

La consécration d'un droit fondamental à l'eau est nécessaire en France. Etude de droit comparé le démontrant*

The recognition of a fundamental right of access to water is necessary in France. It will be proven in this comparative and demonstrative law study

El reconocimiento del derecho fundamental al agua es necesario en Francia. Estudio de derecho comparado que lo demuestra

Valérie Bernaud¹

Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, Francia
vbernaud@hotmail.com

Envoyé: 10/01/17 Approuvé: 06/03/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1450>

RÉSUMÉ

Bien que la France soit une grande donneuse de leçons quant au respect des droits fondamentaux, elle ne consacre pas ni au rang constitutionnel, ni au rang législatif un droit fondamental à l'eau. Cette lacune aurait pu être palliée par le Conseil constitutionnel, mais celui-ci n'a adopté qu'une jurisprudence frileuse à cet égard. Les multinationales françaises de l'eau, fortes de leur pouvoir économique, luttent avec acharnement contre les lois protectrices et la reconnaissance explicite d'un tel droit dans le bloc de constitutionnalité serait la bienvenue. L'idée n'étant pas à la mode en France, une étude de droit comparé avec les États d'Amérique latine ouvrira de nouvelles voies de réflexion pour, peut-être un jour, franchir le pas.

MOTS CLÉS

Constitution; Droit Comparé; Droit Fondamental à L'eau; Eau; États d'Amérique Latine et France; Jurisprudence Constitutionnelle.

ABSTRACT

Although France is a quintessential example of the provision of fundamental rights, it does not give constitutional or legislative status to the fundamental right of access to water. The Constitutional Council could have offset this omission, but it has only adopted a hesitant jurisprudence of this issue. French multinational water companies, with their economic power, are fighting protective laws. The explicit recognition of such a right in the Constitutional Block would be a welcome addition. Since the idea is not popular in France, a comparative law study of Latin American states will allow for new ways of reflection, which would possibly permit to bridge the gap.

KEYWORDS

Comparative Law; Constitution; Constitutional Jurisprudence; Fundamental Right of Access to Water; Latin American and French States; Water.

* Article de recherche

1 - Maître de conférences habilitée à diriger des recherches. Membre du LBNC, EA 3788.

RESUMEN

A pesar de que Francia es un importante proveedor de enseñanzas en materia de derechos fundamentales, no otorga un estatuto constitucional o legislativo al derecho fundamental al agua. Esta brecha podría haber sido subsanada por el Consejo Constitucional, pero éste solo ha adoptado una jurisprudencia vacilante ante este aspecto. Las multinacionales francesas del agua, con su poder económico, están luchando contra las leyes protectoras; el reconocimiento explícito de tal derecho en el bloque de constitucionalidad podría ser bienvenido. Puesto que la idea no es popular en Francia, un estudio del derecho comparado con los estados latinoamericanos abrirá nuevas vías de reflexión, para tal vez un día, poder dar este salto.

PALABRAS CLAVE

Agua; Constitución; Derecho Comparado, Derecho Fundamental al Agua; Estados de América Latina y Francia; Jurisprudencia Constitucional.

INTRODUCTION

Contrairement à de nombreux Etats d'Amérique centrale ou d'Amérique du sud, la France ne consacre pas au rang constitutionnel un droit fondamental à l'eau. En France, l'accès permanent à une eau potable de qualité semble absolument normal à chacun de ses habitants et nul ne songe qu'il pourrait en être autrement, à part la minorité de personnes en situation de précarité extrême (environ 150 000 personnes sur 66 millions) qui, soit, se trouvent dans l'impossibilité de payer leurs factures, soit, n'ont aucun accès à un point d'eau potable faute de vivre dans un logement décent. Néanmoins, pour la très grande majorité des français avoir de l'eau chez soi à un prix raisonnable est une évidence et tant que les tarifs et la qualité demeureront convenables², l'idée de faire inscrire au rang constitutionnel un droit fondamental à l'eau s'apparentera à un caprice inutile.

Pour comprendre cette apathie française au regard du droit à l'eau, il est utile de revenir brièvement sur la gestion de l'eau potable en France, laquelle est organisée par les lois et règlements administratifs. Ce sont les communes³ qui, historiquement, se sont vu confier l'approvisionnement en eau des populations et son assainissement. La gestion du service public de l'eau est un service public industriel et commercial (SPIC) qui peut être assurée soit directement par la commune en

«régie», soit être déléguée par contrat à une société privée (affermage, concession, gérance ...). Or, depuis la fin du 20^{ème} siècle, la distribution et l'assainissement sont de plus en plus privatisés⁴, les collectivités locales se désengageant de ces derniers pour des raisons budgétaires, l'édiction de normes de qualité de plus en plus strictes rendant leur coût trop important pour nombre d'entre elles⁵. A tel point qu'à ce jour, 76 % des français sont desservis en eau potable par des entreprises privées, dont les 3 principales sont la SAUR Internationale (groupe Bouygues), le groupe Suez et le groupe Veolia. Trois multinacionales gèrent donc depuis plusieurs décennies l'essentiel du marché français de l'eau, multinacionales qui se sont ensuite «appuyées pour leur développement international sur les positions et la force de frappe acquise grâce à un marché français quasi «captif»»⁶.

Bien que la France n'ait pas encore reconnu le droit à l'eau en tant que droit fondamental de valeur constitutionnelle, elle instaure néanmoins certaines garanties d'un point de vue législatif, en lien ou pas avec les exigences de l'Union européenne. D'une part, les entreprises privées susnommées exercent leurs compétences dans le cadre d'un marché réglementé⁷. D'autre part, le législateur est intervenu ces dernières années afin de renforcer la protection des citoyens. C'est ainsi que la loi «Brottes» du 15 avril 2013 a modifié l'article L 115-3 du Code de l'action sociale et des familles. Elle interdisait initialement

2 - Bien qu'en France le coût de l'eau (7 % par an) augmente plus vite que le coût de la vie (5.8 % par an), le prix variant de 1.50 euro par m³ à 5.26 euros par m³ dans les communes les plus chères, *source ONEMA*.

3 - C'est une compétence traditionnelle depuis la Révolution française, mais elle n'a été officiellement consacrée que par la loi du 30 décembre 2006 et codifiée dans les articles L 2224-7 et L 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales).

4 - Notons qu'il ne s'agit quand même pas d'une privatisation pure et simple car l'autorité publique demeure responsable de la qualité de l'eau et des investissements et garde la propriété des infrastructures.

5 - Mais pas seulement: en France l'émiettement des communes françaises les rend trop faibles pour porter seules le service public de l'eau (sauf en cas d'intercommunalité). En outre, comme le souligne O. Petitjean, « France : de la gestion privée à la remunicipalisation de l'eau ? », 2009, consultable in <http://www.partagedeseaux.info> – se pose l'épineux problème de la corruption et du financement occulte de la vie politique : « la passation de contrats de délégation étant un écran commode pour les transferts de fonds depuis les entreprises vers les partis ».

6 - *Op. cit.*

7 - Par exemple, elles ne fixent pas directement elles-mêmes le prix de l'eau.

aux fournisseurs d'électricité, de gaz et de chaleur de procéder à l'interruption de la fourniture dans une résidence principale (y compris par résiliation du contrat), pour non-paiement des factures, entre le 1er novembre et le 15 mars de l'année suivante⁸. S'agissant des distributeurs d'eau, cette interdiction d'interruption de fourniture d'eau est applicable tout au long de l'année. Donc, il est interdit par la loi de couper l'eau dans une résidence principale en raison du non-paiement des factures quelle que soit la saison.

Même si les français semblent correctement protégés par les lois, force est malheureusement de constater que les multinationales gérant le service des eaux usent de multiples procédés pour contourner ces dernières et priver les usagers de leurs droits. C'est la raison pour laquelle nous plaidons en faveur de la consécration au rang constitutionnel d'un droit fondamental à l'eau qui leur donnerait un argument fort pour se défendre contre ces dernières, mais aussi qui empêcherait l'Etat de faire de l'eau une banale marchandise aux mains du «grand capital». En ce sens, les expériences constitutionnelles des Etats sud-américains hispanophones nous paraissent très intéressantes et totalement aptes à servir de modèles pour faire évoluer la réflexion française, d'autant plus que la proximité des systèmes juridiques est grande. Nous verrons ainsi comment le droit fondamental a été inscrit au rang constitutionnel dans ces Etats (I) puis, quelle sont la définition et la protection qui ont été retenues (II).

1. LA CONSÉCRATION D'UN DROIT FONDAMENTAL À L'EAU EST NÉCESSAIRE

1.1. Une consécration textuelle possible

En France la doctrine fait souvent preuve de pessimisme

quant au droit fondamental à l'eau, déplorant sa consécration dans un faible nombre de textes constitutionnels. Certes, un seul Etat européen, la Slovénie, a inscrit dans son texte fondamental en novembre 2016 que «*L'approvisionnement en eau de la population est assurée par l'Etat via les collectivités locales, directement et de façon non lucrative. Les ressources en eau sont un bien géré par l'Etat. Elles sont destinées en premier lieu à assurer l'approvisionnement durable en eau potable de la population, et ne sont à ce titre pas une marchandise*». Pourtant dans le monde – et sauf erreur de notre part - 10 Etats africains⁹, 6, voire 8¹⁰ Etats sud-américains¹¹, un Etat asiatique¹² et un Etat océanien¹³ ont aussi fait un tel choix dans les années 2000/2010.

a) Les Etats sud-américains ayant inscrit le droit fondamental à l'eau dans leur Constitution.

Avant de présenter les énoncés retenus par les différents textes constitutionnels, il est intéressant de mettre en évidence quelques raisons ayant poussé les Etats à franchir le pas. Or, s'agissant du continent sud-américain, des motivations politiques, sociales et environnementales communes, parfois très éloignées de nos préoccupations occidentales (pour ne pas dire antinomiques à elles) peuvent être constatées.

La première tient au rôle joué par les institutions internationales quant à l'eau potable et à l'assainissement, lequel au-delà des avancées qu'il a permises, recèle aussi un côté obscur moins glorieux. N'oublions pas que la consécration d'un droit à l'eau potable ne plaît pas forcément à tous les Etats du monde et que, par exemple, si la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU en date du 28 juillet 2010 avait été proposée par la Bolivie et une quarantaine d'Etats essentiellement du sud,

8 - Cet article a été modifié plusieurs fois depuis, d'abord par la loi du 17 août 2015, qui a étendu la période de protection du 1er novembre au 31 mars, puis par la loi du 7 octobre 2016, qui a inclus la fourniture d'internet et de téléphone dans les éléments visant à mettre en œuvre de façon effective le droit à un logement décent.

9 - Afrique du sud, article 27-1 de la Constitution de 1996 ; République démocratique du Congo, article 48 de la Constitution de 2008 ; Egypte, article 68 de la Constitution de 2012 ; Kenya, article 43 de la Constitution de 2010 ; Maroc, article 31 de la Constitution de 2011 ; Niger, article 12 de la Constitution de 1999 ; Ouganda, 14ème General social and economic objectives ; Somalie, article 27 ; Tunisie, article 44 de la Constitution de 2014 ; Zimbabwe, article 77 de la Constitution de 2013.

10 - D'une certaine façon on peut aussi ajouter les Constitutions du Guatemala et du Panama, qui, respectivement visent dans leurs articles 97 et 114 visent la protection de l'eau d'un point de vue environnemental.

11 - Bolivie, article 16-1 de la Constitution de 2009 ; Equateur, article 12 de la Constitution de 2008, Mexique, article 456 de la Constitution de 1917 modifié en 2012 ; Nicaragua, article 105 de la Constitution de 2005 ; République dominicaine, article 15 de la Constitution de 2010 ; Uruguay, article 23 de la Constitution de 2008.

12 - Maldives, article 23 de la Constitution de 2008.

13 - Fidji, article 32 de la Constitution de 2013.

