UNIVERSITÉ PARIS 8
VINCENNES-SAINT-DENIS

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

LE STATUT JURIDIQUE DE L'EAU À L'ÉPREUVE DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public (Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis) et en droit (Université de Genève).

Thèse présentée et soutenue publiquement par
Stéphanie KPENOU
Le 15 octobre 2021

Sous la direction de la Professeure **Laurence Dubin** (Université Paris I Panthéon – Sorbonne)
et de la Professeure **Laurence Boisson de Chazournes** (Université de Genève)

Jury :

M. Julien Chaisse	Professeur à la City University of Hong Kong
M. Patrick Jacob	Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines
M. Makane Mbengue	Professeur à l'Université de Genève
Mme Mara Tignino	Maître d'enseignement et de recherche à l'Université de Genève
M. Vincent Tomkiewicz	Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 8 Vincennes – Saint-Denis

Remerciements

La rédaction de cette thèse fut une belle aventure intellectuelle et humaine. Mes remerciements vont tout d'abord aux Professeures Laurence Boisson de Chazournes et Laurence Dubin qui ont accepté de diriger mes travaux et avec qui j'ai beaucoup appris. Votre bienveillance et vos encouragements m'ont été très précieux tout au long de ce parcours.

Mes remerciements vont également aux membres du jury qui me font l'honneur d'étudier mon travail.

Merci à l'École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris 8 qui m'a accordé un contrat doctoral sans lequel il aurait été difficile de me consacrer sereinement à ma thèse.

Je remercie aussi mes collègues et amis doctorants pour les échanges toujours riches et les nombreux conseils, avec une pensée spéciale pour Aline et Aude pour leur très grande disponibilité pendant le *sprint* final.

J'aimerais enfin exprimer mes remerciements à ma famille.
À mes parents, pour leur soutien inconditionnel.
À Romain qui depuis le début n'a jamais cessé de m'encourager.

SOMMAIRE

Liste des acronymes, sigles et abréviations

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE — LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EAU, ENTRE ÉTAT ET MARCHÉ

TITRE I — L'eau, ressource d'intérêt public et ressource économique
Chapitre I — L'eau en tant que ressource située sur le territoire des États : une ressource d'intérêt public
Chapitre II — L'eau et ses services en tant qu'objets marchands au regard du droit international économique
TITRE II — L'eau en droit international non économique : une approche statocentrée
Chapitre III — Le droit international applicable à l'eau, entre intérêt territorial et intérêt commun
Chapitre IV — L'influence du droit international non économique sur l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services

SECONDE PARTIE — L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'EAU ET DE SES SERVICES, OBJET DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

TITRE III — L'encadrement de l'exploitation des services publics de l'eau par le droit international économique
Chapitre V — La réglementation des prérogatives de l'État régulateur de services publics d'eau
Chapitre VI — Le traitement des investisseurs fournisseurs de services publics d'eau

TITRE IV — L'encadrement de l'exploitation de l'eau par le droit international économique
Chapitre VII — L'État gardien de la ressource nationale
Chapitre VIII — L'État responsable de la protection de l'eau, bien commun global

CONCLUSION GÉNÉRALE

Bibliographie
Index
Table des matières

LISTE DES ACRONYMES, SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ACP	Accord commercial préférentiel
AFDI	Annuaire français de droit international
AFD	Agence française de développement
AFRI	Annuaire français de relations internationales
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AII	Accord international d'investissement
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
al.	Alinéa
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
Ann. CDI	Annuaire de la Commission du droit international des Nations Unies
BIT	Bureau international du travail
BYBIL	British Yearbook of International Law
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CPC	Classification centrale des produits des Nations Unies
EJIL	European Journal of International Law
FAO	Food and Agriculture Organization (Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture)
FMI	Fonds Monétaire International
GATT	General agreement on tariffs and trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GES	Gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GIRE	Gestion intégrée des ressources en eau
Harvard ILJ	Harvard International Law Journal
Ibid.	Ibidem
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID Rev.	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IDE	Investissement direct étranger
IIED	International Institute for Environment and Development

IISD	International Institute for Sustainable Development (Institut international du développement durable)
ILM	International Legal Materials
JDI	Journal de droit international (Clunet)
JIEL	Journal of International Economic Law
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JWT	Journal of World Trade
JWIT	Journal of World Investment and Trade
Ndbp	Note de bas de page
NYIL	Netherlands Yearbook International Law
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ODD	Objectifs de développement durable
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Objectifs du millénaire pour le développement
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends (OMC)
para.	Paragraphe
paras.	Paragraphes
PMP	Procédés et méthodes de production
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
PUF	Presses universitaires de France
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RJE	Revue juridique de l'environnement
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RQDI	Revue québécoise de droit international
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RTNU	Recueil des traités des Nations Unies
RTSDN	Recueil des traités de la Société des Nations
s.	suivant
t.	tome
SFDI	Société française pour le droit international
SH	Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises
SLNU	Série législative des Nations Unies
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TISA	Trade in services agreement (Accord sur le commerce des services)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture)

UE	Union européenne
Vol.	Volume
WTR	World Trade Review

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Au regard de la singularité de l'eau, de l'urgence et de l'ampleur des défis que sa gestion suscite, une réflexion sur le statut juridique de cette ressource vitale s'avère cruciale. Pourtant, et en dépit de ces enjeux capitaux, l'eau ne fait toujours pas l'objet d'un statut juridique unique qui viendrait consacrer la prééminence de sa valeur vitale.

2. Cette carence ouvre un espace à des approches de gestion de l'eau fondées sur une logique économique de marché dont la financiarisation de la ressource est la déclinaison la plus extrême. Il s'agit désormais d'une réalité puisque depuis décembre 2020, il est possible de négocier des contrats à terme pour le marché de l'eau de Californie sur le *Chicago Mercantile Exchange,* la Bourse de Chicago. Ces transactions, par lesquelles un acheteur s'engage à vendre une quantité d'eau à un prix déterminé pour une livraison et un règlement à une date ultérieure, représentent l'étape ultime de l'approche marchande de l'eau, ouvrant la porte à des pratiques spéculatives permettant de parier sur le prix futur de cette ressource vitale. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement n'a pas manqué de faire part de ses inquiétudes[1]. L'eau ne saurait en effet être considérée comme une simple marchandise, à l'image d'autres matières premières – comme l'or ou le pétrole – faisant l'objet de transactions sur de tels marchés. Cette ressource naturelle revêt un « *ensemble de valeurs vitales pour notre société que la logique du marché ne reconnaît pas et ne peut donc pas gérer de manière adéquate, encore moins dans un espace financier si propice à la spéculation* »[2].

3. Aux antipodes de l'approche du marché, émergent des propositions émanant de la société civile[3] et de la doctrine juridique visant à reconnaître à certains cours d'eau la qualité

[1] Communiqué de presse, 11 décembre 2020, *Futures market invites speculators, challenges basic human rights. UN expert,* https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26595&LangID=E (consulté le 30 juin 2021)
[2] *Ibid.*
[3] Voir par exemple l'Alliance for the Rights of Nature https://www.therightsofnature.org/ (consulté le 20 juin 2021).

de sujet de droit[4]. Le sujet de droit se démarque « *par antinomie fondamentale* » de la chose[5]. Il est intrinsèquement contradictoire avec les idées d'appropriation, d'exploitation et, assurément, de financiarisation. En reconnaissant la qualité de sujet aux éléments de l'environnement, l'on comprend qu'il s'agit de repenser la relation singulière liant l'Homme à la nature en se fondant sur « *l'idée selon laquelle le monde n'existe pas uniquement pour l'humanité* »[6]. Il est ainsi question « *de faire reconnaître par la justice des droits qui ne seraient évidemment pas tous ceux d'une personne humaine* »[7]. Le sujet de droit doit être compris dans ce contexte comme un « *concept technique, pur point d'imputation de droits et d'obligations pouvant être défendus en justice* »[8]. Ainsi le fleuve Atrato en Colombie[9], la rivière Whanganui en Nouvelle-Zélande[10], ou encore le Gange et son affluent, le Yamuna, en Inde[11] se sont récemment vus reconnaître cette qualité. Dans ces pays, les colonisations ont eu pour effet de transformer des ressources naturelles depuis toujours considérées par les populations autochtones comme des « *entité[s] spirituelle[s] vivante[s]* » en objets de droit[12], selon une

[4] Cette approche des éléments de l'environnement en tant que sujets de droit a émergé dans la doctrine juridique américaine dans les années 1970 dans un article célèbre du juriste Christopher Stone. Il y interroge le point de savoir s'il pourrait être reconnu aux arbres le droit d'ester en justice. C. D. STONE, « Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects? », *Southern California Law Review*, 1972, n° 45, pp. 450-501. Voir aussi, M. PETEL, « La nature, d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, vol. 80, n° 1, pp. 207-239 ; V. DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin Stone ? », *RJE*, 2012, vol. 37, n° 3, pp. 469-485 ; D. LEFTWICH, « Evolving from Dominion to Communion : How Legal Rights for Nature Can Exist in Balance with Individual Property Rights in a Global Commons », *Earth Jurisprudence and Environmental Justice Journal*, 2011, vol. 1, n° 1, pp. 1-24 ; M.-A. HERMITTE, « La nature, sujet de droit », *Annales : histoire, sciences sociales*, 2011 vol. 66, n°1, pp. 173-212 ; V. BOISVERT, A. CARON, E. RODARY, « Privatiser pour mieux conserver ? Petits arrangements de la nouvelle économie des ressources avec la réalité », *Revue du tiers monde*, 2004, vol. 1, n° 177, pp. 61-83.

[5] É. LOQUIN, « L'approche juridique de la marchandisation », dans É. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation. Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon*, Paris, Litec, 2010, p. 83.

[6] M. PETEL, *op. cit.,* note 4, p. 221.

[7] M.-A. HERMITTE, *op. cit.,* note 4, p. 175 (note de bas de page omise).

[8] *Ibid.,* p. 174. Voir sur ce point R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, p. 611.

[9] Cour constitutionnelle de la République de Colombie, sentence T-622/16, 10 novembre 2016, *Principio de precaución ambiental y su aplicación para proteger el derecho a la salud de las personas - Caso de comunidades étnicas que habitan la cuenca del rio Atrato y manifestándolos afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales.*

[10] La loi *Te Awa Tupua* adoptée le 20 mars 2017 par le Parlement de la Nouvelle-Zélande est la traduction législative d'un accord conclu le 5 août 2012 entre le Gouvernement fédéral et les tribus Maories riveraines au fleuve Whanganui. Voir *Te Awa Tupua* (*Whanganui River Claims Settlement*) Act 2017 n°7, 20 mars 2017. L'article 12 de la loi *Te Awa Tupua* attribue la qualité d'« *entité vivante et indivisible»* au fleuve Whanganui, sa source et son embouchure en incluant *« tous ses éléments physiques et métaphysiques* ».

[11] La reconnaissance de la personnalité juridique du Gange et de son affluent, le Yamuna, comme sujets dotés de droits propres résulte d'un arrêt de la Haute Cour de Nainital du 20 mars 2017. Voir *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others,* Writ Petition (PIL), n° 126 of 2014, High Court of Uttarakhand, Nainital, 20 mars 2017.

[12] V. DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *RJE*, 2017, vol. 42, n° 3, pp. 410-414.

approche anthropocentrique faisant de l'homme le maître de toutes choses[13]. Ce plaidoyer articulé autour de la « *sujétisation* » des cours d'eau touche aussi les pays du Nord : on mentionnera à cet égard l'appel lancé récemment par une association suisse en faveur de la reconnaissance de la qualité de sujet de droit pour le Rhône[14]. Il reste que la mise en œuvre des droits découlant de la qualité de sujet suppose l'entremise de représentants chargés de veiller aux intérêts et à la protection de ces ressources en eau. Or, on ne peut que constater que l'exercice de cette mission est assorti de limites si importantes qu'elles interrogent l'effectivité même de ce statut, dès lors qu'il est appliqué à des éléments de l'environnement[15]. Ces approches actuellement marginales ont néanmoins le mérite de questionner en des termes radicaux le rapport qu'entretiennent les êtres humains avec la nature.

4. En dépit de sa singularité en tant que ressource vitale, l'eau ne fait pas l'objet d'un statut juridique unique reflétant la primauté de cette valeur. Si l'on comprend le statut juridique comme « *l'ensemble formé par la qualification et le ou les régimes juridiques qui lui sont associées* »[16], l'eau doit composer avec une pluralité de qualifications et de règles juridiques organisant ses diverses utilisations. Parmi ces règles juridiques, celles du droit international économique viennent à s'appliquer à certains aspects de l'exploitation commerciale de l'eau et des services publics qui lui sont liés. Cette ressource vitale se trouve ainsi attirée vers une sphère juridique dont l'objet est la protection de la valeur marchande et de la propriété (II). Notre recherche porte sur les tensions découlant de la pluralité de régimes juridiques applicables à l'eau, et en particulier sur les conflits se nouant entre, d'un côté, les règles appelées à s'appliquer aux valeurs marchandes de l'eau et, de l'autre, celles dont la finalité est d'organiser

---

[13] On reprend ici en substance la formule de René Descartes (R. DESCARTES, *Discours de la méthode. Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences,* Paris, C. Angot, 1668).

[14] L'Appel du Rhône a été lancé à l'initiative de l'association suisse ID-EAU soutenue notamment par le *Global Alliance for the Rights of Nature European Hub* (GARN Europe), *Rights of Mother Earth*, *Wild Legal* et Notre Affaire à tous. Le texte de l'appel peut est disponible sur https://www.appeldurhone.org (consulté le 21 juin 2021).

[15] Ainsi la Commission des Gardiens du fleuve Atrato, constituée de représentants du gouvernement et de communautés autochtones riveraines est chargée d'établir des plans d'action pour la décontamination du fleuve et la suppression des ouvrages illégaux construits dans le cadre d'opérations d'orpaillage clandestin. Aux dires des représentants des communautés autochtones, la mise en œuvre de ces plans d'action est pour l'instant restée lettre morte. De même, la qualité de gardien du Gange et du Yamuna est présentement dénuée de portée, les droits et responsabilités des commissions de représentants n'ayant à ce stade pas été définis. Enfin, la loi néo-zélandaise relative au fleuve Whanganui illustre de manière flagrante la toute-puissance de l'approche anthropocentrique. En dépit de l'affirmation de sa qualité d'« *entité vivante et indivisible»,* le fleuve reste appréhendé comme un objet susceptible d'appropriation, l'article 16 énonçant, que « *sauf mention expresse dans la loi, rien ne limite l'exercice de droits de propriété précédemment acquis sur le fleuve*». Voir V. CABANES, *Homo Natura : en harmonie avec le vivant*, Paris, Buchet Chastel, 2017.

[16] C. DE KLEMM, « Les éléments de l'environnement en droit positif », dans R. CARBIENER, S. DOUMBÉ-BILLÉ, J. FROMAGEAU, A. KISS, (dir.) *L'écologie et la loi : le statut juridique de l'environnement réflexions sur le droit de l'environnement,* Paris, L'Harmattan, 1989, p. 51.

l'utilisation collective de l'eau (III). Il convient d'abord d'expliquer précisément en quoi la gestion durable et intégrée de l'eau, ressource naturelle à tous points de vue singulière, représente l'un des défis majeurs du XXI^{ème} siècle (I).

I. L'eau, une ressource singulière appelant une gestion intégrée

5. L'eau n'est comparable à aucune autre ressource naturelle. Elle est à l'origine de la vie et sa disponibilité est la condition de toute vie sur Terre (A). Si la ressource en eau est limitée, elle n'est, pour l'heure, pas insuffisante (B). La problématique de l'accès à l'eau est liée à son inégale répartition sur la surface terrestre d'une part, et entre les divers secteurs dont les utilisations sont appelées à satisfaire une fonction sociale, écologique ou économique, d'autre part (C). Ces contraintes commandent une gestion intégrée et durable de cette ressource d'importance capitale (D).

A. Une ressource vitale

6. L'on définira l'eau douce comme une eau « *ayant naturellement une faible concentration en sels ou considérée généralement comme apte au captage et au traitement pour la production d'eau potable* »[17]. Elle a pour principale caractéristique d'être vitale. Élément insubstituable, sa disponibilité conditionne l'existence de toute vie sur Terre, et en premier lieu, celle des êtres humains. L'accès à une eau de qualité en quantité suffisante est une condition essentielle de la santé humaine, de la production agricole et partant, de la sécurité alimentaire. L'eau contribue par ailleurs au fonctionnement des écosystèmes naturels au sein desquels une grande diversité d'espèces animales et végétales interagit. En somme, « *l'environnement a besoin d'eau pour fonctionner et réciproquement le bon fonctionnement de cet environnement est la condition du maintien du cycle de l'eau tant dans sa qualité que dans sa quantité* »[18]. L'eau sous-tend toutes les activités humaines, et sa disponibilité est dès lors une condition indispensable du progrès humain et du développement économique. Il est intéressant d'observer que la maîtrise de l'eau a donné naissance aux premières civilisations, qualifiées de civilisations hydrauliques. Ces premières communautés organisées socialement sont nées puis se sont

[17] ORGANISATION HYDROGRAPHIQUE INTERNATIONALE, *Dictionnaire hydrographique,* Monaco, 1974, p. 261.
[18] N. BELAÏDI, « L'eau, un enjeu de justice environnementale », dans G. SCHNEIER-MADANES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, Paris, La découverte, 2010, p. 353.

développées autour de points d'eau dont elles ont su tirer parti pour l'agriculture et leurs échanges commerciaux[19] :

> « *De l'irrigation à la protection contre les crues, de l'alimentation en eau à l'assainissement des premières villes, lorsque naissent les premières civilisations, il y a presque toujours la question de l'eau et des ouvrages qui permettent de la conduire ou de la contenir* »[20]

Les droits positifs anciens, les pratiques coutumières et les systèmes religieux témoignent du fait que les questions relatives à l'usage de l'eau ont toujours représenté un élément fondamental de l'organisation sociale locale[21].

B. Une ressource limitée

7. Depuis des milliards d'années, l'eau opère le même circuit fermé entre la mer, l'atmosphère et la terre. L'énergie solaire provoque l'évaporation de l'eau des mers, débarrassée de son sel, dans l'atmosphère. La vapeur ainsi formée se transforme au contact de l'atmosphère en nuages qui retombent sous forme de précipitations. En retombant, les eaux pluviales, la grêle ou la neige alimentent les nappes phréatiques par infiltration. Une partie des eaux ruisselle et recharge les cours d'eau, qui se jettent ensuite dans les mers. La circulation que nous venons de décrire très succinctement est appelée le « cycle de l'eau ».

8. Une première difficulté est liée au fait que la réserve d'eau douce dont nous disposons est limitée et, de surcroît, difficilement accessible. On ne compte ainsi que 2,5% d'eaux douces sur le volume total d'eau disponible sur Terre, le reste étant constitué d'eaux salées. Ces eaux se présentent à 98,7% sous forme d'eaux souterraines. Les 1,3% restant se trouvent dans les lacs, les rivières et les sols. Parmi les eaux souterraines, il faut distinguer celles qui participent au cycle hydrologique – et sont régénérées par les eaux de pluie, la grêle, la neige, les glaciers et leur ruissellement – des eaux souterraines fossiles qui ne se rechargent pas naturellement[22].

---

[19] La civilisation égyptienne ne serait pas apparue sans les eaux du Nil, ni la civilisation mésopotamienne sans les apports d'eau de l'Euphrate et du Tigre. D. A. CAPONERA, *Les principes du droit et de l'administration des eaux, droit interne et droit international*, Paris, Éditions Johanet, 2009 ; C.-A. COLLIARD, « Évolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux », *RCADI,* 1969, t. 125, p. 345.

[20] P.-L. VIOLLET, *L'hydraulique dans les civilisations anciennes. 5000 ans d'histoire*, Paris, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 2000, p. 15.

[21] Pour une approche historique et pluraliste de la réglementation des eaux, voir F. DUHAUTOY, *L'accès à l'eau, droit de l'homme ou loi du marché ?* Paris, Éditions Johanet, 2015.

[22] L'eau fossile désigne l'« *eau infiltrée dans un aquifère à une époque géologique ancienne, sous des conditions climatiques et morphologiques différentes des conditions actuelles, et conservée depuis* ». Il s'agit d'une ressource

En définitive, les ressources accessibles ne représentent que 0,7% du stock d'eau mondial[23]. Pour autant, ce volume – qui équivaut à 40 000 kilomètres cubes, soit 5700 mètres cubes par habitant par an – est suffisant pour pouvoir aux besoins humains[24].

C. L'inégale répartition de la ressource

9. Si l'on envisage l'eau d'un point de vue global, sa gestion doit également composer avec son inégale répartition géographique (1) et la pluralité des secteurs et utilisations qu'elle convoque (2).

1) L'inégale répartition géographique de l'eau

10. Neuf pays, disposant de ressources largement supérieures à leurs besoins, se partagent 60% des eaux douces disponibles[25], lorsque certaines régions du monde subissent des situations de rareté critiques[26]. Si on ne peut à proprement parler de pénurie d'eau au niveau mondial, un nombre croissant de régions dans le monde souffre de manques récurrents[27]. Cette inégale répartition de l'eau tient à la présence de différentes zones climatiques sur la surface terrestre[28], les zones arides ne disposant que de 2% des ressources en eau[29]. Il est évident que cette réalité sera encore aggravée par les effets des dérèglements climatiques sur le cycle hydrologique global, dont certaines incidences sont déjà visibles dans toutes les régions du monde[30].

---

non renouvelable. Glossaire international d'hydrologie, 1992, disponible sur https://hydrologie.org/glu/FR/GF0500FR.HTM (consulté le 18 juin 2021).

[23] D. BLANCHON, *Atlas mondial de l'eau. Défendre et partager notre bien commun,* Paris, Éditions Autrement, 2013, p. 10.

[24] *Ibid.*

[25] Il s'agit du Brésil, du Canada, de la Chine, de la Colombie, des États-Unis, de l'Inde, de l'Indonésie, du Pérou et de la Russie (voir CENTRE INTERNATIONAL DE HAUTES ÉTUDES AGRONOMIQUES MÉDITERRANÉENNES, *Mediterra 2016. Zéro gaspillage en Méditerranée. Ressources naturelles, alimentations et connaissances,* Paris, Presses de Sciences Po, 2016, p. 37).

[26] Les régions au climat aride et aux ressources limitées concernent une grande partie de l'Afrique du Nord et australe et du Moyen-Orient. Près de 60% de l'Asie, 33% de l'Europe, 30% de l'Amérique latine, ainsi que la partie sud-ouest de l'Amérique du Nord et la plupart Australie sont exposés à des conditions similaires. Voir I. A. SHIKLOMANOV, « World Fresh Water Resources », dans P. GLEICK (dir.), *Water in Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 16.

[27] Selon les projections, près de 35% de la population mondiale devra faire face à une situation de stress hydrique d'ici à 2025 (UNESCO, *Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau 2019, Ne laisser personne pour compte, Paris,* UNESCO, 2019, p. 15).

[28] Ces zones sont les tropicales, subtropicales, tempérées et froides.

[29] J. GUDEFIN, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Paris, Éditions Johanet, 2015, p. 35.

[30] En Afrique, entre 75 et 250 millions de personnes devraient être exposées à une raréfaction accrue de l'eau. L'Amérique Latine devrait subir une réduction des ressources en eau disponibles pour la satisfaction des besoins humains, la production agricole et d'énergie en raison de la fonte des glaciers et de l'altération des régimes de

11. Aujourd'hui, ce sont plus de 2 milliards de personnes qui vivent dans des pays dits en stress hydrique, situation dans laquelle les ressources en eau disponibles par habitant et par an ne se situent qu'entre 1000 et 1700 mètres cubes[31]. Près de 700 millions de personnes sont exposées à des pénuries d'eau, circonstances dans lesquelles les ressources disponibles varient seulement entre 500 et 1000 mètres cubes d'eau disponible par habitant par an[32]. Il est estimé que d'ici à 2025, près de 35% de la population mondiale, résidant dans cinquante-deux pays du monde, se trouvera dans une situation de stress hydrique ou de pénurie[33]. L'explosion démographique et l'augmentation correspondante des besoins en eau aggraveront encore la situation[34]. Comme le relève Édith Brown Weiss, il est évident que *« la croissance économique et la nature de l'activité économique déterminent en grande partie la demande d'eau douce dans des régions et des zones particulières »*[35]. À l'heure actuelle, l'Asie et l'Amérique du Nord sont les régions du monde dans lesquelles les volumes d'eau consommés par habitant sont les plus élevés, cela en raison des niveaux de vie, des habitudes et modes de consommation qui en découlent, ainsi que de la forte demande en eau d'irrigation[36]. À l'inverse, c'est en Afrique que l'on trouve les niveaux les plus bas, du fait du faible niveau de développement économique et du manque de disponibilité en eau dans de nombreuses zones du continent[37].

---

précipitations. L'Europe n'est pas en reste. La baisse de disponibilité en eau impliquée par le changement climatique devrait nuire aux rendements agricoles. Enfin, dans l'ouest de l'Amérique du Nord, la concurrence pour les ressources en eau devrait s'intensifier en raison de la réduction drastique des débits d'eau et de la diminution de l'enneigement. Les changements climatiques affectent par ailleurs le niveau des précipitations, favorisent la désertification et l'augmentation du niveau des mers. Voir Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Changement Climatique 2007 : Rapport de Synthèse*, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_fr.pdf (consulté le 10 décembre 2020) ; GIEC, *Le changement climatique et l'eau,* document technique VI du GIEC, Genève, GIEC, 2008. Voir aussi, depuis 2010 les publications du *Journal of Water and Climate Change,* London, IWA Publishing.

[31] Cet indicateur a été introduit par l'hydrologue suédoise Malin Falkenmark. Les États dont les ressources disponibles se situent entre 500 et 1000 mètres cubes par habitant et par an sont en état de déficit absolu. Une disponibilité en eau de moins de 500 mètres cubes par habitant par an implique une absence totale de possibilité de développement. M. FALKENMARK, « Macro-scale Water Scarcity Requires Micro-Scale Approaches », *Natural Resources Forum,* 1989, vol. 13, n° 4, pp. 259-267.

[32] E. LAVIE, A. MAUPIN, D. BLANCHON, « La pénurie de l'eau, un discours à quelles fins ? », dans M. REDON, G. MAGRIN, E. CHAUVIN, L. PERRIER-BRUSLÉ, E. LAVIE (dir.) *Ressources mondialisées, essai de géographie politique*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2014, p. 145.

[33] Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, E/CN.17/1994/4, 1994, para. 58, p. 3.

[34] Les projections indiquent que la population mondiale pourrait atteindre 8,5 milliards en 2030, près de 9,7 milliards en 2050 et 10,9 milliards en 2100. NATIONS UNIES, *World Population Prospects 2019, Highlights*, New York, Nations Unies, 2019.

[35] E. BROWN WEISS, « The Evolution of International Water Law », *RCADI,* 2009, t. 331, p. 179 (notre traduction).

[36] *Ibid.*

[37] *Ibid.*

12. Les indicateurs de « *stress hydrique* » et de « *pénurie* » ont le mérite d'informer sur l'urgence des enjeux et les risques que font courir l'accroissement de la population mondiale et l'augmentation correspondante des besoins en eau. Pour autant, ils ne permettent aucunement de rendre compte de la pluralité et l'enchevêtrement des facteurs contribuant à la raréfaction et à la dégradation de la qualité de la ressource, à l'image de l'indice de pauvreté en eau développé en 2002 par des hydrologues[38]. Cet indice englobe toute une série de variables – comme la qualité de l'eau, son accessibilité, les modes de gestion et d'utilisation ainsi que leur impact sur l'environnement – permettant par exemple de mettre en exergue le fait que la disponibilité en eau est dépendante de l'existence d'infrastructures adaptées pour le stockage et l'acheminement de l'eau[39]. Le cadre des « limites planétaires », qui suscite un grand intérêt, décrit quant à lui les impacts des activités anthropiques sur l'équilibre du système terrestre[40]. Appliqué à l'eau, il permet de quantifier les volumes d'utilisation de la ressource à ne pas dépasser afin de ne pas compromettre durablement les écosystèmes. Ce volume est estimé à 4000 kilomètres cubes d'eau douce consommés par an à l'échelle mondiale[41].

13. L'augmentation des besoins en eau est allée de pair avec une intensification et une diversification de ses usages. On observe ainsi d'importantes variations en termes de disponibilité et d'accès à la ressource entre les différents secteurs et utilisations de l'eau.

2) L'inégale répartition de l'eau entre les secteurs et les utilisations

14. La situation est particulièrement préoccupante pour ce qui est des besoins humains en eau, aujourd'hui encore loin d'être universellement satisfaits (a). Parallèlement, l'utilisation de l'eau pour d'autres usages s'est intensifiée. La ressource est surexploitée et sa qualité de plus en plus dégradée (b).

---

[38] Le *Water Poverty Index* a été proposé en 2002 par le *Center for Ecology and Hydrology* (Wallingford, Royaume-Uni). C. SULLIVAN, « Calculating a Water Poverty Index », *World Development,* 2002, vol. 30, n° 7, pp. 1195- 1210.

[39] E. LAVIE, A. MAUPIN, D. BLANCHON, *op. cit.,* note 32, p. 147.

[40] Le cadre des limites planétaires a été mis au point par les milieux scientifiques en vue d'interpeller les décideurs sur les plafonds à ne pas dépasser pour neuf processus régulant la stabilité du système terrestre. Sont ainsi concernés l'usage de l'eau douce, le changement climatique, la perte de biodiversité, l'usage des sols, les perturbations du cycle de l'azote et du phosphore, l'acidification des océans, l'appauvrissement de la couche d'ozone, les aérosols atmosphériques et la pollution chimique. V. GALAZ, F. BIERMANN, C. FOLKE, M. NILSSON, P. OLSSON, « Global Environmental Governance and Planetary Boundaries: An introduction », *Ecological Economics*, 2012, vol. 81, n° C, pp. 1-3 ; J. ROCKSTRÖM, « Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity », *Ecology and Society*, 2009, vol. 14, n° 2, pp. 1-33.

[41] J. ROCKSTRÖM, *ibid.*

a) La satisfaction des besoins humains essentiels

15. Ce sont aujourd'hui, près de 2,2 milliards de personnes qui n'ont pas accès à des services d'approvisionnement en eau potable « *gérés en toute sécurité* »[42] et plus du double à des services d'assainissement sûrs[43]. Les conséquences du manque d'accès à ces services essentiels, en premier lieu sur la santé, sont dramatiques. Les maladies diarrhéiques provoquent ainsi près d'un million et demi de décès par an dont 58% sont imputables à la mauvaise qualité de l'eau et au manque d'accès à l'assainissement[44].

16. L'objectif fixé par les Objectifs du millénaire pour le développement (ci-après, « OMD ») de réduire de moitié le nombre de personnes n'ayant pas accès à une source d'eau potable améliorée a certes été réalisé en 2010[45]. Mais ce progrès ne doit pas masquer les importantes disparités qui subsistent entre pays développés et en développement d'une part, et entre zones rurales et urbaines d'autre part. Par ailleurs, beaucoup reste à faire pour atteindre d'ici à 2030 le cap ambitieux de l'universalité en matière d'accès à l'eau et à l'assainissement[46]. En 2017, seulement 45% de la population mondiale avait accès à un système d'assainissement amélioré, c'est-à-dire des installations « *permettant aux excréta d'être éliminés sur place ou traités hors site en toute sécurité* »[47].

17. Les pays en développement ont connu des progrès significatifs en matière d'accès à l'eau potable. La proportion de la population utilisant une source d'eau potable améliorée est passée de 70% en 1990 à 89% en 2015[48]. En revanche, si d'importantes avancées ont eu lieu en Afrique subsaharienne, seulement 68% de sa population est approvisionnée par une source d'eau potable améliorée[49]. Au niveau mondial, près de 96 % de la population urbaine a accès à

---

[42] Sont visés « *des points d'eau améliorés se trouvant sur le lieu d'usage, disponibles à tout moment et non contaminés* ». OMS/UNICEF, *Progrès en matière d'eau, d'assainissement et d'hygiène des ménages. 2000-2017. Gros plan sur les inégalités,* New York, Nations Unies, 2019.
[43] *Ibid.*
[44] OMS, *Rapport sur la santé dans le monde en 2002. Réduire les risques et promouvoir une vie saine,* Genève, OMS, 2002.
[45] Résolution 55/2 de l'Assemblée générale des Nations Unies, « *Déclaration du Millénaire »,* A/RES/55/2, 8 septembre 2000, para. 19; ONU, *The Millennium Development Goals Report 2012,* New York, ONU, 2014, p.52.
[46] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies, « *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 »*, A/RES/70/1, 21 octobre 2015, objectif n° 6.
[47] OMS, https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/sanitation (consulté le 20 juin 2021).
[48] ONU, *Millennium Development Goals Report 2015,* New York, ONU, 2015, p. 59. Une source d'eau améliorée est « *une source qui, de par la nature de sa construction, protège de manière satisfaisante l'eau de toute contamination extérieure, en particulier par des matières fécales* ». OMS, Principaux concepts, https://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/midtermeval2.pdf (consulté le 20 juin 2021).
[49] *Ibid.* En 1990, seulement 48% de la population subsaharienne avait accès à une source d'eau potable améliorée.

ces sources. Mais ce rapport tombe à 84 % pour ce qui concerne les populations rurales[50]. Les ménages les plus pauvres vivant en milieu rural sont rarement raccordés au réseau de distribution d'eau potable, faute de moyen ou en raison de la localisation de leur lieu de vie se trouvant souvent en dehors du périmètre du réseau.

18. Dans de nombreux pays en développement, l'approvisionnement public en eau potable est défaillant faute de ressources financières et d'expertise technique. La situation s'apparente à un cercle vicieux. Les infrastructures de distribution d'eau sont en mauvais état par manque d'investissements. L'insuffisance des recettes due, notamment, à un système de recouvrement des factures d'eau déficient, ne permet pas d'entretenir les équipements qui se détériorent considérablement. Le recouvrement des coûts de fourniture du service d'approvisionnement en eau permet de mobiliser d'importantes ressources financières. Mais il est évident que faire peser le financement du secteur exclusivement sur de tels mécanismes aurait « *pour conséquence de mettre les services dédiés à l'eau et à l'assainissement hors de portée des individus* »[51]. Cette situation montre toute l'importance de l'aide internationale pour réaliser l'objectif d'accès aux services de distribution d'eau potable[52]. Le modèle de gestion publique des services publics a été remis en cause par les institutions financières internationales à partir des années 1980. Les partenariats public-privé (ci-après, « PPP ») permettraient de pallier l'incapacité des fournisseurs publics à délivrer une eau potable de qualité à une population urbaine en constante augmentation[53]. Il est vrai que certains pays ont connu des expériences réussies de PPP qui ont

[50] *Ibid*.
[51] PNUD, *Rapport sur le développement humain, Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau,* Genève, PNUD, 2006, p. 68.
[52] M. MEHTA, T. FUGELSNES, K. VIRJEE, « Financing the Millennium Development Goals for Water and Sanitation: What Will It Take? », *International journal of Water Resources Development,* 2005, vol. 21, n° 2, pp. 239-252.
[53] Le PPP est un terme générique embrassant une diversité de formes de collaboration entre pouvoirs publics et opérateurs privés pour la gestion d'un service public ou la réalisation d'un projet d'infrastructure. On peut globalement définir le PPP comme un « *arrangement contractuel entre un organe du secteur public et un opérateur privé à but lucratif, en vertu duquel les ressources et les risques sont partagés dans l'objectif d'assurer une prestation de service public ou de construire une infrastructure* ». Les PPP couvrent plusieurs types d'arrangements (comme le contrat de service, de gestion, l'affermage la concession, le BOT ou encore la cession qui a pour effet de déléguer l'intégralité du service à l'opérateur privé). A. AKHMOUCH, *Géopolitique des privatisations : enjeux et conflits dans le secteur de l'eau et de l'assainissement en Argentine. Le cas des concessions de Santa Fe, Cordoba et Mendoza (1995-2007)*, Thèse de doctorat, Université Paris 8 – Vincennes-Saint-Denis, 2009, p. 63.

permis d'améliorer le nombre de ménages raccordés au réseau[54]. Mais force est d'admettre que ces progrès ont principalement bénéficié aux ménages les plus aisés[55].

19. La corruption dans le secteur de l'approvisionnement en eau du public est un autre facteur d'inégalité entre usagers. Les opérateurs publics peuvent fournir « *une eau bon marché aux groupes à hauts revenus et un service de piètre qualité - ou aucun service du tout - aux populations pauvres* »[56]. Le rapport de *Transparency International* de 2008, spécifiquement dédié au secteur de l'eau, relève que la corruption dans les pays en développement a pour effet d'accroître de près de 30% le coût de raccordement d'un foyer au réseau[57]. Le secteur des services d'eau est indéniablement un catalyseur de corruption, en raison de l'importance des flux financiers impliqués. L'accroissement de la participation du secteur privé représente dès lors une menace dans des pays ayant des risques élevés de corruption. Lorsqu'elle est pratiquée à grande échelle, la corruption peut, par exemple, prendre la forme d'irrégularités dans les processus d'appels d'offres[58].

20. L'eau représente en outre un moyen de subsistance pour les populations rurales dès lors que l'on comprend ces moyens comme désignant « *des capacités et des outils que nécessitent les peuples pour gagner leur vie et assurer leur bien-être* »[59]. Les populations rurales des pays les moins avancés sont ainsi tributaires d'un approvisionnement en eau adéquat pour leurs emplois qui relèvent pour la plupart du secteur agricole[60]. L'accès à l'eau de ces agriculteurs de petite échelle est menacé lorsque l'État cherche à attirer des investissements étrangers agricoles de grande envergure sources d'innovation et d'emplois. Les investisseurs étrangers présents sur les marchés peuvent alors bénéficier de droits d'accès et d'utilisation de l'eau formels face à des agriculteurs locaux qui, eux, se prévalent de leurs droits coutumiers sur l'eau, dont la reconnaissance est souvent très incertaine. Cette situation d'inégalité juridique, voire de

---

[54] A. BLANC, S. BOTTON (dir.), *Water Services and the Private sector in Developing Countries. Comparative Perceptions and Discussion Dynamics*, Paris, AFD, 2012.
[55] G. DALTON, « Private Sector Finance for Water Sector Infrastructure. What Does Cochabamba Tell Us About Using This Instrument? », *School of Oriental and African Studies, Water Issues Study Group*, *Occasional Paper* n°37, 6 septembre 2001, p. 13.
[56] PNUD, *op. cit.,* note 51, p. 77.
[57] TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Rapport mondial sur la corruption 2008. La corruption dans le secteur de l'eau,* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Le Cap, Singapour, Sao Polo, Cambridge University Press, 2008.
[58] J. PLUMMER, P. CROSS, « Tackling Corruption in the Water and Sanitation Sector in Africa: Starting the Dialogue », dans E. CAMPOS, S. PRADHAN (dir.) *The Many Faces of Corruption*, *Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, Washington D. C., Banque mondiale, 2007, pp. 221-265.
[59] PNUD, *op. cit.,* note 51, p. 174.
[60] BIT, *Eau et amélioration des moyens de subsistance en milieu rural. Travail décent dans l'économie rurale. Notes d'orientation des politiques*, Genève, BIT, 2019.

concurrence entre les droits formels internationaux et les droits coutumiers locaux, trouve encore un facteur d'aggravation dans l'agriculture de grande échelle reposant sur une exploitation intensive de la ressource qui, inévitablement, contribue ainsi à la raréfaction locale et à la dégradation de la qualité de l'eau. Par sa surexploitation et sa dégradation, l'eau rentre alors potentiellement dans la catégorie d'une ressource qui n'est tout simplement plus disponible pour la satisfaction des besoins humains.

b) Une ressource surexploitée et dégradée

21. Alors que la disponibilité en eau constitue un paramètre-clé de la sécurité alimentaire, les projections font état d'une augmentation de la demande mondiale en produits agricoles d'environ 60% d'ici à 2030 en lien avec la croissance démographique[61]. Le secteur agricole est déjà, de loin, le plus gourmand en eau : il est à l'origine de 69% des prélèvements annuels d'eau dans le monde, contre 19% pour l'industrie et 12% pour les besoins domestiques[62]. Par prélèvements d'eau, on entend « *les volumes d'eau douce extraits définitivement ou temporairement d'une source souterraine ou de surface et transportés sur leur lieu d'usage* »[63]. Toutefois, même lorsque le prélèvement n'est que temporaire et que l'eau est restituée à son milieu naturel, dès lors qu'elle est polluée, elle n'est plus disponible pour d'autres usages.

22. Le modèle dominant de production agricole reposant sur l'industrialisation et le recours systématique et intensif à l'irrigation contribue à la raréfaction de la ressource[64]. Cette surexploitation peut donner lieu à des phénomènes d'assèchement et d'abaissement des nappes[65]. Le secteur agricole est par ailleurs le plus polluant pour les ressources en eau. Les

---

[61] PNUE, Water Working Group of the International Resource Panel, *Options for Decoupling Economic Growth from Water Use and Water Pollution*, Paris, UNESCO, 2015, p. 2.
[62] UNESCO, *op. cit.,* note 27.
[63] OCDE, « Prélèvements d'eau », OCDE Données, https://data.oecd.org/fr/water/prelevements-d-eau.htm (consulté le 17 juin 2021)
[64] « *En agriculture irriguée, l'eau utilisée par les cultures est partiellement ou totalement fournie par l'homme. L'eau d'irrigation est prélevée sur un point d'eau (rivière, lac ou nappe aquifère) et conduite jusqu'au champ grâce à une infrastructure de transport appropriée. Pour satisfaire leurs besoins en eau, les cultures irriguées bénéficient à la fois de l'apport d'eaux de pluie naturelles plus ou moins fiables et de celui d'eaux d'irrigation. L'irrigation constitue un outil de gestion efficace contre les aléas des précipitations. Elle permet de choisir des variétés à haut rendement en appliquant les fertilisants nécessaires, ainsi que les traitements de lutte contre les ravageurs et d'autres intrants, et rend ainsi ces cultures économiquement intéressantes. Elle a pour effet de favoriser l'augmentation des rendements* » (FAO, *L'eau, l'agriculture et l'alimentation. Une contribution au Rapport mondial sur la mise en valeur des ressources en eau*, Rome, FAO, 2004, pp. 18-19). Voir aussi G. GRUÈRE, M. SHIGEMITSU, S. CRAWFORD, « Agriculture and Water Policy Changes. Stocktaking and Alignment with OECD and G20 Recommendations », OECD*, Food, Agriculture and Fisheries Papers,* 2020*,* n°144 ; UNESCO, *op. cit.,* note 27, p.17.
[65] Voir par exemple le cas du Brésil, A. LEME DA SILVA, S. AIRES DE SOUZA, O. COELHO FILHO, L. ELOY, Y. BOTELHO SALMONA, G. J. SOUSA PASSOS, « Water Appropriation on the Agricultural Frontier in Western Bahia

charges de matières nutritives émises, les engrais épandus ainsi que les substances phytosanitaires représentent l'une des formes les plus communes de pollution de la ressource[66]. Ces substances sont entraînées dans les cours d'eau par l'action des précipitations et contaminent aussi les nappes souterraines, dans lesquelles elles s'infiltrent. Qu'il s'agisse de leur utilisation excessive ou de la dégradation de leur qualité, les eaux souterraines font l'objet de fortes pressions dans toutes les régions du monde[67], en particulier en Inde, pays le plus durement touché par ces phénomènes[68]. Or, ces ressources constituent dans beaucoup de régions des sources majeures fournissant dans certains cas 80% de l'eau requise pour les besoins domestiques et 70% de l'eau nécessaire à la production agricole[69].

23. La croissance économique et démographique des pays dits émergents conduit à une augmentation de leurs besoins en énergie, et par voie de conséquence de leurs besoins en eau pour la production d'énergie[70]. L'eau est en effet indispensable à chaque étape de la production d'énergie. En Amérique du Nord, l'exploitation d'hydrocarbures non conventionnels mobilise des volumes massifs d'eau. Un forage par fracturation hydraulique implique des prélèvements de 15 à 25 millions de litres d'eau[71]. Les entreprises opérant dans ce secteur sont en passe de devenir des consommateurs d'eau parmi les plus importants. Les eaux usées issues du procédé de fracturation sont éminemment toxiques en raison d'une part, des produits chimiques employés pour la fracturation et, d'autre part, des contaminants dont elles se chargent au cours de leur injection dans le sous-sol. Une partie de ces eaux usées reste nichée sous terre, avec pour conséquences des risques de salinisation des eaux souterraines et de pollution chimique.

---

and Its Contribution to Streamflow Reduction: Revisiting the Debate in the Brazilian Cerrado », *Water*, 2021, vol. 13, n° 8, pp. 2-21.

[66] UNESCO, *op. cit.,* note 27, p. 17.

[67] L'exploitation des eaux souterraines s'accroît à un rythme soutenu générant des problématiques nouvelles. Entre 1960 et 2000, les prélèvements globaux d'eau souterraines sont passés de 312 km3 à 734 km3 par an, provoquant un épuisement d'eau souterraine de 126 km3 à 283 km3 par an. Voir UNESCO, *Programme mondial de l'UNESCO pour l'évaluation des ressources en eau*, *The United Nations World Water Development Report. Water for People, Water for Life*, Paris, UNESCO, 2003.

[68] Voir par exemple, S. LEYRONAS, O. PETIT, « Prévenir la dégradation et la surexploitation des eaux souterraines. Agir dès maintenant dans le secteur agricole », Paris, AFD, notes d'orientation, juin 2020, n° 3.

[69] UNESCO, *op. cit,* note 67.

[70] Les liens entre eau et énergie, d'une part, et entre eau et alimentation, d'autre part, sont évidents. L'interrelation de ces problématiques a fait émerger le concept de « *nexus eau-alimentation-énergie* » dans la communauté scientifique. Les interconnexions mettent en lumière l'évidence de gérer la ressource en eau de manière holistique en prenant en compte une pluralité de facteurs et d'acteurs. Voir par exemple, F. G. COMAIR, *Hydro diplomatie et nexus eau-énergie-alimentation,* Paris, Éditions Johanet, 2018 ; D. BLANCHON, « L'eau dans le 'nexus eau-énergie-alimentation' », dans D. BLANCHON (dir.) *Géopolitique de l'eau. Entre conflits et coopérations, Paris*, Le cavalier bleu, pp. 45-48.

[71] Pour ne rien arranger, les gisements sont souvent situés dans des régions arides ou en situation de stress hydrique. Voir O. PETITJEAN, *Droit à l'eau et industries extractives : la responsabilité des multinationales,* Paris, Observatoire des multinationales, 2016*,* p. 10.

24. La contamination des eaux, résultant de la plupart des activités de production de biens, est un phénomène mondial. On pense à la situation dramatique de la Chine, où 75% des nappes aquifères de 90% des villes sont polluées[72]. Près de 75% des cours d'eau qui traversent les agglomérations chinoises sont aujourd'hui impropres à la consommation[73]. La pollution est souvent favorisée, dans la plupart des pays du Sud, par l'absence de contrôle des rejets d'eaux ainsi que par des choix d'implantation hasardeux des sites industriels[74]. Enfin, les utilisations domestiques de l'eau contribuent également à la dégradation de la qualité de la ressource. On estime que plus de 80% des égouts des pays en développement sont évacués sans traitement, provoquant ainsi des pollutions des cours d'eau et des zones côtières[75]. Dans les pays industrialisés, le rejet de résidus de produits cosmétiques et pharmaceutiques affecte gravement et durablement les écosystèmes aquatiques.

25. Face à ces défis mesurables en termes de répartition inégale, d'accessibilité, de surexploitation et de dégradation de sa qualité, la ressource en eau appelle une gestion particulièrement épineuse. Il s'agit d'en organiser l'utilisation collective, c'est-à-dire, d'une part de garantir la satisfaction des besoins humains en eau et, d'autre part, de concilier l'ensemble des contraintes environnementales, sociales et économiques[76]. La gestion de l'eau convoque ainsi une pluralité d'enjeux partiellement juridicisés et de haute importance, telle que la santé publique, la protection de l'environnement ou encore le développement économique. Elle ne peut, à ce titre, être traitée qu'« *au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes* »[77].

D. La nécessité d'une gestion intégrée pour une utilisation collective de l'eau

26. La préoccupation de l'utilisation collective, constamment qualifiée de priorité sur la scène politique internationale trouve sa traduction la plus concrète, d'un point de vue juridique, en droit interne (1). Cet objectif d'utilisation collective de la ressource suppose de prendre en

[72] TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *op. cit.,* note 57, p. xxii.
[73] *Ibid.*
[74] *Ibid.*, pp. 136-139.
[75] UNESCO, *Programme Mondial de l'UNESCO pour l'évaluation des ressources en eau, L'eau dans un monde qui change,* Paris, UNESCO, 2009.
[76] E. BENVENISTI, « Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law », *AJIL*, 1996, vol. 90, n° 3, p. 384.
[77] *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés,* rapport de l'Organe d'appel, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, para. 151.

compte la pluralité des valeurs de l'eau, y compris sa valeur économique. Cette valorisation économique de l'eau représente, depuis les années 1990, l'un des éléments clés des politiques nationales de gestion de l'eau (2).

1) L'utilisation collective en tant que finalité des politiques publiques de l'eau

27. La question de la gestion de l'eau figure au rang des priorités de l'agenda politique international depuis cinq décennies. L'urgence des enjeux ne s'est pas traduite sur le plan normatif par l'adoption d'une convention internationale qui embrasserait tous les aspects de l'eau. À ce stade, la communauté des États ne conçoit pas l'enjeu d'inégale répartition de la ressource comme impliquant un effort commun. Il a été proposé par la doctrine de qualifier l'eau de patrimoine commun de l'humanité[78], qualification concrétisant l'intérêt commun de l'humanité sur certains espaces, biens et êtres vivants[79]. La ressource a déjà été désignée comme telle dans le cadre européen, mais ces proclamations n'établissent en rien un régime similaire à celui applicable aux fonds marins[80]. Les États n'envisagent pas davantage la conservation de l'eau comme une valeur commune, à l'image de la préservation de la diversité biologique, alors qu'un parallèle évident peut être établi entre ces deux enjeux. L'on rappellera que le préambule de la Convention sur la diversité biologique de 1992 insiste ainsi sur « *la valeur intrinsèque de la diversité biologique et (…) les valeurs écologiques, génétiques, sociales, économiques, scientifiques, éducatives, culturelles, récréatives et esthétiques de la diversité biologique et de ses composantes* »[81]. C'est précisément cette valeur qui justifie l'élaboration de normes de droit international appelant les États à élaborer « *des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique* »[82]. Si la conservation de l'eau n'a jamais été conçue en tant que préoccupation commune, la possibilité qu'une telle qualification survienne ne doit pas être exclue. Dans l'ordre international, l'eau est principalement saisie en tant que ressource transfrontière sur laquelle s'exerce des souverainetés concurrentes entre États d'amont et États d'aval riverains à des cours d'eau

[78] S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruxelles, Bruylant 2002 ; R. PETRELLA, *L'eau, bien commun public. Alternatives à la pétrolisation de l'eau*, Éditions de l'Aube, 2004.
[79] A. KISS, « Le patrimoine commun de l'humanité », *RCADI,* 1982, t.175, p.113.
[80] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982*, RTNU,* vol. 1833, p. 3.
[81] Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU,* vol. 1760, p. 79.
[82] *Ibid.,* article 6 (a).

internationaux[83]. Pour autant, de plus en plus, la gestion de l'eau dans certains bassins repose sur une approche écosystémique[84]. Il s'agit d'une évolution favorable ouvrant potentiellement la porte à un dépassement du prisme de la territorialité nationale pour la gestion des ressources en eau transfrontières[85].

28. Au niveau politique, la Conférence de Mar del Plata de 1977, première conférence spécifiquement dédiée à l'eau organisée sous l'égide des Nations Unies, représente le point de référence en la matière[86]. Le Plan d'action qui en est issu reconnaît pour la première fois le droit de « *tous les peuples, quels que soient leur stade de développement et leur situation économique et sociale (…) d'avoir accès à une eau potable dont la quantité et la qualité soient égales à leurs besoins essentiels* »[87]. De manière inédite, l'accès à l'eau y est formulé en tant que droit élémentaire. L'accent est porté sur l'objectif d'utilisation collective de l'eau, impliquant de conserver la ressource au bénéfice des générations actuelles et futures et de la préservation des écosystèmes. L'ambitieux Plan d'action définit les moyens techniques et les modes de gestion propres à réaliser cette ambition. Pour reprendre les termes d'Aline Baillat, ont ainsi été établis les fondements « *d'une politique internationale de l'eau abordant de manière coordonnée les questions relatives à l'accès à l'eau potable et l'assainissement, à la nécessité de l'eau pour une agriculture durable, à la gestion intégrée des sols et de l'eau, aux mécanismes de suivi qualité/quantité, eaux de surface/eaux souterraines, à la planification et à la politique de l'eau, à la coopération internationale technologique et financière, à la formation des ressources humaines, au lien pollution de l'eau-environnement-santé et aux eaux transfrontalières* »[88].

---

[83] L'amont désigne la partie d'un cours d'eau comprise entre un point donné et la source, tandis que l'aval désigne la partie comprise entre un point donné et l'embouchure.

[84] « *Un écosystème correspond au plan structural à l'association de deux composantes en constante interaction l'une avec l'autre : un environnement dénommé biotope, de nature abiotique, dont les caractéristiques physiques et dont la localisation géographique sont bien définies, associé à une communauté vivante caractéristique de ce dernier, la biocœnose, d'où la relation* » (F. RAMADE, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Paris, Dunod, 2008).

[85] Voir par exemple le Traité relatif au Bassin du Rio de la Plata et sa façade maritime, Brasilia, 23 avril 1969, *RTNU,* vol. 875, p. 14.

[86] La Conférence de Mar del Plata s'inscrit dans une série de grandes conférences organisées par les Nations Unies dans les années 1970, comme les conférences sur l'environnement (Stockholm, 1972), la population (Bucarest, 1974), l'alimentation (Rome, 1974), les femmes (Mexico, 1975) les établissements humains (Vancouver, 1976), la désertification (Nairobi, 1977). Il est intéressant de noter que les Nations Unies ont organisées pour chacune des conférences précitées des conférences anniversaires 20 ans après les premières. Alors que rien n'a été organisé pour la Conférence de Mar Del Plata. Voir A. BAILLAT, « Le Forum mondial de l'eau face aux enjeux de la gouvernance mondiale de l'eau », *AFRI*, 2013, vol. XIV, pp. 753-768.

[87] Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977, E/CONF.70/29.

[88] A. BAILLAT, *op.cit.,* note 86*,* p. 755.

29. Ce programme audacieux, qui n'a jamais été mis en œuvre, « *faute de moyens financiers et de supervision* »[89], a jeté les bases du principe de gestion intégrée des ressources en eau (ci-après, « GIRE »), auquel le programme d'action Agenda 21, issu de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement organisée à Rio en 1992 a donné corps[90]. Les recommandations formulées à destination des États, inscrites au chapitre 18, sont résolument orientées vers l'objectif de conservation, impliquant de « *reconnaître la dimension multisectorielle de la mise en valeur des ressources en eau dans le contexte du développement socio-économique ainsi que les utilisations multiples de l'eau* »[91]. La GIRE, devenu le paradigme dominant en matière de politique de l'eau, doit être comprise comme le « *processus qui encourage la mise en valeur et la gestion coordonnées de l'eau, des terres et des ressources associées, en vue de maximiser le bien-être économique et social qui en résulte d'une manière équitable, sans compromettre la pérennité des écosystèmes vitaux* »[92]. Elle suppose la mise en œuvre de stratégies intersectorielles prenant en compte l'ensemble des activités humaines, ou encore l'intégration des enjeux de planification et de gestion de l'eau dans tous les pans pertinents des politiques économiques et sociales nationales[93].

30. La raréfaction de l'eau et la détérioration de sa qualité ont ainsi « *suscit[é] l'émergence de la question inédite de sa conservation et de son partage équitable* »[94]. Dans de nombreux pays, on observe, dès les années 1980, un mouvement tendant à uniformiser le régime juridique des eaux en vue de leur protection environnementale et leur conservation et à ancrer la ressource dans le champ des communs. Comme le relève Judith Rochfeld, rares sont aujourd'hui *« les domaines de la vie qui (...) ne se trouvent pas saisis sous [c]e prisme »*[95]. Il reste que les

---

[89] *Ibid.* La Conférence de Mar del Plata a ouvert la voie à la Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement (1981-1990). Mais là encore, sa mise en œuvre a suscité *« certaines déceptions* », plusieurs facteurs tels que la situation économique mondiale et ses effets négatifs sur le financement ayant empêché les progrès (OMS, *Rapport du Directeur général, Évaluation de la décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement, 1981-1990*, 30 mars 1992, A45/15, para. 7).

[90] *Programme d'action Agenda 21*, Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26 [vol. II], paras 18.6 à 18-22 ; Voir dans le même sens, Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, 21 janvier 1992, Dublin, Irlande, principe 1.

[91] *Programme d'action Agenda 21*, *ibid.*, Chapitre 18, para 18.3.

[92] GLOBAL WATER PARTNERSHIP SECRETARIAT, *Integrated Water Resources Management (IWRM) at a Glance,* Stockholm, Global Water Partnership, 2004.

[93] *Programme d'action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para 18.6. La mise en œuvre d'une GIRE dans les pays en développement représente un défi de taille, l'administration des eaux étant particulièrement fragmentée et ces États ne disposant que de peu de moyens financiers et humains. Voir J. VAPNEK, B. AYLWARD, C. POPP, J. BARTRAM. *Law for Water Management. A Guide to Concepts and Effective Approaches,* FAO Legislative Study, 2009, n° 101.

[94] M.-A. CHARDEAU, « Eau (Approche juridique) », dans M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs,* Paris, PUF, 2017, p. 461.

