public de toutes les eaux courantes propriétés d'une personne publique.

La loi de 1992 est, à première lecture, assez décevante par son ambiguïté : le coup de trompette que constitue l'affirmation selon laquelle l'eau par elle-même fait partie du patrimoine commun de la nation est suivi de la réaffirmation dans le même article du maintien des « *droits antérieurement établis* ». Ce texte que l'on a présenté comme la grande loi de l'eau ne révolutionne donc pas le statut juridique et ne réalise en rien la nationalisation de la ressource en eau que certains préconisaient compte tenu de l'aggravation des problèmes rencontrés en ce qui concerne tant l'approvisionnement en eau que la protection de sa qualité.

Toutefois, derrière l'affirmation des droits de la nation sur l'eau et du caractère d'intérêt général de la protection de l'eau, certains (J. Sironneau, *art. cit.*) ont vu une habilitation législative générale permettant une expropriation pour cause d'utilité publique des eaux privées qui seraient nécessaires à la réalisation des buts d'intérêt général affichés depuis 1964, sans qu'il soit nécessaire pour cela de recourir à une loi de nationalisation. Et il est à remarquer que l'adjonction à la Constitution de la Charte de l'environnement de 2005 consacrant à la fois un droit à l'environnement et le fait que celui-ci est le patrimoine commun de tous renforce cette thèse.

Peut-on – et doit-on – dès lors aller vers une incorporation de la ressource en eau dans un domaine public qui enflerait en fonction de l'aggravation des difficultés rencontrées dans le domaine de l'eau jusqu'à absorber la totalité des eaux publiques et privées ?

Bien des éléments penchent en ce sens. On doit tout d'abord rappeler que les eaux tant publiques que privées sont déjà incorporées au domaine public dans

les parties du territoire où le problème de l'eau revêt un caractère particulièrement sensible. C'est le cas des départements d'outre-mer (en relevant toutefois le rôle qu'ont joué ici les facteurs historiques). Ce pourrait être le cas demain du sud méditerranéen de la France. Et certains auteurs, tel Michel Prieur, considèrent que le droit ultramarin préfigure le statut futur de l'eau en France. En ce sens, on doit également constater que, dans de nombreux pays, le modèle de la propriété publique de l'eau connaît un succès croissant. La période 1970-2000 a vu tomber nombre des derniers bastions de la propriété privée de l'eau et notamment des eaux souterraines. C'est le cas, tout particulièrement, de l'Espagne depuis 1985, de l'Italie pour les eaux souterraines depuis 1994, du Maroc depuis 1995. Et, que ce soit en Italie ou en Espagne, la constitutionnalité de cette nationalisation de l'eau a été admise sans difficulté par les Cours suprêmes.

La question demeure toutefois de savoir si l'appropriation publique des eaux est une nécessité pour assurer leur gestion globale et unifier le droit de l'eau.

B. Le débat sur l'appropriation publique de l'eau

Il ne fait aucun doute que, dans la pensée du législateur de 1992, la domanialité des eaux n'est pas apparue indispensable. Le système français, dans son économie générale, tolère encore la propriété privée mais il le fait au prix de deux contreparties, l'affirmation selon laquelle l'usage de l'eau appartient à tous et l'accroissement considérable des pouvoirs de régulation de l'État lui permettant de gérer les eaux qu'elles soient publiques ou privées. Le droit français s'est donc situé sur le terrain d'une certaine indifférence quant au régime de propriété de l'eau. Il manifeste certes une tendance à l'appropriation publique mais, sur le terrain du droit de propriété, il ne va pas jusqu'au bout de la logique du « *patrimoine commun* » dès lors qu'il lui semble suffisant d'accorder à l'État les moyens d'arbitrer entre les usages concurrents et d'imposer des objectifs de protection du milieu aquatique pouvant restreindre le droit de propriété jusqu'à le réduire à peu de chose.