122 Etats avaient voté pour et 41¹⁴ s'étaient abstenus¹⁵. Parmi eux, certaines grandes puissances occidentales en lien avec des multinationales concernées par le marché de l'eau. N'oublions pas, non plus, les pressions exercées sur les Etats pauvres par des institutions telles que le FMI et la Banque Mondiale, pour ne citer qu'eux. Il est ainsi de notoriété publique que l'un et l'autre consentent des prêts à ces derniers afin d'améliorer leur situation économique, en contrepartie de la privatisation des entreprises d'Etat et des services publics. L'argument avancé par les deux institutions internationales est, en effet, d'attirer les investissements des multinationales. Or, c'est précisément ce qui a provoqué la révolte de Cochabamba en Bolivie en 2000, également appelée «guerre de l'eau». A la demande de la Banque mondiale, la gestion du réseau d'approvisionnement en eau et d'assainissement de la ville de Cochabamba avait, en effet, été confiée à un seul soumissionnaire réunissant plusieurs multinationales. Le marché, qui devait s'étendre sur 40 ans, avait eu deux effets directs immédiats: détériorer la qualité de l'eau et faire augmenter son prix de façon scandaleuse¹⁶. Il faudra d'immenses et violentes manifestations pour que le Gouvernement accepte de mettre un terme prématurément au contrat. Ces privatisations des ressources naturelles (eau, mais aussi gaz et pétrole) de la Bolivie au profit de multinationales nord-américaines et européennes et les révoltes qu'elles ont engendrées seront le terreau de l'élection du socialiste et amérindien Evo Morales en 2005 et de la nouvelle Constitution de 2009¹⁷ qui réserve une place sans équivalent au droit fondamental à l'eau potable dans son texte. Cette pression exercée par les institutions internationales sur les pays du sud, ne concerne évidemment pas que la Bolivie et de nombreux auteurs s'accordent à dire qu'elle a indirectement provoqué une prise de conscience citoyenne plus larges en Amérique du sud, prise de conscience ayant parfois débouché sur des révisions constitutionnelles d'ampleur, incluant la reconnaissance du droit considéré¹⁸ ou l'adoption de lois le protégeant¹⁹.

La seconde raison tient donc à la mobilisation citoyenne, soutenue par de nombreuses ONG (voir M. Veber, 2013).

Mobilisation contre la privatisation, la marchandisation et la financiarisation des ressources naturelles, nous l'avons vu, mais aussi contre l'utilisation déraisonnable et polluante de cette ressource par les industries (notamment minières) au détriment des humains et de la nature. La question s'est par exemple douloureusement posée dans certaines régions semi désertiques du Chili où ni la Constitution, ni les lois ne protègent un accès prioritaire des humains à l'eau par rapport aux industries (voir F. Ayala Cea 2016).

Dans certains cas dramatiques, les populations, livrées par camions, ne pouvaient bénéficier que d'un tiers de litre d'eau par personne tous les 2 ou 3 jours, tandis que les entreprises prospéraient en utilisant les ressources en eau pour elles seules (F. Ayala Cea 2016) ... Cette indignation contre l'absence de priorité entre les besoins vitaux et ceux de l'économie s'est accompagnée d'une réflexion beaucoup plus vaste à laquelle les «communautés indigènes» ne sont pas étrangères. En effet, partout en Amérique du Sud les peuples premiers ont été parmi les plus touchés par les problèmes exposés ci-dessus, chassés de leurs terres ancestrales pour les besoins des industries ou autorisés à y rester mais dans les conditions fixées par elles et souvent avec une diminution ou une suppression de l'accès à l'eau. Ils sont à l'origine de nombreuses actions en justice dans chacun des Etats sud-américains, mais aussi devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a pris une position tranchée dans un arrêt «*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*»²⁰ en reconnaissant la vulnérabilité particulière des groupes indigènes dont le lien avec l'eau est non seulement vital –comme pour tous– mais aussi socioculturel (rites agricoles, médecines traditionnelles, protection de rivières ou cascades en raison de leur caractère sacré). Dans cette sentence la Cour a ainsi conclu que l'Etat paraguayen n'avait pas garanti le droit des membres de cette communauté à la propriété communautaire, les privant de ce fait du droit à une vie digne en ne leur permettant pas d'accéder à leurs moyens de subsistance traditionnels, pas plus qu'aux ressources naturelles nécessaires pour obtenir de l'eau limpide et pour pratiquer la médecine traditionnelle. Cette approche

14 - Arménie, Australie, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, Etats-Unis, Ethiopie, Grèce, Guyana, Irlande, Islande, Israël, Japon, Kazakhstan, Kenya, Lesotho, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République de Moldova, République tchèque, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Suède, Trinité-et-Tobago, Turquie, Ukraine, Zambie.

15 - Aucune voix contre, mais on sait que l'abstention représente de facto une opposition.

16 - De presque rien à environ 20 % du revenu mensuel d'un ménage.

17 - Voir le préambule de la Constitution bolivienne qui fait directement référence à la guerre de l'eau.

18 - Voir par exemple l'Equateur ou l'Uruguay.

19 - Comme au Venezuela, loi de 2007 déclarant l'eau comme un bien public et essentiel pour la vie, pour le développement économique et l'éradication de la pauvreté.

20 - Sentence du 17 juin 2005.

de l'eau débouche logiquement sur des revendications encore plus larges en faveur de la défense de la nature, «personnifiée» dans la «Madre Tierra». Nous verrons ainsi que l'Equateur a été le premier Etat à reconnaître des droits à la nature en tant que sujet de droit.

Ces différents facteurs ont donc pesé sur le choix, pour les Etats considérés, de reconnaître explicitement dans leur Constitution un droit fondamental à l'eau. Il n'en demeure pas moins que les énoncés retenus sont loin d'être similaires et que la consécration a été faite de façon plus ou moins énergique et détaillée. Ainsi, la Bolivie l'a inscrit dans différents articles de son texte constitutionnel de 2009, montrant donc toute son importance. On le trouve en particulier dans deux articles de son chapitre relatif aux «Droits fondamentaux», à savoir l'article 16 al. 1 en vertu duquel «Toute personne a droit à l'eau et à l'alimentation. L'Etat a l'obligation de garantir la sécurité alimentaire, à travers une alimentation saine, adéquate et suffisante pour toute la population» et l'article 20 alinéas 1 et 3 qui énonce que «Toute personne a droit à l'accès universel et équitable aux services élémentaires d'eau potable ... L'accès à l'eau et à l'assainissement constituent des droits de l'homme, ne peuvent faire l'objet de concession ou de privatisation ...», mais aussi dans le chapitre consacré aux «Ressources hydrauliques» dans ses articles 373 al. 1 et 374 al. 1 selon lesquels «L'eau constitue un droit fondamental pour la vie dans le cadre de la souveraineté du peuple. L'Etat promouvra l'utilisation et l'accès à l'eau sur la base des principes de solidarité, complémentarité, réciprocité, équité, diversité et substantialité (...)» et «L'Etat protégera et garantira l'utilisation prioritaire de l'eau pour la vie (...)».

En Equateur, garantir sans discrimination la jouissance effective de l'eau - «élément vital pour la nature et l'existence des êtres humains» (article 318) - est l'un des devoirs primordiaux de l'Etat (article 3 al. 1). Le droit, quant à lui, est inscrit à l'article 12 de la Constitution de 2008, dans le chapitre relatif au «Bien vivre», en vertu duquel «Le droit de l'homme à l'eau est fondamental²¹ et indéfectible. L'eau constitue un patrimoine national stratégique d'utilisation publique inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie», mais aussi dans l'article 15 al. 2 qui interdit que le développement de la souveraineté énergétique de l'Equateur se fasse au détriment de la souveraineté alimentaire ou du droit à l'eau. Dans le même chapitre, l'article 32 établit quant à lui une relation entre (le droit à) la santé et l'exercice d'autres droits dont le droit à l'eau et celui à l'alimentation. Plus loin,

dans le chapitre 6 relatif aux libertés, l'article 66 al. 2 affirme que sont reconnus et garantis aux personnes «le droit à une vie digne, qui assure la santé, l'alimentation, la nutrition, l'eau potable (...)». Enfin, l'article 282 prohibe toute accapuration ou privatisation de l'eau, cette dernière étant un patrimoine national stratégique d'usage public (article 318).

Au Mexique, l'article 4 al. 6 indique, quant à lui, que «Toute personne a droit à l'accès, à la disposition et à l'assainissement de l'eau pour sa consommation personnelle et domestique, de façon suffisante, salubre, acceptable et accessible». Au Nicaragua, l'article 105 de la Constitution de 2005 dispose que «L'Etat a l'obligation de promouvoir, faciliter et réguler la prestation des services publics de base relatifs à l'énergie, la communication, l'eau, le transport (...) et que l'accès à ces services constitue un droit inaliénable». En République dominicaine, c'est l'article 15 al. 1 de la Constitution (chapitre relatif aux ressources naturelles) qui énonce que «L'eau constitue un patrimoine national stratégique d'utilisation publique, inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie. La consommation humaine d'eau a priorité sur n'importe quel autre usage (...)». Enfin, en Uruguay, pays sud-américain pionnier en la matière, c'est l'article 47 qui affirme depuis 2004 que «L'eau est une ressource naturelle essentielle pour la vie. L'accès à l'eau potable et l'accès à l'assainissement constituent des droits fondamentaux de l'homme», confiant aux seules personnes juridiques étatiques le service d'assainissement et de distribution d'eau potable.

Cela étant dit, l'inscription dans le texte constitutionnel de ce droit n'a pas été réalisée partout en Amérique du sud. Dans certains Etats, comme l'Argentine ou le Brésil, l'idée d'une révision constitutionnelle ne semble pas être à l'ordre du jour. Dans d'autres, comme le Pérou, la Colombie²² ou le Chili, cette dernière connaît des vicissitudes, les réformes étant amorcées, puis abandonnées, avant d'être éventuellement reprises... Même si ces hésitations sont critiquables, elles montrent malgré tout qu'une réflexion est conduite. Il n'en va pas forcément de même en France.

b) Une réflexion embryonnaire en France sur la nécessité de consacrer un droit fondamental à l'eau

La Constitution française de 1958 en tant que telle ne consacre que très peu de droits fondamentaux en faveur de ses citoyens. C'est grâce à l'œuvre prétorienne du

21 - En espagnol, la Constitution dit «fundamentalísimo» ce qui marque un superlatif.

22 - La révision constitutionnelle de 2016 a finalement été enterrée le 7 décembre 2016 par les parlementaires, sans que l'on sache si elle reprendra son cours en 2017.

Conseil constitutionnel et à sa décision fondatrice du 16 juillet 1971 (n° 71-44 DC) que la valeur constitutionnelle de son Préambule a été confirmée et que, par ricochet, les textes visés dans celui-ci se sont vus accorder un rang comparable. Ainsi, depuis lors, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (qui consacre des droits civils et politiques) et le Préambule de la Constitution de 1946 (qui consacre des droits économiques et sociaux) font partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ayant par ailleurs découvert 9 «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» (qui sont des droits innomés).

Cette liste a été complétée en 2005 par le constituant qui a choisi de réviser la Constitution afin que son Préambule se réfère également à un nouveau texte, la «Charte de l'environnement». Cette dernière contient 10 articles qui proclament divers droits et quelques devoirs, allant du principe de prévention (article 3), à celui de réparation (article 4), au principe de précaution (article 5), aux droits d'information et de participation en matière environnementale (article 7). Comme le note un auteur (Th-S Renoux et M. de Villiers, 2017), «l'idée du constituant (était) de prendre acte du «caractère procédural» du droit à l'environnement». Il n'est donc pas étonnant que le sujet de l'eau n'ait pas été abordé, que ce soit en tant que question environnementale ou - encore moins - en tant que droit fondamental! Comme s'il n'existait aucun souci à se faire en la matière!