[95] J. ROCHFELD, « Introduction, » dans *Dictionnaire des biens communs*, *ibid.*, p. vii.

contours exacts des « communs » ou des « biens communs »[96] recoupent des réalités diverses dans le champ des sciences économiques et sociales[97] même si ces concepts sont fermement tournés vers les préoccupations d'utilisation collective et de conservation. Leur mobilisation doit aussi être comprise comme une réaction aux phénomènes d'économisation et de marchandisation qui touchent de nombreux pans de la société. Les biens communs s'inscrivent en opposition avec le courant de l'économie des ressources naturelles[98], qui prône le recours aux droits de propriété privée et au marché comme instruments d'allocation, dans la droite ligne du mythe de la « *tragédie des communs* » que l'on doit à l'écologue Garrett Hardin[99]. Dans son célèbre article publié en 1968, il soutient que l'absence de droits de propriété privés exclusifs sur les ressources naturelles contribuerait à leur épuisement. Cette théorie qui repose sur une vision des individus comme étant *« égoïstes par essence et mus par la recherche du profit à court terme »*[100], s'est imposée à partir des années 1980 avec le triomphe des thèses néo-libérales. Elle a été battue en brèche par Elinor Ostrom, lauréate du prix Nobel d'économie en 2009, qui à partir d'observations réalisées dans des pays où subsistent des systèmes de gestion coutumiers, a démontré que la propriété sur les ressources naturelles pouvait, au-delà de l'exclusivisme, se décliner en diverses prérogatives distribuées entre les membres d'une communauté d'une centaine de personnes[101]. La propriété est ici entendue comme étant constituée d'un faisceau de plusieurs catégories de droits indépendants les uns des autres : le droit d'accès à la ressource, le droit de la prélever, le droit de gestion, le droit d'exclure et,

[96] En langue anglaise, seule la notion de *commons* est utilisée, tandis qu'en langue italienne, c'est celle de *beni communi* qui prévaut. En France, la science économique définit les communs à travers trois caractéristiques. Il s'agit de ressources en accès partagé, faisant l'objet d'un système de droit et d'obligations (établissant notamment les conditions d'accès auxdites ressources) et d'un mode de gouvernance spécifique. Les biens communs ne possèdent que les deux premières caractéristiques, la structure de gouvernance faisant défaut (voir B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2015). Dans le remarquable *Dictionnaire des biens communs,* les coordinatrices de l'ouvrage expliquent que le terme bien commun est « *évocateur des éléments susceptibles d'un commun (l'eau, la mer, le patrimoine, l'environnement, etc.) mais il est aussi réducteur. Davantage concentré sur la ressource, il laisse quelque peu dans l'ombre la dimension profondément sociale des communs ainsi que la dynamique de leur mode de fonctionnement* ». En explorant la thématique générale des communs à travers diverses entrées, « *c'est cette diversité et cette complexité* » que les coordinatrices ont cherché à restituer (M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs, op. cit.,* note 94).

[97] V. MANNINO, « Le « bien commun » : la fausse impasse du droit savant », dans B. PARANCE, J. DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 35-50.

[98] T. L. ANDERSON, P. S. SNYDER, *Water Markets. Priming the Invisible Pump*, Washington D. C., CATO Institute, 1997.

[99] G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science,* 1968, vol. 162, n° 3859, pp. 1243-1248.

[100] A. LE ROY, « Des communs sans tragédie : Elinor Oström vs. Garrett Hardin », *EcoRev'*, 2012, vol. 1, n° 39, p. 24.

[101] E. SCHLAGER, E. OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources. A Conceptual Analysis », *Land Economics*, 1992, vol. 68, n° 3, pp. 249-262. Les auteures s'inscrivent dans le courant de pensée de John Commons (J. COMMONS, *The Distribution of Wealth,* New York, Londres, Macmillan and Co, 1893).

enfin, le droit d'aliéner[102]. Dans le domaine de l'eau, alors que les droits d'utilisation ont longtemps été exclusivement définis en lien avec la propriété foncière, les droits internes tendent à s'attacher davantage à la réalité physique et naturelle de la ressource appréhendée dans son unicité et non plus uniquement en tant qu'accessoire de la terre. La rupture de ce lien entre propriété foncière et utilisation de l'eau traduit incontestablement une volonté d'encadrer davantage l'appropriation privée de la ressource. Mais la tâche de l'État s'avère complexe : l'eau fait l'objet de prélèvements pouvant donner lieu à sa consommation ou à la dégradation de sa qualité, la rendant en conséquence indisponible pour d'autres usages.

2) La nécessaire prise en compte de la valeur économique de l'eau

31. En outre, en promouvant une utilisation de l'eau et de sa gestion qui permettent de concilier l'environnemental, le social et l'économique, la GIRE apparaît comme une déclinaison du principe de développement durable appliquée au secteur de l'eau[103]. D'un point de vue conceptuel, le développement durable s'attache à « *sauvegarder les ressources naturelles afin de permettre la continuation de la croissance économique* »[104]. Pour reprendre les termes de Matthias Petel, le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (dit « rapport Brundtland »), qui définit le concept de développement durable, persiste « *dans un optimisme (...) dans notre capacité à maintenir nos modes de vie consuméristes* »[105]. Autrement dit, le développement durable ne cherche nullement à remettre en cause « *le capitalisme et son objectif de croissance »*[106] mais plutôt à *« le rendre compatible avec de nouvelles menaces, écologiques* »[107]. La valorisation économique des éléments de l'environnement a pour conséquence de transformer les ressources naturelles considérées comme étant rares « *en champs de valorisation du capital et, du coup, en nouveaux marchés* »[108].

---

[102] E. SCHLAGER, E. OSTROM*, ibid.*
[103] COMMISSION MONDIALE POUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, « Notre avenir à tous », 10 mars 1987, rapport annexé à la résolution 42/187 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 4 août 1987, A/RES/42/187.
[104] M. PETEL, *op. cit.,* note 4, p. 214; Voir M. STENMARK, *Environmental Ethics and Policymaking*, New York, Routledge, 2002, pp. 21-22.
[105] M. PETEL, *ibid.*
[106] G. QUENET, « Écologie politique (mouvements) », D. BOURG, A. PAPAUX (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015, p. 336.
[107] *Ibid.*
[108] C. R. S. MILANI, « Relations internationales, écologie politique et contestation transnationale en Amérique latine », *Écologie et Politique*, 2013, vol. 46, n° 1, p. 26 ; J. O' CONNOR, « Is Sustainable Capitalism Possible ? », dans M. O' CONNOR (dir.), *Is Capitalism Sustainable ? Political Economy and the Politics of Ecology*, New York, Guilford Press, 1994, pp. 152-175.

32. Dans le secteur de l'eau, le traitement de la ressource en tant que bien économique est devenu à partir de la décennie 1990 le « *mantra* » des politiques de gestion[109]. Cette conception est associée à la Déclaration issue de la Conférence de Dublin sur l'eau organisée en marge de la préparation de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992 organisée à Rio[110]. La Déclaration de Dublin affirme que « *l'eau, utilisée à des multiples fins, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme bien économique* »[111]. Elle énonce encore que « *tant que [l]e prix [de l'eau] ne traduira pas la valeur économique de l'eau dans ces différentes utilisations, on encouragera des gaspillages et une gestion néfaste pour l'environnement, dont le résultat ne peut être qu'une mauvaise affectation des ressources* »[112]. L'accent porté à la valeur économique de l'eau s'inscrit dans le contexte plus général de la promotion, dès les années 1970, de mécanismes d'internalisation des externalités dans les stratégies de protection de l'environnement[113]. Le principe pollueur-payeur – qui se concentre sur l'émission de polluants – et le principe utilisateur-payeur – qui concerne les coûts liés à la production, la distribution et l'utilisation de l'eau – relèvent d'une même logique : il s'agit de faire peser les coûts liés à l'utilisation ou la pollution sur les utilisateurs eux-mêmes, et non plus sur les pouvoirs publics et la collectivité. Dans le secteur de l'eau, la tarification porte sur

---

[109] P. CULLET, « Innovation and Trends in Water Law », dans K. CONCA, E. WEINTHAL (dir.), *The Oxford Handbook of Water Politics and Policy,* Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 339.

[110] Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, *op. cit.,* note 90, p. 3.

[111] *Ibid.*

[112] *Ibid*. Dès 1977, le Plan d'action issu de la Conférence de Mar del Plata appelait les États à mettre en place des cadres réglementaires reposant sur des outils économiques – comme des mécanismes de tarification reflétant le coût économique réel de l'eau – propres à inciter à une utilisation rationnelle de l'eau et assurer la durabilité du secteur (Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'eau de Mar del Plata, *op. cit.,* note 87). Le programme d'Action Agenda 21 va dans le même sens en appelant les États à compléter leurs politiques et réglementations relatives à l'environnement par des politiques de prix (*Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para. 8.27).

[113] L'OCDE a tenu un rôle de premier plan dans la promotion de ce principe et l'Union européenne a fortement contribué à son évolution en se dotant dès les années 1970 d'un arsenal juridique en la matière. Voir pour l'OCDE, notamment Recommandation C (72)128 du Conseil du 26 mai 1972, *Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international* ; Recommandation C (74) 223 du Conseil, du 14 novembre 1974, *Mise en œuvre du Principe pollueur-payeur*. Voir pour l'Union européenne par exemple, *Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement*, JOCE C 112 du 20 décembre 1973, p. 1 ; *Résolution du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 17 mai 1977 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnemen*t, JOCE C 139 du 13 juin 1977, p. 1 ; *Résolution du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 7 février 1983 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1982-1986)*, JOCE C 46 du 17 février 1983, p. 1 ; *Résolution du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 19 octobre 1987, concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des CE en matière d'environnement (1987-1992)*, JOCE C 328 du 7 décembre 1987, p. 1. Voir aussi Acte unique européen du 17 février 1986, JOCE L 169/2, article 130 R.

l'utilisation de la ressource elle-même et sur la fourniture du service. Elle représente, dans ce cas un outil de gestion « *permettant de concilier la gestion des ressources hydriques, la fourniture de services liés à l'eau et l'investissement dans l'infrastructure* »[114].

33. L'accent porté sur la valeur économique de l'eau s'est, certes, inscrit dans une stratégie de conservation. Mais cette approche de l'eau en tant que bien économique se décline sous d'autres aspects.

II. L'intérêt du sujet : le cadre du droit international économique

34. L'eau et ses services sont intégrés aux échanges économiques internationaux. Ils font l'objet d'exploitation commerciale et industrielle au plan transnational (A) et sont à ce titre susceptibles de relever des règles du droit international économique (B). Émergent, par suite, des points de tension entre protection des valeurs marchandes et non-marchandes de l'eau (C).

A. L'eau et ses services, objets d'exploitation commerciale et industrielle au plan transnational

35. Bien entendu, la dimension marchande de l'eau apparaît clairement lorsqu'il est question de l'industrie de l'eau en bouteille, qui représente à l'évidence la forme la plus visible de l'exploitation commerciale de la ressource hydrique. Le développement du conditionnement à un prix très faible ainsi que la globalisation du transport et de la distribution sont autant de facteurs qui ont favorisé l'expansion de cette industrie. Il est pertinent de parler à cet égard d'une marchandisation de l'eau. Elle résulte de son appropriation et de son conditionnement, sans que l'eau ne subisse de transformation substantielle par rapport à son état naturel[115]. L'eau accède à un marché sur lequel elle est échangée contre un prix. L'essor de cette industrie répond à une forte demande des consommateurs qui la perçoivent comme étant de meilleure qualité[116]. Mais son empreinte écologique est considérable. Tout d'abord, la production d'une bouteille en plastique nécessite l'équivalent de près de deux litres d'eau, ce qui est une véritable

[114] OCDE, *Le prix de l'eau et des services d'eau potable et d'assainissement,* Paris, OCDE, 2010, p. 18.
[115] L'eau de table est une eau dont la provenance est quelconque mais qui satisfait certaines normes sanitaires. Elle fait l'objet de traitements destinés à la désinfecter contre les bactéries. En revanche, l'eau de source satisfait naturellement aux normes sanitaires. Elle est mise en bouteille sans aucun traitement chimique.
[116] N. D. HALL, « Protecting Fresh Water Resources in the Era of Global Water Markets: Lessons Learned from Bottle Water », *University of Denver Law Review,* 2009, vol. 13, n° 1, pp. 1-54.

aberration d'un point de vue écologique. Ensuite, les entreprises de ce secteur se livrent à des pompages massifs d'eau souterraine qui contribuent à l'épuisement local des ressources. Nestlé, *leader* sur le marché de l'eau en bouteille, mène ainsi des opérations controversées affectant localement les droits des autres utilisateurs, comme en attestent les différends ayant opposé la multinationale à la population d'une municipalité du Michigan aux États-Unis[117].

36. Les transferts internationaux d'eau virtuelle sont, incontestablement, la manifestation principale de la dimension globale de la ressource. Sont visés sous cette expression les volumes d'eau utilisés pour la production de biens – pour une grande partie, des biens agricoles[118] – ensuite exportés sur les marchés internationaux[119]. L'eau est en effet utilisée dans la plupart des procédés agricoles et industriels. Il faut ainsi près de 7500 litres d'eau pour fabriquer un jean[120], environ 1000 à 2000 litres d'eau pour la production d'un kilogramme de céréales, 140 litres d'eau pour l'équivalent d'une tasse de café[121], ou encore 2500 litres d'eau pour un litre de biocarburant[122]. Assurément, l'augmentation du commerce international de marchandises entraîne corrélativement une exploitation plus fréquente de l'eau pour la production de biens

[117] En 2003, Nestlé a pompé près de 7 milliards de litres pour sa production d'eau aux États-Unis. Dans l'État du Michigan, *Ice Mountain Spring Water*, appartenant à Nestlé, a obtenu en 2000 une concession pour le pompage de près de 1500 litres d'eau par minute dans le comté de Mecosta. L'entreprise a très vite souhaité obtenir une augmentation du volume d'eau qu'elle était légalement autorisée à prélever. Consultés sur cette question, les habitants du comté s'y sont opposés, refus qui a été confirmé en première instance et en appel (*Mich. Citizens for Water Conservation v. Nestle Waters N. Am. Inc.,* 709 N.W.2d 174 (Mich. Ct. App. 2005), portions rev'd on other grounds, 737 N.W.2d 447 (Mich. 2007)). Voir sur cette question T. CLARKE, « Nestlé's Water Wars: the experience in North America », Polaris Institute, Ottawa, 2007; S. SASSEN, *Expulsions. Brutalité et complexité dans l'économie globale,* Paris, Gallimard, 2014, pp. 256 et s.

[118] Environ 80% des flux d'eau virtuelle sont liés au commerce des produits agricoles. Voir A. Y. HOEKSTRA, A. K. CHAPAGAIN, « Water Footprints of Nations: Water Used by People as a Function of their Consumption Pattern », *Water Resources Management*, 2007, vol. 21, p. 38 ; K. CHAPAGAIN, A. Y. HOEKSTRA, « The Global Component of Freshwater Demand and Supply: An Assessment of Virtual Water Flows Between Nations as a Result of Trade in Agricultural and Industrial Products », *Water International*, 2008, vol. 33, n° 1, pp.19-32.

[119] On doit le concept d'eau virtuelle à John Anthony Allan, Professeur de géographie au King's College de Londres. Voir notamment, J. A. ALLAN, *Virtual Water: A Long-Term Solution for Water Short Middle Eastern Economies*, Paper presented at the 1997 British Association Festival of Science, disponible sur https://www.soas.ac.uk/water/publications/papers/file38347.pdf (consulté le 30 juin 2021). Les bases du concept d'eau virtuelle ainsi que sa méthodologie de calcul ont ensuite été précisées par le professeur Arjen Hoekstra de l'UNESCO-IHE et développées à l'université de Twente. Voir notamment, A. Y. HOEKSTRA, P. Q. HUNG, « Globalization of Water Resources: International Virtual Water Flows in Relation to Crop Trade », *Global Environmental Change,* 2005, vol. 15, n° 1, pp. 45-46 ; A. Y. HOEKSTRA, « The Global Dimension of Water Governance: Why the River Basin Approach Is No Longer Sufficient and Why Cooperative Action at Global Level Is Needed », *Water*, 2011, vol. 3, n° 1, pp. 21-46.

[120] Elle émet près 3 milliards de tonnes de CO2 annuellement. K. NIINIMÄKI, G. PETERS, H. DAHLBO, P. PERRY, T. RISSANEN, A. GWILT, « The Environmental Price of Fast Fashion », *Nature Reviews Earth and Environment*, 2020, vol. 1, pp. 189-200

[121] A. Y. HOEKSTRA, *op. cit.,* note 119.

[122] UNESCO, *Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau, Eau et changement climatique*, Paris, UNESCO, 2020.

exportés[123]. On parle d'eau « virtuelle », car l'eau utilisée dans le processus de production des biens se trouve ainsi virtuellement consommée dans le pays d'importation. Les transferts d'eau virtuelle peuvent dès lors s'inscrire dans une stratégie visant à redresser les déséquilibres régionaux et mondiaux en matière de disponibilité de l'eau. Les pays disposant de ressources abondantes peuvent en tirer profit en devenant exportateurs nets de produits intensifs en eau[124]. Ceux n'ayant que des ressources limitées cherchent d'ores et déjà à préserver leur stock en important ce type de produits. Dans ces pays, l'importation d'eau virtuelle représente une alternative plus économique à la mise en œuvre de projets onéreux – comme les barrages ou le dessalement d'eau de mer[125] – et peut permettre de renoncer à des politiques de souveraineté alimentaire coûteuses. Ainsi, en est-il de l'Arabie saoudite qui utilise une partie de ses revenus pétroliers pour acquérir des terres en Afrique subsaharienne et y établir des productions agricoles. Ces achats ou locations à long terme de grandes superficies de terres visant des terrains situés à proximité d'une source d'eau, réalisés par des États qui cherchent à sécuriser leur indépendance alimentaire et/ou énergétique, peuvent aussi être le fait d'entreprises multinationales actives sur le marché de la production de biocarburants, en plein essor depuis la crise alimentaire de 2008[126]. Ces investissements qui délocalisent le processus de production en aval permettent de contourner les restrictions à l'exportation ciblant les ressources naturelles et auxquelles les États recourent de plus en plus fréquemment[127]. Les contrats d'achat et de location de terres pour la production de denrées agricoles et de biocarburants destinés à l'exportation ont pu être qualifiés d'accaparements de terres. Or, il s'agit aussi d'accaparements

[123] A. Y. HOEKSTRA, « The Relation between International Trade and Freshwater Scarcity », *World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2010-05*, 2010, p. 1.

[124] L'Amérique du Nord est la principale région exportatrice d'eau virtuelle, tandis que l'Asie centrale et du Sud est celle en important le plus (A. Y. HOEKSTRA, P. Q. HUNG, *op. cit.,* note 119, pp. 45-46).

[125] Jusque dans les années 1980, les États ont principalement mené des politiques de gestion centrées sur l'offre. Il s'est agi d'améliorer l'accès aux quantités d'eau par l'exploitation des stocks d'eau disponibles, mais aussi par l'investissement dans des ouvrages de grande envergure comme les barrages, les réservoirs ou les aqueducs. Les externalités environnementales générées par ces projets et la dégradation des écosystèmes naturels induite par les prélèvements d'eau à grande échelle n'ont été que trop peu prises en compte. Aujourd'hui, diverses techniques innovantes sont envisagées pour augmenter la disponibilité en eau. Ainsi en est-il du dessalement de l'eau de mer, solution particulièrement coûteuse, dont on peut à long terme attendre un développement à plus grande échelle. Jusqu'à récemment, l'exportation d'eau en vrac était peu envisageable en raison d'obstacles techniques liés au transport de la ressource. Ces obstacles ont été surpassés grâce aux progrès technologiques récents, par exemple le recours aux pipelines, aux bateaux citernes ou encore à de grands sacs plastiques flottants (*medusa bags)*. Voir L. BAECHLER, « La bonne gestion de l'eau : un enjeu majeur du développement durable », *L'Europe en formation*, 2012, vol. 365, n° 3, p. 13 ; Pour un panorama complet des solutions envisageables, voir FAO, *Coping with Water Scarcity. An Action Framework for Agriculture and Food Security,* FAO Water Reports, 2008*,* pp. 36- 38 ; J. SALOMON, « Le dessalement de l'eau de mer est-il une voie d'avenir ? », *Revista de Geografia e Ordenamento do Território*, 2012, n° 1, pp. 237-262.

[126] Voir C. GOLAY, « The Food Crisis and Food Security: Towards a New World Food Order », *International Development Policy*, 2010, n° 1, pp. 229-248.

[127] CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2009. Sociétés transnationales, production agricole et développement,* Genève, CNUCED, p. 111

d'eau[128] : l'acquisition de terres n'a en effet aucune valeur si elle ne s'accompagne pas du droit d'accéder à la ressource en eau. L'Afrique subsaharienne, qui n'utilise que 2% de ses ressources en eau pour l'irrigation[129], est perçue par les investisseurs comme ayant un potentiel inexploité pour l'agriculture irriguée.

37. Toute la dynamique et les impacts des transferts d'eau virtuelle ne sont pas connus. L'idée selon laquelle le manque de disponibilité locale en ressources hydriques pourrait trouver une réponse dans le commerce international de produits intensifs en eau s'inscrit dans la théorie des avantages comparatifs[130], selon laquelle « *les différences de dotation en facteurs inciteraient les pays à se spécialiser et à exporter certains biens et services pour lesquels ils possèdent un avantage comparatif* »[131]. Or, comme le relève le rapport de l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après, « OMC ») sur le commerce mondial de 2010, « *en matière de commerce de ressources naturelles, d'autres variables comme l'infrastructure ou la qualité des institutions sont néanmoins nécessaires pour que les États tirent un avantage significatif* »[132]. Autrement dit, « *le niveau de dotation en ressources naturelles est une condition indispensable mais non suffisante pour la production et l'exportation de ressources naturelles ou de biens dont la production nécessite d'importantes quantités de ressources naturelles* »[133]. À cet égard, les projections indiquent que la suppression des barrières au commerce de produits agricoles augmentera les exportations de produits intensifs en eau et aura pour effet d'affecter la disponibilité locale de la ressource[134]. Il est ainsi évident que la libéralisation du commerce ne peut à elle seule favoriser des transferts optimaux d'eau virtuelle. Des études montrent d'ores et déjà que l'irrigation des cultures de riz destinées à l'exportation en Thaïlande contribue à la surexploitation et à l'épuisement des ressources. Il en est de même au Kenya, dans le contexte de la culture de fleurs destinées à l'exportation. Dans ces pays, c'est

[128] Cette réalité a été mise en évidence par Olivier de Schutter, à l'époque Rapporteur spécial pour le droit à l'alimentation. Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle : ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, A/HRC/13/33/Add.2, 28 décembre 2009.
[129] FAO, *Unlocking the Water Potential of Agriculture*, FAO Fact Sheet 2003.
[130] Voir K. MATSUOKA, *Tradable Water in GATT/WTO Law: Need for New Legal Frameworks?* AWRA/IWLRI – University of Dundee International Specialty Conference, 6-8 August 2001 ; Voir L. ROCH, C. GENDRON, « Le commerce de l'eau virtuelle : du concept à la politique », *Géocarrefour*, 2005, vol. 80, n° 4, pp. 273-284.
[131] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010. Le commerce des ressources naturelles,* Genève, OMC, 2010, p. 74.
[132] *Ibid.*
[133] *Ibid*.
[134] J. RAMIREZ-VALLEJO, P. ROGERS, « Virtual Water Flows and Trade Liberalization », *Water Science and Technology,* 2004, vol. 49, n° 7, pp. 25-32; I. NIEMEYER, A. GARRIDO, *Latin American Agricultural Trade: The Role of the WTO in Sustainable Virtual Water Flows*, European Association of Agricultural Economists, International Congress, Zurich, 30 août - 2 septembre 2011.

précisément l'absence de tarification de l'eau d'irrigation – et donc sa non-valorisation économique – qui contribue à une utilisation peu responsable de l'eau en ne permettant pas l'internalisation des externalités générées par son exploitation.

38. Enfin, le traitement de l'eau en tant que bien économique a favorisé l'infiltration de logiques économiques de marché dans le secteur des services de distribution d'eau potable et d'assainissement, mouvement qui a touché les grandes métropoles du Sud. Il convient de souligner que durant la décennie 1990, la question de la gestion de l'eau est sortie du cadre exclusivement onusien pour être appréhendée, d'une part par les institutions financières internationales et, d'autre part, dans le cadre de forums *ad hoc* au sein desquels les entreprises transnationales jouent un rôle de premier plan[135]. Dans le secteur des services publics de l'eau, un consensus s'est construit autour des paradigmes de l'efficience économique et de la participation du secteur privé[136], modèles s'inscrivant dans le cadre plus général du Consensus de Washington et de la réforme de la gestion publique[137]. Dans les années 1990, la gestion des services de distribution d'eau potable et d'assainissement dans les États n'ayant ni la technologie, ni les ressources nécessaires pour les fournir de manière adéquate a été confiée à des entreprises transnationales dans le cadre de PPP. Ces délégations de service public ont connu des résultats mitigés. Certaines ont contribué à l'amélioration de l'efficacité des réseaux et à l'accroissement de l'approvisionnement. D'autres pays ont connu des échecs

[135] On fait référence ici au Partenariat mondial de l'eau (*Global Water Partnership)*, organisation intergouvernementale basée à Stockholm, et au Conseil mondial de l'eau (*World Water Council*), association loi de 1901 établie à Marseille. Le *Global Water Partnership* a été créé en 1996 à l'initiative de la Banque mondiale, du PNUD et de l'Agence suédoise de développement (*Swedish International Development Agency*). Cette organisation a pour objet de fournir un appui aux États souhaitant déployer des politiques de gestion de l'eau basées sur le principe de GIRE. Le *World Water Council* a été créé en 1996 sous l'égide du Ministère égyptien de l'eau et des travaux publics, de l'Agence canadienne de développement et de Suez-Lyonnaise des Eaux. On trouve parmi ses membres des entreprises multinationales du secteur de l'eau et de l'assainissement, des organisations non-gouvernementales, des ministères, des organisations internationales, des associations scientifiques et des instituts de recherches. Depuis sa création, le Conseil mondial de l'eau organise tous les trois ans des Forums mondiaux de l'eau qui réunissent plusieurs milliers de parties prenantes invitées à discuter des grands enjeux mondiaux liés à l'eau. Voir https://www.worldwatercouncil.org/fr ; https://www.gwp.org/ (consultés le 20 juin 2021).

[136] BANQUE MONDIALE, « Water Resources Management Policy Paper », Washington D. C., Banque mondiale, Policy Paper n° 12335, 1993. Ce document a fait l'objet d'une révision en 2004 : BANQUE MONDIALE, « Water Resources Sector Strategy: Strategic Directions for World Bank Engagement », Washington D.C., Banque mondiale, Policy Paper n° 28114, 2004.

[137] Le consensus de Washington désigne le paquet de mesures néo-libérales prescrites à la fin des années 1980 par un groupe d'économistes et d'experts de la Banque mondiale et du FMI et visant à stabiliser les économies latino-américaines et alléger le fardeau de leur dette publique. Voir sur cette question D. UZUNIDIS, « Les pays en développement face au Consensus de Washington. Histoire et avenir », *AFRI*, 2005, vol. VI, p. 870.

retentissants[138]. En tout état de cause, la reconnaissance de la valeur économique de l'eau a indéniablement contribué à légitimer l'exploitation commerciale des services publics qui lui sont liés. Il est ici également pertinent de mobiliser le concept de marchandisation, dans la mesure où il existe effectivement un marché international des services publics de l'eau sur lequel les grandes multinationales opèrent. Ces services sont, de ce fait, transformés en service marchand, sans pour autant perdre leur nature de service public, l'hybridation laissant apparaître le conflit potentiel entre valeurs marchande et non-marchande de l'eau.

B. L'eau et ses services en tant qu'objets relevant des règles du droit international économique

39. Que ce soit sous forme virtuelle ou réelle, l'eau franchit les frontières et fait l'objet d'exploitations commerciales et industrielles. La ressource et les services publics qui lui sont liés sont exploités par des « *acteurs rattachés à des ordres juridiques nationaux différents* »[139]. Ils sont, à ce titre, susceptibles de relever des règles du droit international économique relatives au commerce international et à l'investissement[140]. Or, les finalités du droit international économique sont sensiblement différentes de celles des systèmes et corps de normes traditionnellement appelés à régir les utilisations de l'eau. Le droit interne, le droit des cours d'eau internationaux, le droit international des droits de l'homme se concentrent, à des degrés divers, sur la finalité de l'utilisation collective et intègrent à cette fin les préoccupations de conservation, d'accès et d'utilisation équitables. Il convient donc de considérer que ces règles sont principalement orientées vers la protection des valeurs non-marchandes attachées à l'eau, dès lors que l'on comprend ces valeurs comme renvoyant aux « *droits de l'homme et de l'humanité* »[141], « *à la primauté de la personne humaine »*[142]*,* ainsi qu'au « *bien commun aux membres d'une société »*[143].

---

[138] En Bolivie, à Cochabamba, la concession s'est terminée sur un échec en 2000 à la suite de fortes protestations politiques. En Argentine, plusieurs contrats de concession ont pris fin dans le contexte de crise économique et politique du début des années 2000.

[139] H. ASCENSIO, *Droit international économique,* Paris, PUF, 2018, p. 2.

[140] On s'appuie sur deux des trois domaines du droit international économique listés par les Professeurs Carreau et Juillard et repris par la doctrine française. Ces trois domaines du droit international économique sont le commerce international, l'investissement international et le système monétaire et financier international. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *Droit international économique,* Paris, Dalloz, 2017.

[141] M. DELMAS MARTY, « *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit* », Paris, Seuil, 2004, pp. 147- 168.

[142] B. OPPETIT*, Philosophie du droit,* Paris, Dalloz, 1999, p. 137.

[143] *Ibid.*

40. À travers deux de ses branches, le droit des échanges et le droit des investissements étrangers, le droit international économique consacre le droit des opérateurs étrangers, qu'ils soient commerçants ou investisseurs, à être traités de manière non-discriminatoire par rapport aux opérateurs nationaux et conduit, naturellement, à encadrer le pouvoir des États de réguler l'accès et l'exploitation commerciale de la ressource en eau.

41. « *Droit d'expansion* » trouvant ses fondements dans une idéologie néo-libérale[144], le droit international économique « *repose tout entier sur l'idée que l'enrichissement des États est une fin légitime* »[145]. Cette visée se retrouve dans le préambule de l'Accord général sur les tarifs douaniers (ci-après, « GATT ») de 1947, les États partie reconnaissant que :

> « *leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits* »[146].

À cette fin, les États suppriment les entraves au commerce international de marchandises – objets ne faisant l'objet d'aucune définition dans l'Accord – et leur accordent un accès égal à leur marché indépendamment de leur origine. L'Accord général sur le commerce des services (ci-après, « AGCS ») issu des négociations du Cycle de l'Uruguay repose sur une logique différente, tout en poursuivant les mêmes objectifs. Excluant uniquement de son champ les services « *fourni[s] dans l'exercice du pouvoir gouvernemental* », il établit pour les autres activités de service « *un cadre multilatéral de principes et de règles pour le[ur] commerce (...), en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive* »[147]. Il apparaît déjà que l'objet du droit international du commerce est vaste et, pour reprendre les termes de Bruno Oppetit, il « *s'élargit sans cesse à mesure que des biens ou des activés restés jusqu'ici en dehors des échanges économiques internationaux en deviennent partie intégrante* »[148].

---

[144] Sur le néolibéralisme à la base du GATT de 1994, il y aurait beaucoup à dire tant le terme ne renvoie pas à une conception unifiée. On peut néanmoins lire avec intérêt l'ouvrage de Quinn Slobodian dans lequel l'auteur revient sur la construction historique du GATT puis de l'OMC et l'influence des différentes écoles du néolibéralisme, notamment celle de l'école autrichienne conduite par Friedrich Hayek. Q. SLOBODIAN, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism,* Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2018.

[145] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.,* note 140, p. 8.

[146] Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, *RTNU,* vol. 55, p. 194.

[147] Accord général sur le commerce des services, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, Annexe 1B, *RTNU*, vol. 1869, p. 183, préambule.

[148] B. OPPETIT, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », dans *Mélanges P. Lalive*, Helbing, Lichten Halm, 1993, p. 309, p. 311.

42. Les accords commerciaux internationaux, d'une part, et les traités relatifs aux investissements étrangers, d'autre part, poursuivent des finalités différentes. Les premiers se concentrent sur la libéralisation des flux commerciaux, tandis que les seconds sont ciblés sur la protection et la promotion des investissements étrangers. La propriété est à la base de la notion d'investissement, cette dernière *« présuppos[ant] et renvo[yant] généralement à une propriété finalisée à l'obtention d'un certain rendement ou profit »*[149]. Les traités bilatéraux d'investissement (ci-après, « TBI ») ont précisément vocation à « *sauvegarder les intérêts des investisseurs ou, dans une perspective plus générale, à promouvoir l'investissement étranger en protégeant les droits de propriété, les actifs et les intérêts de ces investisseurs* »[150]. Il est bien connu que les TBI promeuvent une forme de propriété absolue ou, dit autrement, une approche surprotectrice de la propriété. Tout d'abord, on trouve dans les clauses de définition une approche extrêmement large de l'investissement[151]. Ensuite, et peut-être surtout, toute interférence avec la jouissance et l'usage de l'investissement est susceptible de donner lieu à des réclamations de la part des investisseurs devant des tribunaux arbitraux, et *in fine,* à une indemnisation[152].

43. La différence des moyens mobilisés par les branches « commerce » et « investissement » pour œuvrer dans le sens d'une libéralisation des échanges et des activités des opérateurs étrangers apparaît lorsque l'on s'attache à la nature des mesures susceptibles de donner lieu à des différends. Dans le contentieux de l'investissement, opposant l'État à une personne privée, ce sont des mesures affectant la propriété de l'investisseur, entendue au sens large, qui sont mises en cause. Dans les différends commerciaux, de nature interétatique, ce sont des mesures générales s'appliquant à tous les opérateurs, ou à une catégorie, sur un marché de référence donné qui font l'objet de contestations. Le droit de l'OMC se désintéresse de

---

[149] CNUDED, « Portée et définitions », *Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II*, New York, Genève, ONU, 2011, p. 23.
[150] *Ibid.*, p. 21.
[151] « *Les instruments dont l'objectif principal est de protéger l'investissement étranger contiennent des définitions de l'investissement qui sont généralement larges et englobantes. Ils couvrent non seulement le capital (ou les ressources) qui a franchi les frontières en vue de la création d'une entreprise ou de l'acquisition du contrôle d'une entreprise existante, mais aussi la plupart des autres types d'actifs de l'entreprise ou de l'investisseur, tels que des biens et divers droits de propriété, des investissements sans participation au capital, notamment plusieurs types de prêts et d'opérations de portefeuille, ainsi que d'autres droits contractuels, notamment, parfois, des droits créés par voie administrative par l'État d'accueil (autorisations, permis, etc.). Cette définition est très souvent retenue dans les ABI* » (*ibid.*, p. 22).
[152] M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 384.

l'exploitation des ressources naturelles en raison de sa construction et de ses disciplines pensées en isolation avec le droit des investissements. Cette situation est source d'effets pervers pour l'État. Les mesures commerciales restreignant les échanges, dont la légalité au regard des règles des disciplines de l'OMC n'est pas remise en cause, peuvent faire l'objet de contestations par des investisseurs étrangers dès lors que lesdites mesures affectent leurs droits. Cela étant dit, ces deux types de contentieux ont des « *effets comparables sur les politiques publiques* »[153]. Ils ont en commun de contraindre la figure de l'État : ses prérogatives sont évaluées en fonction de leur rationalité économique, c'est-à-dire de leurs effets sur les échanges commerciaux ou sur les droits économiques des investisseurs étrangers.

C. Les tensions entre protection des valeurs marchandes et non-marchandes de l'eau

44. Nous nous attacherons à analyser dans quelle mesure le droit international économique compromet ou peut, à l'inverse, contribuer à garantir un régime d'utilisation collective de l'eau. Son degré d'ouverture aux dimensions non-marchandes de l'eau est interrogé et les ressorts dont il dispose pour favoriser l'impératif d'utilisation collective sont explorés.

45. La recherche s'inscrit certes dans une problématique connue du droit international économique, à savoir sa capacité à accueillir des valeurs non-marchandes traditionnellement considérées comme lui étant étrangères. Mais son originalité tient à l'objet analysé – l'eau, ressource vitale – pour illustrer ce conflit de valeurs. Nous partons de l'hypothèse selon laquelle le droit international économique représente un corps de normes qui doit être convoqué et mobilisé pour répondre à cet enjeu et partant, concourir à l'atténuation de la crise de l'eau. Dès lors qu'est posé le constat de la contribution du monde marchand à cette crise, il devient en effet indispensable d'interroger la manière dont le droit international économique, en tant que

[153] E. STOPPIONI, *Une analyse critique du discours du juge de l'OMC et de l'arbitre de l'investissement sur le droit non écrit,* Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, Thèse de droit, 23 mars 2019, p. 44. L'auteur cite M. Koskenniemi qui souligne qu' « *under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)/ World Trade Organization (WTO) treaties, for example, domestic priorities and political choices have been routinely attacked as trade barriers and 'subsidies', condemnable in an international system of trade rules for the simple effect that they have had on the 'free' movement of goods, services and capital ».* Pour ce qui est du contentieux d'investissement, Koskenniemi note que *« the very presence of a 'dis-embedded' and one-sided systems of claims automatically skews public policies in favor of foreign investors »,* M. KOSKENNIEMI, « It's not the cases, it's the system *»*, *JWIT,* 2017, vol. 18, n° 2, pp. 343-353.

droit structurant les échanges économiques internationaux, peut servir l'objectif d'utilisation collective.

46. Nous optons pour une réflexion sur le statut car elle permet de développer une lecture intégrée des enjeux embrassant toutes les facettes de l'eau, en l'envisageant en tant que ressource nationale ou transfrontière, comme droit de l'homme, ou encore comme marchandise, service ou investissement. L'approche est en cela novatrice car les divers travaux confrontant cette ressource naturelle au droit international économique se focalisent sur l'exploitation des services publics de l'eau et s'intéressent peu à l'exploitation de la ressource elle-même. Notre recherche porte tant sur l'exploitation des services publics de l'eau que sur celle de la ressource dans le cadre de procédés de production agricoles et industriels. D'autre part, les travaux disponibles ne se concentrent généralement que sur l'une des branches du droit international économique, soit celle relative au commerce, soit celle relative à la protection des investissements[154]. La prise en compte des deux branches pertinentes du droit international économique nous permettra de mettre en valeur leur manque de complémentarité ou, à l'inverse, leur complémentarité pour configurer la figure de l'État, dernier rempart contre une marchandisation de l'eau et de son exploitation.

[154] L'ouvrage collectif édité par Laurence Boisson de Chazournes, Edith Brown Weiss et Nathalie Bernasconi-Osterwalder intitulé *Fresh Water and International Economic Law* fait figure d'exception en s'attachant à mettre en lumière l'ensemble des relations et points de tension entre droit international économique et politiques de gestion de l'eau (E. BROWN WEISS, L. BOISSON DE CHAZOURNES, N. BERNASCONI-OSTERWALDER (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005). Pour les travaux plus récents s'intéressant spécifiquement à l'encadrement par le droit international économique des services publics d'eau potable et d'assainissement, voir J. CHAISSE (dir.), *The Regulation of the Global Services Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Cette question est souvent traitée sous l'angle de l'évaluation de la légalité de mesures prises dans un but d'intérêt public et affectant les droits des investisseurs opérant dans les services publics de l'eau. Voir les ouvrages récents (thèses remaniées de doctorat) : A.-M. DAZA-CLARK, *International Investment Law and Water Resources Management. An Appraisal of Indirect Expropriation,* Leiden, Brill Nijhoff, 2017; X. QIAN, *Water Services Disputes in International Arbitration. Reconsidering the Nexus of Investment Protection, Environment and Human Rights,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020. Rares sont les travaux portant sur les relations entre eau et commerce international de marchandises. Dans le domaine des sciences politiques, on peut citer la thèse d'Aline Baillat, intitulée *International Trade in Water Rights. The Next Step,* qui s'attache à étudier les conséquences du traitement de l'eau en tant que bien économique sur les cours d'eau internationaux et les aquifères transfrontières et qui, dans ce cadre, interroge les relations entre droit des cours d'eau internationaux et droit international du commerce, notamment le point de savoir si l'eau peut être qualifié de produit au regard du GATT (A. BAILLAT, *International Trade in Water Rights. The Next Step,* Londres, New York, IWA Publishing, 2010). La monographie de Fitzgerald Temmerman fruit d'une recherche doctorale intitulée *Trade in Water Under International Law. Bulk Fresh Water, Irrigation Subsidies and Virtual Water* est écrite exclusivement du point de vue du droit de l'OMC. L'auteur s'attache à étudier l'encadrement des transferts d'eau en vrac, d'eau virtuelle ainsi que les subventions à l'irrigation au regard du droit de l'OMC (Voir F. TEMMERMAN, *Trade in Water Under International Law. Bulk Fresh Water, Irrigation Subsidies and Virtual Water,* Cheltenham, Edward Elgar, 2017).

47. Afin de répondre à la question posée, il faut d'abord, identifier les règles dont la finalité est précisément d'organiser l'utilisation collective de l'eau. Dans la mesure où l'on cherche à appréhender l'eau dans sa globalité, nous mobilisons une pluralité de systèmes juridiques et de corps de normes qui s'appliquent à l'eau ressource nationale, ressource transfrontière, élément de l'environnement ou besoin humain. Nous nous concentrons sur trois aspects : les qualifications juridiques dont l'eau fait l'objet, les règles organisant la distribution des droits d'accès et d'utilisation, ainsi que la réglementation des utilisations prioritaires et partant, l'encadrement juridique de la fourniture de services d'approvisionnement en eau potable et d'assainissement. En convoquant les ordres internes, notre démarche conduira à intégrer certains aspects des droits des biens, des droits administratifs et du/des droit(s) de l'environnement. Nous faisons le choix d'analyser les législations d'un grand nombre d'États, issus de tous les continents, développés ou en développement, et ayant chacun des conditions hydrologiques ou climatiques propres. L'exhaustivité n'est pas visée. Il s'agit davantage de dégager les grandes tendances permettant de rendre compte, sur la base d'une approche inductive, de la manière dont l'impératif d'utilisation collective est pris en charge par les ordres juridiques internes. La base de données de la FAO, qui offre une compilation des législations nationales relatives à l'eau de tous les pays du monde, a grandement facilité cette étape de la recherche[155]. Nous nous appuyons par ailleurs sur la jurisprudence, indispensable dans l'analyse des systèmes juridiques de *Common Law*, et de plus en plus mobilisée du fait d'un contentieux climatique en construction[156].

48. Pour ce qui est du droit international économique, l'on s'appuie sur ses développements conventionnels et contentieux. C'est précisément dans le champ contentieux qu'apparaissent les nombreux points de tension entre les règles du droit international économique et l'enjeu d'utilisation collective de l'eau. L'on dispose en matière d'investissements, d'une riche pratique contentieuse dans le secteur des services de distribution d'eau potable et d'assainissement. Pour l'heure, elle fait défaut dans le domaine de l'exploitation de l'eau dans les procédés agricoles, en particulier dans le contexte de contrats d'achat ou de location de terres arables. L'on recourt pour ces investissements à un raisonnement par analogie, en s'appuyant sur les sentences arbitrales rendues en matière de services publics d'eau. On se base aussi sur des différends relatifs à d'autres secteurs d'activité ayant fait émerger des tensions entre protection des investissements d'une part, et objectifs légitimes de l'État en matière environnementale et de

[155] FAOLEX database, Aqualex Profile, http://www.fao.org/faolex/aqualex/en/ (consulté le 10 juin 2021).
[156] J. ROCHFELD, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne,* Paris, Odile Jacob, 2019.

santé publique, d'autre part. Nous tentons d'en tirer des enseignements pour les éventuelles sentences à venir relatives à des conflits d'usage de l'eau. Rappelons que les tribunaux arbitraux ne sont nullement liés par la règle du précédent[157], ce qui n'empêche pas la doctrine d'utiliser l'expression de « jurisprudence arbitrale »[158]. Dans plusieurs affaires, les arbitres se sont, en effet, référés aux sentences de tribunaux arbitraux appelés à statuer sur des questions similaires à celles qu'ils avaient à trancher[159]. On reprendra les termes de Sabrina Robert-Cuendet constatant que les tribunaux arbitraux ont institué un « *système de précédents spontané* » [160] en vue d'assurer « *la cohérence et la prévisibilité des décisions qu'ils rendent afin de servir la légitimité et l'efficacité de leur mission* »[161]. Il reste que le raisonnement par analogie rencontre des limites inhérentes à la spécificité de l'eau en tant que ressource vitale, comparable à ce titre à aucune autre ressource naturelle. Dans cette optique, nous cherchons précisément à déterminer si l'interprétation des droits des investisseurs dont l'activité repose sur une exploitation intensive de l'eau peut faire l'objet d'infléchissements en raison de la singularité de la ressource. En tout état de cause, il reste nécessaire pour répondre à cette question d'interroger au préalable le degré d'ouverture du droit international des investissements aux objectifs d'intérêt public. Il faut enfin rendre compte de la difficulté d'accéder aux sources contractuelles, pourtant fondamentales aussi bien en matière de délégation de service public que de contrats d'achat ou de location de terres agricoles. L'accès à la documentation contractuelle est particulièrement limité. Pour ce qui concerne les délégations de service public, les sentences arbitrales contiennent des éléments permettant de cerner les contours des contrats. L'on s'inspire également des quelques exemples de contrats publiés par la Banque mondiale sur le site internet *Public-Private Partnership Legal Resources Center*[162]. Pour ce qui est des contrats d'achat ou de location de terres agricoles, l'étude de Lorenzo Cotula intitulée « *Land Deals in Africa : What is in the Contracts ? »*[163] a été d'une grande utilité. Nous nous sommes

[157] Voir à ce propos G. KAUFMANN-KOHLER, « Arbitral Precedent. Dream, Necessity or Excuse? » *Arbitration International*, 2007, vol. 23, n° 3, p. 357.
[158] Voir notamment, C. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, vol. 50, p. 714 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004.
[159] Voir en ce sens *El Paso Energy International Company c. Argentine*, CIRDI, ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006, para. 39 ; *Enron Corporation Ponderosa Assets L P c. République argentine*, CIRDI, ARB/01/3, décision sur la compétence du 14 janvier 2004, para 24.
[160] Voir S. ROBERT-CUENDET, *Droit de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contributions à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 6.
[161] *Ibid.*
[162] https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/concessions-and-bots (consulté le 21 juin 2021).
[163] L. COTULA, *Land Deals in Africa: What is in the Contracts?* London, IIED, 2011.

également appuyés sur le travail de collecte d'un certain nombre de contrats réalisé par l'ONG espagnole GRAIN, sur sa plateforme *Farmland Grab*[164].

49. Dans le champ du droit international du commerce, en l'absence d'engagements de libéralisation du commerce de services d'eau, on ne peut pas déterminer *a priori* le niveau d'interférence de ces disciplines sur la réglementation des utilisations prioritaires et des services d'approvisionnement en eau. Il y a très peu de jurisprudence relative à l'AGCS. Pour l'interprétation des exceptions générales de son article XIV, qui pourraient permettre aux États de déroger à leurs obligations pour réglementer les services publics, il est possible de s'inspirer de la riche jurisprudence relative à l'article XX du GATT en matière de commerce de marchandises. Le Groupe spécial du différend commercial *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* a souligné que certaines constatations faites par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article XX du GATT « *sont également valables pour ce qui est de la protection de la moralité publique et de l'ordre public* » dans le contexte de l'AGCS[165]. Pour ce qui est de l'encadrement du commerce international de marchandises dont les procédés de production reposent sur une utilisation intensive de l'eau, le raisonnement par analogie a des limites identiques à celles évoquées pour les investissements. On cherche en effet à identifier les espaces et les ressorts dont dispose le droit international du commerce pour une prise en compte de la spécificité de l'eau. La légalité de mesures commerciales restrictives destinées à limiter les externalités générées par l'exportation ou l'importation de marchandises intensives en eau dépend dès lors de la capacité du droit de l'OMC à reconnaître les particularités de l'eau et l'urgence de conserver la ressource.

50. Dans une perspective analytique et critique, notre étude entend évaluer si les règles du droit international économique sont adaptées à l'impératif d'utilisation collective et identifier leurs forces et leurs faiblesses pour répondre à cet enjeu. Ce questionnement conduira naturellement à mobiliser des éléments de *lege ferenda* permettant d'apprécier l'adaptabilité future du droit international économique aux enjeux fondamentaux et spécifiques soulevés par la question de l'eau. Cette approche de *lege ferenda*, qui ne pourra être réalisée qu'après avoir mesuré les contours des éléments de *lege lata* ancrés dans les ordres juridiques internes et dans

[164] https://www.farmlandgrab.org/ (consulté le 21 juin 2021).
[165] *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R, 10 novembre 2004, para. 6.461.

le droit international économique, pourra conduire à proposer des infléchissements permettant de mieux adapter la règle de droit aux enjeux.

51. Notre démonstration procède en deux étapes. La première partie nous permettra de démontrer que c'est dans l'ordre juridique interne que l'on trouve les approches les plus cohérentes quant aux statuts juridiques de l'eau. La régulation de l'eau dans l'ordre international offre pour sa part une illustration prototypique du phénomène de fragmentation, chaque régime juridique se concentrant sur une utilisation particulière de la ressource, sans toujours intégrer *« dans sa propre dimension les besoins (…) pris en charge par les autres »*[166]. Comme le souligne Laurence Boisson de Chazournes, l'objectif de gestion intégrée des ressources en eau « *met au défi le droit international* »[167] dans la mesure où il exige « *une lecture croisée des divers corps de normes en sus de ceux relatifs aux cours d'eau internationaux, qu'il s'agisse des droits de l'homme, de la protection de l'environnement, ou encore du droit applicable aux relations économiques et commerciales* »[168]. Dans l'ordre international, l'approche statocentrée représente un obstacle sérieux à l'émergence de réponses juridiques adaptées pour une atténuation de la crise de l'eau. En définitive, l'État en tant que garant de l'utilisation collective de l'eau et régulateur des services d'eau tient un rôle de premier plan, ce qui ne fait pas obstacle à ce qu'il fasse appel à des outils de gestion s'appuyant sur la valeur économique de la ressource. Or, certaines des dimensions économiques de l'eau relèvent du droit international économique, si bien que l'eau et ses services publics se trouvent appréhendés par un corps de normes avant tout protecteur de la valeur marchande et des droits de propriété. En identifiant les différents corps de normes appelés à encadrer le régime juridique de l'eau, la première partie cherche à faire émerger le fait que le conflit potentiel se noue principalement entre valeurs non marchandes de l'eau, protégées par l'État, et valeurs marchandes relevant du droit international économique (*Première partie : le régime juridique de l'eau, entre État et marché*). L'objet de la seconde partie sera ensuite d'analyser les conséquences sur l'eau et ses services de leur encadrement par les règles du droit international économique. Il s'agit d'interroger la capacité du droit international économique à s'ouvrir sur les valeurs non-marchandes de l'eau, portées par l'État à travers ses objectifs légitimes, et

[166] M. FORTEAU, « préface », dans, M. CUQ, *L'eau en droit international. Convergences et divergences dans les approches juridiques,* Bruxelles, Larcier, 2013.
[167] L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Eaux internationales et droit international : vers l'idée de gestion commune », dans, L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. M. A. SALMAN (dir.), *Les ressources en droit et le droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p.8.
[168] *Ibid.*

d'identifier les leviers dont il dispose pour contribuer à une utilisation collective de l'eau. Ces développements s'inscrivent ainsi dans une réflexion plus générale sur les contours et les évolutions disciplinaires du droit international économique *(Seconde partie : l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services, objet du droit international économique)*.

PREMIÈRE PARTIE – LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EAU, ENTRE ÉTAT ET MARCHÉ

52. L'eau est saisie par une pluralité de systèmes et de branches du droit se concentrant sur une ou plusieurs utilisations particulières. Les ordres juridiques internes sont les premiers à destiner à l'eau un régime juridique complet et cohérent. En tant que ressource nationale, elle est soumise à un contrôle fort de l'autorité publique chargée de concilier, au nom de l'intérêt public, ses utilisations potentiellement concurrentes et d'en encadrer l'appropriation privée. L'eau, ressource nationale d'intérêt public, est une ressource économique faisant l'objet d'exploitation commerciale et industrielle, et cela au plan transnational. C'est à ce titre qu'elle est susceptible de relever des règles du droit international économique. L'intégration de cette ressource naturelle singulière dans les règles de l'échange marchand ouvre ainsi une réflexion sur l'élargissement de l'objet du commerce international « *à mesure que des biens ou des activités restés jusqu'ici en dehors des échanges économiques internationaux en deviennent partie intégrante* »[169]. La prise en charge de certains aspects de son exploitation par le droit international des investissements a pour effet de l'attirer vers un régime juridique orienté vers la protection de la propriété des opérateurs économiques, faisant ainsi émerger de potentiels points de tension avec les principes encadrant sa gestion en tant que ressource nationale. Le premier titre nous permettra d'envisager la dualité de l'eau, à la fois ressource d'intérêt public et ressource économique (*titre I*). L'approche unitaire du droit interne, qui s'est renforcée ces dernières décennies en raison de l'impératif de conservation de l'eau, tranche singulièrement avec le traitement lacunaire dont fait l'objet la ressource dans l'ordre juridique international. Il n'existe pour l'heure pas de *corpus* de règles cohérent applicable à l'eau. L'approche à la fois sectorielle et statocentrée de la régulation internationale de l'eau représente un obstacle sérieux en matière de gestion de l'eau, cela d'autant plus dans un contexte d'exploitation commerciale accrue de la ressource et, dans une moindre mesure, des services publics de l'eau par des opérateurs privés internationaux (*titre II*).

[169] B. OPPETIT, *Droit et modernité,* Paris, PUF, 1998, pp. 206-207.

TITRE I – L'EAU, RESSOURCE D'INTÉRÊT PUBLIC ET RESSOURCE ÉCONOMIQUE

53. Nous envisageons, tout d'abord, l'eau en tant que ressource naturelle située sur le territoire des États. Dans ce contexte, sa singularité en tant que ressource vitale tend de plus en plus à irriguer la construction de son régime juridique, résolument orienté vers la finalité de l'usage commun. Cet usage commun est pensé comme se devant d'incomber à la puissance publique. C'est ainsi que l'État se voit associé à la figure du gardien des ressources en eau nationales afin qu'il en garantisse l'utilisation collective. Le fait que l'eau convoque irrémédiablement la figure étatique n'oblitère pas sa valeur économique qui se manifeste de diverses manières. Ainsi, en matière de politique de gestion de l'eau, le traitement de la ressource en tant que bien économique s'est inscrit dans une finalité non-économique, à savoir sa conservation. Mais cette approche de l'eau a aussi ouvert la porte à des principes de gestion fondés sur une logique économique de marché (*chapitre I*). En tant que bien économique, l'eau est exploitée commercialement au plan transnational. Elle est à ce titre devenue l'objet de règles relevant du droit international économique. Dans la mesure où le droit international économique ne lui réserve aucune catégorie juridique épousant sa singularité, l'eau se voit envisagée aussi bien en tant que produit, service, ou objet d'investissements étrangers et se trouve ainsi attirée vers une sphère juridique orientée vers la protection des valeurs marchandes et des droits de propriété privée (*chapitre II*).

CHAPITRE I – L'EAU EN TANT QUE RESSOURCE SITUÉE SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS : UNE RESSOURCE D'INTÉRÊT PUBLIC

54. En tant « *qu'ensemble de règles suprêmes fondant l'autorité étatique* »[170], les constitutions des États contiennent souvent des dispositions relatives à l'eau, appréhendée en tant qu'élément du territoire sur lequel l'État exerce sa souveraineté. Encore faut-il organiser au sein de ce territoire l'accès à cette ressource et concilier les diverses utilisations concurrentes dont elle fait l'objet. On compte en la matière près de cent quatre-vingt-douze systèmes différents ayant chacun leurs spécificités[171]. Tous sont marqués, à des degrés divers, par l'enjeu d'utilisation collective de l'eau supposant d'en encadrer l'appropriation privée. Nous nous appuyons sur une dichotomie simple entre d'une part, les pays de tradition civiliste[172] et, d'autre part, ceux de *Common Law*[173]. Dans ces systèmes ayant hérité du droit romain leurs principes et règles en matière de droit de l'eau[174], la ressource naturelle fait l'objet de qualifications hétérogènes, variant en fonction de ses états – eau souterraine, eau courante, eau de pluie –, si bien qu'au fond, il peut paraître plus pertinent de parler de régimes juridiques des eaux que de régime juridique de l'eau. L'enjeu de conservation, progressivement devenu primordial, a rendu nécessaire une meilleure prise en compte des réalités naturelle et physique de la ressource. Cette préoccupation a fait émerger des approches de gestion reposant sur une conception plus unitaire de l'eau et tendant à renforcer le contrôle de l'État, s'exerçant sur l'ensemble des ressources situées sur son territoire, sans égard pour ses divers états (*section I)*. La conciliation des multiples utilisations de l'eau n'en est pas moins complexe. Il est à cet égard évident que

[170] Association Henri Capitant, M. CORNU, M. GORÉ, Y. LEQUETTE, G. CORNU, P. MALINVAUD, *Vocabulaire juridique,* Paris PUF, 9ème édition, 2011

[171] J. W. DELLAPENNA, J. GUPTA (dir.), *The Evolution of the Law and Politics of Water*, Londres, Springer, 2009, p. 9.

[172] Il s'agit des pays dans lesquels le code civil français de 1804 a été exporté à la suite de conquêtes ou consécutivement à la colonisation. Parmi les pays ayant adopté les principes du droit civil on retrouve les pays de l'ancienne Afrique occidentale française. En Asie, le système de droit civil a constitué la base de la législation et de l'administration de l'ancienne Indochine (le Laos, le Vietnam et le Cambodge) alors que le droit néerlandais a été importé en Indonésie. Les pays d'Amérique latine ont été influencés par les systèmes juridiques espagnols et portugais.

[173] Sont concernés la Grande-Bretagne, les États-Unis et les pays africains et asiatiques ayant à un moment de leur histoire été colonisés par la Grande-Bretagne.