Cette conception rejoint partiellement les analyses d'auteurs qui, à partir de l'exemple d'un certain nombre de pays étrangers, et notamment des Pays-Bas et de l'Angleterre, considèrent qu'il ne faut pas confondre « eaux publiques » et « eaux en patrimoine commun » (Bernard Barraqué, « De l'appropriation à l'usage : l'eau patrimoine commun », in *Genèse du droit de l'environnement*, L'Harmattan, 2001, p. 216) et que ce qui importe est l'usage qui est fait de l'eau et non sa propriété. Et de préciser que « *même si des eaux sont appropriées privativement ou publiquement, cette appropriabilité ne détermine pas l'usage. Ce n'est pas parce que l'on possède l'eau qu'on a le droit de l'utiliser librement. L'usage est alors soumis à des règles de partage définies par les communautés d'usagers souvent locales ou par l'État mais, dans ce cas, ce dernier est plutôt le garant du partage que le maître de la ressource* ».

Est-il satisfaisant de réduire à cela les conséquences de l'affirmation de la patrimonialité de l'eau ? En dehors même des difficultés qui existent déjà pour concilier la propriété privée de certains cours d'eau avec le droit d'usage accordé à tous (il en est ainsi, par exemple, de la navigation sur les eaux non domaniales), il n'est pas certain que l'on puisse faire l'économie d'une appropriation publique non pas de l'eau elle-même mais de tous les cours d'eau, et des

gisements d'eaux stagnantes ou souterraines si on entend tirer toutes les conséquences du principe selon lequel l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. On peut penser que seules la propriété publique et, au sein de celle-ci, la domanialité publique permettent de garantir de manière pérenne tant la protection de la ressource et des milieux aquatiques que la possibilité d'en assurer une gestion globale.

Il suffit, pour s'en assurer, de rappeler les garanties qu'apporte la domanialité publique au regard des objectifs actuels de la politique de l'eau : inaliénabilité de la ressource (inaliénabilité qu'il faut entendre comme portant non sur l'eau mais sur les fonds qui la contiennent), obligation d'entretenir le patrimoine aquatique que ce soit pour des raisons environnementales ou de gestion des risques, principe selon lequel le bien « eau » doit recevoir une affectation d'intérêt général et ne peut faire l'objet d'utilisation privative que si celle-ci est compatible avec l'intérêt général, étant souligné, par ailleurs, que la domanialité publique ne fait nullement obstacle à la valorisation économique de la ressource en eau sous toutes ses formes que facilite l'évolution récente du droit domanial.

Certes, la domanialité publique ne donne pas des garanties absolues s'agissant des droits du public sur l'eau : si elle permet d'assurer le libre accès à l'eau comme voie navigable, elle ne garantit pas qu'il soit gratuit. Quant au niveau de protection qu'offre la domanialité publique au milieu aquatique, il fait l'objet de débats, certains considérant que la liberté d'appréciation dont dispose désormais le maître du domaine pour le valoriser rend cette garantie tout à fait relative (voir, sur ce point, S. Caudal, « La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement », *AJDA*, 2009, p. 2329).

Mais, avec ses incertitudes même, l'appropriation publique semble bien l'ultime garantie de la protection de la ressource et du milieu aquatique par les droits qui en découlent mais aussi, et peut-être même plus, par les obligations qui en sont la contrepartie et dont on peut penser (et même constater s'agissant de l'entretien des cours d'eau et des digues) qu'elles ne sont que rarement respectées de manière pérenne par la propriété privée, même sous une forme communautaire. Un parallèle fait avec la question du littoral, autre bien environnemental menacé, le démontre : les multiples servitudes et législations protectrices mises en place depuis un demi-siècle ont toutes révélé leur impuissance à contenir la pression des intérêts particuliers lorsque celle-ci excède un certain degré. C'est bien devant l'échec de ces formes de régulation que l'appropriation publique par le Conservatoire de l'espace littoral est apparue comme le dernier rempart permettant d'assurer sa protection et une gestion durable. Le même constat est à l'origine de l'institution d'un droit de préemption visant à protéger les espaces naturels. On peut penser qu'il en ira progressivement de même s'agissant de l'eau dès lors que s'accentueraient les problèmes posés par la protection de sa qualité et la gestion du risque, car on connaît bien la difficulté qu'il y a à faire respecter des obligations de faire dans des hypothèses où l'intérêt économique est absent.