Il serait tentant d'en conclure que les français sont totalement insouciant, mais cela serait néanmoins inexact. Certes la plupart d'entre eux n'ont aucune conscience du danger pesant au-dessus de leur tête, mais certaines associations très militantes comme *France Libertés* ou les «collectifs de l'eau»²³, par exemple, ont obtenu des avancées notables ces dernières années. Comme dans tous les Etats du monde, l'élévation au rang constitutionnel du droit fondamental à l'eau se heurte à des arguments fallacieux. Le premier d'entre eux déplore, ainsi, son caractère de droit à prestation, lequel met à la charge de la collectivité des obligations positives très coûteuses. Le second argument vise quant à lui le caractère vague et indéterminé d'un tel droit et donc son impossible concrétisation. Le troisième est économique, les opposants au droit à l'eau faisant valoir que sa reconnaissance aurait la double conséquence de rendre l'eau gratuite et/ ou d'exonérer les usagers de payer leurs factures. Evidemment l'ensemble de ces arguments est

aisément réfutable puisqu'il a de longue date été démontré que tous les droits, qu'ils soient libertés ou créances, imposent des actions positives premières ou secondes à l'Etat, en partie coûteuses et en partie non coûteuses.

En outre, le caractère vague d'une disposition n'a jamais constitué un problème puisque, d'une part, c'est un critère totalement subjectif, d'autre part, il est toujours possible de l'interpréter pour déterminer clairement sa signification. S'agissant enfin des arguments économiques, ils peuvent aussi être balayés car le but de la constitutionnalisation de ce droit n'a jamais été de proposer une gratuité de l'eau mais une protection des citoyens. Cette contre-argumentation n'a cependant pas produit les effets escomptés et les associations, ne pouvant faire bouger le constituant, ont donc choisi de viser un peu plus bas, en se bornant à demander une reconnaissance législative d'un droit humain à l'eau.

Contre toute attente, ces dernières ont été entendues par le Parlement français qui a commencé à voter une proposition de loi n° 2715 déposée à l'Assemblée nationale le 8 avril 2015 «visant à la mise en œuvre effective du droit humain à l'eau potable et à l'assainissement». L'exposé initial des motifs insiste sur le fait qu'en France le droit à l'eau potable n'est pas encore effectif pour tous en dépit de l'article L 210-1 du Code de l'environnement qui dispose que «chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable, dans des conditions économiquement acceptables par tous». Il souligne, en outre, qu'en dépit de ses obligations internationales, la France n'a toujours pas reconnu explicitement et en toutes lettres un droit fondamental à l'eau potable. Aussi, le Parlement est-il invité à le faire dans les meilleurs délais.

Cette proposition de loi prévoit donc la création d'un nouvel article L. 1314-1 dans le Code Général de la Santé, en vertu duquel il serait désormais inscrit que «Le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme garanti par l'État. Il comprend le droit, pour chaque personne: 1° De disposer chaque jour d'une quantité suffisante d'eau potable pour répondre à ses besoins élémentaires; 2° De disposer ou d'accéder aux équipements lui permettant d'assurer son hygiène, son intimité et sa dignité; 3° D'utiliser les services et réseaux d'assainissement dans des conditions compatibles avec ses ressources (...)».

23 - Il en existe des dizaines en France qui, tous, se battent en faveur des usagers de l'eau.

Cet article serait complété par un article L 1314-2 faisant obligation aux collectivités territoriales de mettre sur leur territoire des points d'eau gratuits et non discriminatoires destinés à l'accès public, ainsi que des toilettes et des douches publiques. Enfin, un article L 115-3-1 serait ajouté dans le Code de l'Action Sociale et des Familles selon lequel «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 préventive de la collectivité pour disposer de l'eau potable nécessaire à ses besoins élémentaires, sans préjudice des dispositions sur l'aide curative résultant de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990. Sont considérées comme éprouvant des difficultés particulières au sens de cet article, les personnes ou familles dont les dépenses forfaitaires d'eau potable pour les besoins élémentaires dépassent 3% de leurs ressources disponibles, lorsque la consommation d'eau est de 50 m³ par an par unité de consommation».

Si les avancées semblent concrètes, on notera pour être tout à fait exacte que ce texte a bien été voté en première lecture par l'Assemblée nationale mais que le Sénat a seulement commencé à l'examiner en février 2017, alors que le mandat des parlementaires prendra fin en mai 2017. Il y a donc peu de chance que la loi soit adoptée avant les élections présidentielle et parlementaire du printemps 2017 et tout changement de majorité risque d'enterrer définitivement ce vote. L'affaire est donc à suivre, sans qu'il soit possible de faire preuve d'un grand optimisme car, dans l'ombre, les multinationales tentent de leur côté d'influer sur le travail parlementaire²⁴. En tout état de cause, cette consécration si elle aboutit un jour sera trompeuse car le droit, bien que dénommé fondamental par la loi, ne possèdera qu'une valeur législative qui ne liera pas le Parlement. Il reste à voir si la jurisprudence constitutionnelle peut être plus audacieuse que le Parlement.

2. UNE CONSECRATION PRETORIENNE EN CAS DE SILENCE DE LA CONSTITUTION

Remarquons immédiatement que les juges constitutionnels sud-américains ont fait preuve de beaucoup plus d'audace que le Conseil constitutionnel français.

2.1. Des jurisprudences constitutionnelles audacieuses en Amérique du Sud

Le silence de la Constitution n'est pas nécessairement synonyme d'un désintérêt des Etats relativement à la question de l'eau. D'une part, car souvent ceux-ci sont dotés de législations plus ou moins protectrices, comme c'est le cas en France par exemple. D'autre part, car il arrive que le juge constitutionnel ait lui-même donné valeur constitutionnelle à ce droit en faisant une interprétation amplifiante de la Constitution.

Bien qu'il ne soit matériellement pas possible de dresser une analyse exhaustive de chaque jurisprudence constitutionnelle, quelques points communs méritent d'être relevés. Ce qui frappe, ce sont les hésitations, les tâtonnements des juridictions constitutionnelles. Ainsi, des interrogations comparables sont apparues de chaque côté des Andes: sur quel fondement constitutionnel est-il possible de protéger ce droit? Faut-il le consacrer comme un droit autonome ou seulement comme un droit connexe ou dérivé d'autres droits fondamentaux?

S'agissant à proprement parler du fondement juridique, les juridictions constitutionnelles ont opté pour plusieurs solutions, en fonction de la rédaction de leur propre Constitution.

Ainsi, nombre d'entre elles contiennent une «*clausula abierta*» (clause ouverte) énonçant que la reconnaissance explicite des droits faite par la Constitution considérée (voire les traités internationaux) n'exclut pas la protection de droits de nature analogue dérivés de l'égalité des personnes et des peuples ou de la dignité humaine. C'est en se fondant sur cette clause que les juridictions constitutionnelles bolivienne et péruvienne ont par exemple reconnu le droit fondamental à l'eau. En effet, alors que la Constitution bolivienne de 1967 (révisée en 1994 et 2004) ne mentionnait pas le droit à l'eau dans son catalogue de droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel plurinational a mobilisé son article 35 sur «*les droits non énumérés*» pour développer une jurisprudence avant-gardiste et protectrice au début des années 2000.

Ainsi, la première sentence à avoir fait référence au droit à l'eau date de 2001²⁵, le Tribunal ayant interdit que les

24 - Comme le note F. Lérique, «Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau», *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 1097: «le projet de loi sur la transition énergétique, via un amendement déposé au Sénat, prévoyait de revenir sur la disposition de l'article L 115-3 du CASF en autorisant les coupures pour les consommateurs indécents de mauvaise foi».

25 - 14 décembre 2001, n° 1332/01-R. Sur la question, v. J.-O Mostajo Barrios, «El derecho humano al agua : su reconocimiento y contenido», *Revista Boliviana de Derecho Nacional y Internacional*, 2016, consultable in <http://desa1.cejamerica.org>

fournisseurs privés puissent inscrire dans leurs contrats un droit unilatéral de couper l'eau (et donc de se faire justice eux-mêmes) si l'unique faute reprochée était le non-paiement des factures. Puis, dans cette période, la sentence n° 659/2002-R du 7 décembre 2002 a donné corps à ce nouveau droit fondamental en établissant une relation entre celui-ci, la vie, la sécurité et la santé (et donc la prohibition des coupures d'eau). Au Pérou, le juge constitutionnel a procédé de manière comparable dans les sentences de principe n° 6534-2006-PA/TC y n° 6546-2006-PA/TC (publiées en 2007), se fondant sur l'article 3 de la Constitution relatif aux «*droits fondamentaux non énumérés*», pour reconnaître l'existence du droit fondamental à l'eau.

Il est également possible que la «*clause des droits non énumérés*» n'ait pas servi de fondement direct au développement de la jurisprudence sur l'eau, la fondamentalité de ce droit ayant été déduite de sa connexité avec d'autres droits fondamentaux explicites. On retrouve ce schéma en Colombie où la juridiction constitutionnelle a longuement tâtonné, rendant les systématisations doctrinales difficiles²⁶. Par exemple, si la sentence T 578/92 est considérée comme la première à avoir pressenti l'existence d'un droit fondamental à l'eau en énonçant que «*l'eau constitue une source de vie (...) et que le service public d'aqueduc et d'assainissement, dans la mesure où il affecte la vie des personnes (CP art. 11), la salubrité publique (CP arts. 365 y 366) ou la santé (CP art. 49), est un droit constitutionnel fondamental*», celles rendues la même année se montrent beaucoup plus réservées²⁷.

Au final, plusieurs périodes peuvent être grosso modo distinguées. Dans la première, allant de 1993 à 1999, la Cour a développé le concept de droit fondamental par connexité, ce dernier étant «*un droit qui n'apparaît pas en tant que tel dans la Constitution, chapitre 1, paragraphe 2, relatif aux droits constitutionnels fondamentaux mais qui est considéré comme tel en vertu de son lien intime et incontestable avec ceux-ci*». Les sentences ont alors surtout insisté sur le lien existant entre l'accès à l'eau potable et la préservation de droits comme celui à la vie, à la santé ou à l'égalité, afin de l'inclure dans le champ d'application de la procédure de tutelle. La période suivante, de 2000 à 2010, s'apparente quant à elle à une période de consolidation de la jurisprudence antérieure, la Cour restreignant le caractère fondamental du droit aux

cas où l'eau potable est utilisée pour la consommation humaine.

Enfin, à partir de 2011, la jurisprudence devient plus ferme, puisque la sentence T 55/11 a reconnu «*que l'eau apte à la consommation humaine est un droit fondamental, tout comme le caractère essentiel du service d'aqueduc en tant que moyen d'accès à l'eau potable*». On notera dans ce pays une sorte d'inversion des valeurs puisqu'au départ le droit à l'eau a été perçu comme connexe à des droits fondamentaux explicites, avant d'être reconnu en tant que tel, puis d'être perçu (dans sa dimension «*accès à l'eau potable*») comme «*un droit fondamental duquel dépendent les autres droits*» (v. sentence T 541/13 du 16 août 2013).

Dans tous les cas, l'œuvre prétorienne des juges constitutionnels est à la fois justifiée et finalisée par les textes mêmes des Constitutions qui lient la raison d'être de l'Etat «*à la défense de la personne humaine et au respect de sa dignité*» (Pérou), «*au service de la communauté, à la promotion de la prospérité générale et à la garantie de l'effectivité des principes, droits et devoirs consacrés dans la Constitution (...)*» (Colombie), «*à la garantie sans discrimination aucune de la jouissance effective des droits établis dans la Constitution et les instruments internationaux, en particulier l'éducation, la santé, l'alimentation, la sécurité sociale et l'eau (...)*» (Equateur).