[174] P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit, Les biens,* Paris, PUF, 1961 ; J. GAUDEMET, *Droit romain et ancien droit français,* Paris, Cours de droit, 1963 ; W. W. BUCKLAND, A. D. MCNAIR, F. H. LAWSON, *Roman Law and Common Law : a Comparison in Outline,* Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

certains aspects de l'approche économique de l'eau compliquent encore la mission de l'État garant de l'utilisation collective de l'eau *(section II)*.

Section I. La reconnaissance progressive de l'unité écologique de l'eau aux fins de sa conservation

55. L'eau fait l'objet d'une pluralité de qualifications juridiques pensées relativement à ses caractéristiques physiques ou à son utilité publique (I). L'enjeu de conservation, qui irrigue aujourd'hui les politiques nationales de gestion de l'eau, tend à unifier son régime juridique. Cet impératif apparaît comme une utilité publique singulière entrouvrant la possibilité de repenser le rôle de l'État en matière de gestion des ressources en eau situées sur son territoire (II).

I. L'eau, élément faisant l'objet d'une pluralité de qualifications juridiques

56. L'eau est traditionnellement appréhendée au regard de son utilité publique, d'ordre économique ou social (A), ou en fonction de ses divers états – eau courante, eau souterraine, eau de pluie (B). Le premier critère de classification tend à unifier le statut juridique de la ressource, tandis que le second contribue à le fragmenter.

A. L'affectation de l'eau à une utilité publique d'ordre économique ou social : facteur unifiant son statut juridique

57. Historiquement, c'est l'utilité économique des cours d'eau qui a justifié le contrôle étatique spécifique dont ils font l'objet (1). L'utilité sociale des eaux destinées à l'approvisionnement des populations, découlant de leur dimension vitale, est reconnue dans tous les pays et explique la réglementation stricte à laquelle ces eaux d'intérêt public sont assujetties (2).

1) La valeur stratégique du cours d'eau

58. Le régime juridique des cours d'eau – ou « *voies d'eau* »[175] – tel qu'il existe dans les systèmes juridiques contemporains est le fruit d'une évolution marquée par la mainmise progressive de l'État sur ces ressources relevant traditionnellement de modes de gestion communautaire. On rappellera que le rejet de ces formes de gestion s'est appuyé sur les arguments des physiocrates les voyant comme autant de freins au développement économique et à une maximisation de l'exploitation des ressources naturelles. En Angleterre notamment, cette opposition s'est matérialisée dans le domaine foncier par la privatisation des communaux. Au milieu du XVII^{ème} siècle, près de la moitié des terres arables anglaises était gérée sous le modèle de la jouissance collective. Les droits d'utilisation communautaires intégraient le droit de coupe et de ramassage du bois, le droit de pêche, le droit d'extraction de tourbe, le pâturage collectif du bétail ou encore le droit de prélèvement de sable ou d'extraction de minerais. L'accaparement des communaux a conduit à la disparition de ces régimes de jouissance collective. Ce mouvement, initié dès le XVI^{ème} siècle, a connu son point culminant durant la première moitié du XIX^{ème} siècle avec l'adoption des *Enclosure Acts*[176]. Le modèle d'appropriation privée pensée par l'économie capitaliste comme étant synonyme d'exclusivisme, est ainsi relativement récent et « *culturellement localisé* »[177].

59. Voies de communication et d'échanges commerciaux, c'est historiquement au titre de leur caractère navigable – et donc de leur valeur économique – que les cours d'eau ont fait l'objet d'un contrôle par la puissance publique[178]. En France, par exemple, leur gestion reposait

---

[175] J. GUDEFIN, *op. cit.,* note 29, p. 165.

[176] Sur le mouvement des *Enclosures*, voir notamment : *The Law of Commons and Commoners*, Londres, 1698 ; *Halsbury's Laws of England*, Londres, 1932, vol. 4, p. 530 ; J. M. NEESON, « Les terres en jouissance collective en Angleterre. 1700-1850 », dans M.-D. DEMÉLAS, N. VIVIER (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 39-60 ; F. ORSI, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, 2013, vol. 14, n° 1, pp. 1-28 ; F. OST, D. MISSONNE, M.-S. CLIPPELE, « Propriété et biens communs », dans B. WINIGER, M. MAHJLMANN, S. CLÉMENT, A. KÜHLER (dir.), *La propriété et ses limites. Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de la Philosophie Sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève,* Stuttgart Baden-Baden, Franz Steiner Verlag Nomos, 2017 ; J. DE SAINT-VICTOR, « Généalogie historique d'une 'propriété oubliée' », dans B. PARANCE, J. DE SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs,* Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 51-80 ; C. GUIBET LAFAYE, « La disqualification économique du commun », *RIDE,* 2014/3, t. XXVIII, pp. 271-283.

[177] J. LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977 ; M. PETEL, « La nature : d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, vol. 80, n° 1, p. 212.

[178] Le droit romain classait les fleuves navigables dans la catégorie des *res publica,* mis à la disposition de tous et retranchés de l'aire de l'appropriation par un acte de droit public. Sur ces fleuves, la navigation et le commerce étaient libres. Nous verrons dans le Chapitre III que la navigation est la première utilisation appréhendée par le droit des cours d'eau internationaux (voir Chapitre III para. 212).

sous l'ère féodale sur des arrangements coutumiers locaux. Coexistaient, d'un côté, un principe de souveraineté du Seigneur sur son fief, et de l'autre, une grande diversité d'usages organisés par les communautés villageoises en matière de puisage, de navigation ou de flottage du bois. Les cours d'eau navigables furent placés sous l'Ancien régime sous l'autorité du Roi[179], puis à la suite de la Révolution, sous celle de la Nation[180]. Le code civil de 1804 les fera entrer dans le domaine public[181], puis leur intégration résultera à partir de 1910 de leur classement[182]. Le critère de navigabilité demeure aujourd'hui en France un motif de classement, cela au même titre que l'alimentation en eau des populations, les besoins en eau de l'industrie et de l'agriculture, ou encore la protection contre les inondations[183].

60. L'appréhension du cours d'eau en tant que ressource économique est manifeste dans le contexte des colonisations. Le principe de liberté de navigation sur les cours d'eau internationaux, fer de lance des stratégies d'expansion coloniale des puissances européennes[184], en est une illustration. Au sein même de certains pays africains, asiatiques ou latino-américains, l'étatisation des cours d'eau résulte des colonisations. Auparavant, le régime d'utilisation de ces ressources – tout comme celui des eaux souterraines ou des eaux pluviales – relevait exclusivement de pratiques coutumières ayant, en raison de facteurs sociaux, culturels, politiques et économiques, une teneur variée d'une localité à l'autre[185]. Après les

[179] Édit portant règlement général pour les eaux et les forêts, août 1669, Titre XXVII, « De la police et conservation des forêts, eaux et rivières », article 41, (reproduit dans D. M. WALKER, *Collection complète, par ordre chronologique, des lois, édits, traités de paix, ordonnances, déclarations et règlements d'intérêt général antérieurs à 1789, restés en vigueur, t. 1*, Paris, Moessard & Jousset, 1835, p. 263).

[180] Décret relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages, 22 novembre et 1er décembre 1790, article 2, *Répertoire Dalloz*, t. 17, 1870, Domaine de l'État, p. 89 ; Décret concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, 28 septembre et 6 octobre 1791, article 4, *Répertoire Dalloz*, t. 19, 1852, Droit rural, p. 203.

[181] Code civil de 1804, article 538. Les critères de navigabilité et de flottabilité ne sont pas définis, ce qui a donné lieu à une jurisprudence riche du Conseil d'État. Cette lacune a été comblée par la loi du 8 avril 1898 relative au régime des eaux dont l'article 34 dispose que : « *les fleuves et les rivières navigables avec bateaux, trains ou radeaux, font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure. Font également partie du domaine public : 1° Les bras même non navigables et non flottables, lorsqu'ils prennent naissance au-dessous du point où les fleuves et rivières commencent à être navigables ou flottables ; 2° Les noues et boires qui tirent leurs eaux des même fleuves et rivières* ».

[182] Loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910, article 138.

[183] Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. Aude Farinetti souligne à cet égard que « *[l]e recul de la place de la navigation dans la définition textuelle du domaine public fluvial ne doit pas masquer qu'elle demeure dans les faits le motif essentiel du classement des cours d'eau et des lacs comme dépendances domaniales* ». A. FARINETTI, *La protection juridique des cours d'eau : contribution à une réflexion sur l'appréhension des objets complexes*, Paris, Éditions Johanet, 2012, p. 223.

[184] Voir Chapitre III, para. 212.

[185] L. COTULA, « Concepts clés et tendances des politiques et législations », dans L. COTULA (dir.), *Droits fonciers et accès à l'eau au Sahel. Défis et perspectives pour l'agriculture et l'élevage,* Londres, IIED, 2006, pp. 10-23. Voir également D. A. CAPONERA, *op. cit.,* note 19, p. 113.

décolonisations, la propriété des puissances coloniales sur les eaux a été transférée aux États nouvellement indépendants. Mais les pratiques coutumières ont survécu à l'étatisation et à l'introduction récente de droits d'utilisation formels d'origine administrative. Dans ces systèmes traditionnels, l'eau appartient souvent à une communauté donnée à l'échelon local, régional ou clanique et le droit de l'utiliser est conditionné à la fourniture, en contrepartie, d'une contribution en travail et/ ou en capital destinée à optimiser la gestion de la ressource[186]. Il reste que bien souvent, ces droits traditionnels sont peu reconnus, ce qui interroge quant à leur articulation avec les droits statutaires. La loi peut exiger que les premiers soient répertoriés et enregistrés, mais force est de constater que ces procédures sont rarement mises en œuvre[187]. Or, comme nous le verrons dans le contexte des investissements étrangers à grande échelle dans les terres agricoles, cette cohabitation crée une forte inégalité entre populations locales et opérateurs économiques, ces derniers sécurisant leur accès à l'eau en formalisant leurs droits[188].

61. Dans les systèmes juridiques de *Common Law,* c'est la théorie du *public trust* qui s'applique pour caractériser la relation tripartite liant l'autorité publique, les cours d'eau et le public[189]. Cette théorie, qui trouve ses origines dans les Institutes de Justinien, repose sur l'idée selon laquelle certaines ressources – l'air et les cours d'eau – doivent, en raison de leur particularité, être considérées comme appartenant à tous et ne peuvent en conséquence être la propriété de personne[190]. Il s'agit là d'une différence de taille avec la domanialité publique, bien que l'on ne puisse considérer la propriété publique comme une propriété par nature. Rappelons que la spécificité des biens du domaine public réside dans leur objet, c'est-à-dire

---

[186] M. RAMAZZOTTI, « Anthologie du droit coutumier de l'eau en Afrique », *Études législatives de la FAO,* 1996, n° 58 ; S. BURCHI, « The Interface Between Customary and Statutory Water Rights. A Statutory Perspective », FAO*, Legal Papers online,* 2005, n° 45*,* disponible sur http://www.fao.org/3/a-bb078e.pdf (consulté le 13 juin 2021) ; R. S. KNIGHT, « Statutory Recognition of Customary Land Rights in Africa. An Investigation into Best Practices for Lawmaking and Implementation »*, Études législatives de la FAO*, 2010, n° 105, disponible sur http://www.fao.org/3/a-i1945e.pdf (consulté le 13 juin 2021).

[187] Voir infra, para. 110. Les réformes comprennent généralement un volet relatif à la reconnaissance des droits coutumiers à travers la procédure dite de « purge des droits d'eau », qui permet de les répertorier par une prise d'inventaire, puis de les enregistrer. Sur ces questions, voir H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN*, The Practice of Responsible Investment Principles in Larger-Scale Agricultural Investments: Implications for Corporate Performance and Impact on Local Communities,* Washington, D. C., New York, Banque mondiale, Nations Unies, 2014.

[188] Voir infra, para. 111 ; Chapitre VII, para. 438.

[189] La théorie du *public trust* s'applique dans des pays du sud anciennement sous domination coloniale britannique. C'est par exemple le cas du Pakistan, des Philippines, du Kenya, du Nigeria et de l'Afrique du Sud. Voir M. C. BLUMM, R. D. GUTHRIE, « Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision », *University of Davis Law Review,* 2012, vol. 45, n° 3, pp. 741- 808

[190] Voir R. E. WALSTON, « The Public Trust Doctrine in the Water Rights Context », *Natural Resources Journal,* 1989, vol. 29, n° 2, p. 586.

leur affectation, et non « *dans leur origine ou leur nature intrinsèque* »[191]. L'affectation à l'utilité publique et l'inaliénabilité sont « *deux caractéristiques qui limitent le droit de propriété des personnes publiques sur les éléments du domaine public, au bénéfice de la population* »[192]. Cette affectation justifie l'application d'un régime protecteur exorbitant du droit commun, dont l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité sont les caractéristiques marquantes[193]. Mais, cette protection ne vaut que tant que la personne publique n'a pas procédé formellement au déclassement. L'affectation est volontariste[194] et par conséquent l'inaliénabilité temporaire et précaire[195]. Il en résulte que la domanialité publique ne permet pas de préserver définitivement les biens publics de la sphère marchande. Cette limite de la domanialité publique – en tant que rempart à la marchandisation – est l'une des raisons à l'origine de l'intérêt de la doctrine juridique pour les biens communs, en particulier en Italie[196] où, comme nous le verrons, l'intégration de cette catégorie au code civil a été débattue et envisagée en réaction à la tendance de l'État propriétaire à faire sortir des biens du domaine public pour des considérations purement économiques[197].

62. La conception des pays de *Common Law* ancre les cours d'eau dans la catégorie des choses communes ne pouvant faire l'objet de propriété, ni de la part d'une personne privée, ni d'une personne publique. Mobilisée par les juridictions et la doctrine anglaises au XIX^{ème} siècle, le *public trust* a été décrit en ces termes pour ce qui est des eaux navigables : « *Le Roi n'a d'autre titre juridique aux droits de pêche et de navigation que ceux qui lui reviennent en tant que protecteur du public et des droits du public* »[198]. Le public bénéficie d'un droit d'accès qu'aucun droit – émanant du Roi ou d'une personne privée – n'est susceptible de remettre en cause. La figure de l'État *trustee,* se démarque ainsi de l'État propriétaire. En tant que *trustee*,

[191] V. INSERGUET-BRISSET, *Propriété publique et environnement,* Paris, LGDJ, 1994, p. 28.
[192] N. FOULQUIER, « Domaine public (droit administratif) », dans *Dictionnaire des biens communs, op. cit.,* note 94*,* p. 372.
[193] J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif des biens,* Paris, Montchrestien, 2003, p. 27.
[194] N. FOULQUIER, *op. cit.,* note 192*,* p. 373.
[195] J. GUDEFIN, *op. cit.,* note 29, pp. 335 et s.
[196] Voir A. LUCARELLI, « Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela del diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta? », dans U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTA (dir.), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile,* Roma, Accademia Naz, dei Lincei, 2010, pp. 85-95; A. LUCARELLI, *Beni comuni: dalla teoria all'azione politica,* Viareggio, Dissensi, 2011 ; U. MATTEI, S. BAILEY, « Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggles for the Commons », *Indiana Journal of Legal Studies,* 2013, vol. 20, n° 2, pp. 965-1013.
[197] F. OST, D. MISONNE, M.-S. CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *op. cit.,* note 176, p. 142. Voir infra, para. 136.
[198] J. K. ANGELL, *A Treatise on the Right of Property in Tide Waters and in the Soil and Shores Thereof (1826),* réimpression Littleton, F.B. Rothman, 1983, pp. 33-34 (traduction T. PERROUD, « Public Trust », dans *Dictionnaire des biens communs, op. cit.,* note 94*,* p. 1028).

il ne peut s'approprier les ressources et/ou les espaces constituant le *trust.* Il en est le gardien, ce qui, on y reviendra, peut être interprété comme mettant à sa charge une responsabilité particulière à l'égard des citoyens actuels et futurs, bénéficiaires ultimes de cette garde[199].

63. À la suite de la révolution américaine, les responsabilités du Roi sur les eaux navigables furent transférées aux États de l'Union[200]. Au cours du XIX^{ème} siècle et de la première moitié du XX^{ème} siècle, le *public trust* a été mobilisé par les citoyens américains dans le but de contester le pouvoir des États fédérés d'aliéner les lits des cours d'eau navigables[201]. L'arrêt *Illinois Central Railroad c. Illinois* rendu par la Cour suprême des États-Unis à la fin du XIX^{ème} siècle est emblématique à cet égard, en ce qu'il est venu préciser la nature des obligations pesant sur l'État *trustee*[202]. Le Congrès de l'Illinois avait accordé en 1869 à une compagnie de chemin de fer des terrains submergés longeant la côte de Chicago. Puis, cette autorisation avait été annulée, en 1873, par la législature suivante. La Cour avait donc à déterminer si l'aliénation initialement consentie était légale. La Cour a jugé que l'État de l'Illinois ne pouvait accorder des droits à une personne physique ou morale ayant pour effet d'empêcher le public d'accéder à une étendue d'eau dont l'usage était censé être ouvert à tous. L'autorisation donnée à l'entreprise était par conséquent révocable. Dans le raisonnement de la Cour, l'aliénation consentie équivalait à « *une abdication du contrôle général de l'État sur les terres placées sous le niveau des eaux navigables de tout un port ou de toute une baie, d'une mer ou d'un lac* »[203]. Or, une telle abdication « *[n'était] pas en accord avec l'exercice du trust qui [imposait]au gouvernement de l'État de préserver ces eaux pour l'usage du public* »[204]. Il est important de souligner que l'inaliénabilité est ici pensée relativement aux prérogatives de l'État, ce qui fait du *public trust* un instrument de protection des « *pouvoirs de police du gouvernement* »[205] et

[199] Voir infra, paras. 88 et s.
[200] Un arrêt de la Cour suprême du New Jersey du début du XIX^{ème} siècle énonce que les rivières navigables *« sont communes à tous, (...) chacun a le droit d'en profiter selon son plaisir, dans la mesure où cet usage est conforme aux lois qui règlent cette utilisation ; (...). La souveraineté sur les rivières, ports, baies, et côtes a été concédée par le Roi au duc d'York, en tant que gouverneur de la province, exerçant l'autorité royale, pour le bien public, et pas en tant que propriétaire du sol, et pour son usage personnel* » (*Robert Arnold v. Benajah Mundy,* 6 NJL. 1 (1821)). Extrait traduit par T. PERROUD, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de Common Law : la notion de Public Trust », dans *Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou*, Paris, IRJS éditions, 2017, p. 897).
[201] Voir par exemple, Cour Suprême de l'Oregon, *Hinman v. Warren*, 6. Or. 408 (1877) ; Cour Suprême de Washington, *Caminiti v. Boyle*, 732 P. 2d. 989, 993 (Washington 1987). Pour un aperçu de la jurisprudence, voir S. ROSS SAXER, « The Fluid Nature of Property Rights in Water », *Duke Environmental Law and Policy Forum,* 2010, vol. 21, n° 1, p. 65.
[202] *Illinois Central Railroad Cie v. Illinois* (146 US 387, 1892).
[203] Traduction T. PERROUD, *op.cit.,* note 200, p. 900.
[204] *Ibid.*
[205] T. PERROUD, *op. cit.,* note 198, p. 1030.

non du « *bien et de son affectation à l'usage du public* »[206] comme cela est le cas dans le cadre de la domanialité publique.

64. Au fur et à mesure de l'évolution des préoccupations du public, les pouvoirs judiciaire et législatif des États fédérés[207] ont progressivement étendu le champ du *public trust* en vue de protéger certains intérêts publics particuliers, comme la préservation des habitats et des marais ou le maintien de l'intégrité écologique[208] ainsi que, comme nous le verrons, d'autres ressources telles que les eaux souterraines[209]. Aussi bien dans les pays de tradition civiliste que de *Common Law,* c'est historiquement au titre de leur intérêt économique que les cours d'eau ont fait l'objet d'un contrôle public.

65. Ressource d'utilité économique, l'eau est aussi une ressource revêtant une utilité publique d'ordre social lorsqu'elle est affectée à la satisfaction des besoins humains fondamentaux.

2) Les eaux destinées à la consommation humaine, eaux d'intérêt public

66. Dans les pays de tradition civiliste, l'affectation des cours d'eau à la satisfaction des besoins des populations est un motif d'intégration au domaine public. Les eaux souterraines non captées n'entrent pas dans le domaine public dans la mesure où elles ne peuvent « *par leur nature présenter le caractère d'un élément du domaine* »[210] d'une commune donnée. Ce n'est qu'une fois prélevées par les municipalités en vue d'assurer l'approvisionnement en eau des populations qu'elles relèvent, tout comme les ouvrages destinés à les recueillir, du domaine public communal.

---

[206] *Ibid.*

[207] Il revient aux États fédérés de déterminer le champ des ressources et espaces intégrés au *public trust.* Voir *Phillips Petroleum Co. v. Mississippi*, 484 U.S. 469, 475 (1988) : *«[I]t has been long established that the individual States have the authority to define the limits of the lands held in public trust and to recognize private rights in such lands as they see fit* ». Une partie de la doctrine plaide en faveur d'un *public trust* fédéral. Voir notamment, M. C. BLUMM, M. C. WOOD, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law,* Durham, Carolina Academic Press, 2011.

[208] Pour une revue de la jurisprudence américaine, voir D. C. SLADE, *The Public Trust Doctrine in Motion: The Evolution of the Doctrine 1997-2008*, Bowie, PTDIM LLC, 2008 ; J. L. SAX, « The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention », *The Michigan Law Review,* 1969-1970, vol. 68, n° 3, pp. 471- 566.

[209] Voir infra, paras 85 et s.

[210] Cour administrative d'appel de Lyon, 24 octobre 1995, *Commune de Saint-Ours-les-Roches*, *RD immob.,* juillet-septembre 1996, p. 356.

67. Ainsi, alors que l'eau relève de catégories différentes en fonction de ses états[211], son affectation à la satisfaction des besoins vitaux a pour effet de transcender ces qualifications. L'eau devient une ressource d'intérêt public faisant à ce titre l'objet d'une réglementation stricte, tout comme l'activité consistant à la rendre potable et la distribuer[212]. Les fournisseurs de services d'eau ont en effet, pour des enjeux évidents de santé publique, l'obligation de délivrer, de manière constante, une eau potable répondant aux exigences de qualité imposées par la réglementation[213].

68. Cette prise de conscience de la nécessité d'encadrer la fourniture d'eau potable et l'assainissement est somme toute relativement récente. Elle a émergé durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle en lien avec les progrès de la médecine et l'influence des théories hygiénistes qui ont permis de mettre en exergue les liens entre eau et santé[214]. L'introduction de systèmes d'assainissement et d'approvisionnement en eau potable a représenté un progrès social significatif dans les centres urbains d'Europe[215]. Les décennies 1960 et 1970 représentent un autre tournant majeur. Elles ont été marquées, dans les pays industrialisés, par le renforcement des normes de qualité de l'eau de consommation, la communauté scientifique alertant sur la gravité des maladies imputables aux résidus chimiques présents dans l'eau potable. Aux États-Unis, le *Clean Water Act*[216] et le *Safe Drinking Water Act*[217] sont les textes fondamentaux en la matière. Le premier, adopté en 1972, contient une palette d'outils permettant d'une part de sanctionner le rejet de polluants dans les cours d'eau et, d'autre part, d'apporter un soutien financier aux municipalités pour la construction d'installations de traitement des eaux usées. Le second, en date de 1974 donne compétence à l'Agence pour la protection de l'environnement (*Environmental Protection Agency)* pour la définition des normes de qualité de l'eau potable.

---

[211] Voir infra, paras 72 et s.
[212] Nous le verrons précisément dans la deuxième section.
[213] En droit français, l'article L.1321-1 du Code de la santé publique impose aux entités chargées de l'approvisionnement en eau du public en vue d'alimentation humaine de s'assurer que l'eau est propre à la consommation. Elle ne doit « *pas contenir un nombre ou une concentration de micro-organismes, de parasites ou de toutes autres substances constituant un danger potentiel pour la santé des personnes* » et « *être conforme aux limites de qualité, portant sur des paramètres microbiologiques et chimiques, définies par arrêté du ministre chargé de la santé* » (article R.1321-2 du Code de la santé publique).
[214] L. GUÉRIN-SCHNEIDER, « Histoire des services publics d'eau potable et d'assainissement : entre stabilité et reconfiguration », dans G. BOULEAU, L. GUÉRIN-SCHNEIDER (dir.), *Des tuyaux et des hommes, Les réseaux d'eau en France,* Paris, Éditions Quae, 2011 ; M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 412; J.-P. GOUBERT, *La conquête de l'eau. L'avènement de la santé à l'âge industriel*, Paris, Robert Lafont, 1986.
[215] En effet, en Europe, « *il y a à peine cent ans, la mortalité infantile (…) était aussi élevée qu'elle l'est aujourd'hui en Afrique sub-saharienne* » (H. LABELLE, « Préface », dans TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *op. cit.,* note 57, p. xv).
[216] *Clean Water Act,* 33 U.S.C. §1251 et seq. (1972).
[217] *Safe Drinking Water Act,* 42 U.S.C. §300f et seq. (1974).

Ces normes sont ensuite mises en œuvre par les États fédérés qui demeurent libres d'opter pour des exigences plus strictes.

69. Au niveau européen, la Directive européenne relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (ci-après « Directive sur l'eau potable »)[218] représente l'un des piliers du cadre juridique européen relatif à l'eau, à côté de la directive cadre sur l'eau[219] et de la directive relative au traitement des eaux urbaines résiduaires[220]. Elle est actuellement en cours de révision, le but étant « *d'aligner les normes de qualité de l'eau potable aux données scientifiques les plus à jour et d'adapter le cadre législatif pour mieux répondre aux défis nouveaux, tels que le changement climatique et la transition vers une économie circulaire* »[221]. Ce processus a été amorcé à la suite de l'initiative citoyenne « *Right2water* », première initiative européenne acceptée par la Commission européenne conformément au règlement UE n° 211/2011[222]. Ayant reçu le soutien de plus d'un million et demi de citoyens européens, elle visait à ce que le droit à l'eau et à l'assainissement soit consacré en tant que droit de l'homme dans un instrument de l'Union. La Commission a jugé pertinent de traiter cette question dans le cadre de la directive sur l'eau potable, mais elle a très clairement rejeté l'approche de la reconnaissance du droit de l'homme à l'eau en estimant que l'accès à l'eau des citoyens européens faisait déjà l'objet d'une protection à travers divers droits consacrés par les textes européens, en particulier le droit à la vie[223]. On ne peut que regretter cette position. En effet, cette approche instituant un régime de protection dérivée est largement insuffisante en ce qu'elle ne permet nullement de protéger l'intégralité des dimensions de l'accès à l'eau, et en particulier ses dimensions économiques à travers la garantie de l'accessibilité économique aux services d'eau, comme nous nous emploierons à le démontrer dans le chapitre IV. La Commission s'est bornée à engager une procédure de révision de la directive estimant que cette démarche suffirait à répondre directement et concrètement aux demandes des citoyens

[218] Directive 98/83/CE du Conseil du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, JO L 330 du 5 décembre 1998, p. 32
[219] Directive 2000/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO L 327, 22 décembre 2000, pp. 1-73.
[220] Directive 91/271/CEE du Conseil du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, JOCE L 135 du 30 mai 1991.
[221] Rapport sur la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, COM (2017)0753 - C8-0019/2018 - 2017/0332(COD), 1er octobre 2018.
[222] Règlement UE 211/2011 du 11 mars 2011 relatif à l'initiative citoyenne européenne, JOUE L 65 du 11 mars 2011. On rappellera que l'initiative citoyenne européenne permet aux citoyens européens de saisir la Commission européenne pour l'appeler à légiférer sur un sujet de préoccupation. Pour cela, l'initiative doit compter un million de signatures et représenter au moins sept États membres.
[223] Voir proposition de Directive du Parlement et du Conseil relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (refonte) COM/2017/0753 final - 2017/0332 (COD).

européens[224]. Le projet de directive rappelle ainsi que « *l'objectif de la directive est de protéger la santé humaine des effets néfastes de la contamination des eaux destinées à la consommation humaine en garantissant la salubrité et la propreté de celles-ci ainsi que de garantir l'accès universel à ces eaux* »[225]. La directive a le mérite de chercher à renforcer et actualiser les normes de qualité propres à assurer la propreté et la salubrité des eaux destinées à la consommation humaine. Ainsi, un début de réponse est apporté aux effets des perturbateurs endocriniens sur la santé. Un mécanisme de listes des « substances placées sous vigilance » est mis en place[226]. Les substances visées sont celles présentant un « *danger potentiel pour la santé humaine, mais pour lesquelles la connaissance scientifique n'a pas permis de démontrer un risque avéré pour la santé humain*e »[227].

70. Dans tous les pays, les fournisseurs de services d'eau sont tenus de se soumettre à des contrôles de la qualité des eaux pour des impératifs évidents de santé publique. Cette supervision est par exemple exercée en France par le préfet qui peut mener des inspections des installations ou encore contrôler les mesures de sécurité sanitaire mises en œuvre par le prestataire de service[228]. Dans certains pays, ce contrôle est opéré par une autorité indépendante de régulation, comme c'est le cas par exemple au Kenya avec le Conseil de réglementation de l'eau et de l'assainissement (*Water Services Regulatory Board*, WASREB). Le recueil des données relatives à la qualité de l'eau peut s'avérer peu aisé lorsque l'ensemble des fonctions est concentré entre les mains d'un acteur unique. Ainsi en est-il au Burkina Faso, où l'Office national de l'eau et de l'assainissement (ONEA), entreprise publique détenue et exploitée par l'État, fournit les services d'approvisionnement en eau et d'assainissement dans plus de cinquante municipalités burkinabés et assure elle-même le contrôle de la qualité des eaux. À ce

[224] *Ibid*.
[225] Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 28 mars 2019 en vue de l'adoption de la directive UE relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, P8_TC1-COD (2017) 0332, article 1.2.
[226] La première liste doit être adoptée par la Commission au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la directive. La Commission se basera aux fins d'établissement de la liste sur les travaux de l'Organisation Mondiale de la santé (OMS), dont les directives pour la qualité de l'eau de boisson font autorité. Voir OMS, *Directives de qualité pour l'eau de boisson*, Genève, OMS, 2017. Au sens de l'Organisation « *une eau de boisson saine ne présente aucun risque notable pour la santé d'une personne qui la consommerait sur toute la durée de sa vie, compte tenu des variations de sensibilité éventuelles aux différents stades de la vie* ». Les directives fixent notamment les doses maximales admissibles de substances microbiologiques et chimiques pouvant être absorbées par une personne.
[227] Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 28 mars 2019 en vue de l'adoption de la Directive relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, article 11, para. 5 bis.
[228] Articles L .1321-4 et R.1321-15 du Code de la santé publique.

jour, aucune donnée sur la qualité de l'eau n'a fait l'objet de publication ni de vérification par des tiers, ce qui peut évidemment interroger sur leur fiabilité[229].

71. Ressource d'intérêt public à raison de son utilité publique d'ordre social ou économique, l'eau fait l'objet d'utilisations privatives. Le régime juridique de ces utilisations a longtemps épousé une logique prenant exclusivement appui sur les états de la ressource.

B. La diversité des états de l'eau, facteur de fragmentation de son statut juridique

72. Les droits internes appréhendent rarement le régime d'utilisation applicable à la ressource dans sa globalité d'une manière uniforme, mais instituent autant de déclinaisons que l'on compte de manifestations de la matière eau.

73. En France, l'appartenance de l'eau des cours d'eau non domaniaux à la catégorie des choses communes, décrites par l'article 714 du Code civil français comme « *des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* », n'est pas contestée. Elle ne peut en cette qualité faire l'objet de droits de propriété exclusifs, que ce soit de la part d'une personne publique ou d'une personne privée. La qualification de l'eau des cours d'eau domaniaux est en revanche plus débattue. Une partie de la doctrine soutient qu'elle serait un élément du domaine public[230], lorsqu'un autre courant la qualifie de chose commune[231]. Selon cette conception, le caractère fluide de l'eau du cours d'eau – et partant, que celui-ci soit domanial ou non domanial – ainsi que son perpétuel renouvellement feraient matériellement obstacle à sa maitrise et à son appropriation « *en bloc* »[232]. Cet argument est conforté par la nature de la propriété publique qui ne peut, on le rappelle, être considérée comme une propriété absolue[233], la personne publique devant davantage être envisagée comme exerçant un droit d'intendance sur ce domaine[234]. En ce qui concerne les eaux du domaine public fluvial

---

[229] C. VAN DEN BERG, A. DANILENKO, *Performance des services d'eau en Afrique*, Washington D. C., Banque mondiale, 2017, p. 117.
[230] R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain,* Aalen, Scientia, 1970.
[231] P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens,* Paris, Defrénois, 2005, n° 164, p. 48 ; B. NADAULT DE BUFFON, *Des usines et autres établissements sur les cours d'eau, développements sur les lois et règlements qui régissent cette matière, à l'usage des fonctionnaires*, Paris, Marescq aîné, 1841, I, p. 76 (cité par A. FARINETTI, *op. cit.,* note 183, p. 129) ; F. OST, *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit,* Paris, Éditions La Découverte, 2003, p. 48.
[232] J. CARBONNIER, *Droit Civil, Tome III, Les biens,* Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000, p. 83.
[233] V. Inserguet-Brisset rappelle que « *la spécificité reconnue à ces biens [publics] ne réside pas dans leur origine ou leur nature intrinsèque : elle tient à leur objet* » (V. INSERGUET-BRISSET, *op. cit.,* note 191, p. 28).
[234] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public,* Paris, Société anonyme du Recueil Sirey, 1933.

précisément, Géraldine Chavrier relève que l'« *on ne devrait pouvoir regarder l'État comme [étant] propriétaire [de ces] eaux* »[235]. Ce dernier dispose en effet « *d'un droit de garde et d'intendance lui permettant d'accorder des droits réels, ou d'en détenir sur décision des représentants de la Nation* »[236]. La loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution[237] évoque par ailleurs un « *droit d'usage de l'eau »* appartenant à l'État, droit décrit comme s'exerçant *« dans les mêmes conditions que sur les cours d'eau domaniaux »*[238]. Il en résulte que par cette loi, État et particuliers sont placés dans une situation identique : celle d'usagers des cours d'eau domaniaux.

74. Il reste que la portée des prérogatives attachées à ce droit d'usage, pour ce qui est des particuliers, pose question. Il est reconnu que le droit d'usage dont jouissent les riverains de cours d'eau non domaniaux les autorise à prélever l'eau pour leurs besoins domestiques, agricoles et industriels[239] à charge de la restituer à son cours naturel à la sortie de leur fonds, sans en amoindrir le volume ni en altérer la qualité[240]. Cette prérogative a été rapprochée par la doctrine du régime de l'usage et de l'habitation des articles 625 à 636 du Code civil français[241]. Elle a également été comparée à celle de l'usufruitier, en « *droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* »[242]. Ces régimes ont en commun d'être marqués par le refoulement de l'exclusivisme, prérogative emportant le droit de disposer librement de la chose.

75. Mais l'analogie avec le droit d'usage de l'eau trouve ses limites, dans la mesure où, comme le relève pertinemment Julia Gudefin, les prélèvements d'eau courante entraînant une « *dégradation du milieu aquatique »* ou encore *« une baisse du niveau des nappes*

---

[235] G. CHAVRIER, « La qualification juridique de l'eau des cours d'eau domaniaux », *RFDA,* 2004, p. 928.
[236] *Ibid.*
[237] Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution.
[238] Loi n° 64-1245, *ibid.,* article 16.
[239] L'article L.215-2 du Code de l'environnement français octroie au riverain « *le droit de prendre, dans la partie du lit qui lui appartient, tous les produits naturels et d'en extraire de la vase, du sable et des pierres, à la condition de ne pas modifier le régime des eaux et d'en exécuter l'entretien* ». Il leur a été reconnu le droit d'exploiter l'eau des cours d'eau non domaniaux à des fins industrielles (Cass., Req., 17 janvier 1888, *D.* 1888, 1, p. 75 ; Cass. civ., 6 juillet 1897, *D.* 1897, 1, p. 536 ; Cour d'appel de Grenoble, 5 avril 1881, *D.P.* 1881, 2, p. 200.).
[240] Code civil, article 644.
[241] M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin,* Paris, Éditions Frison Roche, 2013, p. 108. Voir France, articles 625 et suivants du Code civil relatifs au régime de l'usage et de l'habitation. Ce régime implique l'obligation de conserver la substance de la chose tout en pouvant en prélever les fruits, mais non les produits.
[242] Article 578 du Code civil français. Voir pour cette approche A. SÉRIAUX, « Modes d'acquisition de la propriété. Choses Communes », *Juris Classeur civil*, 2011.

phréatiques » correspondent, de fait, *« à l'abusus caractérisant le droit de propriété* »[243]. La substance de l'eau étant altérée, elle n'est en conséquence plus disponible pour d'autres usages. Il en est de même lorsque l'eau est prélevée, recueillie puis consommée : elle n'est plus disponible pour d'autres utilisations. Elle est de surcroît susceptible d'être commercialisée lorsqu'elle est, par exemple, mise en bouteille et vendue. La qualité de chose commune de l'eau courante, prise dans sa globalité, ne fait pas obstacle à ce qu'elle fasse l'objet de prélèvements pour des utilisations déterminées. Il est évoqué à ce propos sa possible « *appropriation fragmentaire* »[244], n'autorisant l'appropriation que d'« *une partie négligeable du tout* »[245]. Cette idée est parfaitement exprimée à l'article 913 du code civil du Québec relatif aux choses communes, qui dispose que :

> « *Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation ; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient* ».

76. Le droit saisit en outre la ressource en eau en tant « *qu'accessoire de la terre qui la borde, l'entoure ou la recueille* »[246]. Les règles juridiques encadrant son utilisation, élaborées relativement à la propriété foncière, confèrent un droit d'utilisation « *privilégié* »[247] aux propriétaires ayant, en raison de la situation de leurs fonds, un accès physique direct à la ressource.

77. Ainsi en est-il de la doctrine des droits de riveraineté (*riparian right*) de la *Common Law* développée par les juridictions anglaises et américaines durant le XIX^{ème} siècle. Les droits de riveraineté sont considérés comme faisant partie intégrante du droit foncier. Ils donnent droit au propriétaire d'une parcelle bordant un cours d'eau de bénéficier du libre-écoulement de l'eau (*natural flow)* pour ses besoins domestiques et l'abreuvement de son bétail. La révolution industrielle étant allée de pair avec une augmentation de l'exploitation de l'eau, ces propriétaires de terrains riverains à des cours d'eau se sont progressivement vus reconnaître des droits de prélèvements aux fins d'irrigation ou d'extraction minière, utilisations qualifiées d'extraordinaires. Le propriétaire d'amont qui prélève l'eau à ces fins doit s'abstenir de réduire

[243] J. GUDEFIN, *op. cit.,* note 29, pp. 97-98.
[244] A. FARINETTI, *op. cit.,* note 183, p. 129.
[245] *Ibid.* Voir aussi, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes,* Paris, LGDJ, 2006, p. 410 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, « Les biens », *Dalloz*,1992, p. 12, n° 14 ; M. RÈMOND-GOUILLOUD, « Ressources naturelles et choses sans maître », *Dalloz,* 1985, I, p. 27 et s.
[246] J. GUDEFIN, *op. cit.,* note 29, p. 166.
[247] M.-A. CHARDEAUX, *op.cit.,* note 245*,* p. 322.

le débit d'eau ou de détériorer la ressource. Quant au propriétaire d'aval, il ne peut retenir le débit naturel des eaux sans avoir obtenu l'accord préalable des autres propriétaires riverains[248]. Ces utilisations sont limitées par le principe d'utilisation raisonnable qui permet certes de mieux concilier les intérêts en concurrence, mais qui reste impropre à générer des obligations de comportement abstraites et générales. Il ne garantit pas une grande prévisibilité dans la mesure où il n'introduit aucune hiérarchisation *a priori* entre les utilisations. Concrétisé au cas par cas par les juridictions, le caractère raisonnable d'une utilisation s'apprécie par une mise en balance des bénéfices économiques du prélèvement et de ses coûts sociaux et environnementaux potentiels[249]. C'est dans le *Common Law* que le principe tel qu'il s'applique dans le contexte de l'utilisation des ressources en eau situées sur le territoire de deux ou plusieurs États trouve ses origines[250].

78. Les propriétaires de fonds sur lesquels tombent des eaux de pluie ou en dessous desquels s'écoulent des eaux souterraines jouissent d'un accès tout aussi avantageux à ces ressources. Ils sont en droit d'utiliser et de disposer des eaux pluviales présentes sur leur fond. Dans l'immense majorité des législations nationales, l'utilisation de ces eaux non intégrées au domaine public est libre[251]. Il existe toutefois quelques rares pays dans lesquels elles sont incorporées au domaine public, cela en raison de conditions climatique et hydrologique particulières. C'est le cas en Mauritanie, pays sahélien le plus sévèrement éprouvé par les sécheresses, où le code de l'eau qualifie « *les ressources en eaux superficielles, souterraines, ou atmosphériques où qu'elles soient, situées dans les limites du territoire national* » de « *bien collectif, [faisant] à ce titre …partie intégrante du domaine public de l'État* »[252].

79. Dans le même ordre d'idées, les eaux souterraines ont traditionnellement été rattachées à la catégorie des choses sans maître susceptibles d'être appropriées par voie d'occupation. Le

[248] Voir sur ce point D. A. CAPONERA, *op. cit.,* note 19, p. 152.
[249] Voir *Second Restatement of Torts § 850A(b) cmt. b (1979).* Voir plus largement à ce propos R. D. BENSON, « Public on Paper: The Failure of Law to Protect Public Water Uses in the Western United States », *International Journal of Rural Law and Policy. Special Edition, Water Law: through the Lens of Conflict*, 2011, vol. 1, n° 1, p. 62.
[250] Voir Chapitre III, paras. 226, 237-241 et 253-255.
[251] Par exemple, la loi ivoirienne n'inclut pas les eaux atmosphériques ou météoriques dans le domaine public et prévoit qu'elles appartiennent à celui qui les reçoit sur son fonds. Le propriétaire a le droit d'en user et d'en disposer (loi portant code de l'eau n° 98-755 du 23 décembre 1998, article 22). On peut aussi citer la loi béninoise portant sur la gestion de l'eau qui ne fait pas entrer l'eau atmosphérique dans le domaine public (loi n° 2010-44 du 24 novembre 2010, article 18) ; voir aussi Niger, ordonnance n° 93-014 portant régime de l'eau, 2 mars 1993, article 5 ; Chili, Code de l'eau de 1981, articles 10 et 11.
[252] Ordonnance n° 86-144 du 4 juillet 1985 portant code de l'eau, article 3 ; voir aussi, Angola, loi n° 6/02 du 21 juin 2002 sur l'utilisation de l'eau, articles 24 et 26.4.

privilège du propriétaire d'un fonds sur jacent à des eaux souterraines est parfaitement illustré par l'article 552 du Code civil français qui dispose que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». La jurisprudence française lui a reconnu le « *droit de capter sur son fonds non seulement les eaux de source (...) mais aussi les eaux souterraines qui s'infiltrent ou s'écoulent dans son héritage et ce quel que soit le dommage qui en résulte pour les propriétaires des fonds inférieurs* »[253]. L'approche est sensiblement la même dans les pays de *Common Law*. La *rule of capture* appliquée dans quelques États américains, dont le Maine et le Texas[254], donne droit au propriétaire du fonds sur jacent de prélever l'eau sans limitation aucune. Cette règle, qui s'est développée dans les régions des États-Unis possédant d'importantes ressources en eau, faisait sens au XIX^{ème} siècle à une époque où les eaux souterraines étaient prélevées à l'aide de puits rudimentaires creusés manuellement[255]. Il est difficile d'en justifier l'application de nos jours, les progrès techniques ayant ouvert la voie à des méthodes de forage permettant de prélever des volumes d'eau conséquents. La controversée *rule of capture* est au cœur du litige ayant impliqué *Great Spring Waters*, filiale de Nestlé opérant dans le secteur de l'eau embouteillée au Texas à la fin des années 1990 et au début des années 2000[256]. Ses prélèvements quotidiens de plus de 350 000 litres d'eau avaient provoqué l'assèchement de puits voisins dont les propriétaires soutenaient que les opérations de l'entreprise violaient leurs droits de propriété. En première instance, un tribunal a donné droit à *Great Spring Waters* en s'appuyant sur la *rule of capture*. Ce jugement a été confirmé par la Cour suprême du Texas[257]. On évoquera enfin la règle de l'appropriation préalable (*prior appropriation)* utilisée dans les régions arides des États de l'Ouest des États-Unis au début du XIX^{ème} siècle dans le contexte de la ruée vers l'or et de la conquête de l'Ouest[258]. Elle n'établit pas de corrélation entre la propriété du sol et le droit d'utilisation de l'eau souterraine, mais repose sur le principe du « *premier arrivé, premier y ayant droit* » (*first in time, first in right*).

---

[253] Cass. Civ., 3ème, 26 novembre 1974, *Bull. Civ.*, III, n°441. Pour un aperçu de la jurisprudence française en matière d'utilisation des eaux souterraines, voir M.-A. BORDONNEAU, *Regard juridique sur la double nature de l'eau,* Paris, Éditions Johanet, 2009, p. 68 ; V. VARNEROT, « L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. À propos de la décision du TGI d'Angers en date du 12 juillet 2001 », *RJE,* 2002, vol. 27, n° 2, pp. 135-170.

[254] Voir par exemple Cour suprême du Maine, *Maddocks v. Giles*, 1999, 728, A.2d, para. 152 ; Cour suprême du Texas, *Houston Texas Central Railroad v. W. A. East*, 98 Tex. 146, 81 S.W. 279, 1904 ; Cour d'appel du Texas, *S. Plains Lamesa R.R. Ltd v. high Plains Underground Water Conservation Dist.,* 52 S.W. 3d 770, 2001.

[255] Pour une approche historique du droit des eaux souterraines aux États-Unis, voir J. TULHOSKE, « Trusting the Public Trust. Application of the Public Trust Doctrine to Groundwater Resources », *Vermont Journal of Environmental Law*, 2008, vol. 9*,* p. 205.

[256] Pour un aperçu des conflits liés à l'exploitation de l'eau pour l'industrie de l'eau embouteillée aux États-Unis, voir N. D. HALL, *op. cit.,* note 116.

[257] *Sipriano v. Great Spring Waters of America, Inc.,* 1 S. W. 3d 75, Texas, 1999.

[258] Il s'agissait de promouvoir l'implantation de populations dans ces régions. Voir à ce sujet S. ZELLMER, J. HARDER, « Unbundling Property in Water », *Alabama Law Review,* 2007-2008, vol. 59, n° 3, p. 696.

Elle introduit ainsi une hiérarchisation chronologique par laquelle la personne s'appropriant en premier l'eau acquiert de manière prioritaire le droit de l'utiliser et d'en disposer librement. Le droit d'utilisation ainsi établi est exclusif mais s'éteint à partir du moment où l'eau n'est plus affectée à une utilisation dite « bénéfique », ce qui couvre l'irrigation, l'élevage du bétail, l'arrosage, les utilisations domestiques et industrielles. La règle de l'appropriation préalable perdure dans plusieurs États de l'ouest américain tout en ayant fait l'objet d'aménagements propres à mieux prendre en compte les droits des autres utilisateurs[259]. Ainsi en est-il de la règle des droits corrélatifs, utilisée en Californie, qui confère un droit de prélèvement calculé en fonction de la surface du fonds sur jacent[260]. On citera enfin l'exemple de l'Inde, où l'utilisation des eaux souterraines est liée à la propriété foncière[261].

80. Ainsi, les conceptions dont nous avons donné un aperçu, se concentrant exclusivement sur la nature des choses, rattachent chaque état de l'eau « *à une catégorie juridique sans tenir compte de l'unité écologique qu'elle constitue* »[262]. On ne peut que constater leurs limites, dans la mesure où elles déclenchent la mise en œuvre de régimes juridiques reposant sur une approche des problèmes d'utilisation typique du droit privé. L'eau est appréhendée comme une ressource inépuisable[263] en raison de son renouvellement constant à travers son cycle naturel[264], caractéristique qui justifierait l'ouverture de son usage à tous[265]. Or, la crise de l'eau le montre bien : s'appuyer sur la nature des éléments de l'environnement s'avère être un fondement fragile, car contingent[266]. Peut-on encore considérer l'eau comme une ressource inépuisable, lorsque sa surexploitation et sa pollution contribuent à une baisse dramatique de sa disponibilité dans certaines régions du monde et à une dégradation de sa qualité ? Ces approches s'avèrent tout à fait inadaptées pour apporter une réponse aux défis de conservation et de répartition équitable de la ressource[267]. C'est précisément en vue de répondre à ces enjeux nouveaux touchant la gestion des ressources naturelles, au-delà des ressources en eau, qu'émerge dans la science juridique une lecture renouvelée des choses communes « *en tant qu'éléments que le*

[259] Comme l'Arizona, le Colorado, l'Idaho, le Montana, le Nevada, le Nouveau Mexique, l'Utah et le Wyoming
[260] Voir Cour suprême de Californie, *Katz v. Walkinshaw*, 74 P. 766, 1903.
[261] Indian Easements Act, 1882.
[262] J. GUDEFIN, *op. cit.,* note 29, p. 85.
[263] P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.,* note 231, p. 51.
[264] Voir C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil français. Tome II. Les biens,* Paris, Librairies Techniques, 1961, n° 37, para. 168, p. 64 ; F. ZÉNATI, T. REVET, *Les Biens,* Paris, PUF, 1997, n° 12, p. 27.
[265] B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », dans F. OST, S. GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Bruxelles, Publication des FUSL, 1996, pp. 93-143.
[266] M. RÈMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement,* Paris, PUF, 1989, p. 121.
[267] S. HODGSON, « Modern Water Rights. Theory and Practice », FAO*, Études legislatives*, 2006, n° 92, p. 23.

droit [entend] délibérément exclure de l'appropriation, pour les soumettre à un régime de non-appropriation ainsi que d'usage ouvert et partagé »[268]. Dans cette optique, leur inappropriabilité se justifierait davantage par le fait qu'elles rencontrent des « *intérêts individuels communs à tous les membres du corps social* »[269].

81. Les défis suscités par la crise de l'eau ont donné lieu à partir des années 1980 à un mouvement de réforme des droits internes touchant presque tous les États, qu'ils soient industrialisés ou en développement, en zone tropicale, désertique ou tempérée, ce qui montre que l'encadrement juridique de l'eau évolue en fonction de contraintes conjoncturelles.

II. La conservation de l'eau en tant qu'utilité publique singulière

82. La réorientation du droit de l'eau vers l'objectif de conservation se manifeste à travers les évolutions qui ont marqué le régime juridique des eaux souterraines (A). La tendance a été au renforcement du contrôle de l'État sur l'ensemble des ressources situées sur son territoire, mouvement ouvrant la porte à une réinterprétation de son rôle, en tant que gardien de l'eau au bénéfice de la population (B).

A. L'intégration des eaux souterraines au domaine public ou au *public trust*

83. À partir de la décennie 1980, on observe dans de nombreux pays du monde un mouvement tendant à uniformiser le régime juridique des eaux en vue de leur protection environnementale et leur conservation[270]. La gestion fragmentée de l'eau, le déséquilibre entre offre et demande, la dégradation de la qualité des eaux sont autant de facteurs qui commandaient un réexamen profond des politiques de l'eau. L'idée selon laquelle la conservation de l'eau et

[268] J. ROCHFELD, « Chose commune (Approche juridique) », M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.,* note 94, p. 178 ; B. PARANCE, J. DE SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs, op. cit.,* note 176. Voir dans le même sens M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 42.
[269] M.-A. CHARDEAUX, *op.cit.,* note 245*,* p. 164.
[270] Voir S. M. A. SALMAN, D. BRADLOW, *Regulatory Frameworks for Water Resources Management. A Comparative Study,* Washington D. C., Banque mondiale, 2006 ; S. M. HENDRY, *Frameworks for Water Law Reform,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; S. HODGSON, *op. cit.,* note 267 ; FAO, « Élaboration des réglementations nationales de gestion des ressources en eau. Principes et pratiques », *Études législatives de la FAO*, 1999, n° 69.

son partage équitable supposaient des approches de gestion fondées sur « *l'unicité et l'indivisibilité de l'eau* »[271] s'est progressivement imposée.

84. L'on rappellera qu'à la suite de la Conférence des Nations Unies sur l'eau de Mar Del Plata de 1977[272], le concept de GIRE a émergé en tant que référentiel en matière de politique de gestion de l'eau, aussi bien pour les ressources nationales que transfrontières. En s'appuyant sur la pluralité des valeurs de la ressource – à la fois élément de l'écosystème, bien social et économique[273] – la GIRE promeut une administration de « *l'eau, des terres et des ressources associées, en vue de maximiser le bien-être économique et social qui en résulte d'une manière équitable, sans compromettre la pérennité des écosystèmes vitaux* »[274], cela en garantissant le droit de tous les êtres humains d'avoir accès à l'eau en quantité et qualité suffisantes[275]. Le déploiement d'une telle stratégie implique de prendre en compte la réalité écologique et physique de l'eau. En cela, le bassin versant constitue l'unité géographique pertinente dans la mesure où il traduit au mieux l'interdépendance entre eaux de surface et eaux souterraines[276].

85. Dans cette optique, les régimes d'utilisation conférant aux propriétaires fonciers des droits de prélèvements quasi-illimités sur les eaux souterraines sont vite apparus comme inadéquats pour une gestion intégrée et durable. Les réformes des droits de l'eau menées dans la plupart des pays du monde sont, à cet égard, marquées par le renforcement du contrôle de l'autorité publique sur l'utilisation de ces eaux. La tendance générale a été, selon les traditions juridiques, à l'intégration des eaux souterraines au domaine public ou au *public trust*. On le verra, le droit de prélever ces eaux d'intérêt public est dès lors subordonné à l'obtention préalable d'une autorisation, d'une licence ou d'une concession, délivrées au niveau national ou décentralisé[277].

---

[271] M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 76.
[272] Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, *op. cit.,* note 87.
[273] *Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para. 18.8.
[274] GLOBAL WATER PARTNERSHIP SECRETARIAT, *Integrated Water Resources Management (IWRM) at a Glance,* Stockholm, Global Water Partnership, 2004.
[275] *Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para 18.9.
[276] Le bassin versant désigne l'espace drainé par un cours d'eau et ses affluents sur un ensemble de versants. L'ensemble des eaux de cet espace s'écoulent pour converger vers un même point, l'exutoire.
[277] Voir infra, paras. 100 et s.

86. Parmi les États ayant domanialisé leurs eaux souterraines, on peut citer les exemples du Maroc[278], du Brésil[279], de la Colombie[280], de l'Équateur[281], de l'Argentine[282] ou encore de l'Espagne[283]. Certains pays s'appuyant sur la théorie du *public trust*, en ont étendu le champ afin d'y inclure les eaux souterraines[284]. Aux États-Unis, certains États fédérés – notamment ceux des Grands Lacs – limitent encore la portée du *public trust* à la protection de l'accès public aux cours d'eaux navigables[285]. D'autres ont intégré les eaux souterraines au *public trust* par voie législative[286], constitutionnelle[287] ou encore à la suite de consécrations jurisprudentielles[288]. En Afrique du Sud, par exemple, la loi sur l'eau de 1998 confère à l'État le rôle de gardien de l'ensemble des ressources en eau, y compris les eaux souterraines, au bénéfice de la Nation (« *public trustee of the nation's water resources »).* Cette fonction lui impose d'assurer la protection, l'utilisation et la gestion de la ressource conformément aux impératifs de développement durable et d'équité sociale[289]. En Inde, le régime des eaux

[278] Loi n° 10-95 sur l'eau du 16 août 1995, article 2.
[279] Loi n° 9433-97 sur l'eau du 8 janvier 1997, article 12.
[280] Décret n° 1541 du 26 juillet 1978.
[281] Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, 30 juillet 2014, article 10.
[282] L'Argentine a amendé son code civil en 1967 pour intégrer les eaux souterraines au domaine public. Plusieurs provinces avaient déjà mis en place un mécanisme de permis en vue d'atténuer la surexploitation de la ressource
[283] Loi n° 29-1985 sur l'eau du 2 août 1985, article 1er. L'Espagne a domanialisé ses eaux souterraines en réaction aux sécheresses répétées qui l'ont frappée durant la décennie 1980.
[284] D'autres pays ont recours à la théorie du *public trust* comme le Pakistan, les Philippines, le Kenya, le Nigeria, l'Afrique du Sud, le Brésil, l'Équateur ou le Canada. Voir M. C. BLUMM, R. D. GUTHRIE, *op. cit.,* note 189.
[285] Judge M. D. SMITH Jr, « A Blast from the Past. The Public Trust Doctrine and its Growing Threat to Water Rights », *Environmental Law,* 2016, vol. 46, n° 3, pp. 461-480. Voir É. CORNU-THENARD, « Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du public trust à la représentation de l'environnement devant le juge », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement,* hors-série n° 22, septembre 2015, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/16259 (consulté le 13 juin 2021), para. 41. Dans la jurisprudence américaine, voir par exemple, Cour d'appel du Minnesota, *Larson v. Sando*, 508 N.W.2d 782, 1993.
[286] On citera par exemple les réformes menées dans les États du Texas, du New Hampshire ou du Connecticut (voir Texas Water Code ann. §36.105 (2005) ; New Hampshire Statute, Title L Water Management and Protection, N.H. Rev. Stat. Ann. §481:1, 2004 ; Connecticut Environmental Protection Act, CEPA, Conn. Gen. Stat. §22a- 16, 1998).
[287] Voir par exemple : Constitution du Massachussetts, article XCVII ; Constitution de Pennsylvanie article I §27 ; Constitution du Michigan, art. IV, § 52 ; Constitution de l'État de New York, article XIV, § 4 ; Constitution de Caroline du Nord, article XIV, § 5 ; Constitution de Virginie, article XI, § 1 ; Constitutions de l'État d'Hawaï, article XI § 1.
[288] La Cour Suprême d'Hawaï a rendu un arrêt intégrant toutes les eaux se trouvant sur le territoire, y compris les eaux souterraines, au *public trust* (Cour suprême d'Hawaï, *Wai Hole Ditch*, 9 P.3d 409 (Haw. 2000), paras. 447 et 490). Récemment, la Cour suprême de Pennsylvanie a intégré au *public trust* « *les terres appartenant à l'État, les cours d'eau et les réserves minérales, mais également des ressources qui comportent un intérêt public telles que l'air ambiant, les eaux souterraines et de surface, la flore sauvage et la faune (y compris le poisson) qui ne sont pas purement privées* ». Cour suprême de Pennsylvanie, *Robinson Township, et al v. Commonwealth of Pennsylvania*, n° 63, 64, 72, and 73 MAP 2012 (19.12.2013), p. 80 (traduction d'É. CORNU-THENARD, *op. cit.,* note 285, para.16.
[289] National Water Act, n° 36, 1998, section 3 « *(1) As the public trustee of the nation's water resources the National Government acting through the Minister, must ensure that water is protected, used, developed, conserved, managed and controlled in a sustainable and equitable manner, for the benefit of all persons and in accordance with its constitutional mandate. (2) Without limiting subsection (1), the Minister is ultimately responsible to ensure that water is allocated equitably and used beneficially in the public interest, while promoting*

souterraines est défini dans une loi-modèle de 1970[290]. Cette loi, dont la mise en œuvre suppose qu'elle soit transposée dans les législations des États fédérés[291], établit une autorité des eaux souterraines (*Central Groundwater Authority*) placée sous le contrôle direct du gouvernement et habilitée à notifier les zones dans lesquelles un contrôle spécifique de l'utilisation des eaux souterraines s'avère indispensable. Dans ces zones, les prélèvements sont conditionnés à l'obtention préalable d'un permis[292]. La loi introduit également un mécanisme d'enregistrement des puits sur tout le territoire indien. Mais la mise en œuvre et le déploiement de cette obligation se sont soldés par un échec[293]. Surtout, la loi demeure silencieuse sur le statut juridique des eaux souterraines et leur indispensable protection. Il faudra attendre l'adoption d'une loi-modèle en 2017 par le gouvernement fédéral[294] pour que ces ressources surexploitées et particulièrement polluées fassent l'objet d'un régime juridique orienté vers leur protection[295]. Mais là encore, sa mise en œuvre est dépendante de l'incorporation de ses dispositions dans les législations des États fédérés. On soulignera que la loi introduit un mécanisme de déclaration de zones de protection des eaux souterraines, mécanisme que l'on retrouve dans bien d'autres droits internes. Ces zones sont créées lorsqu'un aquifère se trouve dans un état de dégradation tel que sa conservation nécessite la mise en place de mesures spécifiques[296]. En second lieu, la loi indienne de 2017 fait entrer l'ensemble des eaux souterraines dans le champ du *public trust*[297]. Sur ce point, le législateur s'est fait devancer par le pouvoir judiciaire[298]. Au regard de

environmental values. (3) The national government, acting through the Minister, has the power to regulate the use, flow and control of all water in the Republic ».