L'unification du droit de l'eau par le statut, autour de la propriété publique, semble donc une évolution probable du droit de l'eau. Elle n'est toutefois que future. Par contre, l'unification sur le terrain de la gestion semble réalisée.

III. L'unification du droit de l'eau autour de la gestion intégrée

C'est certainement sur ce terrain que l'unification du droit de l'eau a connu les progrès les plus notables au cours des cinquante dernières années : il n'est plus désormais contesté que l'approche juridique de l'eau ne peut plus être sectorielle ; compte tenu de l'unité de la ressource, elle doit être globale. Cela s'est traduit par l'affirmation de plus en plus nette du principe de la gestion globale dite « intégrée » qui est au cœur des lois de 1992 et 2006 sur l'eau, la loi de 1964 ayant déjà largement ouvert la voie. La mise en œuvre du principe démontre toutefois l'impossibilité de l'appliquer jusqu'au bout dans la mesure où il faut le concilier avec d'autres logiques de gestion territoriale.

A. La mise en œuvre progressive du principe de gestion intégrée

Le principe de la gestion intégrée de l'eau issu de la loi de 1992 repose sur l'affirmation de l'unité de l'eau, la reconnaissance des interactions qui existent au sein de son cycle et la remise en cause des distinctions juridiques instaurées dans le domaine de l'eau. Il implique que l'eau soit prise en compte à la fois sous ses aspects quantitatifs et qualitatifs, qu'elle soit envisagée non seulement comme ressource, mais aussi comme milieu et que cette gestion soit conduite en fonction d'impératifs et d'objectifs qui ne se limitent pas au court terme mais prennent également en compte la longue période. Toute décision prise dans le domaine de l'eau doit être commandée par la prise en considération de tous ces éléments.

C'est sans doute l'article L. 211-1 du code de l'environnement qui illustre le mieux les incidences d'une telle conception en posant le principe corollaire de la « *gestion équilibrée de la ressource en eau* » dont la loi du 30 décembre 2006 précise qu'il doit s'agir d'une gestion « *durable* » qui « *prenne en compte les adaptations nécessaires au changement climatique* » et concilie douze priorités, allant de l'épuration des eaux usées à l'encouragement des usages sportifs de l'eau en passant par la préservation et la restauration des milieux aquatiques et des zones humides.

On perçoit immédiatement qu'il est impossible de mettre en œuvre de tels objectifs sans une large unification du droit applicable à la gestion de l'eau. C'est ce qui a été progressivement réalisé de 1964 à 2006 sur le triple plan – qu'on ne pourra développer ici – de ce que la loi de 2006 qualifie de la gouvernance de l'eau, des normes d'orientation destinées à encadrer globalement les décisions prises dans le domaine de la gestion de l'eau et, enfin, de la police de l'eau.

Les évolutions relatives à la gouvernance de l'eau sont sans doute les plus visibles puisqu'en l'espace d'un demi-siècle on a vu se construire une véritable administration de l'eau qui s'est substituée à l'extraordinaire mosaïque institutionnelle que l'on connaissait antérieurement. Surtout, cette construction obéit à un schéma qui s'inscrit parfaitement dans l'objectif d'une gestion globale de l'eau. En cela, il faut souligner la création et la montée en puissance de l'administration de bassin qui a conduit à mettre en place à cette échelle géographique, la seule où on puisse se situer pour traiter globalement la ressource et

le milieu aquatique, un « Parlement de l'eau », le comité de bassin, un exécutif, le préfet coordonnateur, et un opérateur, l'agence de l'eau (voir, sur ce point, Y. Jégouzo, « La loi du 30 décembre 2006, de très diverses dispositions relatives à l'eau », *AJDA*, 2007, p. 1162). Il est remarquable également qu'à l'échelon central la responsabilité principale de la gestion de l'eau ait été pour l'essentiel transférée d'administrations sectorielles (Agriculture, Équipement, Santé, etc.) à un ministère à vocation horizontale, le ministère chargé de l'Environnement. Ce qui s'est traduit également par la concentration de l'essentiel du droit de l'eau dans le code de l'environnement même si certaines législations conservent encore leur autonomie (code de la navigation).