Enfin, l'influence des traités internationaux sur l'interprétation des articles constitutionnels n'est pas à négliger car les juridictions s'en sont souvent inspirées pour développer leur jurisprudence sur l'eau, comme le montrent les sentences péruviennes ou colombiennes par exemple. La juridiction de Colombie, comme l'y invite l'article 93 de sa Constitution, dans une sentence T 740/11 a ainsi vu dans l'Observation Générale n° 15 de 2002 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels «*une des plus grandes avancées dans la reconnaissance du droit à l'eau en tant que droit humain*», ne manquant pas de s'en inspirer pour donner en droit constitutionnel un contenu essentiel au droit considéré. Nous y reviendrons.

D'une façon générale, et quel que soit l'Etat considéré, on ne peut pas nier le rôle innovant et moteur que les juges ont pu jouer quant à la reconnaissance du droit fondamental à l'eau, lequel vient souvent pallier l'inertie

26 - En ce sens, les différences de présentation de la jurisprudence d'un auteur à l'autre. G. Lopez Daza, «*Constitution et droits sociaux*», *Ann. Int. Just. Const.*, 2015, p. 203.

27 - Sur la question, G. Dario Isaza Cardoso, *El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia*, Trabajo presentado para optar al título de magister en derecho administrativo, Universidad colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de jurisprudencia, Bogotá, 2014, consultable in <http://repository.urosario.edu.co>

des constituants ou des législateurs, pour ne pas dire leur servir de prétexte pour ne pas franchir le pas d'une révision constitutionnelle. Alors que toute révision de la Constitution fédérale semble dépourvue d'actualité, la Cour Suprême de la Nation Argentine dans un jugement en date du 2 décembre 2014 a elle aussi adopté une position tranchée et fondatrice en la matière, en faisant valoir que «*l'accès à l'eau est un droit humain essentiel, et donc pas une marchandise, imprescriptible, inaliénable (non vendable) et indivisible. C'est un bien commun*». En outre, certaines provinces argentines étant touchées par des problèmes de contamination à l'arsenic, la Cour a souligné qu'il entre dans la compétence des Etats fédérés de procurer obligatoirement une eau potable et sûre aux habitants²⁸.

2.2. Une jurisprudence constitutionnelle en demie teinte en France

Qu'on ne s'y trompe pas. En dépit des lois et des belles paroles des distributeurs d'eau –qu'ils soient publics ou privés– ces derniers n'hésitent pas à bafouer impunément les droits des usagers et les juges ordinaires (judiciaires et administratifs) ont fort à faire. Ainsi les associations militantes ont montré qu'en dépit de l'interdiction énoncée dans l'article L 115-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles de couper l'eau dans une résidence principale pour non-paiement des factures, les distributeurs continuent ponctuellement à le faire en estimant que quelqu'un qui ne paie pas sa facture est forcément de mauvaise foi, à charge pour ladite personne de démontrer que tel n'est pas le cas²⁹.

Mais d'autres pratiques, plus sournoises, sont aussi utilisées. La première consiste à réduire drastiquement le débit d'eau (à faire du «lenticillage», donc). Or, cela est aussi interdit en France car une telle réduction ne permet pas de vivre dignement³⁰. La seconde consiste quant à elle à infliger des amendes aux mauvais payeurs, cette sanction n'étant nulle part prévue par la loi. Comme ont pu le claironner certains services de recouvrement de Veolia

et de la SAUR, «nous imposons notre propre loi», toutes les pratiques étant bonnes pour récupérer les sommes dues immédiatement et en intégralité, le tout augmenté de frais de coupures ou de réduction de débit exorbitants.

Le combat fait donc rage en France entre les distributeurs et les usagers, les textes de loi étant pris en otage entre les interprétations qu'en font les uns et les autres. C'est ainsi qu'en 2015 la SAUR a formé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC³¹) contre l'article L 115-3 du Code de l'Action Sociale (dans sa version de 2013), mettant ouvertement en cause sa constitutionnalité. Plus exactement, elle soutenait que «les dispositions contestées, en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la fourniture du service pour défaut de paiement, même en dehors de la période hivernale, sans prévoir de contre-partie et sans que cette interdiction générale et absolue soit justifiée par la situation de précarité des usagers, ne sont pas justifiées par un motif d'intérêt général et, dès lors, méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre».

Malheureusement pour la SAUR, dans la décision n° 2015-470 QPC du 8 avril 2015, le Conseil constitutionnel n'a pas fait droit à ces arguments, en jugeant le contraire sur le fondement des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'objectif de valeur constitutionnelle de «*la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent*». Il a ainsi considéré

...qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau; que le législateur, en

28 - Sur la question, v. A. Faccendi, «Un fallo de la corte suprema de la nacion argentina reconoce el derecho al agua», consultable in www.rampredre.net

29 - Ce qui est concrètement impossible puisqu'il n'existe pas de services clients à qui s'adresser, mais uniquement des services de recouvrement !

30 - Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, n° 15/03339 du 4 mai 2016.

Comme partout dans le monde, trop peu d'eau ne permet pas de boire, de se laver, de cuisiner. Mais en plus, les normes occidentales du confort étant particulièrement élevées, manquer d'eau c'est aussi ne pas pouvoir utiliser sa machine à laver le linge, voire son système de chauffage (ce qui est problématique dans un pays où les hivers sont rigoureux). Pour l'anecdote, on estime en France qu'il faut 49 litres d'eau pour prendre une douche et qu'avec un «lenticillage» de l'installation la personne concernée mettrait plus de 2h30 à se laver !

31 - Article 61-1 de la Constitution: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

Nous reviendrons en détail plus loin sur les arguments avancés par la seule et unique décision constitutionnelle relative au droit à l'eau en France à ce jour. Nous nous bornerons pour l'instant à relever que cette décision a été très bien reçue par les associations de consommateurs qui ont vu en elle une avancée de premier ordre dans la mesure où elle conforte le dispositif prévu par l'article L 115-3 du CASF et bat en brèche les libertés contractuelle et d'entreprendre. Pour autant il est permis d'être plus nuancé car le Conseil constitutionnel a pris grand soin de ne pas employer l'expression «droit fondamental» pour désigner le droit d'accès à l'eau. S'il «assimile ainsi la garantie du droit d'accès à l'eau – et donc le droit à l'eau en lui-même – à un besoin essentiel de la personne» (F. Lérique, 2015), il rattache celui-ci à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

Or, en France, un objectif de valeur constitutionnelle (OVC) n'est pas un droit fondamental. Cette catégorie est assez difficile à cerner car elle n'est pas consacrée par la Constitution et n'a pas fait l'objet d'une définition par le Conseil constitutionnel qui n'a jamais expliqué les conditions lui permettant de reconnaître de tels objectifs. On s'accorde à retenir la définition qu'en propose P. de Montalivet (2006) dans sa thèse selon qui les OVC «sont des buts constitutionnels vers lesquels doit tendre l'action du législateur en vue d'une plus grande effectivité des droits et libertés constitutionnels». Ils traduisent ainsi l'idée que l'effectivité de ces derniers est conditionnée par un certain nombre d'obligations positives pesant sur les pouvoirs publics. Parmi tous les OVC reconnus, tous ne sont pas justiciables de la QPC qui, rappelons-le, ne peut être formée qu'à l'encontre des dispositions législatives qui portent atteinte «aux droits et libertés que la Constitution reconnaît»³². En l'occurrence tel est bien le cas pour l'OVC relatif au logement décent et, par ricochet, l'accès à l'eau. Mais, cette consécration de l'accès à l'eau en tant qu'OVC ne doit pas tromper elle n'a pour conséquence pratique de que de justifier, renforcer et légitimer l'action du législateur en faveur des usagers de l'eau. Un tel OVC n'est pas mobilisable par ces derniers contre les distributeurs dans un procès ordinaire, devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Ceci car telle n'est pas la vocation d'un OVC qui n'est qu'un but assigné implicitement par la Constitution au législateur et

non un droit subjectif de défense ou un droit créance.

Dans sa grande majorité, la doctrine française s'est interrogée sur la pertinence d'une telle consécration. Pourquoi avoir adossé le droit d'accès à l'eau au droit au logement décent dans la mesure où rien ne l'imposait ? Pourquoi ne pas l'avoir fait découler du droit constitutionnel à la dignité humaine ce qui lui aurait donné une véritable force ? La décision du Conseil constitutionnel ne fournit aucune explication sur ce point, comme si le juge avait voulu ménager la chèvre et le chou, autrement dit les usagers et la susceptibilité de multinationales françaises très rentables. En outre, comme le relève F. Lérique (2015), il n'est pas évident qu'un tel choix «constitue une garantie suffisante pour le droit à l'eau» qui ne s'applique qu'à condition que le droit au logement, lui-même simple OVC, soit effectif. Or, c'est loin d'être le cas en France, surtout dans les zones où le marché du logement est tendu. En d'autres termes, le droit à l'eau a fait son entrée dans le droit constitutionnel français par une toute petite porte. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement utile de poursuivre cette étude en regardant de quelle façon le droit fondamental à l'eau a pu être appréhendé par les juridictions constitutionnelles sud-américaines afin de montrer qu'il est possible de donner un contenu essentiel substantiel à celui-ci qui permet de protéger les usagers de l'eau.

3. QU'EST-CE QUE LE DROIT FONDAMENTAL A L'EAU?

Si la consécration au rang constitutionnel du droit à l'eau ne fait pas l'unanimité c'est évidemment en raison de la difficulté à cerner son contenu essentiel, les obligations qu'il met à la charge des Etats et leur coût, tout comme ses répercussions plus larges sur la protection des autres droits fondamentaux ou sur l'économie. En effet, le but de cette élévation normative ne peut pas se limiter à reconnaître l'existence de l'eau, ni à lui rendre un hommage constitutionnel... Il faut donc que les constituants et les juridictions constitutionnelles s'engagent... Le but des développements suivants est donc d'analyser les solutions retenues en Amérique du sud afin de voir si ces dernières pourraient, de façon prospective, servir d'exemples à la France.

3.1. Quelle définition pour l'eau?

Il est intéressant de relever que les Etats sud-américains ne se sont pas bornés à essayer de conceptualiser le droit fondamental à l'eau, mais se sont pour beaucoup attachés à donner une définition de ce liquide, laquelle est loin

32 - Article 61-1 de la Constitution française.

d'être neutre. On retrouve essentiellement 3 façons de la décrire, lesquelles peuvent être ou non cumulatives en fonction des Etats.

L'eau est tout d'abord appréhendée comme une ressource naturelle vitale et essentielle pour les humains et la nature. Les Constitutions de la Bolivie, de l'Equateur ou de l'Uruguay l'énoncent sans l'ombre d'une ambiguïté, tandis que les jurisprudences constitutionnelles des Etats où le droit fondamental n'est pas explicitement reconnu, procèdent de même. La Cour constitutionnelle colombienne, dans une sentence de 2007, T 270/07 (à laquelle le Tribunal constitutionnel bolivien se plaît à faire référence très régulièrement dans ses propres décisions) a ainsi conclu que «*l'eau est une ressource naturelle limitée et un bien public fondamental pour la vie et la santé*». Il y a un consensus sur ce point qui ne paraît pas faire débat.

Mais, plus précisément, c'est l'eau potable qui est implicitement ou expressément visée en tant qu'élément vital. Il découle de cela plusieurs conséquences, comme nous le verrons, tant pour l'Etat qui se voit assigner un certain nombre d'obligations positives -dont celle de l'assainissement- que dans la priorité donnée aux usages de cette eau. Ainsi, c'est l'eau potable pour la consommation humaine qui est protégée et non pour l'agriculture (sauf si l'eau est nécessaire à une agriculture traditionnelle de subsistance), le commerce ou l'industrie. A ce sujet il n'est pas rare que les textes constitutionnels ou les jurisprudences établissent une priorité absolue des besoins humains en eau sur ceux des industries, a fortiori des industries privées. En ce sens la Constitution de la République dominicaine est particulièrement emblématique en ce qu'elle énonce que «*La consommation humaine d'eau a priorité sur n'importe quel autre usage*».