[290] La dernière révision de la loi date de 2005. Voir Inde, Model Bill 1970/2005 to Regulate and Control the Development and Management of Ground Water, 1970.

[291] Voir par exemple pour l'État de Maharashtra, Groundwater (Development and Management) Act, 2009 ; pour l'État de Karnataka, Groundwater (Regulation and Control of Development and Management) Act, 2011.

[292] Groundwater Model Bill 1970/2005, section 6.

[293] *Ibid.*, section 8 ; P. CULLET, « Groundwater Law in India. Towards a Framework Ensuring Equitable Access and Aquifer Protection », *Journal of Environmental Law,* 2014, vol. 26, n° 1, pp. 55-81.

[294] Model Groundwater (Sustainable Management) Bill, 2017.

[295] En Inde, le droit de l'eau s'est longtemps exclusivement concentré sur les eaux de surface, ce qui est très surprenant dans un pays où les eaux souterraines ont une importance vitale en ce qu'elles fournissent 60% des eaux d'irrigation et 80% des besoins en eau potable. P. S. V. SHANKAR, H. KULKARNI, S. KRISHNAN, « India's Groundwater Challenge and the Way Forward », *Economic & Political Weekly,* 2011, vol. 46, n° 2, pp. 37-45.

[296] On peut citer à titre d'exemple le plan national uruguayen de gestion de l'aquifère Guarani de 2000 qui habilite les autorités compétentes à restreindre, lorsque les circonstances le justifient, les conditions d'obtention de permis d'extraction et d'utilisation de l'eau. En Espagne, les autorités de bassin sont habilitées à déclarer un aquifère en situation de surexploitation ou en situation de risque. Cette approche est novatrice car cette déclaration de mise sous protection peut intervenir sur proposition d'une communauté d'usagers. Elle déclenche la mise en œuvre d'un plan de gestion visant au rétablissement de l'aquifère et donnant lieu à des restrictions sur les extractions d'eau. Voir S. BURCHI, M. NANNI, « How Groundwater Ownership and Rights Influence Groundwater Intensive Use Management », dans R. LLAMAS, E. CUSTODIO (dir.), *Intensive Use of Groundwater. Challenges and Opportunities,* Lisse, Abingdon, Exton Tokyo, A. A. Balkema Publishers, 2003, pp. 227-240.

[297] P. CULLET, « Model Groundwater (Sustainable Management) Bill, 2017: A New Paradigm for Groundwater Regulation », *Indian Law Review,* 2017, vol. 2, n° 3, p. 271.

[298] La Cour suprême indienne avait déjà reconnu l'application du *public trust* à ces ressources en 2004 ; voir *State of West Bengal v. Kensoram industries* (2004) 10 SCC 201, Cour suprême, Inde, 2004.

ces évolutions législatives, on attend avec intérêt l'arrêt de la Cour suprême indienne qui aura à se prononcer sur les prélèvements massifs et les contaminations d'eaux souterraines résultant des activités d'une filiale de Coca-Cola dans l'État du Kerala[299]. La Haute Cour de cet État avait confirmé en 2003 le droit d'une municipalité de révoquer le permis d'extraction de l'entreprise[300]. Cette dernière soutenait qu'aucune disposition du droit indien n'autorisait les autorités à restreindre les volumes de prélèvements d'eau s'écoulant en dessous du fonds lui appartenant. La Cour a, au contraire, jugé que les eaux souterraines des propriétaires de fonds sur jacents ne pouvaient être captées sans limitation et cela en adoptant une lecture intégrée, d'une part, de l'article 21 de la Constitution indienne garantissant le droit à la vie et, d'autre part, de la théorie du *public trust*. Elle a ainsi jugé que :

> « *Underground water belongs to the public. The State and its instrumentalities should act as trustees of this great wealth. The State has got a duty to protect ground water against excessive exploitation and the inaction of the State in this regard will tantamount to infringement of the right to life of the people guaranteed under Article 21 of the Constitution of India»*[301].

Au vu des éléments présentés, la Cour a ordonné l'arrêt pur et simple des captations d'eau[302]. Mais en appel, la Haute Cour faisant machine arrière[303], a jugé que le droit d'extraction devait être « limité » à 500,000 litres par jour[304].

87. Le contrôle renforcé de l'autorité publique sur les eaux souterraines est illustratif d'une tendance générale à la réorientation des droits internes vers l'objectif d'utilisation et de partage équitable de la ressource. Cette évolution ouvre, en outre, l'opportunité de repenser la figure de l'État, et en particulier ses responsabilités, en tant que gardien de l'eau.

---

[299] S. GHOSHRAY, « Searching for Human Right to Water amidst Corporate Privatization in India: Hindustan Coca-Cola Pvt. Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat », *Georgetown International Environmental Law Review*, 2007, vol. 19, n° 4, pp. 643- 672.

[300] Haute Cour du Kerala, *Perumatty Grama Panchayat v. State of Kerala* (2004), 1 KLT 731, 16 décembre 2003. Pour un commentaire de cette affaire, voir M. TIGNINO, « Private Investments and the Human Right to Water », dans Y. RADI (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Investments*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 481. Voir aussi P. CULLET, *Water Law, Poverty and Development. Water Sector Reforms in India,* Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 131.

[301] Haute Cour du Kerala, *Perumatty Grama Panchayat v. State Of Kerala* (2004), *ibid.,* para. 34.

[302] Haute Cour du Kerala*, Perumatty Grama Panchayat v State of Kerala* (2004) 1 KLT 731, 16 décembre 2003, Order n° 1

[303] Haute Cour du Kerala, *Hindustan Coca-Cola Beverages (P) Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat*, 2005 (2) KLT 554, 7 avril 2005.

[304] *Ibid.*, para, 35.

B. L'émergence de la figure de l'État gardien de l'eau

88. C'est au juriste américain Joseph L. Sax que l'on doit une remise au goût du jour, dans un article de référence publié en 1970, de la théorie du *public trust* en tant qu'instrument de protection et de conservation de l'environnement et des ressources naturelles[305]. Les juridictions américaines avaient déjà eu l'occasion d'insister sur la nécessité d'opter pour une lecture évolutive de la théorie en vue de l'adapter aux besoins du public au bénéfice duquel elle a été créée[306].

89. Dès lors qu'elle est mobilisée aux fins de protection et de conservation des ressources naturelles, la théorie du *public trust* interroge la nature des prérogatives de l'État en tant que *trustee,* et en particulier le point de savoir si ces prérogatives s'apparentent davantage à des devoirs qu'à des droits[307]. Le *trust* repose en effet sur l'idée qu'« *un bien peut être la propriété d'une personne pour le bénéfice d'une autre* »[308]. Des rapports singuliers sont ainsi créés entre les différents acteurs concernés, comme l'illustre la loi sur l'eau sud-africaine précitée. Dans ce pays, les juridictions ont mis en exergue les synergies entre d'une part, le droit à un environnement non nuisible à la santé et au bien-être garanti par la section 24 de la Constitution de 1996[309] et d'autre part, le *public trust* dont se dégage l'obligation pour l'État de prendre toutes les mesures raisonnables en vue de prévenir la pollution et promouvoir un développement durable. La troisième section de la loi sur l'eau sud-africaine de 1998, intitulée « *public trusteeship of Nation's water resources* », impose notamment à l'État de promouvoir un accès équitable à l'eau en donnant priorité aux besoins de base des générations actuelles et futures ou encore de protéger les écosystèmes aquatiques et leur diversité biologique[310].

---

[305] J. L. SAX, *op. cit.,* note 208, p. 474 : « *Of all concepts known to American law, only the public trust doctrine seems to have the breadth and substantive content which might make it useful as a tool of general application for citizens seeking to develop a comprehensive legal approach to resource management problems* ».
[306] Voir par exemple, Cour suprême du New Jersey, *Borough of Neptune City*, 294 (N. J. 1972) A.2d.
[307] J. MORAND-DEVILLER, *« L'environnement, notre patrimoine commun. Quelle gouvernance ? Quelles obligations pour l'État gardien ? »,* dans P. HALLEY, (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien,* Cowansville, Québec, Éditons Yvon Blais, 2012, p. 13 et s.
[308] G. H. JONES, « Droit des trusts », dans J. A. JOLOWICZ (dir.), *Droit Anglais,* Paris, Dalloz, 1992, p. 277 ; F.-X. FORT, « L'État fiduciaire et l'obligation de protéger l'environnement », dans P. HALLEY, (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien, op. cit.,* note 307, pp. 159-180.
[309] « *Everyone has the right— (a) to an environment that is not harmful to their health or wellbeing; and (b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that— (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development* » (Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996, section 24).
[310] National Water Act, n° 36 of 1998, section 3.

90. La dimension dynamique du *public trust* s'illustre avant tout à travers la possibilité ouverte au public, en tant que bénéficiaire du *trust,* de tenir l'État *trustee* responsable devant le juge de la dégradation des ressources y étant intégrées[311]. Dans les années 1960 et 1970, on observe une tendance des citoyens américains à intenter des actions en justice pour une mise en œuvre effective des lois anti-pollution en s'appuyant sur le droit constitutionnel à un environnement décent ou en soutenant que l'autorité administrative aurait manqué à ses obligations[312]. Il reste que le contrôle de la légalité de l'action publique suppose du demandeur qu'il ait un intérêt suffisant à agir, l'action qu'il conteste devant lui causer un préjudice. Cela représente un obstacle de taille en matière environnementale dans la mesure où il est souvent peu aisé de démontrer un intérêt *« personnel, concret, direct et immédiat à l'issue du procès »*[313]. La valeur ajoutée du *trust* est précisément qu'il consacre l'existence d'une certaine forme de propriété au bénéfice du public en général. Si le *trust* est violé, un préjudice est porté à l'endroit du public, lui ouvrant ainsi un intérêt à agir[314]. Dans son emblématique arrêt *National Audubon* rendu en 1983[315], la Cour suprême de Californie a reconnu l'intérêt des citoyens à agir pour un dommage porté au *public trust*[316]. Les plaignants avaient introduit une action contre le Département de l'eau et de l'énergie de la ville de Los Angeles à la suite de sa décision de détourner les eaux du lac Mono pour approvisionner en eau les habitants de la Californie du Sud. La Cour suprême, soupesant les divers intérêts en cause, avait annulé cette décision en jugeant que la préservation du lac, site géologique et environnemental exceptionnel, représentait un intérêt public supérieur prévalant sur toute autre utilisation[317]. La Cour suprême a souligné qu'il pesait sur l'État une obligation de supervision continue et de protection des ressources intégrées au *public trust*, l'autorisant à procéder à des réallocations d'eau lorsque l'intérêt du public l'exigeait[318]. Plus récemment, dans un litige opposant la municipalité de Robinson Township à l'État de Pennsylvanie, la Cour suprême de Pennsylvanie a précisé les

[311] É. CORNU-THENARD, *op. cit.,* note 285.
[312] Voir par exemple, *Environmental Defense fund v. Hoerner Waldorf Corp*., Civil N° 1694 D. Montfield, November 13, 1968.
[313] É. CORNU-THENARD, *op. cit.,* note 285.
[314] T. PERROUD, *op. cit.,* note 198, p. 1029
[315] *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County*, 658 P.2d 709 (Cal. 1983).
[316] *Ibid.*
[317] *Ibid.* La disponibilité de l'eau du lac était en effet indispensable à la survie d'une population de crevettes nourrissant un nombre important d'oiseaux migrateurs.
[318] *Ibid.* para. 728 : « *The State accordingly has the power to reconsider allocation decision even though those decisions were made after due consideration of the effect on the public trust. The case for reconsidering a particular decision, however, is even stronger when that decision failed to weigh and consider public trust uses. In the case before us, the salient fact is that no responsible body has ever determined the impact of diverting the entire flow of the Mono Lake tributaries into the Los Angeles Aqueduct* ».

obligations de l'autorité publique en tant que *trustee*[319]. Était en cause une réglementation limitant le droit des entreprises opérant dans l'industrie du gaz de schiste de recourir au procédé de fracturation hydraulique, technique nécessitant l'utilisation d'importants volumes d'eau pour briser les roches en vue d'extraire le gaz. L'exploitation du gaz de schiste est par ailleurs fortement émettrice de gaz à effet de serre et pollue les nappes phréatiques et les sols. La Cour a souligné que l'autorité publique ne pouvait autoriser ou favoriser le développement d'activités dégradant ou diminuant significativement la disponibilité de ressources naturelles relevant du *public trust*. Elle est au contraire tenue de prendre toutes les mesures propres à protéger l'environnement, d'agir dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires du *trust* et non dans son propre intérêt ou celui de tiers[320]. Elle doit à ce titre tenir compte des intérêts de tous les bénéficiaires, actuels et futurs, du *trust*[321].

91. Cette conception du *public trust* est de plus en plus mobilisée en matière de justice climatique, comme l'illustrent les divers recours intentés depuis 2011 aux États-Unis par l'ONG *Our Children's Trust,* qui invoque des violations des droits des générations futures en lien avec les devoirs de l'État *trustee*[322]. La plupart des recours formés par cette ONG ont à ce jour été jugés irrecevables[323]. Mais sa stratégie pourrait commencer à porter ses fruits. En atteste l'affaire *Kelsey Cascade Rose Juliana et al. c. États-Unis,* dans laquelle le tribunal du district de l'Oregon a conclu à la recevabilité de la demande[324]. En se fondant sur les droits consacrés par la Constitution américaine (le droit à la vie notamment) et sur le *public trust,* les plaignants reprochaient au gouvernement fédéral son échec en matière de réduction des émissions de CO2, et en particulier le fait d'avoir autorisé la production de combustibles émetteurs de gaz à effet de serre contribuant au réchauffement climatique et à la montée du niveau des océans. Le tribunal du district a conclu à la recevabilité de la demande en reconnaissant l'existence d'un lien de causalité entre la situation climatique et les actions du gouvernement fédéral. Ce faisant,

---

[319] *Robinson Township v. Commonwealth of Pennsylvania*, (PA Supreme Court), 83 A.3d 901 (2013).
[320] *Ibid.*, p. 86
[321] *Ibid.*
[322] Voir par exemple *Kelsey Cascadia Rose Juliana v. The United States of America*. Disponible sur http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/ (consulté le 13 juin 2021). Voir à ce propos C. COURNIL, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », *RJE*, hors-série n° 17, 2017, pp. 245-261.
[323] Voir par ex. *Alec L. v. Jackson*, 863 F. Supp. 2d 11 (D.D.C. 2012), affd 561 Fed. App'x 7 (D.C. Cir. 2014) ; *Sanders-Reed v. Martinez*, No. D-101-CV-2011-01514 (1st Dist. Santa Fe Cty July 14, 2012) ; *Bonser-Lain v. Texas Commission on Environmental Quality*, Cause No. D-1-GN-11-002194 (Dist. Ct., Travis Cty. July 9, 2012
[324] Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to Wash., Dept of Ecology, June 17, 2014 ; *Our Children's Trust*, *Federal District Court*, 08/04/2016; *Kelsey Cascade Rose Juliana v. the United States of America*, 6:15-cv-01517-TC. Opinion and Order, 10 November 2016.

le tribunal a rappelé le principe fondamental du *public trust* selon lequel le gouvernement ne peut renoncer à exercer ses pouvoirs de police sur certains espaces et ressources spécifiques, pouvoirs impliquant qu'il agisse en faveur de la protection du système climatique au bénéfice des générations présentes et futures[325]. En janvier 2020, le neuvième circuit a rejeté cette décision et a conclu à l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt à agir[326]. Il reste que ces quelques développements jurisprudentiels ouvrent une brèche en faveur de la reconnaissance d'obligations fiduciaires pesant sur l'État en matière climatique et environnementale. L'existence de telles obligations « *sous-entend, d'une part, qu'une partie du territoire doit être préservée au bénéfice de la population présente et future et, d'autre part, que l'État puisse être sanctionné à la demande des citoyens, s'il fait défaut d'agir en vue d'assurer la protection de l'environnement* »[327].

92. Une telle conception du rôle de l'État, a pour l'heure été acceptée avec plus de prudence dans les pays de tradition civiliste. Pour autant, on peut se demander si la nature des obligations de l'État envers le patrimoine commun de la nation est semblable à celle de l'État vis-à-vis du *trust*.

93. La proximité entre les notions de « *patrimoine* » et de « *trust* » est incontestable. Elles sont toutes deux liées à « *l'idée d'un héritage reçu des générations précédentes devant être préservé de manière à être transmis aux générations suivantes* »[328]. Elles évoquent l'idée d'un rapport au temps long, par lequel l'État est chargé de la protection de l'eau au bénéfice des générations actuelles et futures[329]. Certains États mettent ainsi en exergue l'intérêt primordial que représente la protection des eaux situées sur leur territoire en les intégrant au patrimoine commun de la nation. C'est par exemple la voie suivie au Cameroun[330], en Côte d'Ivoire[331], à

[325] *Our Children's Trust, Federal District Court*, April 8, 2016 ; *Our Children's Trust, Oregon Juliana v. the United States of America,* août 2015.
[326] *Kelsey Cascadia Rose Juliana et al. v. United States, Court of Appeals for the Ninth Circuit*, N°18-36082, DC 6:15-cv-01517-AA, Opinion.
[327] S. NORMAND, « Fiducie », *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.,* note 94*,* p. 558.
[328] P. HALLEY, C. GAGNON, « Les réformes du droit de l'eau au Québec : un patrimoine commun et son État gardien », dans *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien, op. cit.,* note 307, p. 239.
[329] Sur les générations futures, voir notamment É. GAILLARD SEBILEAU, *Générations futures et droit privé, vers un droit des générations futures,* Paris, LGDJ Extenso, 2010 ; D. BIRNBACHER, D. BLANC, C. BYK, J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures. Actes du Colloque qui s'est tenu le 10 décembre 2010 à Versailles et le 13 décembre 2010 à Poitiers,* Paris, Dalloz, 2012.
[330] Loi n° 98-005 du 14 avril 1998 portant régime de l'eau, article 2.
[331] Loi n° 98-755 du 23 décembre 1998 portant code de l'eau, article 7, alinéa 1.

Madagascar[332], en France[333] ou encore au Québec[334]. C'est aussi la voie choisie par le législateur français[335] qui résume ainsi la finalité de la réglementation de l'eau dans le code de l'environnement : assurer une gestion équilibrée et durable de la ressource, sa répartition équitable et sa protection ainsi que la lutte contre sa pollution[336]. La doctrine n'a pas manqué d'interroger la portée de la notion de patrimoine commun de la nation[337]. Le patrimoine commun de la nation et les principes orientant sa gestion viennent en effet se superposer aux diverses qualifications juridiques de l'eau sans pour autant les remplacer[338]. Il est certain que la notion caractérise des choses affectées à « *un projet commun* »[339] ayant une « *forte valeur collective quel que soit le régime de propriété dont ils relèvent* »[340]. Pour reprendre la définition proposée par Meryem Deffairi, le patrimoine commun désigne « *une universalité ou un ensemble de biens et de choses, matérielles ou immatérielles, qui présentent un intérêt collectif et qu'il importe de protéger et préserver pour en garantir la transmission* »[341]. Jacqueline Morand-Deviller estime que la qualification n'engage « *pas à grand-chose et n'entrave guère les prérogatives des propriétaires publics et privés de ce patrimoine* »[342]. Il s'agirait d'une « *incantation grandiloquente dont la prodigalité n'aurait d'égal que la faiblesse des effets juridiques* »[343]. Pour autant, la pertinence de cette qualification et l'utilité de son maintien fait l'unanimité. Le patrimoine commun serait porteur d'un « *mythe mobilisateur, c'est-à-dire une grande idée susceptible de mobiliser les consciences et de conduire les responsables politiques à réagir* »[344]. Notion fonctionnelle, elle « *[légitime] le renforcement des prérogatives*

[332] Loi n° 1998-29 portant code de l'eau, 20 janvier 1999, article 1er.
[333] Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, article 1er. Voir plus largement en droit français, la loi du 2 février 1995 reconnaissant l'environnement comme patrimoine commun de la nation (loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO du 3 février 1995, p. 1845, article 1er*).* La Charte de l'environnement qui évoque le « patrimoine commun des êtres vivants » (Charte de l'environnement*,* 2004, article 2 de la Loi Constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO du 2 mars 2005, p. 3697).
[334] Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, (LRQ c. C-6.2), 11 juin 2009, section I (1).
[335] Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, article 1er.
[336] Article L. 211-1 du Code français de l'environnement.
[337] Voir par exemple, I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou principe juridique à part entière ? », *RFDA,* 1998, pp. 303-316
[338] G. MARCOU « Patrimoine commun et État gardien : quels équivalents en droit public français ? », dans *L'environnement, notre patrimoine commun, op. cit.,* note 307, p. 184
[339] A. CHAIGNEAU, « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », *RIDE*, 2014, t. XXVIII, n° 3, pp. 335 à 350
[340] G. MARCOU, *op. cit.,* note 338, p. 181.
[341] M. DEFFAIRI, « Patrimoine commun de la nation (approche juridique) », dans *Dictionnaire des biens communs, op. cit.,* note 94, p. 893.
[342] J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.,* note 307, p. 14.
[343] *Ibid.*, p. 10
[344] *Ibid.*

étatiques »[345] et implique une fonction particulière de l'État[346]. Lorsqu'elle s'applique dans le domaine de l'environnement, elle confère à l'État un « *droit de garde, de surintendance de ce patrimoine collectif qu'il lui appartiendrait de préserver* »[347]. Le terme « patrimoine » renvoie certes à l'idée d'appropriation, mais doit davantage s'entendre dans ce contexte « *d'un possessoire de protection* »[348].

94. En faisant expressément référence à l'article 913 du Code civil relatif aux choses communes, et en l'articulant avec le patrimoine commun de la nation[349], la loi québécoise affirmant le caractère collectif des ressources en eau met concrètement « *en œuvre le statut de chose commune de l'eau souterraine comme de l'eau de surface* »[350]. La loi utilise relativement à la qualification de patrimoine commun de la nation, le concept d'État gardien mais sans pour autant le définir précisément, ce qui interroge sur son effectivité. Tout au plus, est-il reconnu que l'État gardien « *se doit d'être investi des pouvoirs nécessaires pour (...) assurer la protection et la gestion* » de l'eau[351]. La Cour suprême du Canada avait déjà évoqué dans un arrêt de 2004 l'existence d'obligations fiduciaires en matière de protection environnementale[352]. La Cour s'était expressément référée à la théorie du *public trust* et avait évoqué l'existence d'une responsabilité de l'État pour inaction face aux menaces portées à l'environnement. Une partie de la doctrine canadienne estime que cela équivaut à une acceptation de la théorie du *public trust* au Canada[353]. Il est en tout cas certain que cet arrêt a ouvert une brèche. Sur la base d'une interprétation textuelle et téléologique de la loi sur les

---

[345] M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 47.
[346] *Ibid.*, p. 13 et s. ; R. GROULX-JULIEN, sous la direction de Denis Lemieux, *Les notions d'État gardien et d'État fiduciaire dans la loi sur l'eau,* Note de recherche, Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, septembre 2009 ; G. MARCOU, *op. cit.,* note 338, p. 184 ; F.-G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », dans *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud,* Paris, Litec, 2007, pp. 659-685.
[347] M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 48.
[348] I. SAVARIT, *op. cit.,* note 337, p. 307.
[349] Québec, Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, section I. 1) : « *Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Ainsi que l'énonce l'article 913 du Code civil, leur usage est commun à tous et elles ne peuvent faire l'objet d'appropriation, sauf dans les conditions définies par cet article* ».
[350] M. CANTIN CUMYN, « L'eau, une ressource collective : portée de cette désignation dans la Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection », *Les cahiers de droit*, 2010, vol. 51, n° 3-4, p. 599.
[351] Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, préambule, 7ème considérant.
[352] *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.,* 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74.
[353] Voir par exemple, S. KIDD, « Keeping Public Resources in Public Hands: Advancing the Public Trust Doctrine in Canada », *Journal of Environmental Law and Practice*, 2006, vol. 16, n° 2, pp. 187-207 ; B. VON TIGERSTROM, « The Public Trust Doctrine in Canada », *Journal of Environmental Law and Practice*, 1997, vol. 7, n° 3, pp. 379-401.

ressources en eau de 2009, une partie de la doctrine juge que l'approche retenue par le législateur québécois est proche de l'obligation fiduciaire[354]. L'obligation de préserver le patrimoine de la Nation et d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires de la garde, la référence au développement durable comme finalité ultime de la réglementation des eaux, ou encore la consécration d'une approche intégrée de la gestion de l'eau impliquant une collaboration étroite avec les usagers sont autant d'éléments orientant les obligations de l'État vers des obligations de nature fiduciaires. Des actions en réparation des dommages portés à la ressource en eau peuvent être intentées par le Procureur général « *au nom de l'État gardien des intérêts de la nation dans ces ressources* »[355]. La loi est en revanche silencieuse pour ce qui concerne la possibilité du public d'intenter une action à l'encontre de l'État. Les juridictions canadiennes ont déjà contourné l'obstacle de l'exigence d'intérêt suffisant à agir posée à l'article 85 du Code de procédure civile du Québec, en exploitant une autre voie offerte par cette disposition, à savoir l'absence d'« *autre moyen efficace* ». Elles ont souligné que *« seuls les citoyens pouvaient réalistement avoir l'intérêt de renverser ou de faire clarifier une décision de l'État en matière de protection de l'environnement »*[356]. Ainsi, dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement c. Oléoduc Énergie Est Ltée*, des organisations de protection de l'environnement cherchant à faire annuler des autorisations de forage dans le fleuve Saint-Laurent se sont vues reconnaître un intérêt à agir[357]. Pour la Cour, contester cet intérêt serait revenu « *à constater que personne ne pourrait saisir un tribunal de la légalité des certificats d'autorisations émis* »[358]. Elle a relevé que « *les requérants [étaient] soit résidents du secteur où se [faisait] les travaux, soit des organismes voués à la préservation de l'environnement, dont plusieurs directement impliqués dans la préservation du Saint-Laurent* »[359]. Ils avaient de ce fait, « *l'intérêt nécessaire pour demander la révision judiciaire des décisions ministérielles et pour tenter d'obtenir une injonction empêchant les travaux en attendant cette révision »*[360].

[354] P. HALLEY, C. GAGNON, *op. cit.,* note 328, p. 244.
[355] Québec, loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, section III. 8.
[356] M. BÉLANGER, P. HALLEY, « Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec : réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux », *Revue de droit de McGill*, 2017, vol. 62, n° 3, p. 615.
[357] *Centre québécois du droit de l'environnement c. Oléoduc Énergie Est Ltée.*, 2014 QCCS 4147, 254 ACWS (3e) 857.
[358] *Ibid.,* paras. 55-56.
[359] *Ibid.*
[360] *Ibid.*

95. En droit français, l'introduction en 2016 du préjudice écologique a permis de donner substance aux droits des citoyens sur l'environnement, patrimoine commun[361]. En 2010, la Cour d'appel de Paris avait déjà articulé ce préjudice en lien avec le patrimoine commun de la nation dans l'affaire de l'Erika[362]. Intégré à la loi du 8 août 2016, ce préjudice est défini comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* »[363]. L'article 1386-21 du Code civil précise en outre que « *l'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telles que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* »[364]. C'est ainsi la protection de l'environnement en tant que patrimoine commun qui légitime l'intérêt à agir des associations environnementales. Si les mécanismes de responsabilité civile permettaient déjà d'apporter une réponse aux dommages environnementaux individuels, la loi de 2016 va plus loin en autorisant une « *réparation du préjudice écologique pur, c'est-à-dire du dommage causé spécifiquement à l'environnement sans qu'il soit porté atteinte par ricochet à des intérêts d'ordre privé* »[365]. La caractérisation de l'atteinte à l'environnement en tant que préjudice porté à la collectivité ancre davantage l'environnement dans le champ conceptuel des communs[366]. Les modalités de réparation du préjudice sont en outre précisées, l'article 1249 du Code civil donnant priorité aux réparations en nature.

---

[361] France, loi n° 2016-1087 du 1er octobre 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.
[362] Voir Cour d'appel de Paris, 11ème chambre correctionnelle, 30 mars 2010, n° 08/02278, p. 427 ; Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°10-82.938.
[363] Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, article 4. Codifié à l'article1386-20 du code civil. Voir M. DEFFAIRI, *op. cit.,* note 341*,* p. 896.
[364] L'article 1249 du Code civil, introduit par la loi du 8 août 2016, fixe les modalités des réparations, qui doivent en priorité être effectuées en nature.
[365] J. MALET-VIGNEAUX, « De la loi de 1976 à la loi de 2016. Le préjudice écologique : après les hésitations, la consécration », *RJE*, 2016, vol. 41, n° 4, pp. 620-621. La réparation du dommage écologique pur « *a été plus difficile à admettre par les juges notamment du fait de la confusion de l'exigence d'un préjudice personnel avec la notion procédurale d'intérêt à agir; Les juges ont cependant fréquemment contourné cet obstacle de l'exigence d'un préjudice personnel pour réparer indirectement le préjudice écologique pur, en recourant à une interprétation extensive de la notion de préjudice moral*, *avant d'admettre au profit des associations de protection de l'environnement, puis de certaines collectivités territoriales la réparation d'un véritable préjudice écologique* » (*ibid., notes de bas de page omises*).
[366] R. LAFARGUE, « Le préjudice culturel né du dommage environnemental : par-delà nature et culture, un préjudice écologique spécifique », dans L. NEYRET, G. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux,* Paris, LGDJ, 2012, p. 219.

96. Ces exemples dans le champ contentieux illustrent les potentialités offertes par une appréhension du rôle de l'État, en tant que gardien de l'environnement, bien commun. Ces mouvements n'en sont qu'à leurs débuts et il faudra en suivre les évolutions et la manière dont ils permettront d'apporter une réponse aux enjeux environnementaux. Pour ce qui est de l'eau, si on peut considérer que la gestion de son utilisation représente une fonction traditionnelle de l'État, elle s'est enrichie du fait des enjeux liés à la conservation de la ressource. Qu'elle relève du *public trust* ou du patrimoine commun de la nation dans certains pays, l'eau se voit assigner un objectif de conservation, y compris au bénéfice des générations futures. Cet objectif suppose de l'État qu'il concilie une pluralité d'intérêts en concurrence.

Section II. La conciliation des pluralités des valeurs de l'eau

97. Le régime juridique de l'utilisation de l'eau se caractérise par le refoulement de l'appropriation privée exclusive. Il s'agit là de garantir l'utilisation collective de cette ressource essentielle (I). Cet objectif irrigue la réglementation des utilisations prioritaires, et s'avère tout à fait fondamental lorsque la satisfaction de ces besoins fait intervenir des opérateurs privés (II).

I. L'encadrement de l'utilisation privative de l'eau : la recherche d'un équilibre entre intérêt collectif et droits individuels

98. Les régimes d'utilisation fondés sur une approche de droit privé ont progressivement été remplacés, sinon complétés, par des mécanismes d'allocation administratifs encadrant l'appropriation de l'eau visant à s'assurer que l'utilisation est conforme à l'intérêt public et à la protection de la ressource (A). Le principe utilisateur-payeur qui s'est progressivement imposé dans les politiques nationales de gestion de l'eau, poursuit les mêmes fins. En conditionnant l'utilisation de l'eau au paiement de redevances, les États ont cherché à valoriser économiquement la ressource aux fins de sa conservation (B).

A. Les limites à l'appropriation privée de l'eau

99. L'État exerce un contrôle sur l'utilisation privative de la ressource, d'abord en en réglementant l'accès par des mécanismes d'allocation administratifs centralisés (1). Au-delà de la distribution des droits d'accès, la supervision de l'État, impliquant de concilier de manière continue les diverses utilisations de l'eau, s'avère être une tâche particulièrement complexe (2).

1) La centralisation de la distribution des droits d'utilisation de l'eau aux mains de l'autorité publique

100. Dans tous les droits internes, les utilisations de l'eau ayant peu d'effets sur la disponibilité de la ressource et sa qualité sont libres[367]. Sont concernés les prélèvements d'eau de faible volume, par exemple dans le cadre d'utilisations personnelles et domestiques[368], ou alors pour l'agriculture de subsistance[369]. Ces utilisations libres doivent être comprises comme témoignant de la primauté donnée à la satisfaction des besoins humains fondamentaux, priorité affirmée dans la plupart des États[370]. Cette priorité implique des fournisseurs de services d'eau l'obligation de satisfaire d'abord les besoins humains de base, lorsqu'ils ne sont pas en mesure

[367] Voir par exemple, Afrique du Sud, Nation Water Act 1998, section 22 ; Brésil, Water Policy Act, 1997, article 12 ; Cambodge, loi sur la gestion des ressources en eau, 29 juin 2007, article 11 ; Espagne, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, article 50.

[368] Par exemple, au Mali, les prélèvements d'eaux de surface pour des utilisations domestiques et ne dépassant pas un volume fixé par décret ne nécessitent pas d'autorisation (article 18 (2), loi n° 02-006 du 31 janvier 2002 portant code de l'eau). En France, les usages domestiques de l'eau sont définis par l'article R. 214-5 du Code de l'environnement comme « *les prélèvements et les rejets destinés exclusivement à la satisfaction des besoins des personnes physiques propriétaires ou locataires des installations et de ceux des personnes résidant habituellement sous leur toit, dans les limites des quantités d'eau nécessaires à l'alimentation humaine, aux soins d'hygiène, au lavage et aux productions végétales ou animales réservées à la consommation familiale de ces personnes* ». Le second alinéa poursuit en assimilant à un usage domestique « t*out prélèvement inférieur ou égal à 1 000 m3 d'eau par an, qu'il soit effectué par une personne physique ou une personne morale et qu'il le soit au moyen d'une seule installation ou de plusieurs, ainsi que tout rejet d'eaux usées domestiques dont la charge brute de pollution organique est inférieure ou égale à 1,2 kg de DBO5* ». Voir aussi Éthiopie, Ethiopian Water Resources Management Proclamation n° 197/2000, article 12 ; Lesotho, Water Resources Act, article 3 ; République de Guinée, Loi L/94/005/CTRN portant code de l'eau, article 6.

[369] En Angola, par exemple, la loi fait référence aux usages « communs », ce qui vise les prélèvements d'eau destinés à la satisfaction des besoins personnels, à ceux du foyer, à l'abreuvement du bétail ou à l'irrigation de subsistance (Water Law n° 6, 2002, article 22). Voir aussi dans une approche similaire, la loi mozambicaine sur les eaux, n° 16, 3 août 1991, articles 21 et 22.

[370] OCDE, *Water Resources Allocation : Sharing Risks and Opportunities*, Paris, OCDE, 2015 ; Voir par exemple Arabie saoudite, Regulations for water resources preservation, (Royal Decree n° M 34 of 1980) ; Argentine, Code de l'eau de la province de Córdoba, loi 5589/73, article 40 ; Bénin, loi n° 87-016 du 21 septembre 1987 portant Code de l'eau, article 54 ; Burkina Faso, loi n° 002-2001/AN du 8 février 2001, portant loi d'orientation relative à la gestion de l'eau, article 23 ; Côte d'Ivoire, loi n° 98-755 du 23 décembre 1998 portant Code de l'eau, article 70 ; Fédération de Russie, Code de l'eau, loi n° 74-FZ du 3 juin 2006, article 3 ; France, article L. 211-1 II du Code de l'environnement ; Inde, National Water Policy, 2002663, para. 5 ; Tchad, loi n° 016/PR du 18 août 1999 portant Code de l'eau, article 150 ; Philippines, Presidential Decree n° 1067, s. 1977 instituting a water code, article 22.

de pourvoir aux besoins de tous les usagers[371]. Cette primauté a été rappelée par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « CJUE ») qui a qualifié l'alimentation des populations en eau potable d'« *impératif d'intérêt public majeur* » prévalant sur la protection des habitats naturels de sites protégés[372]. La priorisation des besoins humains essentiels se trouve encore renforcée par l'élévation de l'accès à l'eau potable au rang de droit de l'homme dans certains droits internes[373] et sa reconnaissance en droit international des droits de l'homme[374].

101. Les prélèvements d'eaux soulevant des enjeux d'intérêt public en raison de leurs effets potentiels sur la qualité de la ressource, des risques qu'ils font peser sur la santé publique[375] ou sur les droits des autres utilisateurs[376], sont, eux, conditionnés à l'obtention préalable d'autorisations, de licences ou de concessions, délivrées au niveau national ou décentralisé[377]. Un contrôle de la distribution des droits d'accès et d'utilisation est ainsi institué en amont quitte à exclure l'accès aux tiers, à l'image de la loi française du 3 janvier 1992 sur l'eau qui a instauré une « *police unique de l'eau applicable aux installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA), susceptibles d'avoir un impact sur la ressource* »[378]. Ces procédures donnent corps à une véritable allocation administrative de l'eau et contribuent indéniablement à prévenir en amont les conflits[379].

[371] Voir par exemple Afrique du Sud, Water Services Act, 1997, section 5.
[372] CJUE, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnamias,* aff. C-43/10, 11 septembre 2012.
[373] Voir par exemple les constitutions éthiopienne (article 90), gambienne (article 216), zambienne (article 112), ougandaise (article 14), brésilienne (article 21), nigérienne (article 17(2) (d)) et sud-africaine (article 27) ; Voir par exemple Algérie, loi sur l'eau n° 05-12 du 4 août 2005, article 3 ; Angola, loi sur l'eau du 21 juin 2002, article 9 ; Burkina Faso, loi-cadre sur la gestion de l'eau n° 002-2001, article 2.
[374] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15, (2002). Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels),* E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003. Voir chapitre IV.
[375] Par exemple, le droit malien soumet au régime de la concession, « *les prélèvements d'une importance telle qu'ils sont susceptibles de présenter des dangers pour la santé et la sécurité publique, de nuire de façon très significative au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notamment le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique* » (Mali, loi n° 02-006 du 31 janvier 2002 portant Code de l'eau, article 19).
[376] Voir par exemple en Algérie, la loi nº 05-12 du 4/08/2005 relative à l'eau, article 85. En droit français, les procédures de déclaration, d'autorisation ou d'octroi de concession sont déclenchées dès lors que les utilisations envisagées sont susceptibles de porter atteinte à la « *santé et la sécurité publique, au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître le risque d'inondation, ou de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique* » (France, article L. 214-1 du Code de l'environnement).
[377] Ces procédures sont conduites au niveau central par l'État, ses services déconcentrés et des organismes spécifiques, ou à l'échelon régional. Voir sur ce point J. SIRONNEAU, « Droit et gestion de l'eau. Grandes tendances mondiales et applications récentes *», RJE*, 1998, n° 3, pp. 303-305.
[378] J.-L. GAZZANIGA, X. CASTERA-LARROUY, P. MARC, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, Paris, Litec, 2011, p. 910.
[379] OCDE, *op. cit.,* note 370, p. 35.

102. Relèvent de ces procédures les opérations telles que les forages, la construction d'ouvrages de dérivation, de pompage ou de retenue ou encore les rejets d'eaux usées[380]. Un large spectre d'activités industrielles et commerciales se trouve ainsi concerné. Par exemple, les entités chargées de l'approvisionnement en eau du public doivent obtenir l'autorisation de prélever l'eau à l'état naturel en vue de la traiter puis la distribuer aux usagers[381]. Il n'est pas rare que les États soumettent au régime de la concession l'installation d'usines de dessalement d'eau de mer[382] ou d'ouvrages hydroélectriques dont la puissance excède un certain seuil[383]. Dans le secteur de l'extraction minière, l'exploitation des eaux souterraines et de gites géothermiques est souvent conditionnée à l'obtention préalable d'un permis de recherche ou d'exploitation[384]. Pour ce qui est de l'exploitation de la ressource brute, les entreprises désireuses d'investir dans le secteur de l'exportation d'eau à grande échelle doivent être détentrices de permis ou licences d'exploration et d'exportation[385]. Certains États interdisent ce type d'opérations, en raison de leurs impacts sociaux et environnementaux[386]. Le Canada par exemple, qui y était initialement favorable a progressivement opté pour une politique de préservation sous la pression de la société civile[387] dont l'opposition à ces transferts s'est encore renforcée dans le contexte des négociations de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après, « ALENA »)[388]. En Colombie-Britannique, les prélèvements d'eau destinés à être transférés hors de la province étaient conditionnés à la détention d'une licence. Ces transferts

[380] Voir par exemple, Espagne, ley n° 5/2002, de 3 de junio, sobre vertidos de aguas residuales industriales a los sistemas públicos de saneamiento ; Algérie, article 75 loi nº 05-12 du 4/08/2005 relative à l'eau. En France, voir la nomenclature des installations, ouvrages, travaux et activités, annexée à l'article R. 214-1 du Code de l'environnement, rubriques 1.1.1.0 et 1.1.2.0.
[381] France, article R. 1321-6 du Code de la santé publique.
[382] Algérie, loi nº 05-12 du 4/08/2005 relative à l'eau, article 77.
[383] En France, les entreprises dont la puissance est supérieure 4500 kW relèvent du régime de la concession (décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique ; décret du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges types des entreprises hydrauliques concédés, modifiés par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008). Voir aussi Mauritanie, ordonnance n° 85-144 du 4 juillet 1985 établissant un code de l'eau, article 107.
[384] Code minier de la République de Guinée, article 100.
[385] J. SOHNLE, « La captation des ressources en eau douce : la notion de dette à la lumière des marchés d'eau internationaux », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, hors-série n° 26, septembre 2016, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/17532 (consulté le 30 juin 2021), p. 4, voir la ndbp n° 12.
[386] C'est par exemple le cas de l'Uruguay qui les prohibe dans sa Constitution (Constitution de l'Uruguay, 2004, article 47).
[387] Le *Projet North American Water and Power Alliance*, finalement abandonné, prévoyait l'acheminement de près de 310km3 d'eau par an de l'Alaska et du Nord du Canada vers le sud-ouest des États-Unis, ainsi que la construction de plusieurs réservoirs et barrages. D'autres projets impliquant des sommes faramineuses ne sont même pas allés jusqu'à l'étude de faisabilité. Voir F. LASSERRE, « Les projets de transferts massifs d'eau en Amérique du Nord », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, *L'eau en Amérique du Nord : facteur de coopération, outil de développement ou enjeu de conflits ?* hors-série n° 2, septembre 2005, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/1929 (consulté le 30 juin 2021), p. 6.
[388] Accord de Libre-échange Nord-Américain (ALENA), 17 décembre 1992, *Recueil des traités du Canada*, 1994/2 ; Voir Chapitre II de cette thèse, para. 162.

sont interdits depuis 1995, sauf lorsqu'ils impliquent des prélèvements inférieurs à 20 litres[389]. Cette réforme est à l'origine du différend d'investissement ayant opposé le Canada à l'entreprise américaine *Sun Belt* sur lequel nous revenons dans le chapitre suivant[390].

103. Ce sont ainsi les coûts sociaux et environnementaux potentiels des prélèvements et rejets qui justifient le contrôle opéré en amont par l'autorité administrative. Le droit d'utilisation est assorti de conditions précisant la finalité pour laquelle il est accordé, sa durée – limitée[391] ou illimitée[392] –, et le volume d'eau qu'il est possible de prélever[393]. Le droit d'utiliser l'eau emporte généralement l'assujettissement de l'utilisateur à une redevance sur la base du principe de l'utilisateur-payeur[394]. Ces licences, permis et concessions sont dans la plupart des pays considérés comme des droits contractuels susceptibles d'être révoqués lorsque l'intérêt public l'exige ou lorsque leurs détenteurs ne se conforment pas aux conditions de l'autorisation donnée[395], étant précisé que seule la révocation donne droit à indemnisation[396].

104. L'octroi du droit de prélever l'eau implique du détenteur qu'il respecte un certain nombre d'exigences en matière de protection environnementale de la ressource. Lorsque le droit porte sur les eaux souterraines, il n'est pas rare que l'autorité administrative interdise la

[389] Water Protection Act (RSBC 1996), Chapter 484, 1995.
[390] *Sun Belt Water Inc. c. Canada*, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration, 27 novembre 1998.
[391] Les licences et permis pour les prélèvements d'eau de surface et d'eaux souterraines peuvent être octroyés pour une période de cinq ans (Voir par exemple, Mozambique, loi sur l'eau de 1991, article 33 ; Lituanie, loi sur l'eau n° VIII-474 du 21 octobre 1997, article 27(2)), parfois renouvelables (Cameroun , décret n° 2001/164/PM précisant les modalités et conditions de prélèvement des eaux de surface ou des eaux souterraines à des fins industrielles ou commerciales, article 5; Maroc, loi n° 95-10 sur l'eau du 16 août 1995, article 38 (4)). Les concessions pour une durée plus longue pouvant aller jusque cinquante ans (Angola, Water Law, n° 6, 2002, article 51.1).
[392] Les droits illimités existent en Californie, au Colorado et au Chili. Voir sur ce point, S. HODGSON, *op. cit.,* note 267, p. 61.
[393] Voir par exemple Algérie, loi n° 83-17 du 16 juillet 1983 portant Code des eaux, article 13 ; Honduras, Decreto n° 181-2009, Ley general de Aguas, 14 décembre 2009, article 39 ; Sénégal, loi n° 81-12 du 4 mars 1981 portant Code de l'eau.
[394] Voir par exemple, Bénin, loi n° 2010-44 portant gestion de l'eau, articles 35 et 35 ; Madagascar, loi n° 98-029 portant code de l'eau, articles 69 et s. ; Indonésie, loi n° 7/2004 sur les ressources en eau, article 80.
[395] Afrique du Sud, National Water Act, 1998, section 54 ; République de Guinée, Code de l'eau, 1994, article 18 ; Kenya, Water Act, n° 8, 2002, paras. 37-40 ; Botswana, Water Law n° 34-01, paras 19-25. Voir pour les États-Unis, *Klamath Irrigation District v. United States*. 67 Fed. Cl. 504 (2005) ; S. ROSS SAXER, *op. cit.,* note 201, pp. 52-53.
[396] Ainsi, le droit sénégalais prévoit que la révocation pour motif d'intérêt public du droit d'utiliser l'eau « *donne droit au bénéficiaire, à titre de dédommagement du préjudice causé, à une indemnité fixée soit à l'amiable, soit par les tribunaux compétents* » (loi n° 81-13 du 4 mars 1981 portant code de l'eau, article 21 (2)). Voir aussi Cameroun, décret n° 2001/164/PM, 2001 précisant les modalités et conditions de prélèvement des eaux de surface ou des eaux souterraines à des fins industrielles ou commerciales, article 17 ; Cambodge, Law on Water Resources Management of the Kingdom of Cambodia, 29 juin 2007, article 16.

poursuite d'activités susceptibles de contaminer l'aquifère[397]. Les détenteurs de droits sont en outre souvent tenus de traiter les eaux usées avant leur rejet[398]. En amont, les candidats à un droit de prélèvement peuvent être tenus de procéder à l'évaluation préalable de l'impact environnemental de leur projet sur l'eau et le milieu aquatique[399]. Cette procédure, qui a émergé dans les législations des pays développés et en développement dans les années 1970[400], doit permettre de rendre compte des effets environnementaux potentiels ou avérés d'un projet tout en informant le public et en garantissant sa participation à la prise de décision. Elle représente « *l'instrument privilégié de mise en œuvre du principe de prévention des atteintes à l'environnement* »[401]. Le cadrage, l'examen de ses effets potentiels, la participation du public – prenant souvent la forme d'enquêtes publiques[402] – ainsi que l'identification des mesures et actions d'atténuation des impacts[403], sont autant d'étapes devant éclairer l'autorité publique sur les suites à donner à un projet. Il reste que, trop souvent, l'évaluation sert uniquement de « *légitimité formelle à des projets* »[404]. C'est fréquemment le cas dans les pays en

[397] Au Portugal par exemple, l'octroi de la licence pour le forage d'eaux souterraines est conditionné à l'obligation de ne pas causer de pollution des aquifères (décret-loi n° 46/94 établissant un régime de licence pour l'utilisation de l'eau, article 23). Voir aussi, Mali, loi 02-006 portant Code de l'eau, 31 janvier 2002, article 19.
[398] Angola, loi sur l'eau, n° 6, 2002, article 58 ; Botswana, Water Act n° 34-01, article 15(1).
[399] C'est souvent le cas pour certains projets d'ampleur dans le secteur agricole. Voir par exemple au Royaume Uni, Environmental Impact Assessment Regulations 2003, Statutory Instrument 2003 n° 164. On citera aussi la Directive européenne de 1997 concernant l'évaluation des incidences de projets sur l'environnement. Elle cherche à mieux anticiper les effets directs et indirects de projets – comme les captages d'eaux souterraines, les installations retenant ou stockant les eaux – sur « *l'homme, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, les biens matériels et le patrimoine culturel* » (Directive du Conseil, 97/11/CE du 3 mars 1997 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement). Les autres projets visés sont notamment les raffineries de pétrole brut, les installations pour le traitement de combustibles nucléaires, les centrales thermiques, les installations destinées à l'extraction de l'amiante, les installations chimiques intégrées, les installations d'élimination des déchets dangereux, les canalisations pour le transport de gaz, de pétrole ou de produits chimiques, les installations destinées à l'élevage intensif de volailles ou de porcs, certains installations industrielles destinées à la fabrication de pâte à papier; carrières et exploitations minières.
[400] Voir par exemple, États-Unis, National Environmental Policy Act, 1969 ; France, loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature ; Québec, loi modifiant la loi sur la qualité de l'environnement, L.Q. 1978, c. 64. Voir sur ce point, C. WOOD, « Environmental Impact Assessment in Developing Countries », *International Development Planning Review*, septembre 2003, vol. 25, n° 3, pp. 301-321.
[401] M. PRIEUR, « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles, *RJE,* 2011, vol. 5, n° spécial, p. 8 ; Plan d'action de la déclaration de Stockholm (*Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain,* Stockholm, 16 juin 1972, A/CONF.48/14/Rev.1.
[402] Voir par exemple : Bénin, loi n° 87-016 du 21 septembre 1987 portant Code de l'eau, articles 19 et 20; France, décret n° 93-742 du 29 mars 1993 modifié relatif aux procédures d'autorisation et de déclaration prévues par l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, articles 3 à 7, articles 9 et 20 ; Sénégal, loi n° 81-13 du 4 mars 1981 portant Code de l'eau, articles 10 et 11 ; Maroc, décret n° 2-97-487 du 4 février 1998 fixant la procédure d'octroi des autorisations et des concessions relatives au domaine public hydraulique, articles 3 à 6. Au niveau européen, la Directive-cadre sur l'eau encourage les États à permettre au public d'accéder aux plans de gestion des districts hydrographiques et de formuler des observations à leur égard (Directive 2000/60/CE, *op. cit.,* note 219, article 14.1).
[403] J. HOLDER, *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; J. GLASSON, R. THERIVEL, A. CHADWICK, *Introduction to Environmental Impact Assessment*, Routledge, 2013.
[404] M. PRIEUR, *op. cit.,* note 401, p. 8.

développement, où on ne peut que constater leur faible niveau de performance[405]. Lorsque le projet implique le prélèvement de ressources en eau situées sur le territoire de deux ou plusieurs États, le droit interne peut renvoyer à un accord international régissant leur utilisation[406].

105. En abolissant la corrélation entre droits d'utilisation de l'eau et propriété foncière, les mécanismes administratifs contribuent indéniablement à une gestion plus durable de la ressource. Ils introduisent en outre davantage d'équité sociale, comme l'illustrent les évolutions du cadre réglementaire sud-africain. Avant la réforme du droit de l'eau menée en 1998, la dépendance entre utilisation de l'eau et propriété foncière favorisait de fait, les grands propriétaires terriens dont les droits fonciers trouvaient leurs origines dans les programmes de dépossession de terres menés à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}[407]. Désormais, l'octroi du droit d'utiliser l'eau doit prendre en compte l'intérêt public, l'impact socio-économique de l'utilisation, mais aussi l'impérieuse nécessité de redresser les discriminations raciales et liées au genre[408]. Il reste qu'en Afrique du Sud comme dans tous les pays, la conciliation des utilisations et intérêts concurrents sur l'eau soulève en pratique de nombreuses difficultés.

2) La garantie complexe de l'utilisation collective de l'eau

106. L'autorité publique peut limiter le droit d'utiliser l'eau lorsque cela s'avère indispensable à la prévention de la dégradation de sa qualité ou à la protection du milieu

[405] C. WOOD, *op. cit.,* note 400.

[406] À l'image du droit béninois qui prévoit que : « *Dans le cas où l'ouvrage projeté serait de nature à intéresser une partie du cours d'eau se trouvant dans un autre État, l'instruction est faite selon la procédure définie par accord entre les parties* » (loi n° 87-016 du 21 septembre 1987 portant code de l'eau, article 21, para. 2). Cette obligation procédurale est parfois intégrée dans les traités relatifs à la protection et la gestion des cours d'eau internationaux (voir par exemple*,* Protocole révisé sur les cours d'eau partagés dans la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC), Windhoek, 7 août 2000, *ILM*, vol. 40, 2000, p. 321 article 4 (b) ; Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*,* Helsinki, 17 mars 1992, *RTNU*, vol. 2105, p. 457, article 9.2). L'obligation fait désormais partie du droit international coutumier (CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil* 2010, para. 204), son contenu a été précisé dans des accords environnementaux multilatéraux y étant spécifiquement dédiés. L'obligation de mener une étude d'impact environnemental est l'un des piliers de la convention d'Aarhus, convention multilatérale (Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU,* vol. 2161, p. 447)*.* Voir au niveau européen, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Espoo, 25 février 1991, *RTNU*, vol. 1989, p. 309.

[407] Voir le *Native Land Act* 27 of 1913 (qui divise les terres entre blancs et noirs), le Group Areas Act 41 of 1950 et 36 of 1966 (qui réserve des zones à l'usage exclusif de certaines « races »). Il faut souligner que peu avant l'avènement de la démocratie en Afrique du Sud, près de 12 à 14 millions de personne vivaient sans accès à l'eau potable et plus de 20 millions n'avaient pas accès à l'assainissement (Voir Water affairs and forestry, Republic of South Africa, *National Water Resource Strategy : our Blueprint for Survival*, (2004), §2.2.3).

[408] Les divers facteurs à prendre en compte sont énumérés à la section 27(1) du National Water Act n° 36, 1998.

aquatique[409], en cas de pénurie, de pollution ou de sécheresse[410], de menace à la sécurité publique[411] ou à la santé publique[412]. Dans ces hypothèses, les besoins humains fondamentaux doivent être pourvus en priorité[413].

107. Il y a l'affirmation des principes et leur mise en œuvre, et il est en pratique peu aisé de concilier les diverses utilisations de l'eau, cela aussi bien dans les pays en développement que dans les pays développés. Il s'agit précisément de concilier la pluralité des valeurs de l'eau, à la fois ressource vitale, écologique et d'intérêt économique.

108. Le cas de la Californie rend bien compte de ces difficultés. L'approvisionnement en eau destinée à la consommation humaine et à l'irrigation des agglomérations du Sud de l'État, zones régulièrement touchées par des pénuries, est réalisé par des méga-pompes qui prélèvent l'eau du Delta de Californie pour la transférer ensuite vers ces villes. Or, ces pompages détruisent les écosystèmes en raison du détournement de poissons et de nutriments qu'ils provoquent. On peut encore illustrer notre propos avec un décret pris en 2015 par le Gouverneur de cet État[414] régulièrement confronté à des épisodes de sécheresse[415]. Ce décret a imposé des restrictions à

---

[409] *Ibid.*, section 49.