L'émergence d'une planification de l'eau à l'échelle du bassin hydrographique traduit également cette volonté d'unifier la gestion de l'eau. Les schémas directeurs et les schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE et SAGE) permettent désormais de décliner pour chaque bassin ou sous-bassin les objectifs généraux qui doivent guider la gestion équilibrée de la ressource et procéder aux arbitrages nécessaires entre les différents usages en concurrence, entre la valorisation de la ressource et la protection de la qualité et des milieux aquatiques. Il est remarquable que, loi après loi, ces schémas ont cessé d'être de simples instruments d'orientation pour devenir des documents de planification opposables juridiquement à toutes les décisions prises dans le domaine de l'eau et notamment dans le cadre de la police de l'eau.

Celle-ci constitue le dernier volet de cette œuvre d'unification du droit de l'eau. À la pluralité de polices administratives qui, auparavant, régissaient de manière spécifique les divers types de travaux ou d'activités ayant des effets sur l'eau, la loi de 1992 a substitué un régime unifié de police de l'eau dont les termes des articles L. 214-1 et 3 du code de l'environnement illustrent le caractère polyvalent en ce qui concerne tant l'objet (code de l'environnement, art. L. 214-3, santé, sécurité, préservation de la ressource en eau, écoulement, qualité et diversité du milieu aquatique, etc.) que les actes pouvant être réglementés, interdits ou soumis à contrôle préalable (code de l'environnement, art. L. 214-1, travaux, ouvrages, activités ayant des effets sur la ressource ou la qualité des eaux).

Il faut, toutefois, reconnaître que cette unification n'est pas totale puisque la pêche, les activités domaniales, les eaux potables, la conservation du domaine, le risque inondation, etc., continuent à être régis par des réglementations particulières même si celles-ci sont aujourd'hui mieux coordonnées avec la police « générale » des eaux. Surtout, il faut bien comprendre que l'unification du droit de l'eau qui est certaine ne signifie nullement que la gestion de l'eau puisse être globalisée dans ce cadre.

B. La gestion intégrée de l'eau n'est qu'un élément de la gestion des territoires

Pour le droit romain, le régime de l'eau suit celui de la terre. Si cette formule visait alors à définir le fondement des droits pouvant s'exercer sur l'eau, on peut la reprendre aujourd'hui avec une autre signification : la gestion de l'eau n'est qu'un élément de la gestion du territoire terrestre.

Or, ce territoire terrestre obéit à des logiques souvent indépendantes de celles qui animent la politique de l'eau. Ces logiques sont économiques, sociales,

historiques, politiques autant que géographiques. Les territoires qui servent de cadres à l'action administrative et politique ne sont qu'accessoirement conditionnés par les contraintes géographiques liées à l'eau. Il s'agit de la commune, du département, de la région, c'est-à-dire de périmètres délimités de manière relativement indépendante du territoire géographique de l'eau, le bassin ou le sous-bassin.

Il en résulte que l'administration de l'eau, de même que les normes nouvelles régissant l'eau dans le cadre du bassin, ne jouent encore qu'un rôle limité dans la gestion de l'espace. L'accroissement des pollutions de la nappe phréatique par l'agriculture intensive, de même que la poursuite des constructions en zone inondable ou de l'imperméabilisation des sols par l'urbanisation, le démontre. On est encore loin, malgré les progrès du droit de l'eau, de subordonner la gestion du territoire aux impératifs d'une gestion globale de l'eau.