Enfin, bien que cela ne soit pas consensuel partout, on retrouve dans un certain nombre de Constitutions ou de jurisprudences une définition économique de l'eau, voyant dans celle-ci «*un bien public inaliénable*» ou «*un patrimoine stratégique national*». Sur ce point, notons malgré tout que la notion de «bien public» peut ne pas

revêtir la même signification ou la même portée en fonction des pays. L'idée souvent sous-jacente est de refuser de considérer l'eau comme une banale marchandise et donc de s'opposer à une appropriation de cette dernière par des entreprises privées, l'Etat (ou assimilé) devant directement orienter, diriger et gérer l'eau. Il en est ainsi en Equateur où la Constitution est très protectrice, l'eau étant appréhendée comme un bien collectif, propriété de la société et ne pouvant faire l'objet d'un quelconque négoce ou, pire, d'une privatisation.

Mieux, l'idée de patrimoine stratégique national, va jusqu'à imposer à l'Etat d'en faire une gestion raisonnée afin de préserver les intérêts des générations futures. A l'opposé, le Chili s'inscrit, quant à lui, dans une problématique très différente. En 2016, des réformes du Code des eaux et de la Constitution se sont heurtées à de vives réactions des lobbys agricoles et industriels (les mines en particulier) contre la reconnaissance de l'eau en tant que bien public³³ ou contre l'introduction d'une priorité en faveur des usages humains et domestiques (Segovia M., 2016). Si les deux réformes n'ont pas totalement échoué, elles n'ont pu conduire qu'à l'adoption de mesures en demies teintes, sur lesquelles l'année 2017 devrait offrir une meilleure lisibilité.

En France, les choses sont très différentes. Ni la Constitution, ni le Conseil constitutionnel n'ont donné une définition de l'eau, la décision n° 2015-470 QPC ne prenant même pas la peine d'insister sur le fait que l'accès à l'eau est un accès à de l'eau potable. Par ailleurs, les réflexions au rang constitutionnel ne sont pas suffisamment avancées pour deviner si un jour le Conseil constitutionnel risquerait ou pas de consacrer la priorité des besoins humains en eau sur ceux des industries. Quant à la qualification de l'eau en tant que «bien public», il y a de très fortes chances que le juge constitutionnel la rejette ne serait-ce que pour éviter de mettre la France en porte à faux quant à l'Union européenne qui, bien qu'elle ait affirmé hypocritement dès la Directive cadre de 2000³⁴ que «l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel», est loin de se montrer hostile à une privatisation des marchés de l'eau³⁵. Et pourtant, il existe

33 - Les industries minières, en particulier, se sont offusquées du fait que leur droit de propriété perpétuel sur l'eau deviendrait une concession temporaire, les obligeant à informer et à solliciter des permis pour utiliser les eaux, avec de surcroît des clauses environnementales à respecter.

34 - Directive établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau n° 2000/60/CE.

35 - Ainsi, la privatisation des services de l'eau, notamment en Grèce et au Portugal, est l'une des conditions imposées dans le cadre des plans de sauvetage des années 2010. Or, en adoptant une telle position, la Commission européenne enfreint certains articles du TUE prévoyant sa neutralité concernant le régime de propriété des services de l'eau. Le Parlement européen semble quant à lui plus sensibilisé quant à la nécessité de reconnaître un droit humain à l'eau. Voir A. Poydenot, « Les organisations continentales et le droit à l'eau », consultable in <http://www.rampredre.net>.

un mouvement citoyen dans l'Union européenne et en France très militant, exigeant que l'eau soit officiellement reconnue par les Etats et les traités de l'UE comme un bien public, afin que cessent les privatisations.

3.2. Où inscrire le droit fondamental à l'eau dans les textes constitutionnels?

Dans les Constitutions sud-américaines, l'eau n'est pas forcément traitée dans des chapitres comparables d'un Etat à un autre et, au sein d'un même texte, elle peut être ou pas visée par un ou plusieurs chapitres. Or, l'organisation d'une Constitution n'est jamais anodine en fonction de ce que l'Etat veut mettre ou non en avant, et le classement de tel ou tel droit fondamental peut avoir des conséquences directes sur sa protection.

On constate que lorsque les Constitutions ne consacrent pas un droit fondamental à l'eau en tant que tel, il n'est pas rare que l'eau soit quand même visée dans un titre ou un chapitre relatif à l'environnement. Il en est ainsi au Guatemala où l'article 97 «*Environnement et équilibre écologique*» impose aux autorités publiques d'adopter toutes les normes nécessaires pour garantir que l'utilisation et l'exploitation de la faune, de la flore, de la terre et de l'eau se fassent de façon rationnelle et sans gaspillage. Au Panama, l'article 114 situé au chapitre relatif au «*Régime écologique*» affirme que le devoir fondamental de l'Etat est de garantir que l'air, l'eau et les aliments satisfassent au développement adéquat de la vie humaine. Mais ce n'est pas toujours le cas, puisque la Constitution colombienne qui ne vise l'eau que dans son article 366, le fait dans le chapitre relatif à la «*Finalité sociale de l'Etat et des services publics*», lequel met à sa charge le soin d'apporter des solutions aux «*besoins insatisfaits de santé, d'éducation, d'assainissement et d'eau potable*» de la population.

Dans les autres Constitutions, les consécutions diffèrent. En République dominicaine, c'est l'article 15 sur les ressources en eau, situé dans le chapitre sur les «*Ressources naturelles*» qui définit l'eau et donne priorité à la consommation humaine sur n'importe quelle autre utilisation. En revanche, au Mexique et en Bolivie, le droit fondamental à l'eau figure en début de Constitution, respectivement dans le chapitre «*Droits de l'homme et garanties*» et «*Droits fondamentaux*». Dans ce dernier pays, il est révélateur de son importance que le droit à l'eau soit inscrit avant même les droits civils et politiques. En Equateur, il apparaît dans le chapitre consacré au

«*Buen vivir*», littéralement au «*Bien vivre*».

Le cas de l'Equateur mérite de plus amples explications car la démarche de ce petit Etat est très originale. Le préambule de la Constitution de 2008 explique ainsi que ce dernier a décidé de mettre en place une nouvelle forme de coexistence urbaine, en harmonie avec la nature, pour réaliser le «*Bien vivre*» (Hermosa Quishpe J.-D, 2014). Cette conception provient d'un constat implacable, également réalisé dans la Constitution bolivienne : le caractère insoutenable des modèles de développement économiques proposés par les sociétés de type occidental, le changement climatique et la très forte disparité des richesses. Elle trouve son origine dans les structures des sociétés indigènes ancestrales, elles-mêmes sous-tendues par une volonté de «*bien vivre*», mais «*pourrait tout aussi bien rejoindre les philosophies universelles aristotéliennes, marxistes, féministes, coopérativistes ou humanistes*»³⁶.

Elle implique donc que le développement économique ne soit pas le seul objectif à poursuivre, les équatoriens pouvant aussi prétendre vivre dans un environnement sain, écologiquement équilibré et sur la base d'un développement durable, le tout incluant non seulement un respect de la «*mère Terre*», mais aussi des droits à bien s'alimenter, à bien dormir, à danser ... Elle implique également une idée étrangère à nos modes de raisonnement occidentaux, selon laquelle nul ne peut gagner si tout le monde ne gagne pas également.

En conséquence de quoi, la Constitution de l'Equateur débute par un chapitre consacré aux «*Droits du bien vivre*», lequel regroupe le droit à l'eau et à l'alimentation, le droit à un environnement sain, le droit à la communication et à l'information, le droit à la culture et à la science, le droit à l'éducation, le droit au logement et le droit à la santé. Ces derniers possèdent une valeur équivalente à tous les autres droits, toute hiérarchisation au sein du texte constitutionnel ayant été refusée de façon explicite.

3.3. Quels titulaires pour le droit fondamental à l'eau?

Déterminer les titulaires du droit fondamental à l'eau est moins aisé qu'il n'y paraît en première analyse.

Bien sûr, la personne humaine, qu'elle soit masculine ou féminine, quel que soit son âge, en est la première bénéficiaire, sans qu'il n'y ait aucune équivoque ou débat sur ce point. Le droit fondamental à l'eau est d'abord un

36 - Acosta, Vivir bien paradigma no capitalista, 2011, p. 190, cité par Hermosa Quishpe Jenny Daniel, ibid, p. 80.

droit de l'individu. Il reste malgré tout à se demander, si certaines d'entre eux ne sont pas prioritaires par rapport à d'autres? Un rapide tour d'horizon des jurisprudences montre que tel peut bien être le cas dans certains Etats où les plus vulnérables comme les enfants, les personnes malades ou les personnes âgées voient leur droit fondamental à l'eau particulièrement protégé³⁷, ce qui correspond aux exigences internationales.

Une catégorie de population doit également être considérée à part: celle des indigènes à qui les Constitutions équatorienne et bolivienne, en particulier, réservent une place particulière. Considérés comme des peuples premiers de paysans, dont l'existence et la présence en Amérique du sud est bien antérieure à celles des colonisateurs, leurs traditions et droits ancestraux se voient reconnus et dotés d'une protection spéciale. Ce sont ainsi des visions particulières de la vie, de la société, de la propriété, de la cosmovision qui se trouvent prises en compte par les textes fondamentaux, à 1000 lieues de nos considérations françaises refusant tout communautarisme.

Or, s'agissant de l'eau, l'approche des populations indigènes diffère radicalement de ce que nous connaissons, ne serait-ce que dans l'appréhension culturelle du précieux liquide. A ce sujet, les juridictions ont généralement adopté des positions protectrices, comme a pu le faire le Tribunal constitutionnel bolivien dans la sentence n° 156/2010-R du 17 mai 2010 dans laquelle il a énoncé que le droit à l'eau est à la fois un droit individuel et un droit communautaire collectif, aucun de ces deux aspects ne pouvant prévaloir sur l'autre ou être considérés comme contradictoires. S'agissant de son aspect collectif, celui-ci tire sa protection des chapitres relatifs aux «*Droits des nations et peuples indigènes premiers*» et appelle des jugements en conformité avec leurs formes d'organisation et leurs conceptions culturelles propres. C'est ainsi que pour les indigènes vivant d'une agriculture de subsistance, le droit fondamental à l'eau peut englober le droit d'irriguer leurs cultures afin de pouvoir s'alimenter (alors que normalement il n'est pas applicable aux activités agricoles «normales»).

Enfin, relevons d'une façon encore plus originale par rapport à nos conceptions occidentales, que l'Equateur est le premier Etat au monde à avoir reconnu l'eau comme un droit de la nature. Dans cette approche, il est considéré que l'eau possède une valeur intrinsèque qui dépasse sa simple utilité pour les êtres humains ou la valeur que ces

derniers consentent à lui accorder. Ce droit trouve ses origines dans les luttes ayant secoué ce pays quant au saccage de la nature notamment par les activités d'extraction de matières premières comme le pétrole. Ainsi, les articles 71 et suivants de la Constitution proclament que cette dernière (appelée *Pacha Mama*) a le droit à ce que soient respectés intégralement le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, de ses structures, fonctions et processus évolutifs et donc les cycles de l'eau, la protection des sources et la qualité des eaux. Toute personne, communauté ou peuple peut exiger des autorités publiques l'accomplissement des droits de la nature, en particulier la restauration concrète de celle-ci et, en amont, l'organisation de mesures pour la protéger et restreindre les activités susceptibles d'altérer les écosystèmes.

En France, une lecture *in fine* de la décision n° 2015-470 QPC montre que le Conseil constitutionnel a confirmé que le législateur était fondé à protéger l'accès à l'eau des individus. Il serait impossible dans ce pays qu'une jurisprudence naisse sur les droits des communautés ou des minorités car la Constitution actuelle interdit formellement de le faire, la France ne connaissant que le «peuple français» selon une vision égalitariste héritée de la Révolution. Quant à la consécration de droits constitutionnels en faveur de la nature sujet de droit, cette conception est si éloignée du mode de pensée occidental voyant dans cette dernière un ennemi à dompter, qu'elle serait tout simplement écartée, voire bêtement moquée.