[410] Voir par exemple, en France, les articles L.211-3 I 1° et L 211-8 du Code de l'environnement ; Mozambique, article 23, 1991 Water Law. Voir au Niger : « *en période de grande sécheresse, l'autorité locale peut interdire les activités grandes consommatrices d'eau et non directement destinées à la consommation humaine, notamment d'arrosage des jardins d'agrément, de remplissage et de vidange des piscines, de lavage des voitures* » (loi n° 98-041, 29 avril 1998 portant régime de l'eau, article 9).

[411] Voir par exemple, Algérie, loi n° 83-17 du 16 juillet 1983 portant Code de l'eau, articles 14, 17, 26 et 29 ; Tunisie, loi n° 75-16 du 31 mars 1975 portant Code des eaux, articles 24, 25, 71 et 74.

[412] Voir par exemple, Sénégal, loi n° 81-13 du 4 mars 1981 portant Code de l'eau, article 21 (1) : L'autorisation pour utilisation de l'eau « *est précaire ; elle est révocable par les Ministres chargés de l'Hydraulique et de l'Assainissement dans les cas suivants : 1° Si un motif d'intérêt public en a nécessité le retrait sauf en cas de travaux publics ayant pour objet l'utilisation des eaux superficielles, ou de concession pour l'utilisation des eaux, définie à l'article 28* ».

[413] Voir par exemple, Maroc, loi n° 10-95 sur l'eau, article 86 ; Pérou, décret-loi n° 17752, loi générale des eaux du 24 juillet 1969, article 17. Voir, OCDE, *Water Resources, op. cit.,* note 370, 2015.

[414] Office of Governor Edmund G. Brown Jr., State of California, Executive Order n° B-29-15 (1 April 2015).

[415] En 2015, la sécheresse a coûté 2,7 milliards de dollars de revenus au secteur agricole et a causé la perte de 18600 emplois à l'économie Californienne. Elle a provoqué 247 millions de perte de revenus agricoles sur 2016 et la suppression de 1815 emplois à plein temps dans tout l'État de Californie. Comme pour les années précédentes, les pertes se sont concentrées dans la *Central Valley* (Voir R. HOWITT, D. MACEWAN, J. MEDELLIN-AZUARA, J. LUND, D. A. SUMNER, *Preliminary analysis: 2015 Drought Economic Impact Study,* (2015), https://watershed.ucdavis.edu/files/biblio/2015Drought_PrelimAnalysis.pdf (consulté le 30 juin 2021) ; J. MEDELLIN-AZUARA, D. MACEWAN, R. E. HOWITT, D. A. SUMNER, J. R. LUND, « Economic Impact of the 2016 California Drought for Agriculture », Center for Watershed Sciences, University of California Davis, 2016, https://watershed.ucdavis.edu/files/biblio/Economic_Analysis_2015_California_Drought__Main_Report.pdf (consulté le 13 juin 2021). La Californie est l'un des principaux fournisseurs de biens agricoles aux États-Unis et un grand exportateur. La part de la Californie dans les recettes brutes agricoles des États-Unis d'Amérique représente 11,7% (US Department of Agriculture, *Farm Income and Wealth Statistics : Farm Finance Indicators, State Ranking,* 2015). L'État subit une pression pour soutenir la production agricole. Malgré la sécheresse, les agriculteurs Californiens continuent à faire des profits importants via l'augmentation du prix des semences et en s'appuyant de plus en plus sur les eaux souterraines (N. GEILING, *California Farms Raking in Cash Despite*

l'utilisation de l'eau potable municipale dans plusieurs villes de l'État. L'industrie agricole, plus grande consommatrice d'eau, représentée par des groupes d'intérêts actifs tant au niveau fédéré que fédéral, a réussi à bénéficier d'importantes exemptions à ces restrictions[416].

109. Dans tous les pays du monde, les exemples dans lesquels les conflits d'usage ont été tranchés en faveur d'intérêts économiques ne manquent pas. Les rapports de missions réalisées dans les pays par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement sont riches d'exemples[417]. Récemment, le Rapporteur spécial a appelé le gouvernement du Chili à ne pas donner systématiquement priorité au secteur de l'énergie électrique et aux producteurs d'avocats sur les droits à l'eau et à la santé des populations[418]. Un rapport récent du Rapporteur spécial offre un panorama de situations dans lesquelles l'utilisation de l'eau en tant que facteur de production dans des procédés industriels et agricoles entrave l'accès à l'eau des populations[419]. Ainsi en est-il des opérations d'extraction minière menées par l'entreprise *POSCO* en Inde. Elles ont donné lieu au détournement de 120 milliards de litres d'eau, privant des milliers de personnes d'accès à la ressource[420]. Le long conflit opposant le géant pétrolier Chevron aux communautés autochtones équatoriennes est symbolique en raison de l'ampleur des dommages environnementaux provoqués par les activités de la multinationale et la saga judiciaire qui s'en est suivie. Chevron – à l'époque Texaco – est présent en Équateur depuis les années 1960, époque à laquelle l'entreprise s'était vue octroyer par le gouvernement près de 400 000 hectares de terres dans la forêt amazonienne pour des activités d'exploration et d'exploitation pétrolière. Entre 1964 et 1990, l'entreprise a déversé près de 60 milliards de litres d'eau toxique dans les lagunes et les lacs de la région. Ces déchets ont massivement et irrémédiablement pollué les sols et les eaux souterraines du bassin de *Lago Agrio* et sont à l'origine d'une explosion des cas de cancers et de maladies dans la

---

Drought, THINKPROGRESS, 27 août 2015, https://archive.thinkprogress.org/california-farms-raking-in-cash-despite-drought-b6d4d12ccaff/ (consulté le 30 juin 2021). En 2015, les agriculteurs ont remplacé 72% de leur déficit en eaux de surface par des prélèvements dans des réserves d'eaux souterraines. En 2016, le taux de remplacement était de 23%).

[416] M.D. SMITH, *op. cit*., note 285, p. 467.

[417] Disponibles sur https://www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/CountryVisits.aspx (consulté le 30 juin 2021)

[418] https://acnudh.org/chile-debe-dar-prioridad-a-los-derechos-al-agua-y-a-la-salud-antes-que-los-intereses-economicos-experto-onu/, (consulté le 30 juin 2021).

[419] Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, A/74/197, 19 juillet 2019*,* para. 2.

[420] *Ibid.,* paras. 19-20 ; Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement concernant sa mission en Mongolie, A/HRC/39/55/Add/2, para. 7 ; Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement concernant sa mission en Namibie, A/HRC/21/42/Add.3, para. 59. Voir S. LANDEO, M. ZWARTEVEEN, « Exploring the Politics of Water Grabbing: the Case of Large Mining Operations in the Peruvian Andes *», Water Alternatives*, 2012, vol. 5, n° 2, pp.360-375.

région. Depuis plus de vingt ans, les communautés affectées tentent d'obtenir réparation des dommages causés par Chevron[421]. Les pratiques du secteur de l'agro-industrie, notamment l'utilisation de pesticides et d'engrais, sont tout autant sources de pollutions massives[422]. La demande en constante augmentation en biocarburants, dont la production s'appuie principalement sur les filières d'huile et d'alcool, accroît la pression sur les ressources en eau locales et menace leur qualité[423]. Enfin, dans le secteur de l'énergie, le recours au procédé de fracturation hydraulique dans l'industrie du gaz de schiste est particulièrement nocif[424]. L'adoption de la loi québécoise de 2011 limitant les activités pétrolières et gazières fait suite aux constatations d'une étude environnementale mettant en lumière les effets néfastes sur l'eau du procédé de fracturation hydraulique[425]. Son entrée en vigueur a donné lieu à la révocation de plusieurs permis de recherche, aux fins de protection des eaux du fleuve Saint-Laurent. Elle est à l'origine d'un différend d'investissement en cours, opposant l'investisseur américain *Lone Pine Resources Inc.* au Canada[426].

110. Il faut, en outre, avoir à l'esprit que la centralisation de la distribution des droits d'utilisation de l'eau aux mains de l'autorité publique peut générer des effets pervers. C'est le

---

[421] À la suite d'une plainte déposée en 2003 par les communautés de *Lago Agrio*, un tribunal équatorien a condamné en 2011 Chevron à une amende de dix-huit milliards de dollars pour les faits de pollution et les maladies (voir *Aguinda v. Chevron Corp*., n° 002-2003 (Super. Ct. of Nueva Loja, 14 février 2011). En cassation, l'entreprise a été condamnée à payer 9,5 milliards de dollars de réparation à ces communautés. Le refus de l'entreprise de reconnaître le jugement et de s'acquitter de sa dette a poussé les plaignants à intenter une action en exécution du jugement devant les juridictions canadiennes qui leur ont donné droit (voir *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015, 3 R.C.S. 69, paras. 12-22). Parallèlement, Chevron n'a cessé de contre-attaquer. Elle a tout d'abord exercé un recours en contestant la responsabilité de la société mère et en accusant sa filiale équatorienne. La multinationale a saisi en 2009 la Cour permanente d'arbitrage de La Haye sur la base du TBI entre les États-Unis et l'Équateur en vue de contester l'applicabilité du jugement de la juridiction équatorienne, invoquant le manque d'indépendance du système judiciaire équatorien, un traitement inéquitable et discriminatoire à son égard (voir Claimants' Notice of Arbitration [7]-[16], *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador* (Permanent Court of Arbitration, PCA Case n° 2009-23, 23 septembre 2009). Cette action a enclenché la suspension de l'exécution du jugement condamnant Chevron au paiement de 18 milliards de dollars. Chevron a également tenté de bloquer l'exécution du jugement équatorien devant les juridictions américaines, en introduisant une plainte devant les juridictions de New York contre l'avocat des communautés autochtones en invoquant la loi RICO, et soutenant que le jugement équatorien était constitutif de fraude et d'extorsion (Amended Complaint, Chevron Corp. v. Donziger, 974 F. Supp. 2d 362 (S.D.N.Y. 2014) (n° 11 Civ. 691), 339-379). Les juridictions américaines ont tranché en faveur de l'avocat des communautés en 2014 (Chevron Corp v. Donziger, 974F.Supp.2d 362 (S.D.N.Y. 2014)). Il reste qu'au niveau du différend d'investissement, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a rendu le 30 août 2018 une sentence donnant droit à Chevron. La Cour a en effet jugé que la décision équatorienne condamnant la multinationale était entachée de corruption (*Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. République d'Équateur,* PCA, 2007-2).

[422] Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement concernant sa mission en Uruguay, A/HRC/21/42/Add.2, para. 53-54

[423] WOODS INSTITUTE FOR THE ENVIRONMENT, *The Impacts of Large-Scale Biofuel Uses on Water Resources*, Stanford University, 2006.

[424] Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement concernant sa mission aux États-Unis, A/HRC/18/33/Add.4, paras. 42-43.

[425] Québec, Loi limitant les activités pétrolières et gazières, L.Q. 2011, c. 13

[426] *Lone Pine Resources Inc. c. Canada,* CIRDI, UNCT/15/2.

cas notamment lorsque coexistent sur un territoire donné plusieurs ordres juridiques. Dans les pays où le droit coutumier organise dans les zones rurales l'accès à l'eau pour les besoins humains, l'abreuvement du bétail ou l'agriculture de subsistance, les réformes ayant mené à l'introduction de droits d'utilisation administratifs, opérées sans prise en considération des droits d'utilisation coutumiers, ont fait émerger des tensions[427]. La promulgation de ces lois est parfois assortie d'une période de transition, permettant aux détenteurs de droits coutumiers de faire reconnaître et enregistrer leurs droits. Il s'agit, avec ces procédures de reconnaissance et d'enregistrement, de rendre les droits coutumiers équivalents aux droits d'origine administrative pour ce qui est de leur statut et leur protection juridiques[428]. Cette protection est d'importance lorsque sont introduites des demandes de prélèvements pouvant entrer en conflits avec ces droits préexistants. On relèvera que, sur ce point, le système canadien est particulièrement abouti. Cet État s'est doté d'un arsenal juridique particulièrement protecteur des droits coutumiers des populations autochtones, comprenant notamment des mécanismes de consultation permettant de déterminer *a priori* si une demande de permis pour prélèvement est de nature à affecter les droits coutumiers existants[429]. En revanche, dans la plupart des pays du Sud, prouver l'existence de pratiques ou de droits coutumiers peut représenter un défi. Par exemple, la loi sur l'eau de Guyana, petit État d'Amérique du Sud, intègre une procédure de reconnaissance des droits coutumiers, mais les détenteurs de ces droits doivent être en mesure de prouver les caractères ancien, certain, raisonnable et continu de ces droits, ce qui représente un obstacle de taille[430]. La primauté du droit statutaire sur le droit coutumier rend la reconnaissance des droits traditionnels souvent très incertaine. Ainsi, le droit indonésien pose le principe de reconnaissance des droits traditionnels, mais uniquement dans l'hypothèse où cela ne contrevient pas aux intérêts nationaux et à la législation[431]. On peut encore citer la loi relative à la gestion de l'eau du Bénin qui se borne à énoncer que les pratiques coutumières et

---

[427] Voir sur ces questions, H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN, *op. cit,* note 187 ; S. BURCHI, *op. cit.,* note 186.
[428] S. BURCHI, *ibid.*, p. 32-4.
[429] L. NOWLAN, Customary Water Laws and Practices in Canada, 2004, sur http://www.fao.org/fileadmin/templates/legal/docs/CaseStudy_Canada.pdf (consulté le 20 juin 2021). La jurisprudence canadienne est riche de cas relatifs à l'articulation entre droits coutumiers et droits formels. Ainsi, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de souligner que « *the doctrine of priority requires the government to demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of Aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. The right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interests of the aboriginal rights holders in the fishery* » (*R. v. Gladstone*, (1996), 2. S.C.R. 723).
[430] Guyana, loi sur l'eau et l'assainissement, 2002, section 94. Exemple fourni par S. BURCHI, *op. cit.,* note 186.
[431] Indonésie, loi n° 7 sur les ressources en eau, 2004, article 6.

les conventions locales « *sont prises en compte par les autorités en charge de la gestion de l'eau* », dans la mesure où *« elles ne compromettent pas la réalisation des objectifs de la présente loi et n'en contredisent pas les dispositions* »[432]. Est ainsi instaurée une primauté de la loi sur les droits coutumiers.

111. Dans les pays d'Afrique sub-saharienne, la mise en place de permis pour l'utilisation de l'eau dans les années 1990 a incontestablement contribué à créer des situations d'inégalités[433]. Les droits coutumiers sont peu reconnus, rarement enregistrés et les nouveaux droits de prélèvements sont souvent accordés sans consultation préalable des communautés affectées. Cette situation problématique prend une ampleur alarmante en présence d'investisseurs étrangers. Il n'est en effet pas rare que les pays désireux d'attirer des investisseurs étrangers accordent à ces derniers des droits de prélèvements d'eau illimités. L'analyse menée par Lorenzo Cotula montre que de nombreux contrats d'achat ou de location de terre sont silencieux sur la question de l'utilisation de l'eau[434]. Certains contrats donnent droit aux investisseurs d'utiliser toute l'eau nécessaire à la poursuite de leur projet sans restriction aucune. D'autres prévoient explicitement la gratuité de l'eau utilisée aux fins d'irrigation, alors même que les agriculteurs locaux sont soumis à l'obligation de payer une redevance, ce qui revient en définitive à subventionner des projets agro-industriels reposant par ailleurs sur une utilisation de l'eau peu responsable. L'inégalité entre détenteurs de droits coutumiers et investisseurs sécurisant leur accès à l'eau est criante. Les premiers se trouvent dépossédés et marginalisés, leurs droits n'étant pas enregistrés et non traduits en droits formels, ce qui les place en position de vulnérabilité[435]. Les seconds jouissent de droits d'accès et d'utilisation formels pouvant qui plus est bénéficier de la protection d'un accord international d'investissement (ci-après, « AII ») [436].

112. Il faut enfin rendre compte de la diversité des prérogatives susceptibles d'être exercées sur l'eau. Dans certains systèmes juridiques, le droit de prélever l'eau réserve sous certaines hypothèses à son titulaire « *tous les pouvoirs que le droit reconnaît à un sujet de droit sur une*

[432] Bénin, loi n° 2010-44 du 21 octobre 2010 portant gestion de l'eau, article 13.
[433] B. VAN KOPPEN, B. SCHREINER, « A Hybrid Approach to Decolonize Formal Water Law in Africa », *IWMI Research Report*, 2018, n° 173.
[434] L'auteur se base sur un faible volume de documents, l'accès à la documentation contractuelle étant particulièrement limité. L. COTULA, *op. cit.,* note 163. Voir chapitre VII de cette thèse.
[435] M. M. MBENGUE, S. WALTMAN, *Farmland Investments and Water Rights: The Legal Regimes at Stake*, Genève, IISD, mai 2015.
[436] Voir Chapitre VIII.

chose »[437]. Nous avons rendu compte d'une tendance générale à la séparation du lien entre droits fonciers et droits d'utilisation de l'eau. Mais les régimes juridiques conférant aux propriétaires fonciers un droit d'accès et d'utilisation privilégié subsistent. Dans certains pays, le droit minier n'opère pas de découplage entre droits fonciers et droits d'utilisation de l'eau. Les droits d'extraction minière incluent le droit d'extraire toute l'eau nécessaire à l'activité[438]. Rappelons aussi que certains États américains appliquent des règles comme la *rule of capture* et celle de l'appropriation préalable conférant à la personne s'appropriant l'eau un droit exclusif sur la ressource[439]. Dans ce pays, la question de la nature juridique des droits d'utilisation fait l'objet de débats. La jurisprudence est en la matière variable[440]. Certaines juridictions les classent dans la catégorie des droits contractuels ne présentant pas les caractéristiques d'un droit de propriété[441], d'autres dans celle des droits de propriété exclusifs[442]. Surtout, même si le droit de prélever l'eau n'emporte souvent pas le droit d'en disposer librement, une fois prélevée elle est généralement affectée à un usage impliquant sa consommation (ou alors, elle est dégradée), et dans ce cas, elle n'est plus disponible pour d'autres utilisations. En définitive, une fois que l'eau a été prélevée de sa source naturelle, elle peut être considérée comme un bien, la transformation d'une chose en bien supposant que celle-ci soit appropriable « *c'est-à-dire qu'elle puisse être l'objet d'un droit subjectif* »[443]. Le constat posé par Éric Loquin s'avère tout à fait pertinent lorsqu'il est appliqué à l'eau. Il rappelle en effet que l'appropriation « *peut naître d'un droit de propriété qui réunit tous les pouvoirs que le droit reconnaît à un sujet de droit sur une chose »* [444]. Mais il souligne que cette appropriation « *existe dès l'instant que la chose est l'objet d'un droit réservant à son titulaire son usage* »[445].

113. La gestion de l'utilisation collective de l'eau s'avère ainsi particulièrement complexe, la ressource pouvant faire l'objet d'usages concurrents et d'appropriation privée exclusive. Mais, en conditionnant l'utilisation de l'eau, les mécanismes d'allocation administratifs ont le mérite de favoriser une gestion plus rationnelle et intégrée de la ressource. Le droit d'utiliser

[437] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 84.
[438] Voir par exemple, Botswana, Water Act, Chapter 34 : 01, 1968, paragraphe 7(1).
[439] Voir supra, para. 79.
[440] Pour une revue de la jurisprudence américaine en la matière, voir S. ROSS SAXER, *op. cit.,* note 201.
[441] S. Ross SAXER, *ibid.,* pp. 52-53; Voir *Klamath Irrigation District v. United States*. 67 Fed. Cl. 504 (2005) ; *Spear T Ranch, Inc. v. Knaub*, 691 N.W.2d 116 (Neb. 2005).
[442] *Navajo Dev. Co. V. Sanderson*, 655 P.2d 1374, 1377-78 (Colo. 1982) ; *Tulare Lake Basin Water Storage District v. United States*, 49 Fed. Cl. 315-16; *Nevada v. United States*, 463 US 110 (1983), *Nebraska v. Wyoming*, 325 US 589 (1945).
[443] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 84.
[444] *Ibid.*
[445] *Ibid.*

l'eau peut être assorti de l'obligation d'en payer l'utilisation. En ce sens, l'introduction de droits formels s'est insérée dans un enjeu de valorisation économique de la ressource. En valorisant économiquement l'eau par la tarification de son utilisation, les États cherchent à lutter contre les gaspillages et à conserver la ressource.

B. Les droits d'utilisation de l'eau, reflets de la valeur économique de l'eau

114. La problématique de la tarification des éléments de l'environnement se situe au carrefour de divers enjeux de politique publique. Dans le secteur de la gestion de l'eau, elle a aux origines été promue en tant qu'outil au service de la conservation de la ressource (1). Cette valorisation économique a néanmoins ouvert la porte à des modes d'allocation de l'eau reposant sur une logique de marché (2).

1) La valorisation économique de l'eau au service de sa conservation

115. La Conférence de Dublin, organisée en marge de la préparation du Sommet de la Terre de Rio de 1992, marque une rupture. Elle a accouché de la Déclaration de Dublin qui, tout en soulignant la pluralité des valeurs de l'eau, insiste de manière singulière sur sa valeur économique. On rappellera que son quatrième principe affirme que « *l'eau, utilisée à des multiples fins, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme bien économique* »[446]. Il est aussi souligné, qu'« *en vertu de ce principe il est primordial de reconnaître le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate* »[447]. La Déclaration énonce que « *tant que [l]e prix [de l'eau] ne traduira pas la valeur économique de l'eau dans ces différentes utilisations, on encouragera des gaspillages et une gestion néfaste pour l'environnement, dont le résultat ne peut être qu'une mauvaise affectation des ressources* »[448]. Depuis la Déclaration de Dublin, le traitement de l'eau en tant que bien économique est devenue l'un des piliers des politiques de gestion de l'eau[449]. On donnera pour

[446] Déclaration de Dublin sur l'eau, *op. cit.,* note 90.
[447] *Ibid.*
[448] *Ibid*. Voir aussi, Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, *op. cit.,* note 87 ; *Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para. 8.27.
[449] P. CULLET, *op. cit.,* note 109, p. 339. On citera les récentes Recommandations du Conseil de l'OCDE sur l'eau de 2016 qui appellent les adhérents (pays membres et non membres de l'OCDE) à fixer d'une part, « *des redevances pour prélèvement pour les eaux de surface et les eaux souterraines qui reflètent la rareté de l'eau (c'est-à-dire le coût environnement et le coût de la ressource) et qui couvrent les coûts administratifs de gestion du système)* », et d'autre part, « *des redevances pour la pollution des eaux de surface et des eaux souterraines, ou*

exemple la loi québécoise de 2009 affirmant le caractère collectif des ressources en eau qui décrit bien la teneur du principe d'internalisation :

> « *Les coûts liés à l'utilisation des ressources en eau, dont les coûts de protection, de restauration, de mise en valeur et de gestion, sont assumés par les utilisateurs dans les conditions définies par la loi et en tenant compte des conséquences environnementales, sociales et économiques ainsi que du principe pollueur-payeur* »[450].

116. Le principe pollueur-payeur – qui se concentre sur l'émission de polluants – et le principe utilisateur-payeur – qui concerne les coûts découlant de la production, la distribution et l'utilisation de ressources naturelles – ressortent d'une même logique : celle de l'internalisation des externalités. Il s'agit de faire peser les coûts liés à l'utilisation ou la pollution sur les utilisateurs eux-mêmes, et non plus sur les pouvoirs publics et la collectivité[451]. On précisera que le degré d'internalisation, dans le contexte du principe pollueur-payeur, peut varier[452]. Entendu au sens strict, le principe suppose au moins l'interdiction des aides et mécanismes de soutien en faveur du pollueur, ce qui « *se justifie sur le plan de l'équité comme sur le plan de l'efficacité économique* »[453]. C'est l'approche minimale à laquelle souscrit la plupart des États[454]. Dans une conception plus ouverte, les coûts à internaliser comprennent :

---

des redevances sur les rejets d'effluents, à un niveau suffisant pour avoir un effet incitatif significatif sur la prévention et la maîtrise de la pollution » (Recommandations du Conseil de l'OCDE sur l'eau de 2016, voir p. 16 sur la tarification de l'eau : https ://www.oecd.org/fr/environnement/ressources/Recommandation-du-Conseil-sur-leau.pdf (consulté le 21 juin 2021). Voir aussi FAO, *op. cit.,* note 270, p. 281.

[450] Loi C-6-2 affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés, 2009, para. 4.

[451] OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, OCDE/GD (95)124, Paris, OCDE, 1995, para. 37. Ainsi, l'internalisation des coûts environnementaux « *sous-entend que les prix du marché devraient refléter les coûts environnementaux de la production et de l'utilisation d'un bien résultant de l'exploitation des ressources naturelles, de la pollution, de la création de déchets, de la consommation, de l'élimination des déchets et d'autres facteurs* ». Sandrine Maljean-Dubois souligne la difficulté de délimiter précisément ce que recouvrent ces outils économiques (S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement,* Paris, La documentation française, 2002, p. 12).

[452] Ce principe est souvent intégré aux législations nationales sur l'eau. Dans le contexte européen, par exemple, les réglementations relatives à la pollution des eaux découlent de la Directive européenne 91/271/CEE (*op. cit.,* note 220) ainsi que de la Directive cadre sur l'eau (Directive 2000/50/CE, *op. cit.,* note 219, article 16). Il est reconnu comme un principe du droit international de l'environnement, que l'on retrouve dans plusieurs traités portant sur l'utilisation de ressources en eaux situées sur le territoire de plusieurs États (Voir par exemple le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 qui inclut les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution (Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Londres, 17 juin 1999, *RTNU*, vol. 2331, p. 202, article 5 (b)). Voir Communication de la Commission du 26 juillet 2000, *Tarification et gestion durable des ressources en eau*, COM (2000) 477 final), non publiée au journal officiel ; Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs, Canada/États-Unis, Washington D. C., 7 septembre 2012, article 2 para. 4(h) ; Charte des eaux du fleuve Sénégal, Nouakchott, 28 mai 2002, article 17(3) ; Charte de l'eau du bassin du Niger, Niamey, 30 avril 2008, article 8.

[453] H. SMETS, « Examen Critique du principe pollueur-payeur », dans *Les Hommes et l'Environnement, Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Études en hommage à Alexandre Kis*s, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 86 ; OCDE, *Recommandation du Conseil sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur*, Rec. C(74)223, 14 novembre 1974.

[454] OCDE, *Examens des performances environnementales*, Paris, OCDE, 1992-2001.

> « *les coûts de prévention et de lutte contre la pollution ainsi que les redevances destinées au paiement d'un service collectif de dépollution, principalement les taxes ou redevances d'assainissement (pour la collecte et le traitement des eaux usées rejetées par les entreprises raccordées au réseau municipal) et les taxes municipales d'enlèvement et d'élimination des déchets* »[455].

Plusieurs législations internes retiennent cette conception[456]. On citera en exemple le droit français qui fait supporter au pollueur « *les frais des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci* »[457]. Dans une démarche plus incitative, le pollueur peut se voir imputer d'autres coûts, par exemple des redevances ou taxes, ainsi que, le cas échéant, les frais de remise en l'état et indemnités[458]. Il reste que rares sont les États ayant mis au point de tels mécanismes[459], la plupart s'appuyant en la matière sur leur droit de la responsabilité[460].

117. La tarification de l'utilisation de l'eau concerne les utilisations industrielles, agricoles mais aussi domestiques. Elle peut être établie sur la base de diverses méthodologies de calcul, par exemple en fonction des volumes d'eau prélevés – ce qui est de loin, la formule la plus incitative pour une consommation responsable de l'eau – ou sur une base forfaitaire[461]. La

---

[455] OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Le principe pollueur-payeur et le commerce international,* 10 octobre 2003*,* COM/ENV/TD(2001)44/FINAL, p. 11; Voir OCDE, Recommandation sur les Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, Rec. C(72)128, 26 mai 1972.

[456] On retrouve cette approche dans plusieurs conventions internationales. Voir par exemple, la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Helsinki, 17 mars 1992, *op. cit.,* note 406 ; Convention sur la protection de l'environnement marin de l'Atlantique du nord-est, Paris, 22 septembre 1992, *RTNU,* vol. 2354, n°42279, p. 67; Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée, Barcelone, 10 juin 1995, PNUE, *Acte final de la conférence de plénipotentiaires sur les amendements à la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, au Protocole relatif à la prévention de la pollution de la mer Méditerranée par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs et au Protocole relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique en Méditerranée,* UNEP(OCA)/MED IG.6/7, résolution II, annexe, p. 263.

[457] Loi n° 95-101, 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement.

[458] OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Le principe pollueur-payeur et le commerce international, op.cit.,* note 455*,* p. 13.

[459] Voir par exemple en Allemagne, la loi de 1976 relative aux redevances perçues pour le rejet des eaux usées dans les eaux, Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer ; Voir au Pays Bas, loi sur la pollution des eaux de surface, 1970 ; Voir aussi l'article L.231-10-1 du Code de l'environnement français.

[460] Voir par exemple en Belgique la loi cadre du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique, Moniteur belge, 12 mars 1999, article 4(5) : « *le principe du pollueur-payeur implique que les coûts de prévention, de réduction et de lutte contre la 25 pollution et les coûts de réparation des dommages sont à la charge du pollueur ».* Voir la Constitution fédérale de la Fédération suisse 18 avril 1999, article 74 (2) : *« les frais de prévention et de réparation [« des atteintes nuisibles ou incommodantes » à « l'environnement naturel »] sont à la charge de ceux qui les causent ».* (OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Le principe pollueur-payeur et le commerce international, op.cit.,* note 455*,* p 14.

[461] Voir par exemple, Cameroun, loi n° 98/005 du 14 avril 1998 portant régime de l'eau, article 10 : « *les prélèvements des eaux de surface ou souterraines à des fins industrielles et commerciales sont soumis à autorisation préalable et au paiement d'une redevance dont le taux, l'assiette et le mode de recouvrement sont*

tarification des extractions d'eau industrielle peut notamment intégrer des facteurs liés à la rareté ou à la pollution de la ressource[462]. Au niveau mondial, force est de constater que les mécanismes de tarification de l'utilisation de l'eau agricole sont encore loin d'inciter à une utilisation plus rationnelle de la ressource dans ce secteur. Dans les pays de l'OCDE, les prix de l'eau agricole augmentent certes progressivement, mais ils ne permettent généralement pas de recouvrer les coûts d'investissement dans l'infrastructure d'irrigation[463]. Ils ne reflètent pas les coûts environnementaux, « *ce qui tient souvent à la crainte de voir leur relèvement nuire à la compétitivité des agriculteurs sur les marchés mondiaux* »[464]. Dans les pays en développement, le prix de l'eau d'irrigation reflète rarement son coût réel[465] et ne permet donc pas d'internaliser la plupart des externalités générées par les pratiques agricoles peu responsables[466]. En outre, lorsque la tarification est basée sur la superficie de terre irriguée et non sur la quantité d'eau utilisée, ce qui est souvent le cas, la valeur de l'eau se trouve, de fait, sous-estimée. L'eau d'irrigation est par ailleurs largement subventionnée[467]. Le soutien bénéficie généralement aux grands exploitants. Ainsi, aux États Unis, 5% des agriculteurs reçoivent près de 50% des subventions à l'irrigation[468]. Au Mexique, ce sont près de 20% des exploitants qui bénéficient de 70% des subventions[469]. Ces subventions à l'irrigation poursuivent un objectif de sécurité alimentaire, mais n'incitent nullement à une gestion et une utilisation responsables de l'eau. L'absence de valorisation économique de l'eau utilisée durant toute la phase de production de denrées agricoles a pour effet de faire supporter les coûts par l'État à partir duquel elles sont produites. L'intensification des transferts d'eau virtuelle peut par conséquent créer une pression additionnelle sur les États produisant, pour l'exportation, des marchandises intensives en eau. Nous nous emploierons à analyser, dans la seconde partie de cette thèse, la manière dont les disciplines du droit international du commerce, qui s'intéressent

---

fixés par la loi de finances. Toutefois, les sociétés concessionnaires d'un service public d'exploitation et de distribution d'eau potable en sont exemptées ».

[462] Voir par exemple en Inde, Model Groundwater (Sustainable Management) Bill 2017, section 26.

[463] OCDE, *Perspectives de l'environnement de l'OCDE à l'horizon 2050. Les conséquences de l'inaction,* Paris, OCDE, 2012, p. 266.

[464] *Ibid.*

[465] J. BERTHELOT, « The King is Naked. The Impossible US Promise to Slash its Agricultural Supports », *Solidarité*, 7 Novembre 2005, p. 19.

[466] OCDE*,* « Les subventions dommageables à l'environnement. Problèmes et défis », *Actes de l'Atelier de l'OCDE sur les subventions dommageables à l'environnement,* Paris, OCDE, 2002, p. 14 ; FAO, *More People, More Food…Worse Water? Water Pollution from Agriculture: a Global Review*, Rome, FAO, 2018.

[467] N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Water, Agriculture, and Subsidies in the International Trading System », dans E. BROWN WEISS, L. BOISSON DE CHAZOURNES, N. BERNASCONI-OSTERWALDER (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, *op. cit.,* note 154, p. 212.

[468] R. REPETTO, « Skimming the Water: Rent-seeking and the Performance of Public Irrigation Systems », *World Resources Institute, Research Report*, 1986, n° 4, p. 18.

[469] TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Rapport mondial sur la corruption 2008, op. cit.,* note 57, p. xiii.

principalement aux produits finaux, peuvent être interprétées et mobilisées de manière à rendre ces transferts d'eau plus soutenables d'un point de vue social et environnemental. Le droit de l'OMC contient en effet quelques ouvertures en vue d'une prise en considération des externalités négatives générées par l'eau exploitée en tant que ressource productive. Enfin, la tarification de l'eau domestique soulève des enjeux spécifiques : la tarification des services d'alimentation en eau potable et d'assainissement se trouve à la croisée de plusieurs objectifs de politique publique[470]. Donner un prix à l'eau distribuée, c'est reconnaître que toutes les activités du « petit cycle » de l'eau – c'est-à-dire, le prélèvement de l'eau, son traitement en vue de sa potabilisation, son stockage, son acheminement, sa distribution, le traitement des eaux usées ainsi que l'entretien des infrastructures et leur remplacement – ont un coût. Mais dans le même temps, cette tarification – en particulier lorsqu'elle est basée sur le principe de recouvrement intégral des coûts – peut interférer avec l'impératif de l'accès de tous, y compris des ménages les plus pauvres, aux services publics essentiels d'eau potable et d'assainissement, comme nous le verrons[471].

118. Certains États sont allés encore plus loin dans la logique de valorisation économique de la ressource en introduisant des droits sur l'eau transférables en vue de prévenir le gaspillage et la surexploitation de l'eau.

2) Les droits d'utilisation transférables : une marchandisation de l'eau et de son utilisation

119. Si une grande majorité des États interdit la cession et le transfert des droits d'utilisation[472], il existe des exceptions[473]. Parmi les États autorisant ces opérations, on peut trouver aux niveaux local, régional ou de bassin, des systèmes de transferts reposant sur une logique de marché[474]. Le secteur de l'eau s'est ainsi trouvé infiltré par les conceptions libérales

---

[470] X. LEFLAIVE, M. HJORT, *Addressing the Social Consequences of Tariffs for Water Supply and Sanitation*, Paris, OCDE, 2020, p. 3.

[471] Voir infra, paras. 144-145 ; voir Chapitre IV, para. 283.

[472] Voir par exemple, Cameroun, décret n° 2001/164/PM précisant les modalités et conditions de prélèvement des eaux de surface ou des eaux souterraines à des fins industrielles ou commerciales, article 5 ; Ghana, Water Resources Commission Act, 1996, para. 17 ; Indonésie, Law n° 7/2004 on Water Resources, article 7(2).

[473] Voir S. HODGSON, *op. cit.,* note 267. Voir par exemple, Mozambique, loi sur l'eau 1991, article 29 ; Botswana, Section 16, Water Act 34-01 ; Cambodge, Law on Water Resources Management, juin 2007, article 15 ; Chili, Code de l'eau 1981, articles 21 et 117 ; Afrique du Sud, National Water Act, n° 36, 1998, section 25.

[474] Par exemple, pour l'Afrique du Sud voir, National Water Act n° 36, 1998, para. 6 (1) (g), para. 25 (2). Pour la province de l'Alberta au Canada Water Act, R.S.A. 2000, c. W-3, s. 5, 11 ; au Chili, loi du 13 août 1981 et loi n° 382 du 20 décembre 1988, article 7. Voir R. Q. GRAFTON, C. LANDRY, G. D. LIBECAP, S. MCGLENNON, R. O' BRIEN, « An Integrated Assessment of Water Markets: Australia, Chile, China, South Africa and the USA »,

du courant de l'économie des ressources naturelles qui prône le recours aux droits de propriété privée et au marché comme instruments d'allocation des ressources naturelles[475]. Les promoteurs du recours au marché l'ont érigé comme option tout à fait pertinente pour l'allocation de l'eau, parfois plus efficiente que les mécanismes d'allocation administratifs, trop bureaucratiques et favorisant les situations de pénurie d'eau[476]. Les critiques formulées par le courant de l'écologie politique à l'égard du principe d'internalisation nous semblent à, cet égard, tout à fait pertinentes. Rappelons que l'écologie politique désigne « *l'ensemble des courants qui pensent l'environnement comme une des conditions matérielles d'existence des relations politiques et économiques, dotée de ses dynamiques et limites propres, qui construisent des rapports de forces et des relations de pouvoir* »[477]. Ce courant se distingue du développement durable, dès lors que l'on comprend ce dernier comme « *la tentative d'aménager un système existant, le capitalisme et son objectif de croissance, pour le rendre compatible avec de nouvelles menaces, écologiques* »[478]. La valorisation économique des éléments de l'environnement a pour conséquence de transformer les ressources naturelles considérées comme étant rares « *en champs de valorisation du capital et, du coup, en nouveaux marchés* »[479]. Il reste que contrairement à des éléments essentiels comme l'électricité ou la terre, l'approche du marché pour l'allocation de l'eau reste rare[480]. L'eau est si importante pour la vie humaine qu'il est socialement peu accepté qu'il soit possible d'en faire une source de profits[481].

National Bureau of Economic Research, Working Paper, 2010, n° 16203 ; W. H. KLOEZEN, « Water Markets Between Mexican Water User Associations », *Water Policy*, 1998, vol. 1, n° 4, pp. 437-455.

[475] T. L. ANDERSON, P. S. SNYDER, *Water Markets. Priming the Invisible Pump*, Washington D. C., CATO Institute, 1997.

[476] Voir J. BRISCOE, « Water as an Economic Good : The Idea and What it Means in Practice », Washington D. C., Banque mondiale, septembre 1996, disponible sur https://web.worldbank.org/archive/website00667/WEB/PDF/ICID16.PDF (consulté le 30 juin 2021) ; C. J. PERRY, M. ROCK, D. SECKLER, « Water as an Economic Good : A Solution or a Problem ? », *International Irrigation Management Institute, Research Report,* 1997, n° 14; R. C. GRIFFIN, D. E. PECK, J. MAESTU, « Introduction. Myths, principles and issues in water Trading », dans J. MAESTU (dir.), *Water Trading and Global Water Scarcity. International experiences,* Routledge, 2013 ; A. DINAR, M. ROSEGRANT, R. MEINZEN-DICK, « Water Allocation mechanisms. Principles and examples », *World Bank Policy Research Working Paper*, 1997, n° 1779 ; P. HOLDEN, *Tradable Water Rights, A Property Rights Approach to Resolving Water Shortages and Promoting Investment,* Washington D. C., Banque mondiale, 1996.

[477] G. QUENET, « Écologie politique (mouvements) », D. BOURG, A. PAPAUX (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015, p. 336.

[478] *Ibid*. Voir aussi, B. DE JOUVENEL, « De l'économie politique à l'écologie politique », *Bulletin SEDEIS,* 1er mars 1957, n° 671, repris dans *La Civilisation de puissance,* Paris, Fayard, 1976, pp. 49-77.

[479] C. R. S. MILANI, *op. cit.,* note 108, p. 26 ; J. O' CONNOR, *op. cit.,* note 108.

[480] V. CASADO-PÉREZ, « Go with the Flow. Lessons from Water Management and Water Markets for Essential Resources », dans K. PISTOR, O. DE SCHUTTER (dir.), *Governing Access to Essential Resources,* New York, Columbia University Press, 2015, pp. 237-251.

[481] *Ibid.*, p. 240.

120. Sous le terme générique de « marché de l'eau », sont visées des situations diverses comme les transferts permanents ou temporaires d'eau entre secteurs (agricole, industriel ou municipal), l'échange de droits de pollution ou de ressources hydriques comme les produits de la pêche ou l'énergie hydraulique[482], ou encore la réallocation de ressources entre pays, régions ou bassins[483]. On peut globalement définir ces marchés comme des mécanismes décentralisés destinés à faciliter la réallocation de l'eau entre acheteurs et vendeurs[484]. À l'heure actuelle, les transactions opérées sur ces marchés n'impliquent qu'un très faible volume d'eau, et concernent des usagers opérant dans les mêmes secteurs et étant proches géographiquement[485]. Surtout, rares sont les cas dans lesquels les transactions relèvent exclusivement des forces du marché sans supervision de l'autorité publique[486]. *A minima*, le prix du droit échangé est plafonné[487].

121. Le Chili fait à cet égard figure d'exception[488]. Avant l'entrée en vigueur du Code de l'eau de 1981, les transferts devaient faire l'objet d'une autorisation préalable. L'arrivée au pouvoir du général Pinochet et la mise en œuvre d'une politique néo libérale a changé la donne. Le Code de l'eau de 1981 a réduit au minimum le contrôle sur ces opérations, l'autorité administrative se bornant à octroyer les droits d'utilisation originaires aux premiers en faisant la demande. Une fois acquis, ces droits peuvent être vendus, sans que l'autorité administrative n'en soit informée. Sauf quelques rares restrictions, ils peuvent être transférés et vendus à quiconque, pour n'importe quelle finalité et à un prix librement négocié. Ces droits, consignés dans un registre public, sont soit consomptifs, soit non consomptifs, temporaires ou permanents[489]. Leurs détenteurs ne sont aucunement tenus au paiement d'une redevance auprès de la Direction générale des eaux[490].

---

[482] M. FALQUE, P.-F. TENIÈRE-BUCHOT (dir.), *L'eau entre réglementation et marché*, Paris, Éditions Johanet, 2014.
[483] O. PETIT, « La nouvelle économie des ressources et les marchés de l'eau : une perspective idéologique ? », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement,* novembre 2004, vol. 5, n° 2, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/3608 (consulté le 30 juin 2021), para. 26 ; M. MONTGINOUL, P. STROSSER, « Vers des marchés de l'eau en France ? Quelques éléments de réflexion », *Annales des Mines. Responsabilité et Environnement*, 2001, vol. 23, pp. 18-19.
[484] A. BAILLAT, *op. cit.,* note 154, p. 45
[485] J. W. DELLAPENNA, « The Myth of Markets for Water », dans J. MAESTU (dir.), *Water Trading and Global Water Scarcity. International Experiences, op. cit.,* note 476, p. 202.
[486] R. C. GRIFFIN, D. E. PECK, J. MAESTU, *op. cit.,* note 476, p. 1 ; J. W. DELLAPENNA, *ibid.,* p. 203.
[487] Voir par exemple pour l'Espagne, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, article 69(3).
[488] C. J. BAUER, « Bringing Water Markets Down to Earth: the Political Economy of Water Rights in Chile », *World Development,* 1997, vol. 29, n° 5, pp. 639-656 ; C. J. BAUER, « Slippery Property Rights : Multiple Water Uses and the Neoliberal Model in Chile », *Natural Resources Journal,*1998, vol. 38, n° 1, pp. 109-155; C. J. BAUER, *Siren Song : Chilean Water Law As a Model for International Reform,* Londres, Routledge, 2004.
[489] Code de l'eau, 1981, article 12.
[490] C. J. BAUER, *op. cit.,* note 488.

122. Dans l'immense majorité des pays, les marchés se caractérisent par une forte intervention de l'autorité publique[491]. Ainsi, au Canada, la loi sur l'eau de la province de l'Alberta conditionne les transferts de droits d'utilisation à un accord préalable de l'administration[492]. En Australie, le débat pour l'introduction de droits d'utilisation de l'eau transférables a été initié dès les années 1970 afin de répondre à la surexploitation et au gaspillage de la ressource. Des marchés d'échanges de droits d'utilisation existent dans l'État fédéré de Victoria depuis les années 1980. Ces marchés font l'objet d'une supervision de l'autorité publique tant pour ce qui concerne les volumes susceptibles d'être échangés que pour les modalités de transfert[493]. Le mécanisme du bassin *Murray-Darling* a permis aux irrigants de réaliser des bénéfices à hauteur de 3,4 milliards de dollars australiens entre 2006 et 2010 par rapport aux projections prenant pour hypothèse l'absence de marché[494]. Mais le bassin est aujourd'hui « sur-alloué », les quantités d'eau échangées dépassant la quantité que le système produit[495]. L'initiative nationale sur l'eau (*National Water Initiative*) de 2004 a contribué à résoudre ce problème en mettant en place des outils de partage des risques entre les différents utilisateurs sous forme de quotas d'eau exprimés en proportion des ressources disponibles. Dans la même optique les marchés de droits d'eau, qui existent aux États-Unis depuis la fin du XIX^{ème} siècle dans un certain nombre d'États comme la Californie ou le Colorado, se caractérisent par une forte intervention administrative[496]. Les agriculteurs ont recours à des contrats d'options autorisant des transferts d'eau temporaires en période de sécheresse. Les Banques de l'eau jouent un rôle important durant ces épisodes de sécheresse en facilitant la négociation des transferts temporaires d'eau ou en stockant de l'eau pour un usage futur[497]. La Banque de l'eau de Californie a ainsi grandement contribué à la gestion de la grande sécheresse de 1991. Ces

---

[491] J. W. DELLAPENNA, *op. cit.,* note 485, p. 202*;* B. H. THOMPSON Jr., « Water as a Public Commodity », *Marquette Law Review,* 2011, vol. 95, n° 1, p. 28.
[492] Alberta Water Act, 2000, section 81 (7).
[493] S. HODGSON, *op. cit.,* note 267, p. 24 et s.
[494] OCDE, *L'eau et l'adaptation au changement climatique Des politiques pour naviguer en eaux inconnues*, Paris, OCDE, 30 juin 2014.
[495] K. SCHNEIDER, « Australia's Food Bowl, Like the World's, Is Drying Up », Circle of Blue, 9 mars 2009, disponible sur https://www.circleofblue.org/2009/world/australia-drought-water-warning/ (consulté le 13 juin 2021).
[496] B. H. THOMPSON Jr, J. D. LESHY, R. H. ABRAMS, S. B. ZELLMER, *Legal Control of Water Resources: Cases and Materials,* Saint-Paul, West Academic Publishing, 2018 ; B. H. THOMPSON, Jr., « Institutional Perspectives on Water Policy and Markets », *California Law Review,* 1993, vol. 81, n° 3, pp. 671-764 ; J. BREWER, M. A. FLEISHMAN, R. GLENNON, A. KER, G. LIBECAP, « Law and the New Institutional Economics: Water Markets and Legal Change in California, 1987–2005», *Washington University Journal of Law and Policy,* 2008, vol. 26, n° 1, pp. 183-213.
[497] Voir par exemple, *Arizona Water Banking Authority,* https://waterbank.az.gov/ consulté le 13 octobre 2020. En Californie, en période de sécheresse, les transferts de droits d'eau sont réalisés par l'entreprise d'une banque d'eau placée sous la tutelle de l'État. Elle peut réaffecter à d'autres utilisations des droits préalablement achetés auprès d'agriculteurs.

exemples montrent que les marchés peuvent servir des objectifs autres que celui de l'efficience économique[498].

123. Qu'il soit échangé ou non sur un marché, le droit d'utilisation transférable est un droit disponible « *susceptible de quitter le patrimoine où il se trouve et d'en intégrer un nouveau* »[499]. Le droit transférable est une chose dans le commerce circulant d'un patrimoine à un autre[500]. Il est donc pertinent dans ce contexte de convoquer le concept de marchandisation[501] : les droits transférables sont des marchandises, c'est-à-dire des choses pouvant faire l'objet d'un commerce, leur caractère intangible ne faisant nullement obstacle à cette qualification. Il est en effet largement admis que les choses intangibles sont des biens[502] susceptibles de relever de la catégorie des marchandises, à l'image des quotas d'émission de gaz à effet de serre[503].

124. La valorisation économique de l'eau ouvre ainsi la porte à des approches de marché pour l'allocation de l'eau, qui restent, il est vrai, assez rares. Surtout, comme nous nous sommes attachés à le montrer, les transactions relèvent rarement exclusivement des forces du marché. C'est principalement dans le secteur des services publics de distribution d'eau potable et d'assainissement que des approches reposant sur le marché se sont déployées. Dans ce secteur, un consensus s'est établi à partir de 1990 autour des paradigmes de l'efficience économique et de la participation du secteur privé. L'importance vitale des besoins humains a évidemment un impact sur l'encadrement juridique des activités ayant vocation à les satisfaire.

II. La réglementation des utilisations prioritaires de l'eau

125. La fourniture de services de distribution d'eau potable et d'assainissement revêt une double dimension. Il s'agit d'une mission d'intérêt général susceptible d'avoir les caractéristiques d'une activité commerciale (A). Dans ce cadre, la fourniture de services d'eau

[498] V. CASADO-PÉREZ, *op. cit,* note 480, p. 241.
[499] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 85.
[500] C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international,* Paris, LexisNexis, Litec, 2006, p. 55.
[501] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p.85.
[502] Selon la théorie moderne des biens résultant de la théorie du patrimoine élaborée au 19ème siècle par Aubry et Rau. Voir, C. AUBRY, C. RAU, *op.cit.,* note 264. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.
[503] Voir à cet égard le système communautaire d'échange de quotas d'émission établi en 2003 par la Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, JO L 275/32 du 25 octobre 2003.

potable est, du point de vue de l'usager, à la fois un besoin fondamental et une prestation commerciale (B).

A. La fourniture de services d'eau, à la fois mission d'intérêt général et activité économique

126. À l'échelle mondiale, les services de distribution d'eau potable et d'assainissement étaient traditionnellement considérés comme devant être fournis par le secteur public en raison de leur caractéristique de monopole naturel. À partir des années 1980, le rôle de l'État dans la fourniture de ces services essentiels a été revu au profit d'une plus grande participation du secteur privé (1). La fourniture de ces services essentiels, qu'ils soient gérés par un opérateur public ou privé, est strictement encadrée, en raison de la dimension vitale des besoins que ces services ont vocation à satisfaire (2).

1) La diversité des modes de gestion des services d'eau

127. Tous les pays reconnaissent d'une manière ou d'une autre le caractère d'intérêt général attaché à la fourniture de services d'eau potable et d'assainissement. Ces services peuvent être qualifiés de services publics[504], notion complexe dont le contenu varie en fonction des contextes sociaux, culturels et politiques propres à chaque pays. L'examen des droits des États européens rend bien compte de cette diversité, le service public pouvant renvoyer à un élément organique – c'est-à-dire, à la nature de la structure pourvoyant le service –, ou viser la fonction publique, les services administratifs, les services dits « sociaux », ou encore dans les pays anglo-saxons les grands services de réseaux industriels (*public utilities)*[505].

[504] Voir par ex. France, loi n° 2006-1772 sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 ; Venezuela, ley orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, 5 septembre 2007, articles 1, 3, 6 ; Mexique, ley estatal de agua potable, 26 juillet 1995, article 2 ; Équateur, ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, 30 juillet 2014, article 7 ; Belgique (Wallonie), décret relatif à la tarification et aux conditions générales de la distribution publique de l'eau en Wallonie, 23 septembre 2004 ; Mali, loi n° 02/006 du 31 janvier 2002 portant Code de l'eau, article 44 ; Mauritanie article 48 de la loi n° 2005-030 portant Code de l'eau ; Madagascar, loi n° 98-029 portant Code de l'eau, article 37 ; République Centrafricaine, loi n° 06.001 du 12 avril 2006 portant Code de l'eau de la République centrafricaine, article 1er.

[505] Pour un aperçu de la diversité des approches en Europe, voir F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », dans F. MODERNE, G. MARCOU (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne,* Paris, L'Harmattan, 2001.

128. En France, la définition du service public, largement tributaire de la jurisprudence du Conseil d'État[506], transcende la dichotomie traditionnelle entre public et privé[507] : le service public s'entend du service ayant pour finalité la satisfaction d'un intérêt public. Ainsi, les services « *assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine* » relèvent de la catégorie des services publics à caractère industriel et commercial[508]. Cette catégorie couvre les services publics « *assimilables à des entreprises privées à la fois par l'objet de leurs activités, par les modalités de leur organisation et de leur fonctionnement et par l'origine de leurs ressources, principalement tirées de redevances payées par les usagers »*[509]. Ils sont *« soumis à un régime mixte où se combinent des règles de droit public inhérentes à leur qualité de service public, et des règles de droit privé appropriées à la nature de leurs activités »*[510]. Depuis toujours, l'organisation des services d'eau en France est marquée par la présence d'opérateurs privés assurant pour les municipalités, par voie de délégation de service public, leur gestion[511]. Cette présence s'est renforcée dans les années 1980 et 1990. Aujourd'hui, 52% des communes, représentant près de 70% de la population française, sont approvisionnées par un opérateur privé[512]. Au niveau européen, la distribution d'eau potable et l'assainissement relèvent de la catégorie des services d'intérêt économique général (ci-après « SIEG »), comme cela apparaît implicitement dans le Livre vert de 2003 de la Commission européenne relatif aux services d'intérêt général[513]. Le SIEG désigne une « *activité d'intérêt économique général exercée par une entité publique ou privée à qui*

[506] D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État,* Paris, LGDJ, 1977, p. 264. R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1,* Paris, Montchrestien, 2001.
[507] On relèvera qu'une partie de la doctrine française a mis en avant un critère subjectif, selon lequel le service public désignerait « *les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public »* (G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1926, p. 16). Voir aussi, R. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le service public, rapport au Premier Ministre,* Paris, La Documentation française, 1996.
[508] Article L. 2224-7 du Code général des collectivités territoriales.
[509] *Vocabulaire juridique, op. cit.,* note 170.
[510] *Ibid.* Voir l'arrêt du Tribunal des conflits ayant donné naissance à la notion de SPIC : Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec. Lebon*, p. 9.1.
[511] Ceci explique la raison pour laquelle les entreprises françaises, comme Suez et Veolia créées au 19ème siècle, sont leaders sur le marché mondial des services d'eau. La Compagnie générale des eaux (puis Vivendi, et aujourd'hui Veolia) a été créée en 1853 et a obtenu peu après des concessions pour la gestion de la distribution d'eau des villes de Lyon, Nantes et Paris. La Lyonnaise des eaux (aujourd'hui Suez) a été créée en 1880.
[512] S. MANCIAUX, « La marchandisation de l'eau », dans É. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, *op. cit.,* note 5, pp. 233-234.
[513] Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, voir à la page 26, la note de bas de page n°47.

l'exercice d'une mission a été confiée par un acte de la puissance publique »[514]. La notion d'activité économique est définie largement par la CJUE comme consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné en contrepartie d'une rémunération[515]. Les services d'approvisionnement en eau potable ont été épargnés du mouvement de libéralisation des SIEG enclenché dans les années 1980, précisément en raison de la diversité de modèles de gestion et de régimes de propriété existants dans les États membres[516]. Il reste que les textes européens relatifs à l'eau et à sa gestion sont loin d'être neutres en la matière ; le modèle promu par les institutions européennes est résolument orienté vers l'efficience économique. En atteste la directive-cadre sur l'eau qui, sans porter sur l'organisation des services d'eau, établit un cadre général pour la gestion et la protection de l'eau. Le texte souscrit à l'approche de la valorisation économique en incorporant le principe de récupération des coûts des services d'eau[517] et représente de ce fait un tournant des politiques européenne de régulation de l'eau[518]. Dans l'immense majorité des États, la législation ne fait pas obstacle à ce que les services d'eau soient fournis par une entreprise privée. On donnera encore pour exemple les *Public Water Systems* (PWS), qui aux États-Unis, peuvent être des entités publiques ou privées, la loi les définissant en fixant leur couverture ; ils doivent avoir au moins quinze raccordements au service ou desservir au moins vingt-cinq personnes par jour, durant soixante jours par an[519]. Près de 89% des Américains sont approvisionnés en eau par une entité publique, les 11% restant l'étant par une entité privée[520].

---

[514] Leur mission d'intérêt général justifie qu'ils puissent échapper à l'application des règles communautaires en matière de concurrence, voir Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 106 (ex-article 86 TCE), JO C 202, 7 juin 2016.
[515] CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C35/96, 18 juin 1998.
[516] P. DELIMATSIS, « The Regulation of Water Services in the European Union Internal Market », J. CHAISSE (dir.), *The Regulation of the Global Water Services Market,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 265.
[517] Il s'agit de l'un des principes fondamentaux de la politique européenne de l'eau, consacré par la Directive-cadre sur l'eau. Il y est affirmé que : « *L'utilisation d'instruments économiques par les États membres peut s'avérer appropriée dans le cadre d'un programme de mesures. Il convient que le principe de la récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources associés aux dégradations ou aux incidences négatives sur le milieu aquatique soit pris en compte conformément, en particulier, au principe du pollueur-payeur* » (Directive 2000/50/CE, *op. cit.,* note 219, considérant 38).
[518] L. GUÉRIN-SCHNEIDER, L. BREUIL, « Libéralisation des services publics d'eau en Europe ou la fin programmée de l'exception française ? », dans G. SCHNEIER-MADANES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question,* Paris, La Découverte, 2010, p. 129 ; P. DELIMATSIS, *op. cit.,* note 516, p. 268.
[519] Safe Drinking Water Act, 6 août 1996, section 1401 (4).
[520] Congress of the United States, Congressional Budget Office, Future Investment in Drinking Water and Wastewater Infrastructure, 2002, disponible sur https://www.cbo.gov/sites/default/files/107th-congress-2001-2002/reports/11-18-watersystems.pdf (consulté le 30 juin 2021) ; P. GLEICK, G. WOLFF, E. L. CHALECKI, R. REYES, *The New Economy of Water: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water,* Oakland, Pacific Institute, 2002, p. 23.