Table des matières

Éditorial
Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État 7

Liste des abréviations et des acronymes 15

L'eau et son droit 21

Introduction 23

Première partie
L'eau : son droit et sa gestion 27

1.1. Usages et usagers de l'eau 27
1.1.1. Les principaux usages habituellement recensés 28
1.1.2. Un usage longtemps négligé : la préservation de l'environnement et de la biodiversité 31

1.2. Le droit applicable 34
1.2.1. Le droit international 34
1.2.2. Droit européen et droit communautaire : une emprise croissante 35
1.2.2.1. Droit européen 35
1.2.2.2. Droit communautaire 37
1.2.3. Le droit national 41
1.2.3.1. Les sources constitutionnelles 41
1.2.3.2. Les sources législatives 44
1.2.3.2.1. Des sources multiples et fragmentées 44
1.2.3.2.2. Le droit à l'eau et à l'assainissement 48
1.2.3.2.3. Droit de l'eau et droit de propriété 50
1.2.3.2.4. Droit de l'eau et grandes lois sur l'eau 57

1.3. Gestion, organisation, financement et gouvernance de l'eau 58
1.3.1. Le modèle français de gestion de l'eau 58
1.3.2. Un rôle sans cesse accru pour les collectivités territoriales 61
1.3.2.1. Une affaire essentiellement communale 61
1.3.2.2. Les départements : le financement du raccordement en milieu rural 63
1.3.2.3. Les régions : une implication récente mais grandissante 63
1.3.3. Les administrations étatiques et les institutions du secteur de l'eau 64
1.3.4. La gestion du petit cycle de l'eau 178 par les collectivités territoriales .. 68

1.3.5. Le financement du petit cycle de l'eau ... 73
1.3.5.1. Les investissements : leur financement et leur renouvellement ... 73
1.3.5.2. Le prix du service facturé à l'usager ... 75
1.3.5.2.1. Le prix de l'eau potable ... 75
1.3.5.2.2. Le prix de l'assainissement ... 78
1.3.5.2.3. La couverture des coûts par l'usager ... 79
1.3.5.3. L'eau dans le budget des ménages ... 79
1.3.6. La gouvernance de l'eau ... 84
1.3.6.1. Le rôle des agences de l'eau, des comités de bassin et des documents de planification ... 84
1.3.6.2. L'information et l'association des usagers à la gestion de l'eau ... 88
1.3.6.3. La coopération avec les États riverains pour la gestion des fleuves internationaux ... 90

1.4. Les nouvelles préoccupations internationales et leurs incidences sur le modèle français de gestion de l'eau ... 92
1.4.1. La quantité : la crainte d'un déséquilibre croissant entre offre et demande d'eau douce ... 94
1.4.1.1. Une ressource rare et faisant l'objet d'une exploitation croissante ... 94
1.4.1.2. Une ressource très inégalement répartie ... 95
1.4.1.3. Une adaptabilité à la rareté liée au niveau de développement ... 96
1.4.1.4. Une crainte aggravée par les conséquences du réchauffement climatique ... 97
1.4.1.5. La lutte contre la mauvaise utilisation de l'eau et son gaspillage ... 98
1.4.2. La qualité : un milieu de plus en plus pollué et de plus en plus pathogène ... 100
1.4.3. La tarification : valeur, coût et prix du service ... 101
1.4.4. Le financement de l'accès de tous les humains à l'eau et à l'assainissement ... 102
1.4.5. La gouvernance de l'eau ... 104
1.4.6. Un partage de plus en plus conflictuel de la ressource : vers des guerres de l'eau ? ... 104

Deuxième partie
Répondre aux nouvelles préoccupations ... 107

2.1. Ajuster la demande et l'offre ... 107
2.1.1. Les grandes tendances de la demande ... 107
2.1.2. Des tensions répétées et croissantes ... 108
2.1.3. La pose obligatoire de compteurs individuels ... 108
2.1.4. Le plan de gestion de la rareté de l'eau : lacunes et améliorations possibles ... 110
2.1.5. La réduction des pertes encourues dans les réseaux ... 112
2.1.6. Les incidences du réchauffement climatique ... 112
2.1.7. Le redimensionnement des réseaux locaux ... 114
2.1.8. L'utilisation accrue des eaux pluviales ... 114
2.1.9. Le recyclage des eaux usées retraitées ... 118

2.1.10. L'utilisation accrue des nappes souterraines et la gestion du grand cycle de l'eau 120
2.1.11. Les échanges internationaux d'eau potable 122