3.4. Le droit fondamental à l'eau, un concept difficile à cerner

Ce qui frappe à la lecture des différentes Constitutions ou jurisprudences constitutionnelles, c'est la difficulté que les constituants et les juges, mais aussi la doctrine, ont eu pour cerner ce qu'est le droit fondamental à l'eau. Un point ne fait cependant pas débat : le fait que sa fondamentalité découle de son inscription dans des textes de valeur supra-législative, s'imposant donc à l'ensemble des pouvoirs publics et, plus largement, aux personnes privées (le caractère horizontal de ce droit, ne paraissant faire de doute nulle part).

a) Des dispositions constitutionnelles sources d'incertitudes

Aussi précise que puisse être une disposition constitutionnelle, elle recèle néanmoins toujours une part d'inconnu que l'interprétation doit révéler. S'agissant du

37 - Voir en particulier la Colombie.

droit fondamental à l'eau, c'est la nature de ce droit qui a pu poser difficulté à la doctrine et aux juges: s'agit-il d'une liberté ou d'un droit social, d'un «droit de» ou d'un «droit à» ...? De prime abord la question pourrait paraître uniquement théorique, mais elle a de véritables implications concrètes quant au rôle de l'Etat. Ce dernier peut-il se borner à en reconnaître l'existence et à seulement s'engager à ne pas y porter atteinte? Ou, au contraire, une fois la reconnaissance effectuée, a-t-il des obligations positives? Cette question a été centrale un peu partout car la véritable difficulté est d'ordre financière.

La théorie générale des droits fondamentaux a permis à la doctrine, notamment en référence aux travaux de Robert Alexy (1993), de dépasser ces hésitations et de proposer une solution. Il a ainsi été montré que le droit à l'eau met à la charge des Etats 3 types d'obligations que les individus peuvent lui opposer en fonction du problème qui se présente à eux. La première est bien entendu une obligation négative de le respecter, une fois celui-ci consacré. L'idée principale est que personne ne puisse être privé de la quantité journalière d'eau potable nécessaire à la satisfaction de ses besoins fondamentaux. En conséquence, les Etats doivent s'abstenir de faire quoi que ce soit qui restreigne ou empêche l'accès à l'eau potable, y compris de polluer les ressources en eau. Elle va de pair avec l'obligation de ne pas faire ou de permettre, directement ou indirectement, des discriminations dans l'accès à l'eau. Enfin, la troisième est une double obligation positive.

Elle se résout, d'abord, dans l'adoption d'une législation protectrice afin de rendre l'exercice du droit effectif, par exemple en interdisant que des tiers (personnes privées ou entreprises) puissent s'approprier les ressources en eau ou les polluer ou, au contraire, en posant une réglementation stricte sur la gestion privée de l'eau (quand la question se pose). Elle se résout, ensuite, dans l'adoption de mesures concrètes impliquant à titre premier les finances de l'Etat pour permettre l'accès à l'eau et sa jouissance, comme la construction de réseaux d'acheminement et d'assainissement de l'eau. Dit autrement, en fonction des aspects considérés, le droit à l'eau peut donc s'analyser soit comme un droit subjectif de défense mettant à la charge de l'Etat une obligation première de ne pas méconnaître et une obligation seconde de légiférer pour en permettre un exercice effectif ; soit comme un droit créance se résolvant dans une obligation première de faire (comme par exemple de mettre en place un service public). Dès lors, se borner à affirmer que le droit fondamental à l'eau fait partie des «droits économiques et sociaux» pour sous-entendre qu'il ne s'agit que d'un «droit à ...» à la justiciabilité

hasardeuse, est une erreur. Ou une prise de position de mauvaise foi pour discréditer son éventuelle reconnaissance.

Les juridictions constitutionnelles, quant à elles, se sont inscrites dans une ligne de raisonnement comparable. La généralité et la variété des dispositions garantissant le droit fondamental à l'eau sont telles qu'elles ont pu les interpréter soit en insistant sur le caractère défensif du droit soit, au contraire, sur son aspect positif, en fonction des affaires à traiter. Ainsi, dans une sentence du 8 novembre 2016, le Tribunal constitutionnel bolivien (SCP 1228/2016-S3) a rappelé que sur le fondement des articles 16 al.1 et 373 al.1 de la Constitution de 2009 le constituant avait interdit tout comportement visant à priver arbitrairement de ce droit ses titulaires. Dans une sentence du 5 avril 2012 (SCP 0052/2012), il avait d'ores et déjà relevé que le droit à l'eau ne pouvait être arbitrairement restreint ou supprimé par qui que ce soit, soulignant parfaitement le caractère défensif que peut parfois revêtir ce dernier. En revanche, dans une sentence SC 0559/2010-R il a déduit des mêmes articles constitutionnels que la Constitution avait non seulement institué un droit à l'eau, mais qu'au-delà d'une simple consécration, les constituants avaient voulu mettre à la charge de l'Etat des actions positives afin de permettre l'accès universel et équitable aux services d'eau potable. Une analyse proche a été faite par la Cour constitutionnelle colombienne qui, de façon pragmatique, a considéré que «tous les droits fondamentaux, aussi bien ceux de la première que de la seconde génération, sont positifs et négatifs, et par conséquent dépendent des distributions budgétaires de l'Etat» (Lopez Daza, 2015).

Ainsi dans une sentence T 143/10 la Cour a énoncé que le droit fondamental à l'eau possède des aspects négatifs et positifs à la charge de l'Etat et des particuliers (insistant en outre sur son caractère vertical et horizontal) afin de permettre à toute personne d'accéder à l'eau pour sa consommation personnelle. Plus précisément, elle a jugé que ce droit met tout d'abord à la charge de l'Etat ou des particuliers certaines obligations qui ne demandent aucun agissement positif spécifique, et qui, au contraire, sont mieux satisfaites par une abstention totale de leur part (en n'obstruant pas un ruisseau alimentant en eau potable une communauté ou en ne le polluant pas, par exemple). Mais, ce droit impose aussi à l'Etat ou aux entreprises de services publics des obligations d'agir très variées pour que le droit à l'eau potable soit satisfait, comme par exemple celui de raccorder les domiciles au réseau public d'eau, d'assainir l'eau acheminée ou plus largement d'élaborer des plans d'action publique quant à

l'acheminement et à l'assainissement de l'eau. Enfin, citons la Cour suprême du Mexique qui dans une décision du 12 août 2016 (n° 2012269) a rappelé que l'article 4 de la Constitution tel qu'interprété au regard des normes internationales oblige non seulement l'Etat à (faire) respecter et (faire) garantir le droit fondamental à l'eau, mais aussi à établir une stratégie pour permettre un accès et une utilisation équitable de l'eau potable dans le cadre d'un développement durable de l'exploitation des ressources en eau.

Relevons pour être exhaustif que certains juges constitutionnels ont aussi vu dans le droit à l'eau, non seulement un droit fondamental au sens où nous venons de le décrire, mais plus largement une valeur objective sous-tendant l'action de l'Etat. Au Pérou, en particulier, il a été jugé que l'eau est certes une ressource essentielle au maintien et au développement de l'existence et de la qualité de vie de l'être humain - contribuant à la consolidation d'autres droits fondamentaux comme le droit à la vie ou à la santé - mais est aussi, d'un point de vue extra personnel, en lien avec le développement social et économique du pays. Aussi le Tribunal constitutionnel péruvien considère-t-il que le rôle essentiel que possède l'eau tant pour les individus que pour la société permet de «situer son statut non seulement au niveau d'un droit fondamental, mais aussi d'une valeur objective que l'Etat constitutionnel se doit de privilégier» (sentence n° 6534-2006-AAITC de 2006).

En France, où la théorie générale des droits fondamentaux est largement reçue, la réflexion n'a pas encore vraiment décollé quant au droit à l'eau. Nous l'avons dit, le Conseil constitutionnel a clos le débat avant même qu'il ne débute sérieusement en qualifiant l'accès à l'eau d'objectif de valeur constitutionnelle.

b) Le rôle des jurisprudences constitutionnelles

Au vu des développements précédents, il est donc très clair que les juridictions constitutionnelles ont un rôle fondamental à jouer quant à l'explicitation de ce droit.

3.5. Quel contenu essentiel?

D'une façon générale les juridictions constitutionnelles ont fait un véritable effort pour donner un contenu essentiel au droit fondamental à l'eau.

En ce sens, la jurisprudence péruvienne mérite d'être mise en avant car le Tribunal constitutionnel en a

réalisé une analyse approfondie dans la sentence n° 6534-2006-PA/TC³⁸, en s'inspirant entre autres de l'Observation Générale n° 15 faite par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 2002.

Plus particulièrement, le Tribunal a énoncé, s'agissant du droit fondamental de l'individu à l'eau, que l'Etat se trouve dans l'obligation de garantir trois choses essentielles: l'accès, la qualité et le caractère suffisant, soulignant que sans la présence de ces 3 éléments, le droit à l'eau serait dénaturé. Pour lui, il n'est pas suffisant de proclamer l'existence d'un droit (en l'occurrence d'origine prétorienne) sans permettre sa jouissance effective en fixant des exigences minimales pour sa satisfaction.

L'accès à l'eau suppose, tout d'abord, que l'Etat crée, directement ou indirectement (par le biais de concessions) les conditions permettant un rapprochement de l'eau potable de ses destinataires. A cet effet, le Tribunal a estimé: a) qu'il doit exister de l'eau, des services et des installations physiquement accessibles et proches des lieux où les personnes vivent, travaillent ou étudient b) que l'eau, les services et les installations doivent être pleinement accessibles d'un point de vue économique, c'est-à-dire avoir un coût raisonnable et abordable pour tous c) qu'aucun type de discrimination ne doit être rendu possible, l'Etat devant en particulier veiller à protéger les populations les plus vulnérables d) que promouvoir une politique d'informations permanente sur l'utilisation de l'eau ainsi que sur l'importance de la protéger en tant que ressource naturelle, est une nécessité.

La qualité, ensuite, impose de garantir pleinement une eau salubre et donc de maintenir des services et installations en état de fonctionnement optimum. Le Tribunal ajoute qu'il serait inacceptable que l'eau soit délivrée dans une forme susceptible de mettre en danger la vie, la santé ou la sécurité des personnes, imposant donc à l'Etat de prendre toutes les mesures préventives nécessaires pour éviter sa contamination par des microorganismes ou des substances nocives, y compris des substances résultant de mécanismes industriels susceptibles de contaminer les ressources naturelles. En outre, l'Etat ne peut pas mettre en avant l'usure des équipements pour délivrer une eau de moins bonne qualité, ce dernier (ou assimilés) étant dans l'obligation de les entretenir régulièrement ou de les changer.

Le caractère suffisant, enfin, impose que l'eau soit distribuée dans des quantités adéquates permettant de satisfaire les nécessités élémentaires ou primaires de la

38 - Précitée.

personne humaine, comme toutes celles liées à la vie quotidienne ou à la santé. Le Tribunal se garde toutefois de définir un nombre de litres d'eau minimal en deçà duquel le droit fondamental à l'eau est violé.