129. Monopoles naturels par excellence[521], les services d'eau ont traditionnellement été assurés directement par le secteur public et à l'échelle locale, en raison des contraintes économiques et physiques qu'impliquent leur fourniture[522]. Depuis les années 1980, le secteur privé est globalement plus présent dans le secteur des services d'eau, en particulier dans les pays en développement. À l'échelle mondiale, sa participation reste toutefois modeste, les opérateurs privés ne représentant que près de 10% du marché[523].

130. L'ouverture des services de distribution d'eau et d'assainissement au secteur privé prend généralement la forme d'une délégation de service public. La délégation fait peser les risques financiers et commerciaux sur l'investisseur intégralement responsable de la gestion, tandis que la propriété des actifs reste entre les mains du partenaire public qui assure une fonction de régulation. Les opérateurs privés accèdent aux marchés des services d'eau par le biais de PPP, terme générique embrassant diverses formes de collaboration entre pouvoirs publics et opérateurs privés pour la gestion de services publics ou la réalisation de projets d'infrastructures. Les municipalités ont principalement eu recours aux concessions pour la gestion des services d'eau[524] ainsi qu'aux contrats de construction-exploitation-transfert (en anglais *Build-Operate-Transfer,* BOT) pour la construction et l'exploitation

---

[521] Une activité est en monopole naturel lorsque *les rendements sont strictement croissants, c'est-à-dire que le coût de production de la dernière unité est inférieur à celui de toutes les unités précédentes* ». M. NAKHLA, *La régulation par les instruments. Les services d'eau en Europe,* Paris, Presses des Mines, 2013, p. 14. « *Le secteur de l'eau correspond à une situation caractéristique d'un monopole naturel. La construction et l'entretien du réseau de conduites nécessitent de lourds investissements ; le produit transporté par les canalisations a un coût très faible par rapport aux coûts fixes liés aux investissements. L'essentiel du prix payé par le consommateur est constitué des infrastructures. Ce sont des actifs spécifiques (canalisations souterraines ou usine de traitement). Ils ne peuvent être réaffectés à une activité différente de celle pour laquelle ils ont été construits. Ces actifs ne peuvent être récupérés ou redéployés si l'entreprise cesse ses activités de distribution et d'assainissement* » (*ibid.,* p. 15). Voir également, D. LORRAIN, « Les quatre compétitions dans un monopole naturel. Qu'est-il en train d'arriver au secteur de l'eau », *Flux*, 2003, n° 52/53, pp. 69-86.

[522] En France, aux termes des articles L. 2224-7-1 et L. 2224-8 du Code général des collectivités territoriales, les communes sont compétentes pour la distribution d'eau potable et l'assainissement des eaux usées. G. MARCOU, « L'eau, enjeu global et gestion locale », *Droit et gestion des collectivités territoriales,* 2010, t. III, p. 40.

[523] Le montant total des investissements sous forme de PPP dans le secteur de l'eau et de l'assainissement dans onze pays de l'OCDE et BRIC (République tchèque, Hongrie, Mexique, Pologne, République slovaque, Turquie, Brésil, Fédération de Russie, Inde, Chine, Indonésie) s'élevait à 11, 2 milliards de dollars américains entre 1990 et 2004. Dans les pays en développement, le secteur de l'eau représente près de 5% des investissements effectués par des entreprises privées dans les services d'infrastructure. Alors que cette part représente 28% pour le secteur de l'énergie. M. MULLER, C. BELLMANN, « Trade and Water: How Might Trade Policy Contribute to Sustainable Water Management? », *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper*, 2016, p. 20.

[524] Sur les 97 partenariats comptabilisés dans le secteur en 2005, 48 ont été constitués sous forme de concession, représentant près de 80% de l'investissement privé dans les pays en développement. G. MERGOS, « Private Participation in the Water Sector. Recent Trends and Issues », *European Water*, Janvier-Juin 2005, pp. 59, 63, 67 ; voir aussi J. A. REES, « Regulation and Private Participation in the Water and Sanitation Sector », *Natural Resources Journal,* 1998, vol. 22, n° 2, pp. 95-105.

d'infrastructures[525]. Dans le cadre d'une concession, l'opérateur privé, tout en utilisant les installations existantes se voit accordé le droit exclusif de délivrer le service sur une période déterminée. À l'issue de la période de partenariat, les actifs sont restitués à l'autorité publique, à l'inverse de la privatisation, qui au sens strict s'entend du transfert de propriété du public vers le privé. Mis à part les cas du Chili et de la Grande-Bretagne[526], la privatisation reste une exception dans le secteur des services d'eau[527]. Nous nous intéressons dans notre recherche aux partenariats résultant d'appels d'offres internationaux[528] ouvrant à la participation étrangère des secteurs qui relevaient traditionnellement de la responsabilité de l'État[529]. On peut dans ce contexte parler de marchandisation, dans la mesure où le service public devient un « *bien sur le marché* »[530]. Il faut souligner que cette marchandisation résultant d'appels d'offres internationaux est réalisée sans égard pour les engagements de l'État relativement à « *l'établissement des opérateurs économiques étrangers en vertu de sa loi nationale ou des dispositions d'un Traité de protection des investissements* »[531].

131. Dans les pays en développement, cette marchandisation résulte de la remise en cause du modèle de gestion publique, impulsée à partir des années 1980 par les institutions financières internationales[532]. Dans plusieurs pays d'Amérique latine notamment, ce mouvement s'est inscrit dans le cadre du Consensus de Washington, largement endossé par les milieux de la

[525] Sur ces contrats lire par exemple, J.-M. LONCLE, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build Operate Transfer (BOT) », *Revue du droit des affaires internationales*, 1997, n° 8, pp. 945-965.
[526] C'est la voie qui a été suivie en Angleterre dans le secteur de la distribution d'eau potable. Voir le Water Act 1989, Water Industry Act 1991. Les privatisations menées au Chili au début des années 1980 résultant d'un consensus national, elles s'inscrivent dans des stratégies menées sur le long terme. M. BAER, « Private Water, Public Good: Water Privatization and State Capacity in Chile », *Studies in Comparative International Development,* 2014, vol. 49, n° 2, pp. 141-167; C. R. SAEZ-MUNOZ, *Privatized Water Rights and Services in Chile: 1981-2011,* Thèse de doctorat, Genève, IHEID, 2014.
[527] Voir M. BRONWEN, *Water on Tap: Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2011.
[528] J. CHAISSE, M. POLO, « Globalization of Water Privatization. Ramification of Investor-State Disputes in the 'Blue Gold' Economy », *Boston College International and Comparative Law Review,* 2015, vol. 38, n° 1, pp. 9-10.
[529] W. BEN HAMIDA, « Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », dans P. KAHN, T. W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux,* Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 280-281 ; A. AKHMOUCH, *op. cit.,* note 53, p. 63.
[530] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 102.
[531] G. BASTID BURDEAU, « L'investissement étranger et le droit international de la commande publique », dans S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit international des investissements. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 75.
[532] De 1960 à 1980, les prêts de la Banque mondiale aux pays en développement étaient essentiellement destinés à la construction, l'expansion ou la maintenance des entreprises publiques (*public water utilities*) et autres projets d'infrastructure. Voir à ce propos O. ANDRES, « The Role of the World Bank in Water Law Reforms », dans P. CULLET, A. GOWLLAND GUALTIERI, R. MADHAV, U. RAMANATHAN (dir.) *Water Law for the Twenty-First Century. National and International Aspects of Water Law Reform in India,* New York, Routledge, 2010, p. 99.

finance internationale et mis en œuvre par les pays industrialisés[533], préconisant la privatisation, la déréglementation, le contrôle de l'inflation, l'ouverture des marchés, la discipline budgétaire, la libéralisation du commerce et des investissements étrangers. À partir des années 1990 et jusqu'au début des années 2000, la participation du secteur privé dans le secteur de l'approvisionnement en eau s'est trouvée au cœur des programmes d'ajustement structurel[534], ce qui a incontestablement contribué à la spécialisation de l'industrie de l'eau et au renforcement de la domination d'opérateurs privés, comme Suez, Veolia ou SAUR[535]. Au soutien de cette stratégie, la Banque mondiale arguait que les défis du sous-investissement et du « *mal investissement* »[536] supposaient de mobiliser toutes les ressources et l'expertise nécessaires d'une part, à l'amélioration de l'infrastructure et, d'autre part, à l'adaptation aux exigences sanitaires et environnementales toujours plus complexes[537].

132. En Argentine, la participation du secteur privé à la gestion des services d'eau est le résultat d'un processus auquel la Banque mondiale a été partie prenante. Jusqu'au début des années 1980, l'entreprise publique nationale *Obras Sanitarias de la Nación* (ci-après, « OSN ») était chargée de « *la définition de la politique, [la] construction des infrastructures, [la] gestion des systèmes* »[538]. À la suite de la décentralisation des services publics, la gestion des systèmes de fourniture de services d'eau jusque-là assurée par OSN, a été transférée aux provinces, à l'exception de la métropole de Buenos Aires restée dans le giron de l'entreprise publique. La stratégie de désengagement de l'État visait à juguler la crise fiscale et à réduire le déficit public[539]. À l'échelle des provinces, les solutions mises en place ont été variées, certaines ayant

[533] D. UZUNIDIS, « Les pays en développement face au Consensus de Washington. Histoire et avenir », *AFRI*, 2005, vol. VI, p. 870.
[534] C'est le cas de près 30% des prêts accordés par le FMI en 2000. On peut citer les cas de l'Angola, du Benin, de la Guinée Bissau, de la Chine, du Honduras, du Nicaragua, du Niger, du Panama, du Rwanda, de Sao Tomé et Principe, du Sénégal, de la Tanzanie, du Yémen, de la Bolivie, des Philippines et de l'Indonésie. Voir S. GRUSKY, « Privatization Tidal Wave : IMF / World Bank Water Policies and the Price Paid by the Poor », *Multinational monitor,* 2001, vol. 22, n° 9 ; R. URUENA « International Trade Law and Fragmentation in Water Regulation », *US-China Law Review,* Jan. 2009, vol. 6, n° 1, p. 52 ; J. CHAISSE, M. POLO, *op. cit.,* note 528, pp. 1-63; B. CHOUDHURY, *Public Services and International Trade Liberalization. Human Rights and Gender Implications,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 159.
[535] B. CHOUDHURY, *ibid.*, p. 131.
[536] C'est-à-dire les investissements mal conçus ou inutiles. OCDE, *op. cit.,* note 114, pp. 18-19.
[537] Ces standards impliquent d'évoluer vers un modèle reposant sur l'utilisation de technologies complexes et coûteuses permettant d'améliorer la qualité de l'eau, nécessité renforcée par le renforcement des exigences sanitaires et environnementales.
[538] Dès les années 1950, dans un contexte de récession économique, les programmes d'expansion du réseau ont été stoppés et la détérioration de la qualité du service s'est accélérée. H. COING, « Monopole de service public ? Questions à partir de l'Amérique Latine », *Flux,* 1996, vol. 25, n° 7, p. 16.
[539] A. AKHMOUCH, *op. cit.,* note 53, p. 59

opté pour un modèle de gestion publique, d'autres de gestion publique déléguée[540]. L'élection de Carlos Menem en 1989 dans un contexte de crise économique, s'est accompagnée d'une série de réformes structurelles libéralisant des pans entiers de l'économie[541]. La Banque mondiale, conditionnant ses prêts à la mise en œuvre de programmes d'ajustement structurel, a eu recours, à travers la Société financière internationale, à des prises de participation directes dans le capital d'entreprises privatisées. C'est le modèle qui a été suivi pour la métropole de Buenos Aires où la gestion des services d'eau a été cédée en 1993 au consortium *Aguas Argentinas*, mené par les multinationales Suez (à l'époque Lyonnaise des eaux), *Aguas de Barcelona*, Veolia (à l'époque Générale des eaux) et *Anglian Water*. En 1995, la province de Santa Fe a délégué la gestion des services publics de l'eau potable et d'assainissement à *Aguas Provinciales de Santa Fe*, consortium international constitué autour de Suez pour une durée de trente ans. La province de Tucuman octroie la même année une concession de trente ans pour la gestion de l'eau et de l'assainissement dans plusieurs municipalités. La province de Cordoba a délégué en 1997 ses services d'eau potable à un consortium international, *Aguas Cordobesas*, mené par Suez. Ces PPP se sont tous soldés par des échecs et ont donné lieu à des différends d'investissements qui seront analysés dans le troisième titre de cette thèse.

133. La participation du secteur privé à la fourniture de services d'eau pose fondamentalement la question de la compatibilité entre logique de rentabilité économique et fourniture d'un besoin essentiel. Il est en effet légitime de se demander si des « *entités privées ayant pour vocation de maximiser leurs bénéfices sont (…) les mieux placé[e]s pour protéger les droits de la communauté* »[542]. Philip Alston, ancien Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, évoque à propos de la participation du secteur privé dans les services publics d'eau, modèle de gestion faisant l'objet de critiques depuis les années 1990 et 2000[543], un glissement. À l'origine simple outil de financement, la participation du secteur privé

[540] Certaines provinces ont fait le choix de créer une entreprise publique en situation de quasi-monopole (province de Mendoza), d'autres ont transféré la gestion des services aux municipalités (province de Cordoba). Enfin, d'autres ont opté pour un modèle coopératif (province de Chubut).
[541] Par une loi du 23 août 1989, les services publics ont été déclarés en situation d'urgence et un programme de privatisation touchant toutes les entreprises publiques, ce compris les services d'eau, a été lancé. La loi du 28 mars 1991 a introduit la parité entre le dollar américain et le peso argentin, mécanisme de convertibilité totale visant à attirer les investissements étrangers et favoriser la participation du secteur privé dans l'économie. Sur la même période, l'Argentine a en outre conclu plusieurs TBI.
[542] Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/73/396, 26 septembre 2018, para. 3.
[543] Voir par exemple, N. CHOMSKY, *Le profit avant l'homme,* Paris, Fayard, 2003 ; J.-L. HERRENSCHMIDT, « Règne de l'économie de marché, déclin du service public », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle,* Paris, Litec, 2000, pp. 197-203.

dans les services essentiels s'est progressivement transformée en *« idéologie de gouvernance »*[544], selon laquelle la privatisation, entendue au sens large comme processus, serait intrinsèquement plus performante, innovante et efficace que les solutions du secteur public[545].

134. À cet égard, on assiste depuis deux décennies dans quelques pays à un phénomène de « *remunicipalisation* » des services d'eau. La gestion des services assurée par des opérateurs privés est transférée à des opérateurs publics, soit à la suite de la révocation des contrats de PPP, soit lorsque ces contrats parviennent à leur terme. On peut citer les exemples des municipalités de Paris[546], Accra, Antalya, Bamako, Bogotá, Budapest, Buenos Aires, Conakry, Dar-es-Salam, Jakarta, Johannesburg, Kampala, Kuala Lumpur, La Paz, Maputo ou encore Rabat[547]. Ces remunicipalisations sont intervenues en réponse au manque d'investissements dans les infrastructures – comme cela a pu être le cas à Buenos Aires –, aux hausses excessives des tarifs de l'eau – comme à Budapest, à Jakarta, La Paz, Santa Fe ou Maputo – ou encore à la mauvaise qualité de l'eau (voir les exemples des municipalités de Cameron et de Hamilton au Canada)[548]. Elles peuvent aussi résulter d'un manque de transparence financière de l'opérateur privé, comme en témoignent les expériences des villes de Grenoble et de Paris[549].

135. Dans certains systèmes juridiques, toute forme de participation du secteur privé dans les services d'approvisionnement en eau est perçue comme intrinsèquement incompatible avec leur qualité de service public. On peut citer la modification apportée à la Constitution de la République et du Canton de Genève en 2012 qui pose le principe de gestion publique des services d'eau[550]. En Équateur, la Constitution prévoit que la gestion du service d'eau ne peut

---

[544] Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, *op. cit.,* note 542, para. 2. Parmi les défenseurs de la privatisation, voir M. E. DANIELS, *Reforming Government Through Competition*, Reason Foundation, Transforming Government through Privatization, Los Angeles, 2006.

[545] S. SPRONK, « Water and Sanitation Utilities in the Global South: Recentering the Debate on 'Efficiency' », *Review of Radical Political Economics*, 2010, vol. 42, n° 2, p. 156.

[546] A. SINAÏ, *L'eau à Paris, retour vers le public,* Paris, Eau de Paris, mai 2014, disponible sur http://www.eaudeparis.fr/uploads/tx_edpevents/LivreRemunicipalisation_01.pdf (consulté le 13 octobre 2020).

[547] S. KISHIMOTO, E. LOBINA, O. PETITJEAN (dir.), *Our Public Water Future, the Global Experience with Water Remunicipalisation,* Amsterdam, Londres, Paris, Le Cap, Bruxelles, Transnational Institute (TNI), Public Services International Research Unit (PSIRU), Multinationals Observatory, Municipal Services Project (MSP), European Federation of Public Service Unions (EPSU), 2015.

[548] Ces exemples sont fournis par le site internet, Remunicipalisation Tracker http://www.remunicipalisation.org (consulté le 20 décembre 2020).

[549] A. SINAÏ, *op. cit.,* note 546.

[550] Constitution de la République et du Canton de Genève, 14 octobre 2012, article 168 : « *l'approvisionnement et la distribution d'eau et d'électricité, ainsi que l'évacuation et le traitement des eaux usées, constituent un monopole cantonal dans la mesure permise par le droit fédéral. Ce monopole peut être délégué à une institution*

être que « *publique ou communautaire* »[551]. Dans le même ordre d'idées, dans les termes de la Constitution bolivienne, il appartient à l'État d'administrer les services d'eau potable par le biais d'entreprises ne pouvant être que publiques, communautaires, coopératives ou mixtes[552]. Il s'agit là d'une conséquence de l'expérience désastreuse de la délégation de la gestion des services d'eau à un opérateur privé ayant eu lieu dans la municipalité de Cochabamba à la fin des années 1990. Une concession de quarante ans avait été accordée à une filiale locale de l'entreprise *Bechtel* pour la distribution exclusive des services d'eau potable et d'assainissement dans cette ville. L'augmentation des tarifs de l'eau de près de 40% avait rendu le service économiquement inaccessible à l'immense majorité de la population. Des émeutes, qui se sont soldées par un décès, et l'insécurité ambiante avaient contraint l'investisseur à quitter le territoire. À la suite de la révocation par les autorités boliviennes du contrat de concession en avril 2000, l'investisseur avait invoqué devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après, « CIRDI ») une violation des règles de protection en matière d'expropriation du TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas et évalué son préjudice à 40 millions de dollars américains. Le différend a finalement été réglé entre les parties.

136. On s'attardera enfin sur le cas de la municipalité de Naples. En Italie, l'approche des biens communs promue par la Commission Rodota a connu une mise en œuvre concrète à l'échelon municipal, dans la ville de Naples. Rappelons que le débat sur les biens communs dans ce pays avait émergé en réaction à la tendance de l'État à désaffecter des biens et services publics pour des raisons d'efficacité économique. Dans cette optique, les biens communs avaient été mobilisés par la doctrine comme catégorie juridique permettant d'échapper aux « *logiques privatisatrices de la propriété* »[553] et de repenser la propriété publique « *à partir de la souveraineté populaire et des droits fondamentaux, plutôt qu'en fonction des intérêts de l'administration, de la politique ou du marché* »[554]. La Commission Rodota mise en place par le gouvernement Prodi avait pour mandat de proposer des modifications du code civil italien en vue d'y intégrer cette catégorie. Les biens communs regroupaient les choses

de droit public. Celle-ci offre également d'autres prestations en matière de services industriels, notamment la fourniture du gaz et de l'énergie thermique, ainsi que le traitement des déchets ».

[551] Constitution de la République d'Équateur, 2008, article 318 ; voir également la Constitution de l'Uruguay de 2004, article 47. 3. F. SULTANA, A. LOFTUS (ed), *The Right to Water: Politics, Governance and Social Struggles,* Oxon*,* Earthscan, 2012.

[552] Constitution de l'État plurinational de Bolivie, 2009, article 309.

[553] V. MANNINO*, op. cit.,* note 97, p. 48.

[554] F. OST, D. MISSONNE, M.-S. CLIPPELE, *op. cit.,* note 176, p. 142.

« indispensables à la jouissance des droits fondamentaux ainsi qu'au libre développement de la personne et [devant] être également préservées dans l'intérêt des générations futures »[555]. L'article énumère ainsi parmi les biens communs les éléments comme :

> « *les rivières, les torrents et leurs sources ; les lacs et les autres zones aquatiques ; l'air ; les parcs définis par la loi, les forêts et les zones boisées, les zones montagneuses et les hautes cimes, les glaciers et neiges éternelles, les bords de mer et les côtes reconnues réserves naturelles ; la faune sauvage et la flore protégées ; les sites archéologiques, culturels, environnementaux et les autres paysages protégés* »[556].

Dans la conception italienne, les titulaires de ces biens communs peuvent être aussi bien des personnes publiques que des personnes privées, mais « *dans tous les cas, leur accès à tous doit être garanti, dans les limites et selon les modalités déterminées par la loi* »[557]. Surtout, lorsque « *les titulaires sont des personnes publiques, les biens communs sont gérés par eux et mis hors de la portée du monde marchand* »[558]. Les ambitieuses propositions portées par la Commission Rodota rendues en 2008 sont restées lettre morte et n'ont même jamais été débattues au Parlement. Dans le secteur de l'eau, un décret de 2009 transformait les entreprises locales de services de distribution d'eau en sociétés par actions et prévoyait le transfert de près de 40% de leur capital à des sociétés privées. Le gouvernement de Silvio Berlusconi avait poursuivi le processus de privatisation alors même que 27 millions d'Italiens s'étaient prononcés contre, en juin 2011 par référendum[559]. Dans ce contexte, à la suite des élections municipales de 2011 remportées par une nouvelle majorité, la gestion des services d'eau de la ville a été profondément remaniée. Par délibération du conseil municipal, la société par actions (ARIN) qui gérait jusque-là le service de distribution de l'eau potable a été transformée en une entité de droit public à but non lucratif (ABC Napoli pour *Acqua Bene Comune*, Eau bien commun), gérée par la municipalité avec la participation des citoyens[560]. Cette participation – dans la gouvernance, la gestion et le contrôle – représente une dimension essentielle de la gestion du service d'eau potable : elle s'inscrit à l'opposé de la « *plupart des processus de privatisation, où la prise de décision devient en pratique l'apanage de l'acteur du secteur privé* »[561]. ABC

---

[555] A. LUCARELLI, « Acqua Bene Comune (ABC)(Italie) », dans *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.,* note 94, p. 25.
[556] Voir https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS47624&previsiousPage=mg_14_7 (consulté le 13 juin 2021) ; A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique » (traduit de l'italien par J. MERCIER, T. PERROUD, *Droits et société,* 2018/1, n° 98, p. 141).
[557] *Ibid.*
[558] *Ibid.*
[559] D. FESTA, « Biens communs (Mouvement social – Italie », dans *Dictionnaire des biens communs, op. cit.,* note 94, pp.107-111.
[560] *Ibid.*
[561] Rapport du rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, *op. cit.,* note 544, para. 63.

Napoli est responsable « *devant tous les napolitains mais aussi devant les générations présentes et futures* »[562]. Telle que pensée par la Commission Rodota et mise en pratique par l'expérience napolitaine, l'appréhension de l'eau en tant que bien commun indispensable à la jouissance des droits fondamentaux fait obstacle à ce que les services afférents soient mis sur le marché et privatisés. L'approche est ainsi bien plus radicale que celle du droit international des droits de l'homme qui, on le verra[563], est neutre à l'égard des modes de fourniture des services publics essentiels[564].

137. Quel que soit leur mode de fourniture, les services publics d'eau font toujours l'objet d'une réglementation stricte, en raison de leur objet singulier, à savoir la satisfaction d'un besoin fondamental.

2) Les obligations pesant sur le fournisseur de services d'eau

138. La fourniture de services publics d'eau est indissociable du concept d'obligation de service public que l'on retrouve aussi bien dans les pays de tradition civiliste[565] que de *Common Law*[566]. Leur dimension d'intérêt public justifie que les *public utilities* se voient imposer l'obligation de fournir le service dans toutes les zones géographiques concernées de manière ininterrompue à tous les usagers, tout en répondant à des exigences précises de qualité. Les dimensions couvertes par le droit de l'homme à l'eau[567] – la disponibilité, la qualité, et

[562] A. LUCARELLI, *op. cit.,* note 555, p.27.
[563] Voir infra Chapitre IV.
[564] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3 (1990), La nature des obligations des États parties*, para. 8 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises,* E/C.12/GC/24, 10 août 2017, para. 21.
[565] En France, le concept d'obligation de service public s'est développé à partir des lois Rolland. S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public,* Paris, LGDJ, 2015, p. 139. On le retrouve dans une convention de 1937 créant la Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF), établissant son monopole, la participation majoritaire de l'État et précisant les conditions d'exploitation, de financement et de prestation du service public. Cette convention fait référence aux « *obligations de transporter à titre gratuit ou à des tarifs réduits (pouvant) être imposées à la Société national par voie législative ou réglementaire…* » (voir la Convention du 31 aout 1937 créant la SNCF et définissant ses relations avec l'État*,* citée par S. ZIANI, p. 107).
[566] La doctrine du *Common Callings* s'appliquait durant l'ère médiévale en Angleterre à certaines professions (par exemple les aubergistes et les transporteurs publics). L'obligation de fournir leurs biens et leurs services à tous sans discrimination à un prix raisonnable leur était imposée. La violation de ces obligations était susceptible d'engager leur responsabilité civile ou pénale. Au XVII^{ème} siècle, c'est le principe de « *business affected with a public interest* » qui s'applique. Il vise à contrôler l'activité d'entités ou de personnes jouissant d'un monopole *de jure* ou *de facto* su la fourniture de services au public. Dans le même ordre d'idée, la doctrine de « *prime necessity »* impose aux fournisseurs de biens et services de première nécessité l'obligation de les fournir à tous à un prix équitable et raisonnable. Voir M. TAGGART, « The Province of Administrative Law Determined? », dans M. TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 6-8.
[567] Nous y consacrons les développements du chapitre IV. Voir *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374.

l'accessibilité, qui se décline elle-même en quatre éléments, à savoir l'accessibilité physique, l'accessibilité économique, la non-discrimination et l'accessibilité de l'information[568] – correspondent peu ou prou aux obligations de service public auxquelles sont tenus les fournisseurs de services d'eau. L'eau doit être disponible, c'est-à-dire que sa fourniture doit être suffisante et constante[569]. L'accessibilité physique suppose que les services d'eau potable et d'assainissement soient « *physiquement accessibles à l'intérieur de chaque foyer, des établissements de santé ou d'enseignement, des institutions ou des lieux publics et sur les lieux de travail ou à proximité immédiate de ceux-ci* »[570] et que leur accès soit *« assuré de manière durable* »[571]. En d'autres termes, les populations doivent être en mesure d'accéder physiquement à ces services. L'accessibilité économique suppose que *« l'eau, les installations et les services (soient) d'un coût abordable pour tous »*[572]. L'accessibilité de l'information « *correspond au droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations concernant les questions relatives à l'eau* »[573]. Le droit de l'homme est consacré dans plusieurs systèmes juridiques, dans des textes constitutionnels[574] et législatifs[575].

139. Les obligations pesant sur le fournisseur de service public revêtent une portée singulière lorsque le service public est assuré par une entité privée. En effet, si le fournisseur privé ne devait prendre en compte que son propre intérêt commercial, il est probable que ces exigences

[568] *Ibid.,* para. 12.
[569] *Ibid.*, para. 12 a).
[570] Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/15/31, 2010, para. 47 (f).
[571] *Ibid.*
[572] *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374, para. 12. c) ii).
[573] *Ibid*. 12 c) iv).
[574] Constitution de la République Démocratique du Congo, 2006, article 48 ; Constitution du Kenya, 2010, para 43(1)(d) ; Constitution du Niger, 2010, article 12 ; Constitution de l'Afrique du Sud de 1996, article 27 (1)(b) ; Constitution bolivienne de 2009, articles 9, 20 et 373 ; Constitution de l'Équateur, 2008, article 12 ; Constitution de l'Éthiopie, article 90.1 ; Constitution de l'Uruguay, 1967 amendée en 2004, article 47 ; Constitution du Nicaragua, 2005, article XX.
[575] Voir par exemple : Algérie, loi sur l'eau n° 05-12 du 4 août 2005, article 3; Angola, loi sur l'eau du 21 juin 2002, article 9; Burkina Faso, loi-cadre sur la gestion de l'eau n° 002-2001, article 2; République Centrafricaine, loi n° 06.001 du 12 avril 2006, article 40 ; Guinée, Code de l'eau L/94/005/CTRN du 14 février 1994, article 6 ; Mauritanie, loi n° 2005-030, article 2; Afrique du Sud, loi n° 108 de 1997 sur les services de l'eau, section 3; Argentine, loi sur la gestion environnementale de l'eau, Ville de Buenos Aires, loi n° 3295 du 9 février 2010, article 3 ; Canada, loi affirmant la nature collective des ressources en eau, 2009, préambule, division I.2 ; Mexique, loi sur l'eau du District Fédéral, 2003, article 5 ; Pérou, loi sur les ressources en eau, juin 2009, article III.2; Venezuela, loi sur l'eau du 2 janvier 2007, article 5 ; France, loi n° 2006-1772 sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006, article 1 ; Belgique (Wallonie), décret relatif au cycle de l'eau et instituant un Société publique de gestion de l'eau, Moniteur belge du 22/06/1999, p. 23579, article 1(2) ; Indonésie, Law n° 7 of 2004, 18 mars 2004, article 5 ; Paraguay, ley n° 3239 de 2007, 10 juillet 2007, article 3; Pérou, ley n°29338, adoptée le 30 mars 2009, article III ; Tanzanie, Water resources management Act 2009, section 4 (1).

ne seraient pas assumées ou alors « *pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions* »[576]. Les obligations de service public doivent être comprises comme affectant la « *liberté commerciale* » des entreprises[577]. C'est d'ailleurs précisément pour ces raisons que le droit international économique les appréhende *prima facie* comme des restrictions aux échanges commerciaux ou des atteintes aux droits des investisseurs étrangers, comme nous le verrons dans la seconde Partie de cette thèse. La Commission européenne a mis en évidence la portée spécifique des obligations de service public dans le contexte des SIEG : ces services sont définis comme des « *activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État* »[578]. On rappellera que ces obligations, absentes des traités européens fondateurs[579], ont progressivement été précisées par la jurisprudence européenne[580]. Pensées à l'origine comme contrepoids à l'ouverture à la concurrence de certaines industries de réseaux[581], ces obligations instaurent « *le droit de chacun d'avoir accès à certains services jugés essentiels et imposent aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées, parmi lesquelles une couverture territoriale complète et un prix abordable* »[582]. Il est aujourd'hui admis que les valeurs

[576] Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, article 2.
[577] P. DELIMATSIS, *op. cit.,* note 516, p. 273.
[578] COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe,* COM (2011) 900 final, 20 décembre 2011, p. 4.
[579] Elle a été utilisée la première fois dans le Règlement CEE/1191/69 du 26 juin 1969, dans lequel les institutions européennes ont tenu à souligner leur existence dans le secteur des transports. Règlement CEE/1191/69 du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans les transports par chemin de fer, par route et voie navigable, JOUE, L 156 du 28 juin 1969.
[580] Voir notamment dans les services publics des postes, du gaz et de l'électricité : s
[581] Voir à titre d'exemple article 3(3) de la Directive électricité 2009/72/CE. Voir, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, *op.cit.,* note 513, paras 50-54. Sur la notion d'obligation de service universel : voir T. PROSSER, « Marketization, Public Service and Universal Service », dans D. NELKEN, J. FEEST (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 223-239 ; M. FINGER, D. FINON, « From "Service Public" to Universal Service: The Case of the European Union », dans M. FINGER, R. W. KÜNNEKE (dir.), *International Handbook of Network Industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 54-69. D. BAILLEUL, « Le service universel, futur du service public ? », *Revue de recherche juridique,* 2000, n° 2, pp. 561-575 ; A. CHAMINADE, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *JCP G,* 2006, p. 1191 ; M. DEBÈNE, O. RAYMONDIE, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA,*1996, pp. 183-191 ; L. DRIGUEZ, S. RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA,* 2008, pp. 191-197 ; Y. GAUDEMET, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès », *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau,* Paris, Dalloz, 2002, p. 473 ; J.-C. ZARKA, « La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires : du traité de Rome au traité établissant une Constitution européenne », *Dalloz*, 2005, p. 1122.
[582] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004)374 final, 12 mai 2004, para. 3.3. L'introduction de la notion de service universel a fait l'objet de critiques en France. Il a été avancé

véhiculées par ces obligations dépassent le strict cadre des services faisant l'objet d'une ouverture à la concurrence[583], comme en atteste l'article 14 du TFUE[584].

140. La participation du secteur privé est ainsi loin d'effacer l'autorité publique, qui reste présente en tant que régulateur. Elle exerce son contrôle, même en cas de privatisation pure. Dans ce cas, il s'agit de protéger les consommateurs[585]. Au Royaume-Uni, la privatisation des secteurs de l'eau potable, du gaz et de l'électricité, a été accompagnée d'un renforcement de la réglementation et des mécanismes de supervision. Des autorités de régulation indépendantes chargées de prévenir les potentiels abus résultant de la position monopolistique des opérateurs et de protéger les intérêts des consommateurs ont été mises en place. Dans le secteur de la fourniture de services d'eau, l'Office de régulation des services d'eau (*OFWAT*) établit notamment les plafonds pour les tarifs de l'eau[586]. L'Inspection de l'eau potable (*Drinking Water Inspectorate*) élabore les standards de qualité de l'eau. Ces deux entités ont également pour mission de veiller à la protection des droits des publics vulnérables[587]. Enfin, le Conseil

---

qu'elle porterait le risque d'un nivellement par le bas (Voir notamment les critiques formulées par M. DEBÈNE et O. RAYMONDIE, *ibid.*). À l'inverse, il a été argumenté que la notion de service universel n'impliquait pas « *en soi, le renoncement à une politique ambitieuse en matière de service public* » (Voir en ce sens M. TOURBE, « Service public versus service universel : une controverse infondée ? », *Critique internationale*, 2004, vol. 24, n° 3, p. 28.

[583] Voir *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, JOUE, 14 décembre 2007, C 303/23 voir explication ad article 36. U. NEERGAARD, « Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast », dans M. KRAJEWSKI, U. NEEGAARD, J. VAN DE GRONDEN (dir.), *The Changing Legal Framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*, La Haye, TMC Asser Press, 2009, pp. 39-44.

[584] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 14, « *Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services* ». On peut aussi citer le Protocole n°26 sur les services d'intérêt général qui insiste particulièrement sur les SIEG en tant que valeur commune de l'Union et reconnait « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs* » (Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, JO C. 26 octobre 2012, p. 308). Enfin, l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE C 364/1 affirmant la reconnaissance et le respect par l'UE de « *l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales* ».

[585] Voir sur ce sujet E. MALARET GARCIA, « Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context », dans M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 63 ; I. N. KESSIDES, *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation and Competition,* A World Bank Policy Research Report, Washington DC, Banque mondiale, 2004. G. MAJONE, « Paradoxes of Privatization and Deregulation », *Journal of European Public Policy*, 1994, vol. 1, n° 1, pp. 53-69; T. PROSSER, « Public Service Law: Privatization's Unexpected offspring », *Law and Contemporary problems*, 2000, vol. 63, n° 4, pp. 63-82.

[586] Water Industry Act, 1991, section 2; Water Act, 2003, section 39.

[587] Water Act, 2003, sections 39 et 43.

des consommateurs pour l'eau (*Consumer Council for Water*) représente les consommateurs et assume la gestion des plaintes de ces derniers. En cas de délégation de service public, la régulation peut reposer sur un modèle hybride, basée sur les obligations du contrat et faisant intervenir une autorité indépendante[588], comme c'était le cas dans le contexte de la délégation de services d'eau de la municipalité de Buenos Aires. L'autorité ETOSS (*Ente Tripartito de Obras de Servicios de Saneamiento*) était chargée de surveiller la mise en œuvre par *Aguas Argentinas* de ses obligations contractuelles en matière d'extension géographique du réseau et de qualité de l'eau et du service[589].

141. Du reste, les contrats de concession représentent les principaux outils de régulation, définissant de manière détaillée les obligations et les droits respectifs de l'entité publique et de l'entité privée[590]. Les contrats déterminent le périmètre géographique et technique de la concession, à savoir le réseau de distribution, les ouvrages et équipements nécessaires à l'exécution du service public de production et de distribution de l'eau potable[591]. Les obligations en matière d'entretien, de surveillance et de réparation du réseau de distribution ainsi que les éventuels travaux mis à la charge du concessionnaire sont précisés. Aux termes de ses obligations contractuelles, *Aguas Argentinas* était ainsi tenue de fournir des plans quinquennaux relatifs à ses plans d'investissements en vue de l'extension du service, de mettre en place des améliorations sur le réseau, ainsi que de fournir de l'eau en quantité suffisante, dont la qualité devait être conforme aux règles prévues par le cadre réglementaire et la concession.

142. Les mécanismes de tarification de l'eau et les modalités de révision des tarifs sont détaillés dans les contrats de concession, à l'instar du contrat de concession pour la distribution d'eau potable dans la métropole de Buenos Aires. Est généralement décrit ce que comprend le prix de l'eau potable fournie aux abonnés ainsi que son mode de calcul, les redevances ou taxes éventuelles venant s'ajouter à ce prix, ainsi que le montant maximal de l'abonnement par foyer.

---

[588] O. JENSEN, « The Hybrid Model for Economic Regulation of Water Utilities: Mission Impossible? », *Utilities Policy*, 2017, vol. 48, n° 1, pp. 122-131 ; E. MALARET GARCIA, *op. cit.,* note 585, p. 63.
[589] L. ALCAZAR, M. A. ABDALA, M. M. SHIRLEY, « The Buenos Aires Water Concession », Washington D. C., Banque mondiale, *Policy Research Working Paper*, 2000, n° 2311.
[590] R. CUNHA MARQUES, « Regulation by Contract: Overseeing PPPs », *Utilities Policy*, 2018, vol. 50, pp. 211-214.
[591] Voir la base de données du groupe Banque mondiale, *Public-Private-Partnership Legal Resources Center*, qui contient des exemples de contrats de concessions et contrats BOT dans le secteur de l'eau et l'assainissement, disponible sur https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/concessions-and-bots (consulté le 30 juin 2021).

Les modes de facturation sont également précisés, par exemple les modalités de recouvrement par le concessionnaire, les périodes de consommation prises en compte, ou encore les cas dans lesquels l'opérateur est autorisé à suspendre la fourniture du service en cas de non-paiement. Le principe de tarification des services d'eau est une manifestation évidente de l'infiltration de logiques économiques dans le secteur.

B. L'accès aux services d'eau potable et à l'assainissement, à la fois besoin fondamental et prestation commerciale

143. Le postulat selon lequel la durabilité du secteur de la distribution d'eau potable est dépendante de la récupération des coûts induits par la fourniture du service s'est progressivement imposé dans les politiques publiques de gestion de l'eau sous l'impulsion des institutions financières internationales[592]. Les diverses opérations induites par l'approvisionnement en eau des populations – le prélèvement de l'eau de son milieu naturel, son traitement visant à la rendre propre à la consommation humaine, son acheminement et enfin sa distribution – ont un coût pour l'entité en ayant la responsabilité[593]. Le recouvrement de ces coûts auprès des usagers permet de les faire participer au financement de l'entretien et du renouvellement de l'infrastructure[594]. Le recouvrement des coûts des services d'eau est une autre déclinaison de l'approche de valorisation économique de l'eau. Dans le secteur de la distribution d'eau potable, c'est en définitive reconnaître que l'eau brute captée devient après traitement un *« produit élaboré »*[595] ayant un prix.

144. Il convient, en la matière, de distinguer deux approches. Les défenseurs du principe de recouvrement intégral des coûts préconisent le paiement par les consommateurs de l'intégralité du prix de revient de l'eau distribuée[596]. Or, il est aujourd'hui admis qu'il est peu aisé de récupérer intégralement les coûts de fourniture de services par la tarification[597]. Dans les pays

[592] BANQUE MONDIALE, *op. cit.,* note 136*,* p. 15.
[593] Ce qui comprend les frais de construction, d'amortissement, de traitement, d'exploitation et de maintenance.
[594] M. CAMDESSUS, J. WINPENNY, *Financer l'eau pour tous,* Rapport du Panel mondial sur le financement des infrastructures de l'eau, 2003, p. 1.
[595] M.-A. BORDONNEAU, *op. cit.,* note 253, p. 26.
[596] Dans les années 1990, la quasi-totalité des projets financés par la Banque mondiale dans le secteur des services d'eau inclut un volet encourageant la mise en œuvre de ce principe. BANQUE MONDIALE*, op. cit.,* note 136, pp. 55-56, p. 77 ; BANQUE MONDIALE, « Water Resources Sector Strategy »*,* 2004*, op. cit.,* note 136, p. 15.
[597] BANQUE MONDIALE, 2004, *ibid.* p.15 et p. 23 ; R. S. PARKER, « Water and Development : an Evaluation of World Bank Support , 1997-2007 », Washington D. C., Banque mondiale, *IEG study series*, 2010, n° 1. Seulement

qui ont mis en œuvre cette méthode, il est très rare que les tarifs permettent de couvrir l'intégralité des coûts engendrés par le remplacement et l'extension des infrastructures[598]. Surtout, la mise en œuvre de ce mode de tarification se traduit souvent par des augmentations considérables du prix de l'eau distribuée, et en particulier lorsque la gestion du service est assurée par un opérateur privé[599]. Ces hausses ont pour effet de priver d'accès des milliers de personnes à un approvisionnement en eau sécurisé. Ces augmentations de prix sont à l'origine de différends ayant opposé opérateurs privés et États dans le contexte d'investissements étrangers dans le secteur des services de distribution d'eau potable[600]. Par exemple, dans la province de Tucuman en Argentine, la délégation du service de distribution d'eau potable à la *Compañia de Aguas de Aconquija* avait donné lieu à une augmentation des tarifs de 69,7%[601].

145. La tarification des services d'eau, tout en étant orientée vers la pérennité du secteur, se doit d'intégrer des impératifs d'équité sociale propres à ne pas priver d'accès à l'eau les populations. Les partisans d'une logique de recouvrement durable des coûts – approche défendue dans le rapport du Panel mondial sur le financement des infrastructures de l'eau[602], par l'OCDE[603] ou encore le PNUD – s'accordent pour considérer que le prix à payer doit au moins correspondre aux frais d'exploitation, de traitement et de maintenance[604]. Surtout, la tarification doit être abordable pour tous, ce qui implique de recourir à des mécanismes de soutien par exemple des subventions[605]. Les principes de tarification ainsi proposés visent à assurer la durabilité du secteur tout en intégrant des considérations de justice sociale, et reconnaissent dans une certaine mesure la pluralité des valeurs de l'eau, à la fois sociale et

15 % des projets qui ont expérimenté le principe de recouvrement intégral ont atteint leur but (*ibid.,* page xii).

[598] OCDE, *De l'eau pour tous. Perspectives de l'OCDE sur la tarification et le financement,* Paris, OCDE, 2009, p. 17.

[599] Le prix de l'eau est nettement plus élevé en cas de gestion privée. Voir F. FRAYSSE, « La gestion du service de l'eau : perspective comparatiste », dans V. PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata : una riflessione a più voci*, Milan, Giuffrè, 2011, p. 33 ; H. PAULIAT, « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales,* n° 44, 2012, étude 2355.

[600] Voir Chapitre V, paras. 343-347.

[601] *Compañia de Aguas del Aconquija S. A. et Vivendi Universal S. A. c. Argentine,* CIRDI, ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, para. 4.10.3.

[602] Voir M. CAMDESSUS, J. WINPENNY, *op. cit.,* note 594, p.1. Le Panel mondial sur le financement des infrastructures de l'eau a été créé à la fin de 2002, *« à l'initiative conjointe du Partenariat mondial pour l'eau, du Conseil mondial de l'eau et du 3ème Forum mondial de l'eau à Kyoto. Ce panel, présidé par l'ancien président du FMI, a pour mandat de réfléchir à la mobilisation de moyens financiers appropriés pour réaliser ces objectifs dans un contexte ou l'aide publique au développement dans le domaine de l'eau a diminué* » (C. BARON, « Société civile et nouvelles formes de partenariat pour l'accès à l'eau dans les pays en développement », *Revue internationale et stratégique,* 2007, vol. 66, n° 2, p. 81).

[603] OCDE, *De l'eau pour tous, op.cit.,* note 598 ; OCDE, *Le prix de l'eau, op.cit.,* note 114.

[604] OCDE, *Le prix de l'eau*, *ibid.,* pp. 22-23.

[605] *Ibid.*

économique. La directive cadre européenne retient à cet égard une solution se voulant équilibrée[606]. Il est recommandé aux États membres de tenir compte du principe de récupération des coûts des services, de manière à ce que les usagers contribuent à la protection environnementale de la ressource, tout en faisant preuve d'une certaine souplesse en ayant par exemple recours à des taux de récupération plus faibles lorsque cela est justifié[607]. Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que l'absence de tarification des services d'eau ne pouvait être automatiquement considérée comme étant « *nécessairement préjudiciable* » à la réalisation des objectifs de la Directive-cadre sur l'eau[608]. Ici, la Cour a souhaité mettre en valeur la dimension sociale des services d'eau[609].

146. Le principe d'accessibilité économique des services représente un garde-fou, puisqu'il s'agit de reconnaître que l'activité d'approvisionnement en eau du public ne saurait être assurée « *par le simple jeu du marché, sans l'intervention de la puissance publique* »[610]. La nécessité de garantir un accès à l'eau « *dans des conditions économiquement acceptables par tous* »[611] est reconnue dans beaucoup de pays[612]. On citera en exemple la Constitution bolivienne[613], la Constitution colombienne[614], la Constitution équatorienne[615], et au niveau législatif, la loi sur les services d'eau sud-africaine[616]. On peut encore citer à titre d'exemple les droits luxembourgeois[617], mexicain[618] et nicaraguayen[619]. Le principe d'accessibilité économique est par ailleurs un élément constitutif du droit de l'homme à l'eau reconnu par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 2002[620]. Dans ce cadre, il est entendu

[606] Directive 2000/50/CE, *op. cit.,* note 219. Voir P. DELIMATSIS, *op. cit.,* note 516, p. 272 ; W. SAUTER, *Public Services in EU Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 267-268.
[607] Directive 2000/50/CE, *op. cit.,* note 219, article 9, annexe III.
[608] CJUE, *Commission européenne c. République Fédérale d'Allemagne*, aff. C-525/12, 11 septembre 2014, para. 56.
[609] P. DELIMATSIS, *op. cit.,* note 516, p. 280.
[610] G. MARCOU, « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », dans G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale,* Paris, L'Harmattan, 2005, p. 34.
[611] Article L. 210-1 du Code de l'environnement français.
[612] Rapport du rapporteur spécial sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement, A/HRC/30/39, 5 août 2015.
[613] Constitution de Bolivie, 2009, article 20 (I) et (II).
[614] La Constitution fait référence à l'accessibilité économique des services publics qui couvrent leurs besoins de base. Constitution politique de Colombie, 1991, article 368.
[615] Constitution de la République d'Équateur, 2008, article 314.
[616] Water Services Act 1997, section 11.1. Voir aussi, Norms and Standard in Respect of Tariffs for Water Services in Terms of Section 10(1) of Water Services Act (Act n° 108, 1997), para. 2.
[617] Luxembourg, loi du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale.
[618] Mexique, loi des eaux du 11 mars 2010 pour le District Fédéral.
[619] Nicaragua, loi générale n° 620 des eaux nationales du 15 mai 2007.
[620] *Observation générale n° 15 (2002), op. cit.,* note 374. Voir chapitre IV.

comme impliquant des services d'eau qu'ils « *soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés* »[621].

147. Il est possible de garantir l'accessibilité économique des services d'eau de diverses manières. Les mécanismes de tarification peuvent reposer sur la différenciation, les secteurs industriels et commerciaux se voyant dans ce cas imposer des tarifs plus élevés en vue de disposer de ressources pour subventionner les particuliers[622]. Une tranche tarifaire inférieure[623] peut être instaurée au bénéfice des ménages les plus pauvres. Dans certains pays, les dépenses liées à l'eau sont plafonnées et ne peuvent dépasser une certaine fraction des revenus d'un foyer[624]. Les pouvoirs publics peuvent prendre en charge des dépenses d'eau des ménages par le biais de subventions directement accordées aux usagers en fonction de leur situation géographique[625] ou de leur niveau de revenus[626]. Ces subventions peuvent se traduire concrètement par la fourniture gratuite d'un certain volume d'eau[627] ou encore prendre la forme

---

[621] *Ibid.*, para. 27.

[622] Des subventions croisées peuvent avoir lieu entre « *services d'approvisionnement en eau et d'assainissement. Les foyers raccordés aux services d'approvisionnement en eau (sans l'être) au réseau d'assainissement sont pénalisés par les subventions croisées entre services de distribution d'eau et services d'assainissement (…) les personnes qui sont raccordées au réseau d'eau, mais pas au réseau d'assainissement, subventionnent les personnes ou les ménages plus aisés qui sont raccordés* » (Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *op. cit.,* note 612, para. 54 h).

[623] Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *ibid.,* para. 65 et s. Cependant, ce type de mécanisme échoue bien souvent à atteindre les groupes cibles.

[624] Voir par exemple, Indonésie, Ministère de l'intérieur, technical guidance and procedures for regulating tariff of drinking water in regional administration-owned drinking companies, n° 23/2006, 2006, article 3.2.

[625] Les systèmes d'adduction d'eau dans les pays en développement sont souvent uniquement accessibles aux habitants des zones urbaines. Dès lors, les financements publics bénéficient largement aux catégories les plus aisées, puisqu'ils sont pour la plupart orientés vers des projets d'infrastructure dans les centres urbains, bénéficiant en premier lieu aux classes moyennes et supérieures (Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *op. cit.,* note 612, para 48). On parle dans ce cas de subventions cachées pour désigner des financements publics utilisés pour la construction d'infrastructures et de services censés bénéficier à tous, mais qui ne sont en réalité accessibles qu'aux ménages à revenus moyens ou supérieurs. Le Rapporteur spécial appelle les États à réorienter les ressources au profit des plus démunis en généralisant « *l'accès à des systèmes d'approvisionnement et d'assainissement développés à l'échelle des agglomérations ou à renoncer aux interventions coûteuses qui ne bénéficient qu'à un nombre limité d'habitants au profit d'interventions moins onéreuses permettant de répondre aux besoins d'un plus grand nombre d'habitants, particulièrement de ceux qui ont le plus besoin d'assistance* » (Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *op. cit.,* note 612, para 49).

[626] Certains États, comme l'Argentine, prévoient des mécanismes de tarification sociale au profit des usagers à faible revenus. Voir par exemple, Argentine, Marco regulatorio para la concesión de los Servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, 2007, articulo 76º. Voir aussi, Venezuela, ley orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, Gaceta Official n° 5568, 31 décembre 2001, artículo 65. Cette loi met en place un éventail de subventions au bénéfice des utilisateurs à faibles revenus. Voir Rapport du PNUD et de l'OIT, *Expériences réussies dans le domaine de la protection sociale minimale*, 2011, p. 125.

[627] Le programme *Free Basic Water* sud-africain introduit en 2001 permet aux foyers pauvres de bénéficier de 6000 litres d'eau par mois gratuitement, ce qui correspond à 25 litres par personne par jour pour un foyer de huit personnes. Selon le rapport annuel du *Department of Waters Affairs and Forestry* de 2008, près de 84% de la population sud-africaine bénéficie du Free Basic Water. Voir I. T. WINKLER, « Respect, Protect, Fulfill: The Implementation of the Human Right to Water in South Africa », dans P. CULLET, A. GOWLLAND-GUALTIERI,

de déductions sur la facture des consommateurs[628]. Les gouvernements peuvent aussi octroyer des subventions aux opérateurs investissant dans l'entretien et l'extension de l'infrastructure. Il s'agit dans ce cas d'assurer que le coût de ces investissements ne soit pas répercuté sur le prix de l'eau payé par les consommateurs[629]. En France, la loi n° 2011-156 du 7 février 2011 relative à la solidarité dans les domaines de l'alimentation en eau et de l'assainissement, ouvre la possibilité aux gestionnaires de services publics d'eau d'affecter une partie de leurs recettes aux fonds départementaux de solidarité pour le logement – organismes gérant et distribuant par l'intermédiaire des conseils généraux des aides aux familles – afin d'attribuer des aides en cas de situation d'impayés d'eau[630].

148. Le cadre juridique relatif aux interruptions de fourniture d'eau pour cause d'impayés illustre la manière dont les États concilient les deux dimensions de la fourniture de service d'eau, à la fois prestation commerciale et mission d'intérêt général. En effet, lorsque les consommateurs ne sont pas en mesure de payer leurs factures d'eau, il n'est pas rare que les opérateurs interrompent temporairement la fourniture du service. Par exemple, dans le contexte de la délégation de services d'eau de la municipalité de Buenos Aires, *Aguas Argentinas* était autorisée à déconnecter les usagers en cas de trois non-paiements consécutifs[631].

149. Les solutions retenues dans les droits internes quant à la légalité de ces interruptions sont variables. Certains droits internes vont plus loin que le droit international des droits de l'homme, ce corps de normes ne considérant pas ces interruptions comme des violations *per se* du droit de l'homme à l'eau[632]. On citera l'exemple de la loi sud-africaine sur les services de l'eau de 1997 qui les interdit lorsque les consommateurs sont dans l'incapacité de payer[633]. La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud a eu l'occasion de souligner que le droit à l'eau ne pouvait être relégué au rang de simple droit contractuel[634]. La municipalité du Cap en Afrique

---

R. MADHAV, U. RAMANATHAN (dir.), *Water Governance in Motion, Towards Socially and Environmentally Sustainable Water Laws,* New Delhi, Cambridge university Press, 2010, pp. 415-446.

[628] CNUCED, *L'accès universel aux services*, note du Secrétariat, TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 septembre 2006.

[629] M. DAILAMI, M. KLEIN, « Government Support to Private Infrastructure Projects in Emerging Markets », *World Bank Policy Research Paper*, WP S 1868, 31 janvier 1998.

[630] Article L. 2224-12-3-1 du Code général des collectivités territoriales.

[631] Article 52 du cadre réglementaire, article 39 de l'annexe VII du contrat de concession.

[632] Voir infra Chapitre IV, paras. 282-286.

[633] Afrique du Sud, Water Services Act n° 108, 1997, section 4 (3) (c) : « *procedures for the limitation or discontinuation of water services must (..) not result in a person being denied access to basic water for non-payment, where the person moves to the satisfaction of the relevant water services authority, that he or she is unable to pay for basic services* ».

[634] *City of Cape Town v. Strümpher* [2012] Supreme Court of Appeal 104/2011, [2012] ZASCA 54 La Cour suprême avait déjà tranché dans le même sens en 2004, voir *Impala Water Users Association v Lourens NO & Others,* Supreme Court of Appeal 087/2003, 2004

du Sud arguait de son droit d'interrompre la fourniture d'eau pour impayés en raison de la nature contractuelle de la prestation de services. La Cour a rappelé que la municipalité était tenue, aux termes de la section 27(1)(b) de la Constitution consacrant le droit de l'homme à l'eau, d'assurer l'approvisionnement continu en eau de la population. Les pertes financières d'une entreprise ne peuvent prévaloir sur les besoins humains et justifier des interruptions de service[635]. Au Brésil, la Cour suprême s'est appuyée sur le principe de continuité des services publics pour juger illégales et abusives ces interruptions, cela même dans l'hypothèse d'un défaut de paiement de l'usager[636]. La même solution s'applique dans le contexte de la fourniture privée d'eau. En Argentine, il a été jugé que l'interruption de la fourniture d'eau pour impayés par *Aguas Del Gran Buenos Aires S. A.* (AGBA) était constitutive d'une violation du droit international des droits de l'homme, de la Constitution nationale et la Constitution de la province de Buenos Aires[637]. Dans cette affaire, le juge de paix a tenu à rappeler que la fourniture d'eau n'était comparable à aucun autre service en raison de sa dimension indispensable à la survie humaine. La Cour a considéré que la loi autorisant de telles sanctions était inconstitutionnelle et violait les article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article XI de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, l'article 11 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels ainsi que l'article 24 (2)(c) de la Convention relative aux droits de l'enfant. On retrouve le même principe dans plusieurs législations de pays européens[638]. En Angleterre, dans un contexte de privatisation, la loi interdit pour des raisons de santé publique la possibilité pour les entreprises d'interrompre le service en cas de défaut de paiement[639]. En France, plusieurs municipalités ont adopté des arrêtés d'interdiction des coupures d'eau afin de garantir un accès minimum au service d'eau potable aux personnes en difficulté. La jurisprudence administrative est variable, certains tribunaux ayant validé ces arrêtés, d'autres non[640]. L'interdiction des coupures d'eau est désormais inscrite à l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles[641], disposition

[635] *Highveldridge Residents Concerned Party v Highveldridge Transitional Local Council and Others* [2002] High Court (Transvaal Provincial Division) 28521, (2002) (6) SA 66
[636] *Ademar Manoel Pereira c. Companhia Catarinense de Agua e Saneamento*, Superior tribunal de Justiça, First Chamber, 20 avril 1999.
[637] *Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos Asociacion Civil c/ Aguas del Gran Buenos Aires SA* [2002] Juez de paz (Moreno, Buenos Aires).
[638] H. SMETS, *Le recouvrement des factures d'eau,* Paris, Éditions Johanet, 2013.
[639] 1999 Water Industry Act, 199 c. 9 ; House of Commons, Research Paper 98/117, pp. 25-26.
[640] Voir par exemple Cour d'appel de Versailles 25 octobre 2007, *Commune de Bobigny*, n° 06VE00008.
[641] Article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles.

résultant de la loi de 2013 dite « *de Brottes* »[642]. Le principe d'interdiction générale des coupures d'eau a été validé par le Conseil constitutionnel en 2015[643] à la demande de la société SAUR dans le contexte d'une question prioritaire de constitutionnalité. SAUR arguait que l'interdiction des coupures d'eau constituait « *une atteinte excessive … à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre et, d'autre part, aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques* »[644]. Le Conseil constitutionnel a tenu à rappeler que le législateur pouvait apporter des limitations à ces libertés pour un motif d'intérêt général[645]. Il a précisé qu'en interdisant l'interruption de la distribution d'eau, le législateur entendait « *garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence* »[646].