2.2. Améliorer la qualité des eaux et des milieux aquatiques 124
2.2.1. Un état des lieux contrasté : des améliorations et des dégradations 124
2.2.2. Poursuivre les efforts d'amélioration 127
2.2.3. Protéger les captages en appliquant la loi 127
2.2.4. Anticiper la fixation de nouvelles normes et s'impliquer dans les débats correspondants 131
2.2.4. Intensifier les recherches 134

2.3. Revoir l'organisation et le financement 134
2.3.1. Redistribuer les compétences entre collectivités publiques 134
2.3.1.1. Simplifier le paysage de la gestion du petit cycle de l'eau 134
2.3.1.2. Organiser enfin le service public de l'assainissement non collectif 136
2.3.1.3. Exercer les nouvelles responsabilités partagées pour protéger le milieu aquatique 138
2.3.2. Dessiner les contours d'une future solidarité entre bassins-versants tout en confortant les agences de l'eau dans leurs missions essentielles 141
2.3.3. Identifier et conforter la fonction de maîtrise d'ouvrage au plan local 143
2.3.4. Se préparer à régler des conflits d'usage plus nombreux 144
2.3.5. Créer les conditions d'un choix libre et éclairé entre les divers modes de gestion 146
2.3.6. Faut-il créer une autorité de régulation sectorielle ? 155
2.3.7. Mettre enfin en place des réseaux de données sur l'eau 156
2.3.8. Organiser l'accès des exclus à l'eau et repenser certains aspects de la tarification de l'eau 158
2.3.8.1. Organiser l'accès des exclus à l'eau 159
2.3.8.2. Repenser certains aspects de la tarification de l'eau 159
2.3.9. Tirer toutes les conséquences de la gestion intégrée en termes budgétaires et de suivi des effectifs 163
2.3.10. Désigner le forum où préparer les grandes décisions publiques relatives à l'eau 163

2.4. Traiter les problèmes majeurs posés par quatre secteurs 164
2.4.1. Eau et alimentation 164
2.4.1.1. Une situation de départ dérogatoire pour l'agriculture 164
2.4.1.2. Maîtriser les pollutions diffuses d'origine agricole : appliquer la Constitution et le droit communautaire 165
2.4.1.2.1. La pollution des sols et des eaux par les engrais 165
2.4.1.2.2. La pollution des eaux par les pesticides et autres résidus toxiques 167
2.4.1.2.3. Le choix des outils pertinents pour lutter contre les pollutions diffuses 168
2.4.1.3. Maîtriser les prélèvements d'eau pour l'irrigation : appliquer le droit communautaire 170
2.4.1.3.1. Des techniques d'irrigation dispendieuses en eau 170