Des analyses comparables se retrouvent bien sûr dans les autres jurisprudences constitutionnelles. En Bolivie, notamment, où le Tribunal constitutionnel avait devancé l'inscription de ce droit dans la Constitution. On relève dans ses sentences (par exemple celles du 12 juillet et du 2 août 2010, n° 0559/2010-R et n° 0795/2010 R) l'idée qu'est reconnu le droit de tous à disposer d'eau en quantité suffisante, salubre, acceptable, accessible et bon marché pour l'usage personnel et domestique. «*Un approvisionnement adéquat en eau salubre est nécessaire pour éviter la mort par déshydratation, pour réduire le risque de maladies en relation avec l'eau et pour satisfaire les besoins de consommation, de cuisine et les nécessités d'hygiène personnelle et domestique*». Tout comme son homologue péruvien, le Tribunal bolivien se fonde ensuite sur l'Observation Générale n°15 pour imposer l'accessibilité, la qualité et le caractère suffisant de l'eau. Il en va de même en Colombie où la Cour constitutionnelle a repris ces 3 critères, estimant que :

a) «La disponibilité du service public à l'eau est violée dans les cas où l'accès est nié dû au manque du paiement»³⁹ (voir sentence T-616/2010 de 2010); b) «l'accessibilité est violée lorsque est empêché l'accès aux services nécessaires et la fourniture de services d'eau adéquats dans les cas où l'entreprise d'eau refuse d'installer ces connexions, ou quand elles imposent des coûts disproportionnés comme condition pour fournir l'infrastructure des réseaux locaux (voir sentence T-279/2011 de 2011); c) la qualité de l'eau est violée « lorsque l'eau n'est pas reçue dans des conditions chimiques et physiques acceptables »⁴⁰ (voir sentence T-410/13).

Pour synthétiser, les Etats reprennent généralement à leur compte les exigences figurant dans l'Observation générale n° 15 de 2002 quant à l'accès, la qualité et le caractère suffisant de l'eau pour la consommation humaine et l'usage domestique, que ce soit dans les jurisprudences de leur juridiction constitutionnelle ou dans le texte même de leur Constitution. Deux problèmes restent néanmoins posés, qui ne sont pas forcément résolus partout.

Le premier concerne la consécration d'un droit fondamental à l'assainissement qui n'est pas toujours aussi explicite que dans les constitutions de l'Uruguay ou de la Bolivie, mais qui semble malgré tout implicite dans les autres Etats si on le considère comme un corollaire à l'exigence d'une eau de qualité.

Le second concerne la gratuité de l'eau. Aucune Constitution ne la proclame à ce jour. La question est en débat dans les pays actuellement engagés dans une révision de leur texte constitutionnel, la consécration d'un droit fondamental à l'eau pouvant s'accompagner de celle d'un minimum vital gratuit (l'idée étant qu'accéder à l'eau ne doit pas avoir pour conséquence de priver les personnes de la consommation d'autres biens vitaux, l'Etat devant, le cas échéant, permettre un accès à l'eau totalement gratuit pour les individus concernés). Bien entendu les juridictions constitutionnelles n'ont pas spontanément pu reconnaître un principe général de gratuité de l'eau pour les personnes les plus défavorisées puisqu'un tel choix relève de décisions législatives impliquant des règles l'organisant et surtout le vote d'un budget le finançant. Au mieux ces dernières ont-elles pu accorder une gratuité dans des cas circonstanciés. Ainsi, étant donné que certaines personnes vulnérables font l'objet d'une «protection constitutionnelle spéciale» (les personnes mineures ou infirmes par exemple), la Cour colombienne a ponctuellement pu octroyer «un minimum vital gratuit» à une famille ayant deux enfants de 6 et 11 ans, afin de garantir la dignité humaine et le principe d'égalité (sentence T 546/2009).

Notons que ce concept de «minimum vital» lui a plus largement servi à juger au cas par cas les coupures d'eau, sans que les réponses apportées soient forcément la reconnaissance de la gratuité. Avant d'être appliqué au domaine nous intéressant, il a d'abord été théorisé par la Cour dans une sentence T 426/92 qui a vu en lui «*un droit innommé découlant du droit à la vie et de la dignité humaine*». Dans une sentence T 546/09, la Cour en a fait application à l'eau, jugeant que si le non-paiement est «*involontaire ou obéit à une force majeure, si en plus, le domicile auquel l'eau est destiné est habité par des personnes qui méritent une protection constitutionnelle spéciale; si le service est indispensable pour garantir d'autres droits fondamentaux comme la vie, l'égalité, la dignité ou la santé; si, enfin, sont réunies les conditions fixées par la loi pour suspendre l'accès à l'eau, ce qui doit être suspendu est la façon de fournir l'eau*». Dit

39 - En ce sens. G.A Lopez Daza, « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne », *Opinión Jurídica*, 2015, Vol. 14, N° 27, p. 73.

40 - *Ibid.*

autrement, la Cour autorise ici le «lentillage» avec l'obligation de fournir un nombre de litres d'eau suffisant en considération du nombre de personnes vivant dans le foyer, la Cour ayant parfois avancé le nombre de 50 litres d'eau potable par jour et par personne (conformément aux exigences internationales).

Cette question des coupures d'eau n'est bien sûr pas limitée à la Colombie et toutes les autres juridictions constitutionnelles ont dû prendre position sur ce point. La jurisprudence bolivienne a, quant à elle, abordé le problème de façon différente, la solution du pastillage ne semblant pas avoir été retenue, pas plus que celle du minimum vital, le Tribunal paraissant beaucoup plus strict quant à l'accès à l'eau et aux obligations subséquentes. On retrouve dans ce pays de nombreux cas jugeant de coupures d'eau, que ces dernières proviennent des fournisseurs d'eau potable pour non-paiement des factures d'eau, de personnes privées ou de communautés paysannes ou ethniques en tant que punition de la personne considérée pour non-accomplissement des travaux communautaires, non-paiement d'un loyer locatif, voire (de façon plus folklorique) pour absence de participation au carnaval local. Sur l'ensemble de ces coupures, le Tribunal a opportunément rappelé qu'en raison de la protection accordée à l'eau par la Constitution, ces dernières ne sauraient être utilisées de façon arbitraire comme des moyens de pression ou de coercition, encore moins lorsqu'elles sont le fait de personnes privées, les condamnant donc avec fermeté. Le Tribunal insiste généralement sur le fait que le droit à l'eau et à l'assainissement sont des droits constitutionnels de première importance, nécessaires à la survie humaine (il évoque généralement la relation existant entre l'eau, la vie, l'alimentation et la santé), et en lien avec la satisfaction de tous les autres droits fondamentaux, ne pouvant être donc être supprimé à quiconque et quelle qu'en soit la raison (sauf poursuite d'une finalité d'intérêt général, comme par exemple, en raison de travaux pour la sécurité de tous).

Ce faisant, il confirme les dimensions verticale et horizontale de ce droit. Lorsque la coupure provient du fournisseur d'eau, celui-ci se voit condamner chaque fois qu'il s'agit d'une «voie de fait» s'apparentant à une sanction, obligation lui étant faite de respecter la réglementation législative et administrative pour obtenir le paiement des factures et, en dernier lieu, de saisir la

justice. Lorsqu'elle provient d'une personne ou d'une communauté privée, c'est la conciliation de droits fondamentaux antagonistes qui se pose, comme par exemple celle du droit de propriété d'une personne louant son bien au droit fondamental à l'eau d'un locataire mauvais payeur. Dans ce cas, le Tribunal considère également que le conflit ne peut se régler par une coupure/sanction de l'eau car nul ne peut se faire justice à lui-même, mais, comme dans tout Etat de droit, par une action en justice adéquate, l'accès à l'eau devant obligatoirement être rétabli avant même l'issue du procès.

En France, il n'est pas question de s'interroger sur le contenu essentiel d'un droit qui n'a pas été consacré en tant que tel. Dans la décision n° 2015-470 QPC, le Conseil constitutionnel s'est borné à viser l'accès à l'eau et à en faire un corollaire de l'objectif de logement décent. Ce qui ne signifie pas, plus largement, qu'au rang législatif les exigences internationales n'aient pas été reçues⁴¹, le travail parlementaire étant conforté par le nouvel OVC. Pour s'en tenir à la proposition de loi actuellement en cours de vote⁴², son but avoué est clairement de concrétiser les Résolutions des Nations Unies du 28 juillet 2010 et du 18 décembre 2013, et «d'aider les plus démunis à payer leur facture d'eau et d'apporter des réponses concrètes à ceux qui n'ont pas d'accès direct à l'eau ou vivent dans des habitats précaires»⁴³.

C'est la raison pour laquelle «dans l'article 1er de la proposition de loi, le droit à l'eau est traduit en trois exigences: celle que chaque être humain dispose chaque jour d'une quantité suffisante d'eau potable pour répondre à ses besoins élémentaires, celle de disposer ou d'accéder aux équipements lui permettant d'assurer son hygiène, son intimité et sa dignité, et celle d'utiliser les services et réseaux d'eau et d'assainissement dans des conditions compatibles avec ses ressources», tandis que l'article 2 «prévoit l'obligation pour les collectivités territoriales d'installer et d'entretenir des équipements sanitaires pour les personnes les plus vulnérables non raccordées au réseau» et que ses articles 3, 4, 5 et 6 «concernent la création et le financement d'une allocation forfaitaire d'eau pour les personnes raccordées au réseau et qui sont en situation de précarité». Comme on peut le voir, en France non plus, il n'est nulle part question de permettre une gratuité de l'eau, mais des aides pour les plus défavorisés⁴⁴. Dans le droit positif actuel, si les usagers ne paient pas leur facture, les distributeurs n'ont

41 - Au rang législatif, les notions de disponibilité, d'accessibilité et de qualité sont prises en considération et concrétisées aussi bien que possible. Ainsi le « lentillage » est interdit, la qualité de l'eau est garantie par des normes strictes et l'accessibilité maximale est en cours d'aménagement avec la proposition de loi du 8 avril 2015. Quant à la discrimination, elle est officiellement interdite.

42 - Proposition du 8 avril 2015, précitée.

43 - Voir l'exposé des motifs.

44 - En France, on demeure attentif au coût de l'eau qui ne doit pas dépasser 3 % des ressources du foyer.

pas le droit de leur couper l'eau ou de réduire le débit, mais ils peuvent ester en justice pour faire condamner les mauvais payeurs.

3.6. Quelle protection?

Comme il serait trop long de détailler ici les techniques de contrôle utilisées par les différentes juridictions constitutionnelles pour protéger le droit fondamental à l'eau, nous nous bornerons pour terminer cette étude à étudier les voies de recours permettant de faire valoir le respect du droit nous intéressant. On sait, en effet, que la protection d'un droit fondamental quel qu'il soit repose non seulement sur l'octroi de garanties de fond, mais aussi sur celui de garanties procédurales. Or, d'une Constitution à une autre ces dernières sont variables, certaines procédures étant plus protectrices que d'autres.

On retrouve, par exemple, en Colombie une distinction entre «l'action de tutelle» et «les actions populaires». La première (article 86 de la Constitution colombienne) permet à toute personne d'obtenir la protection immédiate de ses droits constitutionnels fondamentaux, quand ceux-ci sont violés ou menacés de l'être par une action ou une omission de n'importe quelle autorité publique (ou personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique). Le jugement – qui doit être rendu dans les 10 jours après la saisine du juge – est d'application immédiate et se résout par un ordre adressé à celui méconnaissant le droit de cesser toute action ou au contraire de faire quelque chose pour remédier à la violation. Il s'agit néanmoins d'une action subsidiaire, car elle ne peut être utilisée que s'il n'existe aucune autre voie de droit pour faire protéger ses droits. Les actions populaires, quant à elles (article 88 de la Constitution colombienne) sont un mécanisme de protection des droits et intérêts collectifs et diffus, en relation avec l'environnement, la moralité administrative, l'espace public, le patrimoine culturel, les services publics(...).

Elles sont exercées dans le but d'éviter un dommage, de faire cesser un danger, une menace, une violation des droits et intérêts collectifs ou de restituer les choses dans leur état antérieur lorsque cela est possible. Elles peuvent être des actions individuelles de personnes physiques ou morales ou des actions de groupe quand les dommages occasionnés leur portent un préjudice similaire émanant d'une même cause. L'exercice de ces actions populaires ne peut pas être soumis au fait qu'il existe d'ores et déjà un dommage, puisque la simple existence d'une menace ou d'un risque est suffisant. Le but de ces actions est surtout de permettre un accord entre les différentes parties et un rétablissement de la situation antérieure quand cela est

physiquement possible. Pour en revenir à l'eau, la question était bien évidemment de savoir si cette dernière devait être traitée comme un aspect de l'environnement seulement justiciable d'une action populaire, ou comme un droit fondamental bénéficiant de l'action de tutelle.