Conclusion du Chapitre

150. Poussées par l'impérieuse nécessité de conserver l'eau, les politiques de gestion de cette ressource naturelle connaissent depuis près de cinq décennies une extraordinaire évolution. Cela se traduit, du point de vue du régime juridique de l'eau, par un renforcement du contrôle de l'État sur l'ensemble des ressources situées sur son territoire. La tâche de l'État, garant de l'utilisation collective de l'eau aux fins de sa conservation, implique qu'il en encadre l'appropriation dès lors qu'il en va de l'intérêt public. Cette mission s'avère particulièrement complexe, l'eau étant une ressource faisant l'objet d'appropriation et d'intérêts en compétition. La ressource est, en raison de ses caractéristiques physiques, difficile à appréhender par le droit. Ainsi, bien que son régime juridique soit marqué par le rejet de l'exclusivisme, il est évident qu'une fois prélevée puis consommée, ou polluée, l'eau n'est tout simplement plus disponible pour d'autres usages. Par ailleurs, même si la tendance générale est à l'intégration de l'ensemble des eaux situées sur le territoire dans la catégorie des eaux d'intérêt public, la ressource peut relever de catégories différentes susceptibles de cohabiter au sein d'un même ordre juridique. On pense ici à la cohabitation complexe entre droits coutumiers et droits statutaires, mais aussi à la survivance de régimes d'utilisation inadaptés – comme la *rule of capture* – au regard de la gravité de la crise de l'eau. L'approche économique de l'eau complique encore la mission de

[642] Loi n°2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, article 19. On rappellera que, depuis 2002, plusieurs propositions de loi avaient été envisagées. H. SMETS, *op. cit.,* note 638, p. 29.
[643] Conseil constitutionnel, Décision 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *Société SAUR S. A.*
[644] *Ibid.,* para. 2.
[645] *Ibid.,* paras. 4-5.
[646] *Ibid.,* para. 7.

l'État. Le traitement de l'eau en tant que bien économique s'est inscrit dans une stratégie de protection environnementale et de conservation, mais ce mouvement a également ouvert la porte à des modes de gestion reposant sur une logique d'efficacité voire de rentabilité économique, comme l'illustrent les services publics de l'eau.

151. L'approche économique de l'eau – dont la participation d'opérateurs privés dans les services publics et l'introduction de droits de prélèvements d'origine administrative sont une manifestation – revêt une dimension particulière lorsque l'on se place dans le champ du droit international économique. L'eau, les droits d'exploitation dont elle peut faire l'objet et les services publics d'eau sont saisis à travers ses catégories spécifiques – produit, service, investissement – et se trouvent de ce fait attirés vers un corps de normes qui s'intéressent principalement à la protection du droit des opérateurs étrangers d'accéder aux ressources en eau et de les exploiter.

CHAPITRE II – L'EAU ET SES SERVICES EN TANT QU'OBJETS MARCHANDS AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

152. Le droit international économique ne réserve à l'eau aucune qualification épousant sa singularité. Elle est envisagée par ses catégories spécifiques et attirée, de ce fait, vers une sphère juridique s'intéressant à la protection des valeurs marchandes, des droits de propriété et intérêts économiques des opérateurs privés. L'eau et les services publics de l'eau sont appréhendés en tant qu'objets marchands en droit international économique. Ainsi, la ressource naturelle peut être qualifiée de produit, de marchandise ou de bien, et c'est son prélèvement ou le droit de la prélever qui la fait basculer dans le champ de la commercialité (*section I*). L'ouverture du secteur des services publics d'eau à la participation privée n'est pas sans conséquence pour ce qui est de leur qualification au regard du droit international économique. Ils entrent, dans cette hypothèse, dans la catégorie des services marchands relevant des règles de la libéralisation du commerce international des services ou du régime protecteur du droit international des investissements (*section II).*

Section I. L'appropriation de l'eau, en tant que critère de commercialité au regard du droit international économique

153. Le droit international du commerce ne définit pas ses objets principaux, à savoir le produit et la marchandise. Pour autant, en recourant à une interprétation textualiste, méthode privilégiée de l'organe de jugement de l'OMC, on peut considérer que l'eau prélevée et sortie de son état naturel est un produit pouvant éventuellement devenir une marchandise lorsqu'elle est échangée sur un marché (I). L'octroi de droits d'exploitation sur l'eau emporte des conséquences au regard du droit international économique, en ce qu'ils confèrent à la ressource une valeur commerciale, et cela même lorsqu'elle se trouve à l'état naturel (II).

I. Le prélèvement comme critère de transformation de l'eau, ressource naturelle en produit

154. À la lecture de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ci-après, « GATT »), « *rien ne permet d'affirmer que l'eau, sous quelque forme que ce soit, soit exclue [de son] champ d'application* »[647]. En l'absence de clause d'exclusion ou de définition précise de l'objet auquel s'applique l'Accord, c'est en définitive un champ quasi illimité de choses qui sont susceptibles d'entrer dans son champ (A). L'interprétation textualiste des Accords de l'OMC permet au moins d'exclure l'eau se trouvant à l'état naturel c'est-à-dire, non encore prélevée, de la qualification de produit, ce qui correspond aux conceptions des droits internes (B).

A. Un champ quasi-illimité de choses susceptibles de faire l'objet de commerce au regard du GATT

155. Les négociateurs du GATT de 1947 n'ont pas souhaité définir – et par conséquent restreindre – le champ matériel de l'Accord. On ne trouve ni dans le GATT (de 1947 puis dans celui de 1994[648]), ni dans les accords commerciaux préférentiels (ci-après, « ACP »)[649], de définitions des termes « produit » et « marchandise ».

156. L'article additionnel à l'article XVII du GATT relatif aux entreprises commerciales d'État fournit certes quelques éléments, mais ceux-ci ne permettent pas de cerner précisément la portée de ces mots. Il y est indiqué que marchandises et produits *« ne doivent pas être interprétés comme s'appliquant à l'achat ou à la prestation de services* »[650]. Ces catégories

[647] M. COSSY, « Le statut de l'eau en droit international économique. Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. M. A. SALMAN (dir.)*, Water Resources and International Law,* Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2005, p. 173.
[648] GATT de 1947, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, *op. cit.,* note 146 ; GATT 1994, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, annexe 1A, *RTNU,* vol. 1867, p. 187.
[649] Voir par exemple l'Accord de Libre Échange Nord-Américain qui renvoie, dans son article 201, au GATT. Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, *Recueil des Traités du Canada*,1994, n°2. Voir dans le même sens, l'article 1.1 de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, 30 octobre 2016, JO L 11, 14.1.2017, pp. 23-1079.
[650] Annexe 1 du GATT, Ad Article XVII, para. 2

sont donc appréhendées par opposition aux services[651] et c'est dans cette optique que les organes de jugement de l'OMC en ont à plusieurs reprises discuté la signification[652]. Il est ensuite précisé que ces termes *« ne s'appliquent qu'aux produits au sens que ces mots reçoivent dans la pratique commerciale courante ».* Mais si l'on se réfère à la pratique conventionnelle en matière de commerce international, il apparaît que les mots « marchandise » et « produit » sont utilisés en tant que termes fonctionnels délimitant le champ d'application de certaines normes. Ils ont par conséquent une signification qui varie en fonction de la finalité de l'instrument dans lequel ils sont insérés[653]. Par exemple, la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980, qui établit un régime juridique uniforme pour ces contrats, limite son champ aux objets mobiliers corporels[654]. Le droit communautaire retient quant à lui une conception libérale qui s'explique aisément par la finalité des traités européens, à savoir la libre circulation des biens corporels et incorporels, des capitaux et des services. La CJUE appréhende ainsi les marchandises comme une catégorie embrassant tous les « *produits appréciables en argent et susceptibles comme tels de former l'objet de transactions commerciales* »[655]. Si l'on en revient au droit international du commerce,

[651] On rappellera que dans le cadre de l'AGCS, les services ne font pas l'objet d'une définition à proprement parler, mais sont appréhendés en fonction de leur mode de fourniture. La prestation internationale de services constitue une opération complexe impliquant une variété d'opérations économiques connexes et sous-jacentes. C'est la raison pour laquelle les accords commerciaux internationaux, en premier lieu l'AGCS, ne contiennent pas de définition des services, mais précisent leur champ en fonction des modes de fourniture des services. Certains accords commerciaux préférentiels reprennent la classification des services prévue par l'AGCS en renvoyant à cet Accord. (Voir par exemple, l'Accord de Libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie, Washington D. C., 24 octobre 2000, article 3). La méthode retenue diffère dans plusieurs accords. Dans la pratique de l'Union européenne, seul l'Accord conclu avec le Chili retient l'approche de l'AGCS (Voir l'Accord d'association entre l'Union européenne et le Chili, 18 novembre 2002, JO L 352, 30 décembre 2002). Dans ses autres accords, les dispositions relatives à la libéralisation des services sont disséminées dans trois chapitres, l'un étant consacré à la fourniture transfrontalière de services (modes 1 et 2), un deuxième à l'établissement (mode 3) et un dernier à la présence de personnes physiques (correspondant au mode 4). Dans les accords conclus par les États-Unis, la libéralisation des services en mode 3 est organisée dans le cadre d'un chapitre relatif aux investissements. Le mode 3 est ainsi appréhendé dans le chapitre 11 de l'ALENA relatif à l'investissement. Le chapitre 12 relatif au commerce transfrontière de services ne couvre que « *la prestation d'un service : a) en provenance du territoire d'une Partie et à destination du territoire d'une autre Partie ; b) sur le territoire d'une Partie, par une personne de cette Partie, à une personne d'une autre Partie ; ou c) par un ressortissant d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie* » (ALENA, *op. cit.,* note 388, article 1213). Voir aussi, par exemple, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, Washington D. C., 6 mai 2003).

[652] *Communautés européennes – Régime pour l'importation, la vente et la distribution de bananes*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, paras. 221-222 ; *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques,* rapport de l'Organe d'appel, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997, p. 22 ; *Canada – Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or,* rapport du Groupe spécial, non adopté, L/5863, 17 septembre 1985 ; *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissements audiovisuels,* rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009.

[653] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 79.

[654] P. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *Revue internationale de droit comparé,* 1981, vol. 33, n° 4, p. 951.

[655] CJCE, *Commission c. Italie,* arrêt du 10 décembre 1968, *Rec.* p. 617.

son objectif premier, « *sinon le seul, est son développement* »[656] par la création de conditions de marché optimales pour toute activité commerciale. Force est de constater que l'objet du commerce international s'élargit continuellement « *à de nouvelles marchandises à travers une extension indéfinie et inquiétante du champ de la commercialité* »[657]. Cette réalité couplée aux objectifs inscrits dans le préambule du GATT de 1947 de « *pleine utilisation des ressources mondiales* » et d'« *accroissement de la production et des échanges de produits* »[658] traduisent une conception extrêmement large, voire illimitée, des choses susceptibles de faire l'objet de commerce, embrassant potentiellement « *tout ce qui s'achète et se vend* »[659]. Les évolutions apportées par l'Accord instituant l'OMC de 1994 n'ont aucune incidence sur le champ des choses susceptibles de relever des règles de l'OMC. Le préambule, tout en rappelant les enjeux poursuivis par les États dans leurs relations économiques et commerciales – à savoir « *l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services* » – insiste sur la nécessité de réaliser ces objectifs en « *permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable* »[660]. Pour reprendre les constatations de l'Organe d'appel dans le différend *États-Unis – Crevettes*, les négociateurs de l'Accord instituant l'OMC « *ont manifestement pensé que l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales" qui figurait dans le préambule du GATT de 1947 n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90* »[661]. Il s'agit incontestablement d'une ouverture sur les valeurs non commerciales, voire même d'une élévation du développement durable au rang d'« *objectif à part entière de l'OMC »*[662]. Mais cela ne saurait être interprété comme ayant des répercussions sur le champ matériel du droit de l'OMC. En revanche, la référence au développement durable influence indéniablement « *l'interprétation des droits et obligations qui découlent des divers accords annexés à l'Accord OMC* »[663].

---

[656] É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010, t. XXIV, n °1, p. 87 ; Voir aussi P. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *Les petites affiches*, 2003, n° 252, p. 36.
[657] É. LOQUIN, *op. cit.,* note 5, p. 87 ; B. OPPETIT, *op. cit.,* note 148, p. 311.
[658] GATT, préambule, alinéa 2.
[659] M.-A. HERMITTE, « L'illicite dans le commerce international des marchandises », dans *L'illicite dans le commerce international,* Travaux du CREDIMI, vol. 16, Paris, Litec, 1996, p.111.
[660] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1867, p. 154 préambule, alinéa 1.
[661] *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes,* rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 152.
[662] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. M. MBENGUE, « OMC (Organisation Mondiale du Commerce) », dans D. BOURG, A. PAPAUX (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015, p. 719.
[663] *Ibid.*

157. Le droit international du commerce n'exclut ni ne réserve de statut spécifique à un élément aussi singulier que l'eau. Les seuls éléments explicites dont on dispose à ce propos se trouvent dans le rapport de l'OMC sur le commerce mondial de 2010 consacré aux ressources naturelles. Il y est affirmé que « *dès lors qu'une ressource naturelle peut être exportée, elle est soumise aux obligations énoncées dans le GATT et dans les autres accords relatifs au commerce des marchandises* »[664]. Surtout, le rapport pose expressément le principe selon lequel les règles de l'OMC ne s'appliquent pas aux ressources à l'état naturel, c'est-à-dire aux ressources non encore extraites de leur milieu naturel[665]. Cela est à rapprocher des conceptions des droits internes, dont nous avons fait état dans le premier chapitre, classant l'eau souterraine non captée dans la catégorie des choses sans maitre ou l'eau courante non prélevée dans celle des choses communes.

158. Le principe de non-commercialité des ressources naturelles à l'état naturel au regard du droit de l'OMC est en partie confirmé par l'interprétation textuelle des mots « produits » et « marchandises »[666] – méthode d'interprétation représentant « *l[a] base incontournable de l'interprétation des dispositions des Accords de l'OMC* »[667]. Cette méthode d'interprétation fait émerger le prélèvement comme critère de transformation d'une ressource naturelle en produit.

---

[664] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010*, *op. cit.,* note 131, p. 162.
[665] *Ibid.*
[666] Aux termes de la Convention de Vienne, le sens ordinaire des mots doit être interprété en lien avec le contexte, qui comprend le texte, le préambule et les annexes (Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, *RTNU,* vol. 1155, p. 331, article 31.2). C'est sur cette méthodologie que s'appuient les travaux de la doctrine interrogeant le statut juridique de l'eau. Voir M. COSSY, *op. cit.,* note 647, pp. 169-208 ; E. DE HAAN, « Balancing Free Trade in Water and the Protection of Water Resources in GATT *»,* dans E. H. P. BRANS, E. DE HAAN, A. NOLLKAEMPER, J. RINZEMA (dir.), *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Responses,* Londres, Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 245-259 ; M. TIGNINO, D. YARED, « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce *», RQDI*, 2006, vol. 19, n° 2, pp. 160-196.
[667] Les analyses textuelles menées par les organes de règlement des différends à l'aide de dictionnaires usuels de langues s'apparentent parfois davantage à un renvoi à des termes synonymes plutôt qu'à une véritable explicitation du sens des mots. L'Organe d'appel est tout à fait conscient des limites de cette méthode. Il a reconnu que « *les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer tous les sens des termes – que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécialisés* » (*États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris,* rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R, 20 avril 2005, para. 164). Les définitions peuvent aller au-delà du sens ordinaire, les dictionnaires usuels répertoriant généralement « *tous les sens d'un mot, y compris (…) les plus rares* » (D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 86). L'utilisation de dictionnaires spécialisés, pour laquelle la doctrine plaide, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, permet de retenir des définitions plus contextualisées. Pour une critique de la méthode d'interprétation de l'OMC voir notamment : E. W. BOND, J. TRACHTMAN, « China – Rare Earths. Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation », *WTR,* 2016, vol. 15, n° 2, pp. 189-210 ; D. PAVOT, « The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body. Beyond the Search of Ordinary Meaning », *Journal of International Dispute Settlement,* 2013, vol. 4, n° 1, p. 31.

B. Le principe d'exclusion de l'eau se trouvant à l'état naturel des règles de l'OMC

159. S'il est généralement considéré que l'utilisation de termes différents illustre une volonté de différencier leur champ et leur portée[668], « marchandises » et « produits » semblent être utilisés indistinctement dans le GATT[669]. Il est pourtant légitime de se demander si les marchandises forment une sous-catégorie de produits, ou inversement[670]. Sur ce point, il ressort de l'historique des négociations du GATT, que les négociateurs n'ont pas souhaité les différencier[671]. Il n'en demeure pas moins que la distinction est tout à fait pertinente dans le contexte des ressources naturelles, dans la mesure où celles-ci sont d'abord susceptibles de sortir de leur état naturel pour devenir des produits puis éventuellement, dans un second temps, des marchandises.

160. Au sens usuel, le produit est une chose produite par la nature ou fabriquée[672], une « *substance, fait ou être qui résulte d'un processus naturel, d'une opération humaine* »[673]. Le

---

[668] Voir *États-Unis – Normes pour l'essence reformulée*, rapport de l'Organe d'appel*, ibid.,* p. 19 ; *Chine – Mesures relatives à l'exportation de plusieurs matières premières*, rapports de l'Organe d'appel, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R ; WT/DS398/AB/R, 22 février 2012, para. 325. Voir l'analyse de J. MUNRO, « Pushing the Boundaries of 'Products' and 'Goods' under GATT 1994. An Analysis of the Coverage of New and Unorthodox Articles of Commerce », *JWT,* 2013, vol. 46, n° 6, p. 1329.

[669] Quant à la différence de terminologie entre les versions anglaise, française et espagnole du texte, la question est réglée par l'article 33(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui pose le principe selon lequel « *[l]es termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques* » (Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.,* note 666). Sont en effet visés dans la version anglaise les termes « *good* » et « *product* », dans la version française « produit » et « *marchandise* », et dans la version espagnole « *producto* » et « *mercancía* ». Or, la traduction la plus proche de « *good* » en français est « *bien* », et celle de « *marchandise* » en anglais, « *commodity* ». Nous nous attacherons néanmoins, en vue de déterminer la commercialité de l'eau, à l'examen du sens des mots « biens », « produits » et « marchandises », l'Organe d'appel ayant rappelé que l'interprétation d'un traité doit avoir pour but de donner effet « *simultanément, à tous les termes du traité, tels qu'ils sont utilisés dans les diverses langues authentiques* ». Voir *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, para. 59.

[670] Dans la version française, l'annexe 1A est intitulée « Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » et la version anglaise « Multilateral Agreements on Trade in Goods ». Cela laisse penser que « marchandises » et « goods » désignent la catégorie générale. Mais dans le même temps, le préambule du GATT de 1994, fait référence aux « produits » (« products » dans la version anglaise). Plus parlant encore, le terme « produit » apparait près de 250 fois dans le texte alors que celui de « marchandise » 28 fois (Idem dans la version anglaise dans laquelle « *product* » est utilisé plus de 200 fois, tandis que « *good* » une quinzaine de fois). De plus, il est fait référence à la notion de produit dans les dispositions clés du GATT, en particulier les articles I, II et III.

[671] Voir J. MUNRO, *op. cit.,* note 668, pp. 1330-1331. Voir Comité juridique de rédaction du Comité chargé de l'examen de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers, *Rapport du Comité sur les annexes et listes jointes à l'Accord Général*, E/PC/T/215, 23 septembre 1947. Dans le cadre des discussions portant sur le paragraphe II ad. article XVII, la version française n'établit pas de distinction entre « produits » et « marchandises » dans le contexte de la distinction avec les services. « *Les mots 'produits' et 'marchandises' ne s'appliquent qu'aux produits au sens que ces mots reçoivent dans la pratique commerciale courante et ne doivent être interprétés comme s'appliquant à l'achat ou à la [vente] prestation de service* ».

[672] *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française,* Paris, Le Robert, 2015.

[673] *Ibid.*

produit désigne encore un objet résultant d'une action ou d'un procédé particulier, d'un travail ou d'un effort mental ou physique. Au sens juridique, le produit s'entend de :

> « *tout ce qui est fourni par une chose …Tout bien corporel mobilier (même incorporé dans un immeuble) qu'elles qu'en soient la nature, l'origine et la destination (matière première, produit du sol, de l'élevage, de la pêche et de la chasse, produit de transformation, produit manufacturé, produit de consommation, produit chimique etc.), l'existence du produit supposant toujours, même s'il est brut une intervention humaine déterminante (extraction, cueillette, exploitation, etc., à défaut de fabrication ou de transformation)* »[674].

Les marchandises désignent usuellement des *« choses mobilières pouvant faire l'objet d'un commerce, d'un marché* »[675], autrement dit des choses susceptibles d'être vendues et achetées. Juridiquement, il s'agit de « *meubles corporels faisant l'objet d'un contrat commercial (vente, transport, gage, etc.)* »[676]. En somme, les produits sont des biens meubles « *pouvant éventuellement faire l'objet d'une vente internationale…mais non destinés au commerce* »[677], tandis que les marchandises visent « *l'ensemble des biens meubles qui font l'objet d'un achat pour la revente dans le commerce* »[678].

161. Le sens ordinaire du mot « produit » permet *a priori* d'exclure l'eau non encore prélevée ou captée. Or, l'examen des instruments de classification tarifaire, pertinents en tant qu'éléments de contexte, ne confirme pas entièrement cette conclusion[679]. Les membres de l'OMC s'appuient sur le Système Harmonisé de Désignation et de Codification des

---

[674] *Vocabulaire juridique, op. cit.,* note 170.
[675] *Le petit Robert, op. cit.,* note 672.
[676] *Vocabulaire juridique, op. cit.,* note 170.
[677] Cette approche est confirmée par l'Organe d'appel qui a précisé que le mot produit impliquait la possibilité de faire l'objet d'échanges (*Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable, Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, rapports de l'Organe d'appel, WT/DS426/AB/R, WT/DS412/AB/R, 6 mai 2013, para 5.62).
[678] C. JOURDAIN-FORTIER, *op.cit.,* note 500, pp. 68-69.
[679] Les Groupes spéciaux se sont déjà appuyés sur ces nomenclatures pour faire émerger des éléments de contexte. Voir par exemple, *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial, *op. cit.,* note 165, para. 6.82. On rappellera qu'aux termes de la Convention de Vienne, le sens ordinaire des mots doit être interprété en lien avec le contexte, qui comprend le texte, le préambule et les annexes (Convention de Vienne sur le droit des Traités, *op. cit.,* note 666, article 31.2). L'Organe d'appel estime que l'analyse du contexte doit s'appuyer sur « *les termes tirés de la disposition à interpréter* » (*Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R, 18 septembre 2000, para. 65). Le contexte immédiat entourant le ou les termes en cause doit donc être analysé (Voir par exemple, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS219/AB/R, 22 juillet 2003, para. 112). Mais il a également été reconnu que le contexte vise l'Accord de Marrakech dans son intégralité, c'est à dire l'Accord ainsi que toutes les annexes (Voir par exemple, *Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, rapport de l'Organe d'appel WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999, para. 81 ; *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, rapport du Groupe spécial, WT/DS192/R, 31 mai 2001, paras 7.46-7.47, 7.128)

Marchandises (ci-après « SH ») et la Classification Centrale des Produits (ci-après « CPC »). L'on rappellera que le SH est une nomenclature identifiant les marchandises par un code, établie aux fins d'uniformisation de leur désignation et de classification des droits de douanes[680]. Mise en place en 1991 par le Conseil Économique et Social de l'ONU, la CPC remplit quant à elle une fonction statistique[681]. Le classement d'une marchandise dans une catégorie ou sous-catégorie emporte des conséquences lourdes dans la mesure où les droits de douanes consolidés varient selon le numéro de nomenclature attribué[682]. Dans le SH, les positions relatives à l'eau sont cantonnées dans un chapitre 22 relatif aux « *boissons, liquides alcooliques et vinaigres* »[683] sans qu'aucune référence ne soit faite à l'eau se trouvant à l'état naturel. Mais il faut ici rappeler que l'Organe d'appel a eu l'occasion de préciser, dans le contexte de l'interprétation de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ci-après, « Accord SMC »)[684], qu'il n'existait aucun fondement permettant d'exclure les choses ne faisant pas l'objet d'une classification tarifaire du champ des biens[685]. La CPC intègre quant à elle l'« eau naturelle » à la division 18 dans une sous-classe n° 18000. Il est précisé que cette catégorie inclut l'eau traitée

[680] La dernière révision de ce système mis au point par l'Organisation mondiale des douanes (OMD) date de 2017. D'après l'OMD près de 98% des marchandises sont classées sur la base de cette nomenclature. Elle est utilisée par plus de 200 États aux fins d'élaboration de leurs tarifs douaniers, dont l'intégralité des membres de l'OMC pour établir leurs listes tarifaires. Voir par exemple, la liste tarifaire de l'Union européenne, Règlement d'exécution (UE) n° 1101/2014 de la Commission du 16 octobre 2014 modifiant l'annexe I du règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, JOUE L 285/1 du 30 octobre 2015.

[681] Elle couvre les marchandises et les services, mais les États ne s'y réfèrent que pour ce qui concerne les services. *Classification centrale des produits (CPC) - Provisoire,* Département des affaires économiques et sociales internationales, Nations Unies, ST/ESA/STAT/SER.M/77, New York, Nations Unies, 1991, para. 10 : « *L'objet de la CPC est de fournir un cadre qui permette de comparer au niveau international les statistiques relatives aux biens, aux services et aux actifs, et d'être un guide utile pour les pays qui élaborent pour la première fois une classification des produits ou qui adaptent une classification existante en vue de la rendre compatible avec la norme internationale* ». Pour la version en vigueur, voir Central Product Classification (CPC), version 2.1, Département des affaires économiques et sociales internationales, Nations Unies, ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.2.1., New York, Nations Unies, 2015.

[682] Voir D. LUFF, *op. cit.,* note 667, p. 67. Voir notamment, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, rapport du Groupe spécial, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, du 5 février 1998. Ce différend opposait les Communautés européennes aux États-Unis et portait sur le classement de matériel de réseau local et d'ordinateurs multimédia. Les communautés européennes avaient classé ces produits dans les positions « appareils électriques pour la téléphonie ou la télégraphie par fil » (SH 85.17), « appareils d'enregistrement ou de reproduction vidéo phoniques » (SH 85.21), ou « appareils récepteurs de télévision » (SH.85.28). Or, les taux consolidés applicables pour ces produits étaient moins avantageux que ceux applicables aux positions suggérées par les États-Unis (les suivantes : « machines automatiques de traitement de l'information et leurs unités » SH.84.71 ; « parties et accessoires des machines du n°84.71 », SH.84.7).

[683] OMD, *Nomenclature du système harmonisé*, Bruxelles, OMD, 2017. La position 22.01 vise les « eaux, y compris les eaux minérales naturelles ou artificielles et les eaux gazéifiées, non additionnées de sucre ou d'autres édulcorants ni aromatisées ; glace et neige ». La position 22.02 cible les « eaux, y compris les eaux minérales et les eaux gazéifiées, additionnées de sucre ou d'autres édulcorants ou aromatisées, et autres boissons non alcooliques, à l'exclusion des jus de fruits ou de légumes du n° 20.09 ».

[684] Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 18 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 14.

[685] *États-Unis – Bois d'œuvre résineux*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 669, para. 67.

– donc transformée – provenant d'usines de dessalement et de traitement, mais aussi l'eau non traitée provenant directement de sources naturelles, ce qui désigne en définitive l'eau se trouvant à l'état naturel. Fondamentalement, la référence à l'eau naturelle dans la CPC ne peut être interprétée comme signifiant qu'elle doive être qualifiée de produit ou de marchandise, contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine nord-américaine s'appuyant sur cette nomenclature pour conclure à l'applicabilité à l'eau se trouvant à l'état naturel du chapitre III de l'ALENA et du GATT[686]. Cela n'est pas la vocation des instruments de classification. Il faut en revanche comprendre que dans l'hypothèse où l'eau, sous l'une des formes listées par ces instruments viendrait à faire l'objet de commerce international, elle se verrait appliquer tel ou tel tarif douanier[687]. Les outils de classification ne permettent donc pas d'épuiser la question de la qualification de l'eau en droit international du commerce. Il est en tout cas certain que la référence à l'eau naturelle dans la CPC constitue un indice de sa commercialité.

162. C'est à l'occasion des négociations de l'ALENA que des incertitudes sont nées du côté de la société civile canadienne quant aux conséquences de l'Accord sur la gestion des ressources en eau situées sur son territoire. Dans les années 1990, plusieurs entreprises ont cherché à développer des opportunités d'affaires dans le domaine de l'exportation d'eau des Grands Lacs canadiens vers les États-Unis. Les conflits potentiels entre exploitation économique de l'eau, d'une part, et protection de sa valeur environnementale, d'autre part, ont fini par donner lieu à une interdiction générale de l'exportation d'eau en vrac[688]. Les débats sur les ventes d'eau à grande échelle en provenance du Canada vers les États-Unis remontent aux années 1960. Les États du Nord-Ouest américain frappés par des épisodes récurrents de sécheresses et de pénuries d'eau ont longtemps cherché à importer des ressources en eaux provenant du Canada ou des Grands Lacs, ces dernières étant communes aux deux pays. Alors qu'elles y étaient initialement favorables, les autorités canadiennes ont progressivement fermé

[686] J. W. BOYD, « Canada's Position Regarding an Emerging International Fresh Water Market with Respect to the North American Free Trade Agreement », *NAFTA Law & Business Review of the Americas*, 2005, vol. 5, n° 2, p. 334; C. S. MARAVILLA, « The Canadian Bulk Moratorium and Its Implications for NAFTA », *Currents International Trade Law Journal,* 2001, vol. 10, n° 1, pp. 32-33.
[687] J. DUPONT-RACHIELE, D. PREVOST, S. RAYMOND, « L'eau : un droit pour tous ou un bien pour certains », *RQDI,* 2004, vol. 17, n° 1, pp. 39-72.
[688] M. BARLOW, T. CLARKE, *L'or bleu. L'eau, nouvel enjeu stratégique et commercial*, Montréal, Boréal, 2002 ; M. BARLOW, « The Threat of International Trade and Investment Agreements », dans *Blue Gold, The Global Water Crisis and the Commodification of the World's Water Supply. A Special Report Issued by the International Forum on Globalization*, 2001, http://www.thirdworldtraveler.com/Water/Threat_Agreements_BG.html (consulté le 28 juin 2021).

la porte à ces transferts internationaux[689]. Le 29 novembre 1999, le gouvernement fédéral canadien a adopté un Accord sur l'interdiction des prélèvements massifs d'eau aux fins d'exportation, appelant les provinces canadiennes à se doter de lois prohibant ces opérations[690]. Peu avant l'entrée en vigueur de l'ALENA, le Canada a obtenu la signature d'une déclaration conjointe des États parties, pertinente en tant qu'élément de contexte au sens de l'article 31(2) (b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Y est posé le principe du droit des États de gérer en toute autonomie les eaux situées sur leur territoire. La déclaration indique en effet que :

> « *l'eau qui se trouve à l'état naturel dans les lacs, les rivières, les réservoirs, les aquifères, les bassins hydrographiques, etc. n'est ni une marchandise ni un produit, ne se vend pas dans le commerce et, par conséquent, n'est pas et n'a jamais été visée par les conditions d'un accord commercial quel qu'il soit* »[691].

La déclaration pose ainsi clairement le principe de la non-commercialité de l'eau à l'état naturel au regard de l'ALENA. Du reste, le processus par lequel l'eau sort de son état naturel pour devenir un produit n'est nullement expliqué, le texte se bornant à énoncer « *qu'à moins d'être vendue dans le commerce et de devenir ainsi une marchandise ou un produit, l'eau sous toutes ses formes échappe entièrement aux dispositions de tout accord commercial, y compris l'ALENA* »[692]. Il en résulte que l'eau transférée en vrac, du simple fait de son prélèvement, n'aurait aucun mal à être qualifiée de produit, ce que confirme le sens ordinaire de ce mot. L'existence d'un produit implique, on le rappelle, « *une intervention humaine déterminante*

---

[689] Sur l'évolution de la politique canadienne en matière de transferts d'eau en vrac, voir F. LASSERRE, « Les projets de transferts massifs continentaux en Amérique du Nord », dans F. LASSERRE (dir.), *Transferts massifs d'eau*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, pp. 489-534 ; A. HURLEY, « Water in North America. Rising tension », *Symposium on Water in Canada and the World – Rising Tensions in the 21st Century: Issues and Solutions*, Ottawa (Canada), 17 November 2006, Ottawa, University of Toronto, pp. 1-12.

[690] Par exemple, le Québec a interdit ces transferts en 2001 après avoir instauré un moratoire en novembre 1999 (voir la Loi P. 18-1 du 18 décembre 2001 visant la préservation des ressources en eau). La loi de 2009 sur le caractère collectif des ressources en eau confirme la prohibition des transferts à grande échelle hors du Québec tout en posant quelques exceptions. Ils sont ainsi autorisés lorsque l'eau transférée est affectée à la production d'énergie hydroélectrique, à la commercialisation aux fins de consommation humaine – dès lors que l'eau est stockée dans des contenants inférieur à 20 litres – ou encore à l'approvisionnement en eau potable d'habitations situées dans une zone limitrophe ou encore pour l'approvisionnement de véhicules comme les navires ou les avions. De plus, l'interdiction peut être levée pour des motifs d'intérêt public, humanitaire ou d'urgence (Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection de 2009, article 19, sous-section 3) Aucun motif de ce type n'a jusqu'à présent justifié la levée de l'interdiction. Voir Rapport sur l'interdiction des transferts d'eau hors du Québec. En application de l'article n° 31.108 de la loi sur la qualité de l'environnement, Ministère du développement durable, de l'environnement et de la lutte contre les changements climatiques, février 2017.

[691] Déclaration des gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, 2 décembre 1993, http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb0041-f.htm (consulté le 22 juin 2021).

[692] *Ibid.*

comme – à défaut de fabrication ou de transformation – l'extraction ou la cueillette »[693]. Dans le contexte de l'ALENA, il a été avancé par une partie de la doctrine nord-américaine que l'absence de réserves prises à l'application de l'article 301 relatif au traitement national dans le secteur de l'eau en vrac[694] signifiait que les exportations d'eau à grande échelle tombaient dans le champ du chapitre III de l'ALENA[695]. Force est de constater que cet argument s'appuie sur un raisonnement erroné, selon lequel l'article 301 s'appliquerait aux exportations. Cette disposition doit être interprétée conformément à l'article III du GATT qui ne s'applique pas aux exportations comme cela ressort clairement de son texte et a été confirmé par la jurisprudence[696]. Les États ne sauraient être considérés comme étant tenus à une obligation de rendre leurs ressources en eau disponibles aux autres États parties. Ce principe est exprimé dans la déclaration conjointe de 1993 en ces termes :

> « *Rien dans l'ALENA n'oblige l'une ou l'autre partie à exploiter son eau commercialement non plus qu'à commencer à l'exporter sous quelque forme que ce soit »*[697].

Dans sa pratique préférentielle plus récente, le Canada a, de la même manière, cherché à dissiper les doutes quant à sa liberté de préserver ses ressources en eau. Ainsi, on trouve dans l'Accord économique et commercial global (ci-après, « AECG ») entre l'Union européenne et le Canada un article 1.9 reprenant le principe selon lequel l'eau se trouvant à l'état naturel ne constitue pas une marchandise ou un produit. Les parties ont aussi tenu à préciser que :

> « *Chaque Partie a le droit de protéger et de préserver ses ressources naturelles en eau. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'obliger une Partie à autoriser l'utilisation commerciale de l'eau à quelque fin que ce soit, y compris son prélèvement, son extraction ou sa dérivation à des fins d'exportation à grande échelle* »[698].

---

[693] *Vocabulaire juridique, op. cit.,* note 170.
[694] ALENA, *op. cit.,* note 388, annexe 301.3.
[695] C. S. MARAVILLA, *op. cit.,* note 686, p. 32 ; M. CLARK, D. GAMBLE, « Water Exports and Free Trade », dans A. L. C. DE MESTRAL, D. M. LEITH (dir.), *Canadian Water Exports and Free Trade*, 1989, p. 20, cité par S. P. LITTLE, « Canada's Capacity to Control the Flow: Water Export and the North American Free Trade Agreement », *Pace International Law Review*, 1996, vol. 8, n° 1, p. 142.
[696] *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur,* rapport du Groupe spécial, DS44/R, 4 octobre 1994 : « *The Contracting Parties had recognized that Article III protected expectations on the competitive relationship between imported and domestic products, not export volumes. In accordance with these past panel rulings, the Panel considered that it was not permissible to impose higher internal taxes on imported products than on like domestic products, even where the difference was minimal or of no commercial consequence* » ; Voir aussi *États-Unis – Taxes sur le pétroles et certaines substances importées*, rapport du Groupe spécial, BISD 34S, 17 juin 1987, para. 5.1.9 : « *on ne saurait interpréter la première phrase du paragraphe 2 de l'article III comme visant à protéger le volume d'exportations escompté ; ce qu'elle protège, c'est le rapport compétitif escompté entre les produits importés et nationaux* ».
[697] Déclaration des gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, *op. cit.,* note 691.
[698] Accord économique et commercial global, *op. cit.,* note 649, article 1.9 (2).

Les parties n'ont pas souhaité se prononcer définitivement sur le statut de l'eau prélevée et transférée en vrac, mais affirment sans ambiguïté leur droit de maintenir en toute liberté leurs ressources en eau hors du champ de la commercialité[699].

163. En définitive, il faut comprendre l'absence de concessions tarifaires sur l'eau en vrac comme reflétant la volonté des États de ne pas la commercialiser, et non qu'elle soit ontologiquement non commercialisable. Pour l'heure, les coûts sociaux, environnementaux et financiers des transferts d'eau à grande échelle ainsi que la forte opposition de la société civile constituent autant d'obstacles au développement d'un marché international. On relèvera à cet égard que l'eau en bouteille et l'eau en vrac ne sont pas appréhendées de la même manière par les États, la première faisant l'objet de concessions tarifaires, la seconde non. Ces deux types d'opérations sont pourtant susceptibles de soulever les mêmes problématiques dans la mesure où elles impliquent toutes deux d'importantes extractions d'eau pouvant engendrer des conséquences potentiellement dommageables pour l'environnement, comme en témoignent les différends ayant eu lieu entre Nestlé et plusieurs municipalités américaines[700] ou les activités de Coca-Cola en Inde[701]. Pour autant, il n'est pas insensé de penser que le commerce international d'eau en vrac prendra à l'avenir davantage d'importance comme l'une des solutions au manque de disponibilité en eau dans certaines régions[702]. À l'heure actuelle, ce commerce n'a lieu que de manière sporadique et en dehors des règles de l'échange international[703]. On mentionnera à cet égard le *Lesotho Highlands Water Projet*, projet partiellement financé par la Banque mondiale[704] et régi par un traité international entre

[699] Plus récemment dans l'Accord Canada, États-Unis, Mexique (ACEUM) du 30 novembre 2018, les gouvernements du Canada et des États-Unis ont rappelé dans une déclaration du 20 novembre 2018 que les dispositions de l'Accord n'étaient pas applicables « *à l'eau à moins que celle-ci, sous quelque forme que ce soit, n'ait été mise dans le commerce et ne soit devenue une marchandise ou un produit* ». Il est ajouté que « *l'Accord n'a pas pour effet d'obliger une Partie à exploiter ses ressources en eau à des fins commerciales, y compris en ce qui a trait au prélèvement, à l'extraction ou à la dérivation de l'eau en vue de son exportation à grande échelle* ».
[700] Voir par exemple, *Mich. Citizens for Water Conservation (MCWC) v. Nestle Waters N. Am. Inc., op. cit.,* note 117. Voir supra, Chapitre I, para. 79.
[701] Haute Cour du Kerala, *Hindustan Coca-Cola Beverages (P) Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat*, *op. cit.,* note 303. Voir supra, Chapitre I, para. 86.
[702] Voir sur ces questions E. BROWN WEISS, *International Law for a Water Scarce World*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 251-259 ; F. TEMMERMAN, *op. cit.,* note 154, p. 4. J. SOHNLE, *op. cit.,* note 385, p. 4 (voir la ndbp 12).
[703] F. TEMMERMAN, *ibid.*
[704] BANQUE MONDIALE, *Lesotho – Phase 1 B of the Highlands Water Project,* Washington DC, Banque mondiale, 2007; BANQUE MONDIALE, *Creating Benefit from Cooperation in Shared Water Resources: Lesotho's highlands Water Project Phases IA and IB,* 1 December 2008.

l'Afrique du Sud et le Lesotho[705], dans le cadre duquel ce dernier vend son eau au gouvernement sud-africain[706].

164. D'un point de vue casuistique, la complexité de la notion de produit apparaît parfaitement illustrée dans le champ du droit de l'investissement international. Dans le différend *Bayview Irrigation District c. Mexique*[707], les requérants soutenaient que l'eau d'irrigation qu'ils utilisaient était un produit au sens de l'ALENA en raison de son prélèvement, de son stockage et de sa fourniture *via* des ouvrages d'irrigation[708]. Le Mexique contestait cette affirmation et avançait que l'existence d'un produit supposait diverses opérations ayant pour effet de transformer la ressource[709]. Autrement dit, à son sens, le simple fait de prélever l'eau et de l'extraire de son milieu naturel, ne suffisait pas. Le tribunal arbitral n'a pas apporté de réponse à cette question. Il a en revanche jugé, et nous y reviendrons, que les droits de prélèvement d'eau brute étaient susceptibles de tomber dans la catégorie des investissements couverts par l'article 1139 de l'ALENA, et précisément dans le champ de son paragraphe (g) qui vise les biens[710], ce qui laisse entrevoir les interférences particulièrement importantes que peuvent générer les règles de protection des investissements étrangers sur la gestion des ressources en eau.

165. Au regard du droit international du commerce, le prélèvement ou la captation font basculer l'eau dans le champ de la commercialité. Il peut en être de même, pour ce qui est de l'octroi du droit d'exploiter l'eau, et cela aussi bien dans le cadre des branches « commerce » et « investissement » du droit international économique.

---

[705] Traité sur le Lesotho Highlands Water Project entre le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et le Gouvernement du Royaume du Lesotho, 24 octobre 1986, consultable sur le site de la FAO http://www.fao.org/docrep/w7414b/w7414b0w.htm (consulté le 24 juin 2021).
[706] Nous revenons précisément sur ce projet dans le Chapitre III, para. 233.
[707] *Bayview Irrigation District c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/05/1, notice of claim and demand for arbitration, 27 août 2004.
[708] *Bayview Irrigation District c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/05/1, sentence, 19 juin 2007, para. 46: « *Mexican tributaries before reaching the Rio Grande, where it is stored in Falcon and Amistad reservoirs, sold on the Water Market and delivered through a complex of irrigation works is clearly a goof or product in commerce* ».
[709] *Ibid.*, para. 58: « *Water is in its natural state and not a good or product in commerce until it is taken out of its natural source, for example to be bottled or stored in bulk in other containers* ».
[710] ALENA, *op. cit.,* note 388, article 1139 (g) : « (*...)investissement désigne (...) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales* ». Voir *Bayview*, *ibid.,* para. 111.

II. Une valeur commerciale conférée aux ressources naturelles par l'octroi de droits d'exploitation

166. Au regard des règles du droit de l'OMC, les droits d'exploitation conférant des droits exclusifs sur des ressources naturelles non prélevées font entrer lesdites ressources dans la catégorie des biens (A). L'emprise du droit international des investissements est plus vaste, dans la mesure où il s'intéresse précisément à la protection du droit des opérateurs économiques d'exploiter des ressources naturelles, et cela même avant leur extraction de leur milieu naturel (B).

A. Des droits susceptibles de faire basculer l'eau naturelle dans la catégorie des biens au regard du droit international du commerce

167. Le rapport sur le commerce mondial précité exclut les ressources se trouvant à l'état naturel du champ des règles de l'OMC tout en précisant que ces dernières « *peuvent cependant avoir, dans certains cas, des incidences sur les produits à l'état naturel* »[711]. Les organes de règlement de l'OMC ont eu l'occasion de clarifier les hypothèses dans lesquelles des ressources naturelles non encore extraites ou prélevées pouvaient être saisies par les règles du droit de l'OMC.

168. Le différend *États-Unis – Bois d'œuvre résineux IV* est riche d'enseignements généraux à cet égard[712]. Les États-Unis défendant leur industrie du bois d'œuvre résineux arguaient que les droits de coupe de bois provenant de terres publiques pratiqués par le Canada étaient si bas qu'ils équivalaient à une subvention illégale accordée aux entreprises canadiennes[713]. Afin d'établir si la pratique canadienne constituait un subventionnement, il fallait au préalable déterminer si le terme « *bien* » visé à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC englobait « *les arbres avant qu'ils ne soient récoltés, c'est-à-dire le bois sur pied attaché au sol (mais pouvant en être enlevé) et non susceptible d'être échangé au-delà des frontières en tant que tel* »[714].

---

[711] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010, op.cit.* note 131, p. 162.
[712] *États-Unis – Bois d'œuvre résineux*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 669.
[713] Aux termes de l'Accord SMC, dès lors qu'il est établi qu'une subvention illégale cause un préjudice, l'État qui la subit est autorisé à frapper les importations du produit en question d'un droit compensatoire en vue d'annuler l'avantage indu procuré par ladite subvention. Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, *op. cit.,* note 684.
[714] *États-Unis – Bois d'œuvre résineux*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 669, para. 57.

Était donc posée la question du statut de ressources naturelles non récoltées au regard de l'Accord SMC. Autrement dit, il s'agissait de déterminer si une ressource naturelle non encore captée ou prélevée pouvait être qualifiée de bien, c'est-à-dire, de chose appropriée. On prendra le soin de préciser que les conclusions de l'affaire ne sont pas systématiquement transposables aux autres Accords de l'OMC, les termes « bien » de l'Accord SMC d'une part, et « produit » et « marchandise » du GATT d'autre part, n'ayant pas le même sens dès lors qu'ils sont utilisés dans des contextes différents[715]. Le Canada interprétait l'Accord SMC comme visant uniquement les « *biens meubles* », c'est-à-dire, des « *biens échangeables faisant effectivement l'objet ou pouvant faire l'objet d'une classification tarifaire* », conception correspondant à son droit interne[716]. L'Organe d'appel s'est livré à une interprétation s'écartant des qualifications existantes dans les systèmes juridiques internes[717], rappelant qu'il ne pouvait être fait recours au droit interne qu'en vue de « *démontrer l'existence de faits et d'une pratique d'un État* » ou du respect ou du non-respect d'obligations internationales[718]. Constatant la grande diversité d'approches en matière de propriété, il a conclu à la non-pertinence des classifications du droit canadien. Il a souligné qu'il serait « *inapproprié de qualifier, aux fins de l'application de telle ou telle disposition des Accords de l'OMC visés, la même chose ou la même transaction de façon différente, suivant la catégorie dont elle relève dans le système juridique des différents Membres* »[719]. L'Organe d'appel a pris acte du fait que le sens ordinaire des mots « *goods* », « biens » et « *bienes* » dans les trois versions authentiques de l'Accord SMC incluait « *un large éventail de biens, y compris les biens immeubles* »[720], ainsi que les « *avoirs ou possessions* »[721]. Estimant que rien dans l'Accord ne laissait penser que les choses corporelles non échangeables devaient être exclues du champ des biens[722], il a retenu la qualification de « bien » au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC pour le bois sur pied[723].

169. À première vue, le raisonnement de l'Organe d'appel semble interférer lourdement avec

[715] *Ibid.,* para 63.
[716] *Ibid.,* para. 54.
[717] *Ibid.*, paras. 56, 65. Dans le même sens, voir *Canada – Énergie renouvelable*, rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 677, para. 5. 127. Voir aussi *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Deuxième plainte)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012, para. 593.
[718] *États-Unis – Bois d'œuvre résineux*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 669, para. 56. Voir aussi, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997, para. 65.
[719] *États-Unis – Bois d'œuvre résineux*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 669.
[720] *Ibid.* para. 59.
[721] *Ibid.*
[722] *Ibid.* para. 67.
[723] *Ibid.*

la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles. En réalité, pour parvenir à cette conclusion, il s'est attaché à analyser précisément la nature des droits de coupe et de récolte et, en particulier, l'étendue des prérogatives que ces droits conféraient sur les arbres se trouvant à l'état naturel[724]. En l'occurrence, ces droits autorisaient leurs détenteurs à « *pénétrer sur les terres appartenant aux pouvoirs publics, (…) couper du bois sur pied et (…) jouir de droits exclusifs sur le bois qui était récolté* »[725]. C'est ainsi uniquement et précisément en raison de leur caractère exclusif que l'Organe d'appel a considéré ces droits comme équivalant, en définitive, au droit de recevoir les arbres eux-mêmes. On peut ainsi croire qu'il ne serait pas parvenu à la même constatation dans l'hypothèse de droits non exclusifs dépourvus du droit de disposer de la chose. Il faut encore préciser que l'Organe d'appel se devait de se livrer à un tel examen, dans la mesure où dans le contexte de l'Accord SMC, la conséquence de la transaction est fondamentale : elle permet de déterminer si les pouvoirs publics « *fournissent des biens* » au sens de l'article 1.1 a) 1) iii). En l'espèce, l'exercice de leurs droits de récolte par les exploitants avaient immanquablement pour conséquence de leur conférer des droits sur les arbres abattus. En somme, confirmant les constatations du Groupe spécial, l'Organe d'appel a estimé qu'« *en accordant le droit de récolter du bois sur pied, les pouvoirs publics fournissent ce bois sur pied aux exploitants forestiers* »[726]. Les Groupes spéciaux puis l'Organe d'appel ont eu recours à un raisonnement comparable dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, où était examiné le programme de soutien aux énergies renouvelables de la province de l'Ontario à la suite de la plainte du Japon et de l'Union européenne[727]. L'octroi de la subvention était subordonné à l'utilisation de matériel destiné à l'installation de production d'énergie renouvelable devant être produite de préférence en Ontario. Les plaignants soutenaient que la subvention accordée au titre du programme était constitutive d'une violation des articles III : 4 du GATT, 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, et des articles 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC. Le Groupe spécial a cherché à déterminer s'il y avait eu « *achat de bien* » au sens de l'article 1.1 a)1) iii). Tout en rappelant le caractère intangible de l'électricité[728], l'Organe d'appel s'est attaché à examiner la finalité de la transaction. Il a conclu que le commerce de droits d'électricité équivalait au fait d'acheter de l'électricité[729], confirmant les conclusions du Groupe spécial.

[724] *Ibid.*, para. 75.
[725] *Ibid.*
[726] *Ibid.*
[727] *Canada – Énergie renouvelable*, rapports du Groupe spécial, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012 *; Canada – Énergie renouvelable*, rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 677.
[728] Rapport de l'Organe d'appel, *ibid.* para. 7.11.
[729] *Ibid.* para 7.229.

En définitive, tant dans le différend *États-Unis – Bois d'œuvre résineux* que dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, c'est uniquement parce que des ressources naturelles se trouvant à l'état naturel ont reçu une valeur marchande à travers l'octroi de droits exclusifs qu'il a été jugé opportun de les considérer comme des biens.

170. Dans le champ de l'investissement, le tribunal du différend *Bayview* précité a considéré que des droits de captation d'eau pouvaient être qualifiés de biens au sens de l'ALENA. Au-delà de l'enjeu de qualification de l'eau et des droits d'exploitation, les règles de protection des investissements étrangers peuvent venir perturber les politiques nationales de gestion de l'eau dès lors que ces dernières affectent négativement les droits et intérêts économiques des investisseurs.

B. L'utilisation de l'eau en tant que droit protégé de l'investisseur étranger

171. La notion de propriété étrangère est à la base de celle d'investissement étranger[730]. Dans les AII, l'investissement représente le fondement « *des engagements que souscrivent les parties contractantes l'une vis-à-vis de l'autre* »[731]. Son identification déclenche la mise en œuvre d'un régime de protection incluant notamment pour l'investisseur le « *droit d'actionner une procédure arbitrale à son profit* »[732]. La constatation d'une violation par l'État de ses obligations donne lieu à réparation du préjudice subi par l'investisseur, évalué en fonction de la valeur de l'investissement. On comprend dès lors en quoi la simplification excessive du concept de propriété en droit des investissements menace l'autonomie réglementaire des États en général et en particulier dans le domaine de la gestion des ressources en eau.

172. Sans revenir de manière détaillée sur l'évolution historique du droit international des investissements[733], on rappellera que la volonté de « *restaur[er]…un climat favorable à*

---

[730] Voir A. FATOUROS, *Government Guaranties to Foreign Investors,* New York, Columbia University Press, 1962 ; R. LILLICH, *The Protection of Foreign Investment, Six Procedural Stories,* Syracuse, Syracuse University Press, 1965 ; R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176, pp. 259-392 ; A. GILLES, *La définition de l'investissement,* Paris, Larcier, 2012.
[731] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.,* note 140*,* p. 582.
[732] A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement,* Paris, Pedone, 2014, p. 155.
[733] Voir G. ABI-SAAB, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques », dans M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international, bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 640-661 ; M. AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, LGDJ, 1967 ; A. BENCHENEB, « Sur l'évolution de la notion d'investissement », dans *Souveraineté économique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de P. Khan*, Paris, Litec, 2000 ; R. HIGGINS, *op. cit.* note 730, pp. 259-391; P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements »,

l'investissement international »[734] à la suite des expropriations et nationalisations opérées dans les années 1960 et 1970 par les pays du Sud au nom du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a impulsé l'émergence, puis la prolifération de traités bilatéraux de protection des investissements. On comptait 3284 AII à la fin de l'année 2019[735].

173. Les États souscrivent en matière de définition de l'investissement à des approches diverses[736], la plus fréquente étant la méthode énumérative. Dans ce cadre, le texte désigne largement l'investissement comme visant « *des biens et avoirs de toute nature* », dispositions pouvant être complétée par une liste exemplative d'avoirs couverts[737]. Dans une approche se voulant plus synthétique, certains traités définissent l'investissement en recourant à des critères de nature économique, tel qu'un apport en nature ou en espèces. On peut aussi trouver des listes exhaustives d'activités et d'opérations économiques couvertes, à l'image de l'article 1139 de l'ALENA. En somme, telle qu'elle se présente dans les AII, la définition de l'investissement étranger ouvre la porte à un champ extrêmement large d'opérations économiques protégées. L'explosion du nombre de contentieux a poussé les tribunaux CIRDI à dégager des critères d'identification de l'investissement[738]. Rappelons en effet que l'article 25 de la Convention de

RCADI, 1994-IV, t. 250, pp. 9-216; J.-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985 ; C. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 197-386; G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1998, t. 269, pp. 251-460 ; I. F. I. SHIHATA, *MIGA and Foreign Investment. Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Pays-Bas, M. Nijhoff, 1988 ; B. STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux, de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, pp. 896 -948 ; A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1932-III, t. 37, pp. 323-412; P. WEIL, *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000 ; P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, t. 128, pp. 95-240.

[734] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN*, op. cit.,* note 140, p. 580.

[735] CNUCED, *World Investment Report 2020. International Production Beyond the Pandemic*, Genève, CNUDED, UNCTAD/WIR/2020, 2020.

[736] Voir pour une étude détaillée, A. GILLES, *op. cit.* note 730.

[737] Voir par exemple la Convention entre le Gouvernement de la Confédération Suisse et le Gouvernement de la République Indonésienne concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 6 février 1974, article 3 (c) « *Le terme investissement englobe toutes catégories d'avoirs et en particulier, mais non pas exclusivement : 1. Les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, droits de gage, sûretés réelles, usufruits et droits similaires ; 2. Les actions ou autres formes de participation ; 3. Les créances monétaires et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ; 4. Les droits d'auteur, droits de propriété industrielle, procédés techniques, know-how, marques commerciales, noms commerciaux et le goodwill ; 5. Les concessions de droit public, y compris les concessions de recherche, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles ».*

[738] Dans la fameuse sentence arbitrale Salini, le tribunal arbitral a mis en lumière les critères suivants : l'existence d'un apport, une certaine durée, la participation aux risques de l'opération et la contribution au développement économique de l'État d'accueil (*Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc*, CIRDI, ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001). Certains tribunaux arbitraux ont considéré que l'existence d'un investissement au sens de la Convention de Washington supposait la réunion de ces quatre critères (Voir par exemple, *Joy Machinery Ltd c. Égypte,* CIRDI, ARB/03/11, sentence du 6 août 2004). D'autres ont refusé de

Washington conditionne la compétence du centre à l'existence d'un différend en relation directe avec un investissement sans que le mot investissement n'y soit défini.