2.4.1.3.2. Le recul de l'irrigation collective au bénéfice de l'irrigation privée 171
2.4.1.3.3. Une préférence marquée pour la gestion en volume des prélèvements 173
2.4.1.3.4. Le choix des outils pertinents pour maîtriser les prélèvements pour l'irrigation 175
2.4.1.4. Renforcer l'assurabilité du revenu agricole contre les aléas climatiques 177
2.4.2. Eau et ville 179
2.4.2.1. Mettre à niveau l'assainissement collectif et appliquer le droit communautaire 179
2.4.2.2. Mieux appliquer la législation sur la prévention des inondations 182
2.4.2.3. Garantir la solvabilité du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles et responsabiliser davantage 186
2.4.3. Eau et énergie 188
2.4.3.1. Des objectifs très ambitieux 188
2.4.3.2. Des freins susceptibles de les contrarier 190
2.4.3.3. Gérer au mieux l'ouverture des concessions hydroélectriques à la concurrence 191
2.4.3.4. Clarifier le régime juridique de la concession hydroélectrique 192
2.4.4. Eau et transport fluvial 193
2.4.4.1. Se préparer à affronter la concurrence 193
2.4.4.2. Donner enfin à VNF une organisation à la hauteur des défis à relever 194
2.4.4.3. Clarifier la répartition des pouvoirs de police 195
2.4.4.4. Repenser l'association des collectivités territoriales à la gestion du domaine fluvial 195
2.4.4.5. Ressusciter les cours d'eau mixtes 196
2.5. Appliquer le droit communautaire et simplifier le droit national de l'eau 197
2.5.1. Appliquer le droit communautaire et responsabiliser les collectivités territoriales 197
2.5.1.1. Appliquer le droit communautaire en temps utile 197
2.5.1.2. Responsabiliser davantage les collectivités territoriales dans l'application de ce droit 199
2.5.2. Simplifier le droit national 200
2.5.2.1. Unifier les définitions ou notions juridiques 200
2.5.2.2. Simplifier les procédures à haut risque juridique 202
2.5.2.3. Décentraliser sans complexifier davantage 202
2.5.2.4. Stabiliser le droit 204
2.5.2.5. Simplifier le régime des droits de propriété ou d'usage sur l'eau 204
2.5.3. Simplifier et mieux appliquer la police de l'eau 215
2.5.3.1. Des polices multiples et superposées 215
2.5.3.2. Une efficacité limitée 216
2.5.3.2.1. Des failles dans le régime des déclarations et autorisations 216
2.5.3.2.2. Un contrôle insuffisant du respect des différentes législations 218
2.5.3.2.3. Une organisation défaillante et des moyens mal utilisés 219
2.5.3.2.4. Des sanctions peu nombreuses et bénignes 221
2.5.3.3. Simplifier les polices de l'eau et de l'environnement 222
2.5.4. Simplifier et mieux appliquer le droit pénal de l'eau 227

2.6. Peser davantage dans les débats et négociations internationaux 234
2.6.1. Promouvoir la reconnaissance d'un droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement ? 234
2.6.2. Maintenir l'aide publique internationale en faveur de l'eau 239
2.6.3. Promouvoir la coopération transfrontalière 240
2.6.4. Renforcer la gouvernance mondiale de l'eau 241

Conclusion 243

Annexes

245

Annexe 1
Flux annuels du cycle de l'eau 247

Annexe 2
Le droit international de l'eau 249

Annexe 3
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et droit de l'eau à travers la jurisprudence 263

Annexe 4
La directive-cadre sur l'eau et les autres domaines couverts par le droit communautaire de l'eau 271

Annexe 5
Évolution des principaux articles du code civil 283

Annexe 6
Le domaine public fluvial : d'un domaine par nature à un domaine par l'usage 287

Annexe 7
La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux 297

Annexe 8
Jurisprudence de la Cour de cassation relative aux articles 640 à 645 du code civil 319

Annexe 9
Droit de l'eau et grandes lois sur l'eau 331

Annexe 10
Grande loi sur l'eau et droit de propriété 339

Annexe 11
La nature juridique des différents services publics locaux 345

Annexe 12
Répartition des compétences par grand domaine entre les différents services départementaux de l'État avant leur réforme 353

Annexe 13
Flux financiers en 2006 – Services collectifs d'eau et d'assainissement ... 355

Annexe 14
Les guerres de l'eau : conflits interétatiques et infraétatiques 357

Annexe 15
Le régime juridique des associations syndicales autorisées (ASA) et des sociétés d'aménagement régional (SAR) 367

Annexe 16
La nature juridique de la concession d'énergie hydraulique 371

Annexe 17
Des procédures complexes et à haut risque juridique 377

Notes de fin de document 379

Contributions 477

Water and Sanitation as Human Rights 479
Catarina de Albuquerque

Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau 489
Laurence Boisson de Chazournes et Mara Tignino

Gestion privée de l'eau : où va le droit international ? 515
Vanessa Richard

Flood prevention and compensation in the Netherlands. Current practice, comparison with the French system and impact of climate change 525
Jennifer K. Poussin, Jeroen C.J.H. Aerts and Wouter J.W. Botzen

Science et élaboration du droit de l'eau 537
Patrick Lavarde et Alexis Delaunay

La trame verte et la trame bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit 551
Philippe Billet

Existe-t-il un droit de l'eau ? 567
Yves Jégouzo