On retrouve dans la sentence du 7 juillet 2011 (T 552/11) un résumé exhaustif de la démarche jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle colombienne, dans lequel est expliquée comment et pourquoi cette dernière en est venue à étendre le bénéfice de la tutelle à l'eau. Deux difficultés se posaient : d'une part, le fait que le texte constitutionnel limite cette action à la protection des «droits fondamentaux constitutionnels», d'autre part, celui qu'il n'énonce nulle part un droit fondamental à l'eau. Ces deux obstacles ont néanmoins été franchis sans difficulté, à tel point que la jurisprudence de la Cour est aujourd'hui bien consolidée et peut se résumer de la façon suivante:

a) le droit à l'eau ne possède un caractère fondamental que lorsque cette dernière est destinée à la consommation humaine, puisque c'est dans ce cas seulement qu'il est en connexion avec le droit à la vie dans des conditions dignes et avec la santé; b) en conséquence, l'action en tutelle ne peut être actionnée que lorsque l'atteinte au droit fondamental à l'eau potable risque de porter atteinte à la vie des personnes humaines, à la santé ou à la salubrité de ces dernières, mais pas lorsque sont concernées d'autres activités comme l'agriculture; c) quand les précédentes conditions sont réunies, le droit fondamental à l'eau peut être protégé grâce à l'action de tutelle, qui peut être actionnée non seulement contre une autorité publique, mais aussi contre le ou les particuliers qui affectent de façon arbitraire le droit en question; d) le droit à l'eau potable peut être protégé par l'action en tutelle qui remplace l'action populaire dans les cas où il existe une atteinte particulière au droit fondamental d'une, de plusieurs ou de multiples personnes ou quand il existe une menace de réalisation d'un préjudice irréversible dans la sphère de ce droit; e) conformément aux critères dégagés par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le contenu du droit fondamental à l'eau implique la disponibilité continue et suffisante de l'eau pour les usages personnels et domestiques, la qualité salubre de l'eau et l'accessibilité physique, économique et égalitaire à elle.

L'œuvre prétorienne de la Cour est donc immense puisqu'elle a non seulement donné vie à un droit innommé, mais lui a encore étendu le bénéfice d'une action très protectrice, sous les conditions énumérées ci-dessus. L'intérêt de voir initialement dans celui-ci un droit connexe à d'autres droits fondamentaux comme celui à la

vie est donc patent : sans ce lien l'action de tutelle n'aurait pas été pas possible. On notera que dans les autres cas, les actions populaires demeurent possibles et sont concrètement exercées dans des domaines variés comme la contamination des *quebradas*, la contamination des eaux, les problèmes d'assainissement sans licence ou défectueux, la question des eaux de pluie, des eaux souterraines, des eaux usées...

On retrouve des problématiques comparables dans d'autres Etats comme par exemple la Bolivie où le droit à l'eau est inscrit dans la Constitution, mais où les interrogations sur les procédures dont celui-ci est justiciable ne sont pas absentes, bien que les choses semblent mieux précisées dans le texte constitutionnel. Le Tribunal constitutionnel pour clarifier les incertitudes a considéré

...qu'il convient d'établir une différence entre les différentes voies de droit permettant d'assurer la protection du droit à l'eau: 1) quand est recherchée la protection de l'eau potable en tant que droit subjectif et donc par des individus, la protection doit s'effectuer nécessairement à travers de l'action dite «de l'amparo constitutionnel», comme l'a indiqué la sentence SC 014/2007 du 11 janvier 2007 (...) 2) quand est recherchée la protection de l'eau dans sa dimension collective, c'est-à-dire, pour une population ou une collectivité, dans ce cas, c'est l'action populaire qui doit être utilisée, parce que les articles 14 et 20 de la Constitution consacrent le fait que l'eau et les services basiques d'eau potable, doivent être accessibles à tous, et à plus forte raison aux secteurs les plus pauvres ou marginalisés de la population, sans aucune discrimination (sentence 0176/2012). Comme en Colombie, l'eau est donc protégeable par différentes actions, dont l'une est plus protectrice que l'autre.

CONCLUSIONS

Au vu des développements précédents, il est parfaitement clair que la France devrait consacrer dans son bloc de constitutionnalité un droit fondamental à l'eau, comme le font nombre d'Etats sud-américains. Tous ceux mentionnés dans la présente recherche ont su trouver des solutions convaincantes pour promouvoir ce droit. On pense évidemment aux Constitutions le consacrant explicitement, comme par exemple celles de la Bolivie, de l'Equateur, de la République Dominicaine ou de l'Uruguay. Tous ces Etats ont su dépasser les mauvaises raisons susceptibles d'être mises en avant pour afficher dans leur texte fondamental des affirmations sans équivoques quant au respect du droit à l'eau potable. Nous opposeront-on qu'une révision constitutionnelle est impossible en

France à l'heure où le nouveau président de la République fraîchement élu en mai 2017 ne sera probablement jamais en mesure d'aligner une double majorité le soutenant à l'Assemblée Nationale et au Sénat? Nous répondrons que si toute tentative de révision se heurtera certainement aux conditions drastiques énoncées dans l'article 89 de la Constitution et exigeant au minimum un vote de la loi constitutionnelle en termes identiques par les deux chambres, rien n'empêcherait le Conseil constitutionnel de faire œuvre prétorienne.

En effet, cette recherche a montré que l'absence d'une consécration textuelle explicite d'un droit fondamental à l'eau dans le texte constitutionnel, n'est pas nécessairement problématique. Bien au contraire. D'un point de vue français, on ne peut que s'enthousiasmer devant les jurisprudences constructives des Cours colombienne ou péruvienne qui ont su dépasser le pseudo vide juridique de leur Constitution. Bien sûr, tout n'est pas réglé dans ces deux pays, pas plus que dans les autres, et les cours constitutionnelles continuent à tâtonner pour définir le droit fondamental à l'eau ou pour lui faire produire des effets de droit. Mais il est aussi certain que de grandes étapes ont été franchies, notamment quant à sa justiciabilité. En comparaison, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français paraît bien terne et ridiculement prudente. En effet, pourquoi avoir choisi dans la décision n° 2015-470 QPC précitée de faire découler le droit d'accès à l'eau - besoin essentiel de la personne - de l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent? Pourquoi ne pas avoir franchi une étape supplémentaire? Bien que nous n'ayons aucune preuve pour le démontrer, un doute plane sur les manœuvres exercées dans l'ombre par les multinationales de l'eau. Il existe en France des conflits d'intérêts opposant la population à ces dernières et les juges ont du mal à trancher franchement quand d'immenses intérêts économiques sont en jeu, qu'ils concernent les entreprises de l'eau ou les laboratoires pharmaceutiques, pour ne citer qu'eux.

Il n'en demeure pas moins que la voie est désormais tracée par des Etats et des juridictions constitutionnelles courageux. Espérons que ce mouvement ne demeure pas au sud, mais gagne peu à peu l'hémisphère nord. L'exemple de la Slovénie, dont la Constitution protège désormais ce droit, donne à penser que nous sommes malgré tout sur la bonne voie.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- I. Alexy R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- II. Ayala Cea F. (2016). « Qué pasa con el acceso y la priorización ? », Reflexión y debate, n°13. Tomado de: <http://www.cdc.cl/web/n13>
- III. Dario Isaza Cardoso G. (2014). El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia. Trabajo presentado para optar al título de magister en derecho administrativo, Bogotá, Universidad colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de jurisprudencia, tomado de: <http://repository.urosario.edu.co>
- IV. De Montalivet P. (2006). Les objectifs de valeur constitutionnelle. Paris, Dalloz, «Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle».
- V. Hermosa Quishpe J. D. (2014). Análisis del derecho al agua y su reconocimiento en la Constitución de la República del Ecuador. Quito, Tesis previa a la obtención, del título de abogada. Tomado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec>
- VI. Lérique F. (2015). «Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau», Revue de droit sanitaire et social. p. 1097
- VII. Lopez Daza G. (2015). «Constitution et droits sociaux», Annuaire International de Justice Constitutionnelle. p. 203
- VIII. Lopez Daza G. (2015). «Le droit social a l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne», Opinion Juridica. Vol. 14, N° 27, p. 73
- IX. Mostajo Barrios J.-O. (2016). «El derecho humano al agua : su reconocimiento y contenido», Revista Boliviana de Derecho Nacional y Internacional. Tomado de: <http://desal.cejamerica.org>
- X. Petitjean O. (2009). «France : de la gestion privée à la remunicipalisation de l'eau?». Tomado de: <http://www.partagedeseaux.info>
- XI. Poydenot A. (2011). «Les organisations continentales et le droit à l'eau». Tomado de: <http://www.rampredre.net>
- XII. Renoux Th.-S, De villiers M. &co. (2017). Code constitutionnel. Paris, Litec.
- XIII. Segovia M. (2016). «Camara aprobó reforma al Código de Aguas de Pinochet pero aun está lejos de derecho humano y bien publico», El Mostrador, 22 noviembre
- XIV. Veber M. (2011). Le rôle joué par les ONG agissant au sein du système des droits de l'homme des nations unies dans le processus de reconnaissance et de définition du droit à l'eau et à l'assainissement entre 1997 et 2011, 2013, Toulouse, Mémoire de fin d'études. Tomado de : http://memoires.sciencespo-toulouse.fr/uploads/memoires/2013/5A/memoire_VEBER-MARION.pdf

Jurisprudences citées

- XV. Cour interaméricaine des droits de l'homme, «Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay», 17 juin 2005.
- XVI. Argentine: Cour Suprême de la Nation Argentine, jugement du 2 décembre 2014
- XVII. Bolivie: Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 14 décembre 2001, n° 1332/01-R
- XVIII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 7 décembre 2002, n° 659/2002-R
- XIX. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 17 mai 2010, n° 156/2010-R
- XX. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 2 août 2010, n° 0795/2010 R
- XXI. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 12 juillet 2010, n° 0559/2010-R
- XXII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 6 mars 2012, n° 0176/2012-CA
- XXIII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 5 avril 2012, n° 0052/2012-RCA/SL
- XXIV. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 8 novembre 2016, n° 1228/2016-S3
- XXV. Colombie: CConst, Sentence du 24 juin 1992, n° T 426/92
- XXVI. CConst, Sentence du 3 novembre 1992, n° T 578/92
- XXVII. CConst, Sentence du 17 avril 2007, n° T 270/07
- XXVIII. CConst, Sentence du 6 août 2009, n° T 546/09
- XXIX. CConst, Sentence du 26 février 2010, n° T 143/10
- XXX. CConst, Sentence du 5 août 2010, n° T-616/10
- XXXI. CConst, Sentence du 4 février 2011, n° T55/11
- XXXII. CConst, Sentence du 12 avril 2011, n° T 279/11
- XXXIII. CConst, Sentence du 7 juillet 2011, n° T 552/11
- XXXIV. CConst, Sentence du 3 octobre 2011, n° T 740/11
- XXXV. CConst, Sentence du 4 juillet 2013, n° T-410/13
- XXXVI. CConst, Sentence du 16 août 2013, n° T 541/13
- XXXVII. France : Conseil constitutionnel, décision du 8 avril 2015, n° 2015-470 QPC
- XXXVIII. Cour d'Appel de Versailles, jugement du 4 mai 2016, n° 15/03339
- XXXIX. Mexique : Cour suprême du Mexique, décision du 12 août 2016, n° 2012269
- XL. Pérou : Tribunal constitutionnel, Sentence de 2007, n° 6534-2006-PA/TC
- XLI. Tribunal constitutionnel, Sentence de 2007, n° 6546-2006-PA/TC