174. Dans l'affaire *Bayview Irrigation District c. Mexique*, première sentence – et la seule à notre connaissance – portant spécifiquement sur la qualification de droits d'utilisation de l'eau au regard du droit international des investissements[739], c'est l'ALENA qui était applicable. Ce différend impliquait un groupement d'exploitants agricoles, des habitants et une société d'approvisionnement en eau établis dans la vallée du *Rio Grande* au Texas et tous détenteurs de droits de prélèvement d'eau[740]. Ces plaignants considéraient que le Mexique avait porté atteinte à ce qu'ils qualifiaient de droits de propriété sur l'eau, en violation du chapitre 11 de l'ALENA. Leurs droits de prélèvement constituaient selon eux un investissement protégé par l'Accord. Le différend est singulier dans la mesure où il concernait les eaux du *Rio Grande / Rio Bravo*, fleuve frontière dont l'utilisation et la gestion sont encadrées par un traité bilatéral de 1944 entre les États-Unis et le Mexique[741]. Ce traité organise le partage entre ces deux États des eaux du fleuve. Les États-Unis se voient accorder un tiers du flux des affluents du Mexique qui atteignent le Rio Grande. Sauf situation de sécheresse extraordinaire, ce tiers ne doit pas être inférieur à 350 000 acres pieds par an, pondéré sur une période de cinq ans. Lorsque le Mexique n'est pas en mesure de se conformer à cette obligation, il est redevable d'une « dette d'eau » à l'égard des États-Unis qu'il est tenu de compenser sur les cinq années suivantes. Entre 1992 et 1997 puis entre 1997 et 2002, le Mexique n'a pas pu honorer ses obligations en raison de sécheresses sévères. À la fin de l'année 2002, l'État avait ainsi accumulé une dette de 1,3 millions d'acres pieds d'eau. Les deux États ont trouvé un accord en 2005 pour le règlement de la dette. Ce compromis n'a pas empêché le groupement d'exploitants d'initier un différend sur la base du chapitre 11 de l'ALENA en vue d'obtenir près de 700 millions de dollars américains de réparation pour le dommage qu'ils prétendaient avoir subi. Les requérants soutenaient que le traité de 1944 créait directement dans leur chef un droit de propriété sur les eaux que le Mexique s'était illégitimement approprié[742]. Cet argument a été rejeté par le tribunal arbitral. Il

---

« *considérer que seule la présence des quatre critères Salini puisse permettre de déterminer, avec certitude, ce qu'il en est* » (D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.,* note 140, p. 588 ; voir notamment *Pantechniki S.A. Contractors and Engineers c. Albanie*, CIRDI, ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009). Le critère de contribution au développement économique a fait l'objet de controverses, certains avançant son imprécision. Il a par exemple été écarté dans la sentence *Phoenix Action, Ltd c. République Tchèque*, CIRDI, ARB/06/05, sentence du 15 avril 2009, paras. 84-85.

[739] *Bayview Irrigation District*, *op. cit.* note 708.

[740] *Ibid.*, para. 1

[741] Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado et du fleuve ainsi que du Rio Grande, (États-Unis, Mexique), Washington D. C., 3 février 1944, *RTNU,* vol. 3, p. 313.

[742] *Bayview Irrigation District*, *op. cit.* note 708, para. 45.

a rappelé que l'eau se trouvant au Mexique appartenait à cet État indépendamment de son obligation de fournir un certain volume d'eau aux États-Unis[743]. En outre, il a souligné que le traité de 1944 ne créait aucunement de droits dans le chef des particuliers. En effet, lorsque les intérêts de citoyens américains sont lésés en raison d'une violation d'une disposition du traité, cette question doit être prise en charge par le gouvernement américain dans le cadre des mécanismes de résolution des différends établis par le traité de 1944[744], en l'occurrence l'*International Boundary and Waters Commission* (IBWC) dotée d'une compétence exclusive pour le règlement des différends relatifs à l'utilisation de ces eaux[745].

175. En ce qui concerne le statut des droits de prélèvement d'eau au regard de l'ALENA, le tribunal a reconnu qu'ils étaient susceptibles de relever de la catégorie des « *biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels* » visés au point (g) de l'article 1139 de l'Accord[746]. Il reste qu'en l'espèce, ces droits étaient dépourvus de caractère international dans la mesure où ils étaient principalement réglementés par le droit américain[747]. Ils ne pouvaient par conséquent pas faire l'objet d'une protection au titre de l'Accord[748]. Ce qui est fondamental ici, c'est que le tribunal a tenu à souligner qu'il aurait, en toute hypothèse, rejeté la qualification d'investissement international, le droit interne mexicain ne reconnaissant pas la possibilité d'être détenteur ni d'exercer des droits exclusifs sur les ressources en eau situées sur son territoire. Le tribunal a ainsi souligné que :

> « *it is plain that under the Mexican Constitution and Mexican law, the Claimants could have no such property rights in water in Mexican rivers. Article 27 of the Mexican Constitution stipulates that the ownership of waters within the boundaries of the national territory originally belongs to the Nation, and that water from its rivers and tributaries are the property of the nation. Exploitation or use of those waters can only be carried out through concessions granted by the Federal Executive (…) Mexico's General Law of National Assets stipulates specifically, in Article 16, that concessions do not create ownership rights (derechos reales) but simply grant a right of use and exploitation, without prejudice to third parties, and subject to conditions imposed by law and by the concession* »[749].

[743] *Ibid*., paras. 116-117.
[744] *Ibid*., para. 121.
[745] Voir le site de l'IBWC sur https://www.ibwc.gov/ (consulté le 5 janvier 2021).
[746] *Bayview Irrigation District*, *op. cit.* note 708, para. 111. Voir l'ALENA, *op. cit.,* note 388, article 1139 (g).
[747] *Ibid.*, para. 101 à 104.
[748] *Ibid*., para. 117.
[749] *Ibid.*, para. 118.

Autrement dit, les investisseurs étrangers ne peuvent bénéficier d'un accord international d'investissement en vue de protéger des droits qui n'existent pas dans le droit interne de l'État hôte. Dans le contexte des droits d'utilisation de l'eau, cela suppose de déterminer à la lumière du droit interne l'étendue des prérogatives conférées par les droits d'utilisation sur l'eau. Cette conclusion est précieuse dans le domaine de l'eau, mais notons que le raisonnement du tribunal n'a rien d'inédit. Dans le contentieux de l'expropriation, les tribunaux s'appuient fréquemment sur le droit interne en vue de déterminer l'existence de droits de propriété au regard du droit interne et définir la portée des droits des investisseurs. Il s'agit de s'assurer que le droit prétendument affecté existe bel et bien dans l'ordre juridique supposé le créer[750].

176. Une problématique similaire s'est posée dans le différend *AbitibiBowater c. Canada*. Ce différend est consécutif à la fermeture par l'entreprise américaine *AbitibiBowater* d'une usine de pâte à papier ayant accusé près de 400 millions de dollars canadiens de perte. Les autorités canadiennes, désireuses de sauvegarder l'emploi local, s'opposaient à cette fermeture. C'est dans ce contexte que l'Assemblée de la province de Newfoundland et Labrador a adopté un règlement en 2008 révoquant les droits de coupe et les droits fonciers de l'investisseur ainsi que ses droits de prélèvement d'eau. L'investisseur considérait que les droits de prélèvements d'eau dont il était détenteur tombaient dans le champ de l'article 1139 de l'ALENA et alléguait la violation de plusieurs dispositions de l'Accord. La question qui se posait était de savoir si l'investisseur pouvait vendre ses droits d'utilisation de l'eau comme n'importe quel élément de son actif, ou si ces droits devaient revenir directement au Gouvernement, le droit constitutionnel canadien posant le principe du contrôle de l'État sur ses ressources en eau. Ce différend ayant été réglé entre les parties, nous ignorons la manière dont le tribunal aurait tranché cette délicate question : se serait-il appuyé sur le statut des ressources en eau et la nature juridique des droits d'utilisation tels qu'ils sont consacrés par le droit canadien[751] ?

---

[750] Voir par exemple, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, CIRDI, ARB (AF)/97/2 ; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/99/1; *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canada*, CIRDI, ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on principles of quantum, 22 mai 2012, para. 354. Voir sur ce point, I. ALVIK, « The Hybrid Nature of Investment Treaty Arbitration. Straddling the National/International Divide », dans C.C. ERIKSEN, M. EMBERLAND (dir.), *The New International Law. An Anthology* Leiden, Nijhoff, 2010, p. 91, pp. 96-97.

[751] Voir *AbitibiBowater Inc. c. Canada*, notice of intent to submit a claim to arbitration under Chapter 11 of NAFTA, 23 avril 2009 ; Communiqué de Presse, *Foreign Affairs and International Trade Canada Issues Statement on AbitibiBowater Settlement*, 24 août 2010, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0235.pdf (consulté le 8 mai 2021). Le Canada s'est engagé à verser 130 millions de dollars canadiens à AbitibiBowater. Ce règlement n'a pas manqué de faire l'objet de critiques, Voir Conseil des Canadiens, 8 mars 2011, Communiqué de presse, « AbitibiBowater NAFTA settlement has privatized Canadian water, trade committee hears », https://commonsensecanadian.ca/abitibibowater-nafta-settlement-has-privatized-canadian-water-trade-committee-hears/ (consulté le 8 mai 2021).

177. En réalité, au-delà de la question de la qualification des droits de prélèvement d'eau en tant qu'investissements étrangers, les tribunaux arbitraux peuvent être amenés à examiner les politiques internes de gestion de l'eau dès lors que celles-ci affectent le « *droit d'usage et de jouissance de l'investissement* »[752]. Et c'est précisément dans ce cas de figure qu'apparaît le potentiel d'interférence majeur des règles de protection des investissements étrangers avec la figure de l'État garant de l'utilisation collective de l'eau.

178. On l'a vu, la branche commerciale du droit international économique n'interfère nullement avec la volonté ou le refus des États d'exploiter commercialement leurs ressources en eau. En revanche, dans la mesure où le droit des investissements s'intéresse précisément à la protection des droits d'exploitation des ressources, il est de nature à perturber considérablement cette liberté. Le différend d'investissement ayant opposé la société *Sun Belt Water* au Canada – différend finalement réglé entre les parties – est, à cet égard, tout à fait illustratif. Rappelons que la position canadienne en matière d'exportation d'eau en vrac a évolué, d'une politique favorable à ce type d'opérations à leur interdiction avec l'Accord de 1999[753]. C'est dans ce contexte que le différend *Sun Belt* a pris naissance. Dans les années 1980, le gouvernement de la province de Colombie-Britannique avait adopté une série de mesures favorables à l'exportation à grande échelle d'eau douce[754]. Les entités intéressées étaient invitées à candidater auprès de l'autorité administrative compétente (le *Controller of Water Rights*) en vue d'obtenir les licences nécessaires pour l'exportation d'eau en vrac. Ces licences les autorisaient à prélever l'eau de sources côtières et de rivières aux fins d'exportation par transport maritime. Afin de développer des opportunités d'affaires dans l'industrie de l'eau en vrac*, Sun Belt Water*, société américaine incorporée en Californie, avait créé en 1990 une *joint-venture* avec *Snowcap Waters Limited*, société canadienne basée dans la province de Colombie-Britannique détentrice de licences d'exportation[755]. Le 18 mars 1991, la province a imposé un moratoire temporaire sur la délivrance de toutes nouvelles licences d'exportation et sur l'extension des licences existantes. Ce moratoire a été décidé dans un contexte politique dans lequel la société civile s'inquiétait de plus en plus de l'impact de ces détournements et exportations massives d'eau sur le débit de la rivière Fraser, sur les ressources piscicoles et sur

[752] S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160, p. 158 ; Voir *Telenor Mobile Communication c. Hongrie*, CIRDI, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, paras. 65-67 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Mexique*, CIRDI, ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, para.116.
[753] Voir supra, para. 162.
[754] *Sun Belt Water Inc. c. Canada*, *op. cit.* note 390, para. 1.
[755] *Ibid.*, para. 10.

la qualité de l'eau. *Sun Belt* soutenait que le traitement qui lui avait été réservé était constitutif d'une violation des articles 1102, 1103, 1104, 1105 et 1110 de l'ALENA et a évalué ses dommages à un montant situé entre 105,2 et 219, 5 millions de dollars américains. Un accord a finalement été trouvé entre les parties dont on ne connaît pas la teneur. Mais au vu de sentences arbitrales précédentes, on peut raisonnablement penser que le tribunal aurait appréhendé les licences d'exportation en tant que droits protégés de l'investisseur étranger[756]. Le droit d'exporter a en effet été reconnu comme un aspect important de l'investissement, toutes « *interférences avec cette possibilité [ayant] nécessairement des effets négatifs sur la propriété de l'investisseur* » lorsque la valeur des actifs de l'investissement est « *largement dépendante de la possibilité d'exporter* »[757]. Il en ressort que les dispositions du chapitre 11 de l'ALENA sont susceptibles de couvrir des mesures de restriction à l'exportation[758]. C'est ce qu'a souligné de manière claire le tribunal du différend *Pope & Talbot c. Canada* qui a considéré que rien ne justifiait que les disciplines de l'ALENA relatives à l'investissement et celles portant sur les marchandises soient appréhendées de manière cliniquement séparée[759]. Ainsi l'État qui reviendrait sur une mesure autorisant les exportations d'eau en vrac serait susceptible de voir cette mesure remise en cause dans le contexte du droit international des investissements.

179. L'emprise du droit international des investissements sur les droits d'exploitation de l'eau s'explique encore en raison des règles de compétence des tribunaux arbitraux. Aux termes de la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après, « Convention CIRDI » ou « Convention de Washington »), les tribunaux sont compétents pour trancher les différends « *en relation directe* » avec un investissement[760]. Force est de constater que ce lien a été interprété de manière si large que les tribunaux arbitraux se trouvent amenés à analyser tout type de mesures, ce compris les mesures prises dans un but d'intérêt général. C'est précisément cet aspect du droit international des investissements qui perturbe la liberté de réglementer des États. Dans les différends d'investissements dans le secteur de la distribution d'eau et d'assainissement l'ayant impliquée, l'Argentine soutenait que les mesures contestées par les opérateurs privés étrangers, dont certaines pourtant prises pour résorber la crise financière et économique que subissait le pays, ne pouvaient être considérées

[756] Voir par exemple, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDCI, sentence provisoire, 26 juin 2000 ; *SD Myers Inc. c. Canada*, CNUDCI, sentence partielle, 13 novembre 2000.
[757] *Pope & Talbot Inc.*, *ibid.,* para. 98.
[758] *Ibid.*; *SD Myers Inc.*, *op. cit.,* note 756.
[759] *Pope & Talbot Inc., op. cit.,* note 756, paras. 26 et 33.
[760] Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington D. C., 18 mars 1965, *RTNU,* vol. 555, p. 161, article 25.

comme étant « *en relation directe avec un investissement* ». Elle s'appuyait sur l'approche développée dans la sentence *Methanex Corp. c. États-Unis*, dans laquelle le tribunal arbitral avait mis en avant le critère de « *lien juridique significatif* »[761]. Dans les contentieux argentins, les tribunaux arbitraux ont tous conclu à leur compétence en s'attachant au fait que les mesures affectaient les investissements étrangers[762], autrement dit que les différends découlaient directement d'investissements affectés par ces mesures. Ce faisant, ils n'ont pas eu d'égards pour la nature et la finalité desdites mesures. Par une interprétation aussi extensive de l'article 25 de la Convention CIRDI, les tribunaux arbitraux se trouvent autorisés à « *examiner virtuellement tout type de mesures réglementaires, sans égard pour leur nature et leur statut* »[763], ce qui revient en définitive à faire de l'arbitrage d'investissement « *un mécanisme de contrôle de l'exercice de l'autorité publique* »[764]. C'est la problématique sur laquelle nous nous concentrons dans la seconde partie dans laquelle nous mettons en lumière les contraintes imposées par le droit international des investissements à la figure de l'État régulateur des services publics d'eau et garant de l'utilisation collective de la ressource. On peut déjà évoquer ici le fait qu'il s'agit de l'un des points à l'origine de la crise de légitimité[765] du droit des investissements, crise qui a donné lieu à un certain nombre de questionnements sur le bien-fondé de l'arbitrage d'investissement[766]. Certains États ont à cet égard fait le choix de la radicalité, à l'image de la Bolivie qui a dénoncé la Convention CIRDI en 2007, suivie par

[761] Voir par exemple, S*uez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi International c. Argentine (Suez Vivendi)*, CIRDI, ARB/19/03, sentence du 6 août 2006, para. 27 ; *Methanex Corp. c. États-Unis*, CNUDCI, sentence sur la compétence, 7 août 2002, para. 139.
[762] Voir par exemple, *Suez Vivendi*, *ibid.,* paras. 27-31.
[763] F. COSTAMAGNA, « Regulating Public Services and International Investment Law », dans M. KRAJEWSKI (dir.), *Services of General Interest Beyond Internal Market. External and International Law Dimensions*, La Haye, TMC Asser Press, 2015, p. 86.
[764] G. VAN HARTEN, M. LOUGHLIN, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 1, p. 146.
[765] Cette crise a fait l'objet de débats nourris dans la doctrine. On citera à titre d'exemple, S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration. Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review,* 2005, vol. 73, n° 4, pp.1521-1625 ; W. BURKE-WHITE, « The Argentine Financial Crisis. State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *Asian Journal of WTO and International Law and Policy,* 2008, vol. 3, n° 1, pp. 199-234 ; M. WAIBEL, *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
[766] Pour reprendre Sabrina Robert-Cuendet, « *le prisme de l'arbitrage* » par lequel le droit des investissements est si souvent exclusivement analysé, dénature « *l'image que l'on peut se faire de la relation entre États et investisseurs étrangers* ». Or, comme elle le relève, la procédure arbitrale n'est amorcée « *qu'en tout dernier recours que dans des circonstances très exceptionnelles…la grande majorité des investisseurs opérant à l'étranger n'y (ayant) même pas accès, soit qu'ils ne peuvent se prévaloir d'un accord d'investissement concernant l'offre d'arbitrage, soit plus fréquemment encore, qu'ils n'ont pas les moyens financiers d'y recourir »* (S. ROBERT-CUENDET, « Introduction », S. ROBERT-CUENDET (dir.)*, Droit des investissement internationaux. Perspectives croisées, op. cit.,* note 531, p. 26).

l'Équateur et le Venezuela en 2009. D'autres États n'intègrent plus de clauses d'arbitrage dans leurs AII[767].

180. Ainsi nous avons pu analyser que le droit international du commerce appréhende le fluide « eau » une fois capté, comme un produit susceptible de faire l'objet de commerce international. L'eau non prélevée n'entre dans le champ du droit de l'OMC que dans l'hypothèse où elle fait l'objet de droits exclusifs assortis du droit d'en disposer, autrement dit uniquement si l'État fait le choix d'une politique d'exploitation et non de conservation. L'emprise du droit international des investissement est plus considérable puisque, dans le contexte de ce corps de normes, la question ne s'articule pas autour du point de savoir à quel moment l'eau devient un produit ou une marchandise. Les AII intègrent généralement les droits d'exploitation des ressources naturelles dans la vaste catégorie des investissements étrangers, sans égard pour la diversité des prérogatives qu'il est possible d'exercer sur ces ressources. La singularité de la ressource et des droits d'utilisation dont elle peut faire l'objet a été reconnue et mise en exergue dans le différend d'investissement *Bayview Irrigation District c. Mexique*. Il s'agit de la seule sentence arbitrale portant spécifiquement sur le statut des droits d'utilisation d'eau ; il est donc difficile d'en tirer des conclusions générales. Elle illustre néanmoins une tendance générale des tribunaux arbitraux à s'appuyer sur le droit interne en vue de déterminer l'existence de droits de propriété. C'est le cas dans le contentieux de l'expropriation où les instances arbitrales s'assurent que le droit prétendument affecté existe bel et bien dans l'ordre juridique supposé le créer. Surtout, au-delà de la question de la qualification de ces droits en tant qu'investissements étrangers, les tribunaux arbitraux peuvent être amenés à examiner les politiques internes de gestion de l'eau dès lors que celles-ci affectent le droit d'usage et de jouissance de l'investissement. Cela laisse

[767] C'est le cas de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, Washington D. C., 18 mai 2004 ; voir aussi Accord de partenariat économique entre le Japon et les Philippines, Helsinki, 9 septembre 2006. L'Union européenne a engagé une démarche se voulant plus constructive. Dans sa stratégie commerciale, la Commission émet le souhait d'inclure dans ses accords commerciaux un « *système juridictionnel d'investissement* » comprenant un tribunal de première instance et un mécanisme d'appel (Voir Commission européenne, Parlement européen, *Le commerce pour tous : vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable,* Bruxelles, Union européenne, p. 25). La CJUE s'est récemment prononcée en faveur de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne d'un tel système, intégré à l'AECG, à l'Accord de libre-échange avec le Vietnam et à l'Accord global avec le Mexique (CJUE, avis rendu en vertu de l'article 218§1, TFUE, A-1/17, 2019, EU/C/2019/341). Ce système a été décrit comme un « *hybride entre l'arbitrage consensuel et les cours nationales et internationales* » (A. K. BJORKLUND, J. BROSSEAU, « L'Accord Commercial entre le Canada et l'Union européenne prévoit-il une résolution des différends par arbitrage ou règlement judiciaire ? », *RQDI,* 2018, vol. 31, n° 1, p. 1). La Commission s'engage par ailleurs à « *établir avec ses partenaires une instance permanente multilatérale pour le règlement des différends dans le domaine des investissements* ». Voir le texte des directives de négociations, Conseil de l'Union européenne, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes,* Bruxelles, 1er mars 2018, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf (consulté le 10 juin 2021).

entrevoir tout le potentiel d'interférence du régime de protection des investissements étrangers avec la figure de l'État garant de l'utilisation collective des ressources en eau.

181. L'eau peut encore être appréhendée par le droit international économique à travers le commerce international des services qui lui sont liés. La participation du secteur privé à la gestion de ces services publics, manifestation de la valorisation économique de l'eau, a évidemment des incidences sur leur qualification au regard du droit international économique.

Section II. Les services d'eau en tant que services marchands

182. C'est en raison de leur mode de gestion, pouvant reposer sur une logique commerciale, que les services publics d'eau ne sont *a priori* pas exclus du champ du commerce international de services (I). Pour l'heure, l'accès au marché international des services d'eau ne résulte nullement de la libéralisation du commerce de services et des engagements conventionnels des États, ces derniers étant réticents à ouvrir ces marchés. Il reste que les partenariats public-privé dans ce secteur, souvent matérialisés dans des contrats de concession, bénéficient de la protection du droit international des investissements (II).

I. Des services publics soumis aux règles de libéralisation du commerce international de services

183. Les services d'eau ne sont *a priori* pas exclus du système commercial multilatéral, l'Accord Général sur le Commerce des Services reposant pour ce qui est de la délimitation de son champ, sur une approche fonctionnelle excluant ceux n'étant fournis ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services. Si les services d'eau sont rarement fournis sur une base concurrentielle, ils peuvent très bien l'être sur une base commerciale, ce qui emporte l'applicabilité des disciplines de l'AGCS à ces services (A). Les États ont pour l'heure préservé ces services essentiels de la libéralisation, par le biais de réserves et de limitations, mais cette situation pourrait évoluer (B).

A. L'accent porté sur le mode de gestion des services publics d'eau au détriment de leur finalité

184. Les disciplines du droit international du commerce ne reconnaissent aucune spécificité aux services publics de distribution d'eau et d'assainissement. Il n'existe ni accord plurilatéral ni accord sectoriel y étant relatif. Ils sont dès lors à même de relever du cadre général de l'AGCS[768].

185. À l'inverse du GATT et de son approche potentiellement indéfinie des choses entrant dans son champ, l'AGCS exclut expressément, dans son article I :3 c), les services « *fourni[s] dans l'exercice du pouvoir gouvernemental* ». Il semblerait même que ces services ne soient pas susceptibles de faire l'objet de négociations commerciales. Cela permet par conséquent, contrairement à ce que l'on a observé en matière de marchandises, de départir les services commercialisables et soumis à la branche commerciale du droit international économique, des services non commercialisables soumis eux, à la seule politique économique et sociale de l'État.

186. La question du champ d'application de l'AGCS est fondamentale, les services couverts demeurant soumis à ses disciplines horizontales, notamment l'article II portant sur le traitement de la nation la plus favorisée et l'article III relatif à la transparence, l'accès au marché et le traitement national ne s'appliquant pour leur part que dans la limite des engagements de libéralisation souscrits par les États dans leurs listes de concessions[769]. Sont visés par l'exclusion de l'article I :3 c) – répliquée dans certains ACP[770] – les services n'étant fournis « *ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services* »[771]. À ce stade, aucune jurisprudence précisant les contours de cette exclusion formée

---

[768] Accord général sur le commerce des services, *op. cit.,* note 147.

[769] OMC, Négociations d'Uruguay. Groupe de négociations sur les services, *Établissement des Listes d'engagements initiaux pour le commerce des services. Note explicative*, MTN.GNS/W/164 et MTN.GNS/Z/164/Add.1, 3 septembre 1993, 30 novembre 1993. Voir également OMC, Conseil du Commerce des services, *Lignes directrices pour l'établissement des Listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS*, S/L/92, 28 mars 2001.

[770] Par exemple, la plupart des accords préférentiels conclus par l'Union européenne retiennent la même approche. Voir, l'Accord de Partenariat Économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, 15 octobre 2008, JOUE L 289 du 30 octobre 2008, p. 0003 - 1955, article 75§2 b) et c) ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, 6 octobre 2010, JOUE L 127 du 14 mai 2011, p. 006-1343, article 7.4 §3 b) et c) ; Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, du 26 juin 2012, JOUE L 354 du 21 décembre 2012, p. 3-2607. Voir aussi l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, *op. cit.,* note 767, article 10.1 (4) (e); Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, Washington D. C., 6 juin 2003, article 11.1 (6).

[771] Voir AGCS, *op. cit.,* note 147, article I :3 c).

de deux critères cumulatifs n'a été élaborée. Mais son champ apparaît très restreint. Il semblerait en effet que les services exclus sont ceux qui font appel aux prestations de l'autorité gouvernementale ou d'une autorité publique, ce qui permet d'écarter à coup sûr, mais *a priori* uniquement, les services participant des fonctions régaliennes. Ensuite, l'approche retenue repose sur des considérations ciblées exclusivement sur le mode d'organisation des services et ignore celles tenant à leur finalité. Cela témoigne d'une certaine indifférence à l'égard de la spécificité de la plupart des services publics, un commentateur qualifiant l'Accord d'« *agnostique* » sur cette question[772]. Les clauses que l'on retrouve dans la pratique préférentielle des États du continent américain[773], et plus largement dans les accords reposant sur une méthode de libéralisation à listes négatives, ne permettent pas de préserver davantage la singularité de la plupart des services publics. Surtout, il ne s'agit pas à proprement parler de clauses d'exclusion puisque les services mentionnés demeurent couverts par les accords. Sont généralement visés dans des listes exemplatives non exhaustives, les services régaliens, comme les services correctionnels, ou les services dits « sociaux », comme la sécurité sociale ou l'éducation publique[774]. Dans les accords à listes négatives, où tous les secteurs de services sont par principe ouverts[775], les États doivent formuler avec la plus grande précision les réserves qu'ils souhaitent apporter en vue de protéger leurs services publics.

187. *A priori*, les services publics de l'eau ne sont pas préservés des disciplines du droit international du commerce. La question de leur intégration au système commercial multilatéral (ainsi qu'aux accords préférentiels répliquant la clause d'exclusion de l'AGCS), ou de leur exclusion ne peut être résolue qu'au cas par cas. Comme nous avons pu le voir dans le premier chapitre, leurs modes de gestion intègrent souvent des considérations de rentabilité économique, comme l'illustre le principe de tarification, et sa mise en application la plus extrême à travers le principe de recouvrement intégral des coûts. Il est en tout cas certain que

[772] A. ARENA, « Revisiting the Impact of GATS on Public Services », dans M. KRAJEWSKI (dir.), *Services of General Interest Beyond the Single Market, op. cit.* note 763, p.40. Sur la question de l'interprétation de l'article I :3 AGCS, voir par exemple, J. A. MARCHETTI, P. C. MAVROIDIS, « What Are the Main Challenges for GATS Framework ? Don't Talk About Revolution », *European Business Organization Law Review,* 2004, vol. 5, n° 3, pp. 511-562.

[773] Voir par exemple, l'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili, Santiago, 5 décembre 1996, article H-01(3)(b).

[774] Ainsi, l'article 1201.3 (b) de l'ALENA rappelle que l'Accord ne peut être interprété comme « *empêchant une Partie de fournir un service ou d'accomplir une fonction, par exemple l'exécution des lois, les services correctionnels, la sécurité ou la garantie du revenu, la sécurité ou l'assurance sociale, le bien-être social, l'éducation publique, la formation publique ou les services de santé et d'aide à l'enfance, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les dispositions du présent chapitre* » (ALENA, *op. cit.,* note 388).

[775] Voir infra, para. 196.

ces services sont rarement fournis sur une base concurrentielle, en raison de l'organisation monopolistique du secteur[776]. Or, l'existence d'un rapport de concurrence au sens de l'AGCS suppose évidemment que coexistent sur un même marché plusieurs fournisseurs de services, dans la mesure où il implique un rapport de « *rivalités d'intérêts entre plusieurs personnes provoquant une compétition* »[777].

188. Pour ce qui est de l'interprétation de l'expression « *fourni…sur une base commerciale* », les critères de rentabilité ou de profitabilité se dégagent des dispositions de l'AGCS et de la jurisprudence des organes de règlement des différends[778]. On peut aussi se référer à la jurisprudence communautaire en matière de SIEG. S'il n'existe pas de critères de définition précis des SIEG dans les traités, la jurisprudence de la CJUE fournit des éléments permettant d'identifier la nature économique d'une activité. La Cour a ainsi défini la notion d'activité économique comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »[779]. Parmi les indices permettant de conclure à l'existence d'une activité économique, la rémunération perçue en contrepartie d'un service ou d'un bien est un critère important.

189. La participation d'entreprises privées – par définition, des entités constituées en vue de dégager des bénéfices – et la tarification de l'eau distribuée inscrivent la fourniture des services d'eau dans une logique de rentabilité économique. Mais certains éléments propres à la fourniture de services d'eau posent question. En premier lieu, l'accès à l'eau potable est un besoin essentiel devant être garanti pour tous dans des conditions économiquement acceptables. C'est la raison pour laquelle les États peuvent recourir à des mécanismes de subventions, à des tarifs sociaux ou encore à la gratuité[780]. La mise en œuvre de tels mécanismes de soutien implique-t-elle la disqualification de la distribution d'eau en tant que service fourni sur une base commerciale ? On renvoie sur ce point à la jurisprudence de la CJUE qui, en précisant les critères permettant de cerner la nature économique d'une activité, a refusé de considérer que la gratuité excluait *per se* l'existence d'une activité commerciale[781]. Autrement dit, la gratuité ne peut à elle seule constituer une preuve de non-commercialité. On pense par exemple aux

[776] Voir Chapitre I, paras. 127-136.
[777] *Le petit Robert, op. cit.* note 672.
[778] E. LEROUX, « What is a 'Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority' under article I :3(b) and (c) of the GATS? », *JWT*, 2006, vol. 40, n° 3, pp. 349 et s.; M. KRAJEWSKI, « Public Services and Trade Liberalization. Mapping the legal Framework », *JIEL*, 2003, vol. 6, n° 2, pp. 341-367.
[779] CJCE, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, 25 octobre 2001.
[780] Voir Chapitre I, para. 145.
[781] CJCE, *Porto di Genova*, C-343/95, 18 mars 1997.

transactions commerciales dans le cadre desquelles l'achat d'un article donne droit à un article gratuit. Dans le même ordre d'idées, dans une affaire portant sur les services de santé, la CJUE a souligné « *qu'une prestation médicale dispensée dans un État membre et rétribuée par le patient ne saurait cesser relever du champ d'application de la libre prestation de services garantie par le Traité du seul fait que le remboursement des soins en cause est pris en charge par les caisses d'assurance-maladie* »[782]. Ensuite, on peut comprendre que l'expression « *établissement commercial ou professionnel* » visée à l'article XXVIII (d) de l'AGCS[783] désigne des entités constituées en vue de réaliser un profit, laissant entendre que le terme « commercial », dans le cadre de l'Accord, implique une certaine forme de profitabilité[784]. Mais dans son rapport *Canada – Programme de tarifs de rachats garantis,* le Groupe spécial a indiqué qu'il pouvait « *y avoir des situations dans lesquelles la revente d'un produit acheté par un organe gouvernemental [pouvait] ne pas impliquer un profit mais être néanmoins « commerciale » aux fins de l'article III :8 a) du GATT de 1994* »[785]. Dans le même sens, la CJUE a jugé qu'un service pouvait être considéré comme marchand même dans l'hypothèse où il ne générait pas de bénéfice pour le fournisseur[786]. Sur cette base, les services d'eau dont la tarification est basée sur le principe de recouvrement des coûts pourraient être considérés comme étant fournis sur une base commerciale, bien qu'en pratique la tarification permet rarement de recouvrer l'intégralité des coûts de la fourniture des services d'eau et d'assainissement, notamment les coûts relatifs au remplacement et à l'extension des infrastructures. Le critère de profitabilité soulève ainsi un certain nombre d'incertitudes. Pour les dépasser, il a été proposé de s'attacher au comportement stratégique de l'entité[787]. Un service serait commercial dès lors qu'il reflèterait « *un comportement d'entreprise cohérent du point de vue microéconomique* »[788], ce qui interroge quant à l'inclusion ou l'exclusion de

[782] CJCE, 28 avril 1998, *Rec.* 1, p. 1931. Voir sur ce point, É. LOQUIN, *op. cit.* note 5, p. 103.
[783] La présence commerciale, qui représente l'un des quatre modes de prestation internationale des services aux termes de l'article I :2 (c), est définie à l'article XXVIII (d) de l'AGCS comme « *tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service* ».
[784] Cette interprétation a été confirmée par le Groupe spécial du différend *Canada – Exportations de blé et importations de grains*. Il a en effet jugé que « *les sens pertinents donnés par le dictionnaire du mot "commercial" (commercial) sont les suivants : (…) intéressé par la rentabilité financière plutôt que par le talent artistique ; susceptible de réaliser des bénéfices ; considéré comme une simple question d'affaire* » (*Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, rapport du Groupe spécial, WT/DS276/R, 6 avril 2004, para. 6.84).
[785] Rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 727*,* para. 7.151. Il a conclu à la nature commerciale de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme de tarifs de rachat garanti (TRG).
[786] CJCE, 12 juillet 2001, *JCP* 2002, E, 1134.
[787] R. ADLUNG, « Public Services and the GATS », *JIEL*, 2006, vol. 9, n° 2, p. 463.
[788] D. LUFF, *op. cit.,* note 667, p. 281 ; voir également dans ce sens R. ADLUNG, *ibid.*, pp. 462-463 (voir la ndbp. n° 20).

services de distribution d'eau et d'assainissement fournis en contrepartie de tarifs significativement inférieurs aux coûts de production.

190. Il résulte de ce qui précède que l'inclusion des services d'eau dans le champ de l'AGCS dépend intimement de leur mode de gestion et de fourniture. Or, comme nous nous sommes employés à le montrer, des incertitudes subsistent quant aux contours exacts de la notion de commercialité au sens de l'AGCS. Ces incertitudes rendent utiles la souscription par les États de réserves et de limitations en vue de neutraliser en amont l'application de l'Accord à leurs services publics de l'eau

B. Une libéralisation du commerce international des services publics de l'eau pour l'heure limitée

191. Il n'est pas aisé d'identifier clairement le niveau de libéralisation d'un secteur de services, dans la mesure où le système commercial international se caractérise désormais par la coexistence entre régimes multilatéral et préférentiel. La prolifération des accords commerciaux préférentiels, par lesquels États développés et émergents cherchent à assurer de nouvelles opportunités de marché à leurs fournisseurs de services, est directement liée à l'échec des négociations multilatérales du cycle de Doha[789]. Au-delà de l'approfondissement de la libéralisation des services, les ACP contiennent en outre, de plus en plus souvent, un chapitre sur l'investissement. Certains accords, et en particulier ceux ayant pour partie un État du continent américain, prévoient le traitement national dans la phase du pré-établissement, « *ce qui permet assurément d'approfondir la promotion des investissements au-delà de ce que permettent parfois les TBI* »[790]. Il faut ajouter à cela des éléments de complexification supplémentaire. Les vingt-trois États négociant le TISA (pour *Trade In Services Agreement)* représentant près de 70% du commerce mondial des services[791], souhaitent avec cet Accord plurilatéral aller plus loin que l'AGCS en matière de libéralisation. Le TISA adopte une méthode de libéralisation hybride combinant système de listes positives et système de listes

[789] J. A. MARCHETTI, M. ROY (dir.)., *Opening Markets for Trade in Services. Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
[790] L. DUBIN, « Accords commerciaux préférentiels », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, février 2017, para. 79.
[791] États-Unis, Canada, Australie, Japon, Suisse, Liechtenstein, Islande, Norvège, Turquie, Israël, Maurice, Mexique, Panama, Colombie, Pérou, Chili, Costa Rica, Taipei chinois, Hong Kong (Chine), Nouvelle-Zélande, Pakistan, Corée du sud et Union européenne.

négatives. Les États s'engagent à accorder le traitement national pour tous les secteurs libéralisés à moins qu'ils adoptent des réserves pour certains domaines particuliers dans lesquels ils préservent leur droit de traiter les fournisseurs domestiques plus favorablement que les fournisseurs de services étrangers[792]. Les États négociant le TISA sont tous parties à des ACP ce qui laisse penser que l'Accord pourrait permettre une « *plurilatéralisation* » des préférences que se sont accordées bilatéralement ses participants[793]. Tous les États membres de l'OMC sont parties à au moins un ACP. Cent cinquante-cinq accords couvrant le commerce international de services ont été notifiés à l'OMC sur le fondement de l'article V de l'AGCS, disposition qui pose leur condition de validité au regard du droit de l'OMC[794]. Les accords en question sont qualifiés de préférentiels en ce qu'ils visent l'ouverture de secteurs ne faisant pas l'objet d'engagements ou qui sont soumis à des restrictions dans le cadre multilatéral. Il est ainsi plus pertinent d'opter pour cette terminologie plutôt que celle d'Accords « bilatéraux » ou « régionaux » que l'on retrouve souvent dans la littérature[795]. À l'heure actuelle, les secteurs faisant l'objet d'engagements « AGCS plus » sont principalement les services de transport, les services récréatifs, les services de distribution et les services de l'éducation[796].

192. L'existence de deux logiques de libéralisation représente un autre facteur de fragmentation du système commercial international, certains accords s'appuyant sur une

---

[792] Les négociations ont commencé en mars 2013 et les participants sont parvenus à un accord sur un texte de base (non publié) en septembre 2013. D'autres membres de l'OMC sont susceptibles de se joindre aux négociations et, dans cette hypothèse, l'Accord serait réintroduit dans le cadre de l'OMC *via* un vote des membres. Voir H. GODSOE, « The Depth of the Trade in Service Agreement », *Brigham Young University International Law and Management Review*, 2014, vol. 10, n° 1, pp. 1-26.

[793] L. DUBIN, *op. cit.* note 790, para. 58; J. KELSEY, « From GATS to TiSA: Pushing the Trade in Services Regime Beyond the Limits », dans M. BUNGENBERG, C. HERRMANN, M. KRAJEWSKI, J. P. TERHECHTE (dir.), *European Yearbook of International Economic Law,* 2016, vol. 7, pp. 119-151; P. SAUVÉ, « A Plurilateral Agenda of Services ? Assessing the Case for a Trade in Services Agreement », dans P. SAUVÉ, A. SHINGAL (dir.), *The Preferential Liberalization of Trade in Services. Comparative Regionalism*, Edward Elgar, 2014, pp. 413-430.

[794] Les accords peuvent sont disponibles sur le site http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx (consulté le 30 juin 2021). L'Accord préférentiel doit couvrir un nombre substantiel de secteurs. Une note de bas de page à l'article V prévoit que « *cette condition s'entend du point de vue du nombre de secteurs, du volume des échanges affectés et des modes de fourniture. Pour y satisfaire, les accords ne devraient pas prévoir l'exclusion a priori d'un mode de fourniture quel qu'il soit* » (L. DUBIN, *op. cit.* note 793, para. 57). Laurence Dubin note qu'au vu de ces critères, on peut légitimement s'interroger sur la validité de certains Accords notifiés sur ce fondement. Elle donne l'exemple de l'article 95 de l'Accord entre l'UE et le Chili qui exclut de son champ plusieurs secteurs, notamment les services audiovisuels, aériens et de cabotage maritime ce qui interroge quant au caractère substantiel du champ couvert.

[795] Voir par exemple, R. ACHARYA (dir.), *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016 ; F. ORTINO, L. BARTELS, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System,* Oxford, Oxford University Press, 2012; J. H. MATHIS, J. N. BHAGWATI, *Regional Trade Agreement in the GATT/WTO. Article XXIV and the International Trade Requirements*, La Haye, TMC Asser Press, 2002.

[796] L. DUBIN, *op. cit.* note 790, para. 59 ; S. MIROUDOT, J. SAUVAGE, M. SUDREAU, « Multilateralizing Regionalism : How Preferential Are Services Commitments in Regional Trade Agreements? », *OCDE Trade Policy Working Paper*, n° 106, 2010.

méthode de libéralisation à liste positive (dite aussi *bottom up)*, d'autres, à liste négative (ou *top down)*. Le régime multilatéral de l'AGCS repose sur le principe de libéralisation progressive dont la méthode de libéralisation à listes positives est une manifestation. Elle autorise les États à préserver un haut niveau d'autonomie, puisqu'ils ne sont nullement contraints d'ouvrir tel ou tel secteur de services. Ils conservent toute liberté, lorsqu'ils souscrivent des engagements de libéralisation, de moduler, d'une part, le degré d'ouverture de chaque secteur, sous-secteur et mode de fourniture et, d'autre part, de modérer l'applicabilité des disciplines d'accès au marché et de traitement national. En revanche, une fois un engagement souscrit, il devient impossible d'adopter des mesures plus restrictives[797] et c'est précisément sur ce point que les critiques à l'encontre de l'AGCS se sont cristallisées[798]. Les limitations et réserves souscrites par les États, tant dans le cadre multilatéral que préférentiel, s'avèrent plus qu'indispensables dans la mesure où l'impact des disciplines et exceptions générales des accords commerciaux sur l'organisation des services publics est, comme nous le verrons dans la seconde partie, plus qu'incertain[799]. En l'absence d'engagements spécifiques, les obligations générales de l'AGCS s'appliquent, par exemple celle relative au traitement de la nation la plus favorisée (TNPF)[800], sauf à ce que l'État ait saisi la possibilité offerte par l'Accord de lister les secteurs pour lesquels cette discipline ne s'applique pas[801]. Ainsi, un État qui déciderait d'ouvrir des secteurs à la concurrence étrangère en dehors du cadre de l'AGCS – et qui n'aurait pas listé une telle restriction – devra traiter tous les fournisseurs de services et les services similaires, quel que soit leurs pays d'origine, sur le même pied. Dès lors que la fourniture du service est assurée exclusivement par des opérateurs domestiques, cette discipline n'a logiquement pas vocation à s'appliquer. Pour ce qui est des engagements spécifiques, l'octroi de l'accès au marché suppose l'abolition des monopoles publics, à moins que les États membres aient limité la portée de leur engagement dans leur liste[802]. Dans ce contexte, le traitement national n'est pertinent que dans la mesure où des

[797] Les engagements souscrits par les États membres sont formalisés dans des listes d'engagements ayant, aux termes de l'article XX de l'AGCS, valeur juridique obligatoire. Ces listes sont susceptibles d'être modifiées selon la procédure prévue à l'article XXI de l'Accord.
[798] Voir par exemple les publications du Public Services International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich, http://www.psiru.org/ (consulté le 9 juillet 2021).
[799] Voir Chapitre V.
[800] AGCS, *op. cit.,* note 147, article II.
[801] L'analyse des réserves révèle qu'elles sont souvent de durée illimitée, 86% d'entre elles ne précisant pas leur durée. Elles concernent le secteur des transports et audiovisuel majoritairement. Voir D. CARREAU, L. DUBIN « Services », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, mars 2013, para. 57.
[802] Les États membres sont en outre tenus aux termes de l'article VIII de l'AGCS de faire en sorte que les fournisseurs monopolistiques n'agissent pas de manière contraire à leurs engagements spécifiques et à l'obligation générale du traitement de la nation la plus favorisée. En particulier, « *dans les cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de*

engagements ont été souscrits en matière d'accès au marché. En effet, dans le cas contraire il n'existe tout simplement pas de fournisseur de services similaires[803]. Il faut enfin préciser, qu'en matière de libéralisation des services de distribution d'eau potable et d'assainissement, seuls les troisième et quatrième modes de fourniture de services couverts par l'AGCS sont pertinents. L'établissement d'une présence commerciale dans un pays étranger impliquant la réalisation d'un investissement représente évidemment le mode de fourniture approprié pour fournir des services de distribution d'eau potable et d'assainissement, ces services étant délivrés à l'échelle locale et couvrant une zone géographique définie. L'établissement d'une présence commerciale entraîne généralement le déplacement de personnel, quatrième mode de fourniture visé par l'AGCS. En revanche, la fourniture d'un service « *en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre* »[804] ainsi que la consommation à l'étranger[805] – premier et deuxième modes – ne sont guère pertinents pour ces activités en raison de limites techniques évidentes[806].

193. Les États ont, dans le cadre de l'AGCS, protégé leurs services publics d'eau de diverses manières. Ils ont souscrit des limitations consolidées dans la section horizontale de leurs listes d'engagements : elles s'appliquent à tous les secteurs de services[807]. Il s'agit de la méthode suivie par l'Union européenne avec son exception de service public, devenue un instrument

---

sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements ». Le sens et la portée de la notion d'abus de position monopolistique ouvrent la porte à interprétation. Dans le contexte des industries de réseau, cela pourrait signifier que les fournisseurs monopolistiques sont tenus d'accorder l'accès aux infrastructures qu'ils contrôlent et qui sont essentielles à d'autres secteurs. Pour le reste, il est indéniable que l'AGCS a un effet dissuasif quant à la possibilité de créer de nouveaux monopoles. Dans l'hypothèse où un État ferait ce choix, il devrait en informer le Conseil du commerce des services et surtout, accorder au préalable une compensation financière aux partenaires affectés sur la base de la clause de la nation la plus favorisée, ce qui s'avère hautement prohibitif. Voir H. RUIZ FABRI, J.-P. CRONTIRAS, « L'Organisation mondiale du commerce et les services publics », *Les rapports de l'IDDRI*, 2003, n° 2, p. 47.

[803] L. DUBIN, « L'incidence du droit de l'OMC sur la notion française de service public », *Revue de l'institut de recherches économiques et sociales*, 2008, p. 59-60.

[804] AGCS, *op. cit.,* note 147, article I :2 a). Sont ainsi concernées les transactions transfrontières fournies à l'aide de communications électroniques ou tout simplement par voie postale.

[805] *Ibid.*, article I :2 b).

[806] Ces modes de fourniture sont en revanche tout à fait adaptés à la prestation de services de consultance. CNUCED, *Trade in Services for inclusive and Sustainable Development: Water and Sanitation, Energy and Food-related Logistics,* note du Secrétariat de la CNUCED, 23 février 2018, p. 9.

[807] C'est par exemple le cas de la Fédération de Russie (Voir Liste d'engagements spécifiques de la Fédération de Russie, GATS/SC/149, 5 novembre 2012). La Russie introduit une limitation horizontale à l'accès au marché sur le troisième mode de fourniture aux termes de laquelle « *les services de la Fédération de Russie considérés comme des services publics à la date d'accession au niveau national ou local peuvent faire l'objet de monopoles publics ou de droits exclusifs accordés à des opérateurs privés* ». Une note de bas de page précise que « *des droits exclusifs de fourniture de ces services peuvent être accordés à des opérateurs privés, par exemple des opérateurs ayant obtenu des concessions auprès d'organismes d'État ou d'organismes autonomes locaux et soumis à des obligations de services spécifiques. Étant donné que les services publics existent souvent au niveau des collectivités territoriales de la Fédération de Russie et au niveau de pouvoirs publics autonomes locaux, une liste sectorielle détaillée et complète n'est pas réalisable* ».

fondamental de sa politique commerciale auquel elle recourt aussi bien dans sa liste d'engagement spécifique à l'AGCS[808] que dans ses relations préférentielles[809]. Par cette exception, « *les services considérés comme services publics à un niveau national ou local [dans les États membres de la Communauté] peuvent être soumis à des monopoles publics ou à des droits exclusifs octroyés à des opérateurs privés* ». L'exclusion s'applique tant à l'accès au marché qu'au traitement national, en lien avec le troisième mode de fourniture de services. Une note explicative fournit une liste exemplative de services potentiellement concernés tout en faisant état de l'impossibilité de lister les services publics couverts de manière exhaustive. En effet, la reconnaissance des services publics locaux rend irréalisable une telle démarche. Par cette exception préservant les services publics nationaux ou locaux des disciplines d'accès au marché et de traitement national, les États membres de l'Union conservent leur autonomie en matière d'organisation de leurs services publics d'eau potable et d'assainissement.

194. Certains services afférents à l'eau sont appréhendés dans le cadre multilatéral en tant que services environnementaux. Il n'existe pas, dans la nomenclature du Secrétariat de l'OMC (W/120) – version simplifiée de la CPC sur laquelle s'appuient les États pour ce qui est de la classification des services[810] – de catégorie englobant l'ensemble des services liés à l'eau[811].

---

[808] Voir la liste d'engagements spécifiques des Communautés européennes et leurs États membres, GATS/SC/31 du 15 avril 1994. On y trouve une limitation horizontale relative à l'accès au marché concernant le mode 3 : « *In all EC Member States services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators* ». Une note explicative précise que : « *Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical* ».

[809] Par exemple, dans les accords conclus avec le Chili, les États du CARIFORUM, la Corée ou encore Singapour. Elle est également intégrée à la liste de réserves de l'annexe II de l'AECG. Voir à ce propos Commission européenne, *Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs*, 28 février 2011, TRADE.B.1.SJ D(2011) ; Commission européenne, *Commission Proposal for the Modernization of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements*, 26 octobre 2011, TRADE.B.1.SC/am D(2011). Dans le contexte préférentiel, la Commission insiste sur la nécessité de préserver la *« haute qualité des services publics de l'Union européenne (…) conformément au TFUE et au protocole 26 sur les services d'intérêt généraux* ». Voir Conseil de l'Union européenne, *Draft Directives for the Negotiation of a Plurilateral Agreement on Trade in Services*, 8 mars 2013. Les directives de négociations du TTIP reprennent les mêmes principes. Voir Conseil de l'Union européenne, *Directives for the Negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*, 17 Juin 2013, para 19. L'exception de service public est absente de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique (8 décembre 1997, JO L 70 du 12 mars 2001). Mais on la retrouve par exemple dans l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour (19 octobre 2018, *JO* L 294 du14 novembre 2019, annexe 8-A-2), l'Accord de partenariat économique CARIFORUM – UE, (*op. cit.,* note 770, annexe IV-A) ou encore Accord économique et commercial global, *op. cit.,* note 649, annexe II.

[810] Note du Secrétariat, *Classification sectorielle des services,* MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.

[811] La définition des biens et services environnementaux représente l'une des pierres d'achoppement des négociations sur la réduction et l'élimination des barrières au commerce de ces biens et services. Certains États

Seul l'assainissement est intégré à la catégorie des services environnementaux, à côté des services d'enlèvement des ordures, de voirie et d'une catégorie englobant les « *autres services* »[812]. L'immense majorité des listes d'engagements des États membres ne mentionne pas le secteur des services environnementaux[813] et le peu d'engagements souscrits dans ce secteur concernent le sous-secteur de l'assainissement[814]. Les services publics d'assainissement sont protégés par des limitations horizontales – par exemple l'exception de service public de l'Union européenne précitée – ainsi que par des limitations s'appliquant horizontalement à l'ensemble des services environnementaux[815]. On trouve aussi, pour le troisième mode de fourniture, des limitations d'ordre plus général imposant par exemple une forme juridique

membres ont mis en avant le caractère obsolète d'une classification distinguant d'un côté les « *services environnementaux d'infrastructure* » et de l'autre les « *services environnementaux autres que d'infrastructure* ». La première catégorie vise des services, comme le traitement des eaux usées ou l'élimination des ordures, impliquant d'importants investissements et souvent organisés sous forme de monopoles naturels. Ils revêtent généralement une forte dimension sociale et environnementale, et comportent des enjeux de santé publique. Tous ces éléments justifient qu'ils soient généralement fournis par le secteur public.

[812] Conseil du commerce des services, *Services environnementaux,* note d'information du Secrétariat*,* S/C/W/320, 20 août 2010, para. 48 : « *La catégorie "Autres" ne renvoie explicitement à aucune position de la CPC, mais on présume généralement qu'elle comprend les autres éléments figurant dans la catégorie des services environnementaux de cette classification, c'est-à-dire les services de purification des gaz brûlés (CPC 9404), les services de lutte contre le bruit (CPC 9405), les services de protection de la nature et des paysages (CPC 9406), et les autres services de protection de l'environnement n.c.a. (CPC 9409)* ».

[813] Ils sont absents des listes de l'Argentine (GATS/SC/4 du 15 avril 1994), la Barbade (GATS/SC/9 du 15 avril 1994), Belize (GATS/SC/10 du 15 avril 1994), du Bénin (GATS/SC/11 du 15 avril 1994), de la Bolivie (GATS/SC/12 15 avril 1994), du Botswana (GATS/SC/109 30 aout 1995), du Brunei Darussalam (GATS/SC/95 15 avril 1994), du Burkina Faso (GATS/SC/14 15 avril 1994), du Burundi (GATS/SC/116 30 aout 1995), du Cameroun (GATS/SC/15 du 15 avril 1994), du Chili (GATS/SC/18 du 15 avril 1994), de la Colombie (GATS/SC/20 du 15 avril 1994), du Costa Rica (GATS/SC/22 du 15 avril 1994), de la Cote d'Ivoire (GATS/SC/23 du 15 avril 1994), de Cuba (GATS/SC/24 du 15 avril 1994), Djibouti (GATS/SC/104 30 août 1995), de la Dominique (GATS/SC/28 du 15 avril 1994), de l'Égypte (GATS/SC/30 15 avril 1994), de Fidji (GATS/SC/32, 15 avril 1994), du Gabon (GATS/SC/34 15 avril 1994), du Ghana (GATS/SC/35 du 15 avril 1994), du Guatemala (GATS/SC/36 du 15 avril 1994), de la Guinée Bissau (GATS/SC/110 du 30 aout 1995), de Guyana (GATS/SC/37 15 avril 1994), de Haïti (GATS/SC/111 du 30 aout 1995), de Hong Kong Chine (GATS/SC/39 du 15 avril 1994), du Honduras (GATS/SC/38 du 15 avril 1994), de l'Indonésie (GATS/SC/43 du 15 avril 1994), de l'Inde (GATS/SC/42 du 15 avril 1994), de la Jamaïque (GATS/SC/45 du 15 avril 1994), du Kenya (GATS/SC/47 du 15 avril 1994), du Pérou (GATS/SC//69 15 avril 1994), des Philippines (GATS/SC/70 du 15 avril 1994), de la Nouvelle Zélande (GATS/SC/62 15 avril 1994), de la République Démocratique du Congo (GATS/SC/ 103, 30 aout 1995), de la République dominicaine (GATS/SC/28 du 26 février 1998), de Sainte Lucie (GATS/SC/73 du 15 avril 1994), de Saints Kits et Nevis (GATS/SC/119 du16 novembre 1995), du Sénégal (GATS/SC/75 du 15 avril 1994), de Singapour (GATS/SC/76 du 15 avril 1994), du Sri Lanka (GATS/SC/79 du 15 avril 1994), du Suriname (GATS/SC/80 du 15 avril 1994), de la Tanzanie (GATS/SC/84 du 15 avril 1994), du Tchad (GATS/SC/108 du 30 aout 1995), du Togo (GATS/SC/106 du 30 aout 1995), de Trinité et Tobago (GATS/SC//86 du 15 avril 1994), de la Tunisie (GATS/SC/87 du 15 avril 1994), de l'Uruguay (GATS/SC/91 du 15 avril 1994), du Venezuela (GATS/SC/92 du 15 avril 1994), de la Zambie (GATS/SC/93 du 15avril 1994) et du Zimbabwe (GATS/SC/94 du 15 avril 1994).

[814] En effet, sur soixante-onze États ayant souscrit des engagements dans le secteur des services environnementaux, soixante en ont pris dans le sous-secteur de l'assainissement, WTO/World Bank, Services database, http://i-tip.wto.org/services/default.aspx (consulté le 9 novembre 2020).

[815] Voir par exemple les listes d'engagements du Laos (GATS/SC/150, 22 avril 2013), du Vanuatu (GATS/SC/148, 5 novembre 2012), et du Viet Nam (GATS/SC/142, 19 mars 2007) qui précisent que les services publics environnementaux peuvent faire l'objet de monopoles publics ou de droits exclusifs accordés à des fournisseurs privés.

particulière pour les entreprises étrangères souhaitant opérer dans le secteur de l'assainissement[816]. Le quatrième mode de fourniture fait également l'objet de limitations portant souvent sur le séjour temporaire des dirigeants[817].

195. Les services de distribution d'eau potable n'apparaissent eux, ni dans la nomenclature du Secrétariat, ni dans la CPC[818]. La section 6 (A) de la nomenclature du Secrétariat visant les services d'assainissement renvoie à l'entrée 9401 de la CPC qui exclut expressément les activités de collecte, d'épuration et de distribution d'eau[819]. L'absence de mention du secteur de la distribution d'eau potable dans les instruments de classification ne fait pas pour autant obstacle à la prise d'engagements de libéralisation dans ce secteur[820]. Les États peuvent en effet faire preuve de souplesse dans la rédaction de leurs listes d'engagements spécifiques. Le Conseil du commerce des services a rappelé que les offres et demandes de négociations pouvaient très bien inclure des secteurs non listés dans les instruments de classification[821], mais

[816] C'est l'approche suivie par la Chine qui intègre ce type de limitations à l'accès au marché des services environnementaux. Les fournisseurs de services étrangers souhaitant établir une présence commerciale ne sont autorisés à fournir des services environnementaux que « *sous la forme de coentreprises, la participation étrangère majoritaire au capital étant autorisée* » (GATS/SC/135 du 14 février 2002). On notera que dans sa pratique préférentielle, la Chine ne prévoit pas de limitations au troisième mode ce qui signifie que le niveau de libéralisation des services d'assainissement est plus approfondi dans ce cadre (voir par exemple les limitations souscrites dans le cadre de l'Accord entre la Chine et la République de Corée, 1er juin 2015 ; voir aussi, l'Accord supplémentaire sur le commerce des services de l'Accord de libre-échange entre la Chine et le Chili, 20 mars 2008).

[817] Voir par exemple les listes de l'Albanie (GATS/SC/131 du 22 novembre 2000), de l'Arabie saoudite (GATS/SC/141 du 29 mars 2006), du Cap Vert (GATS/SC/145 du 16 février 2009), des Émirats Arabes Unis (GATS/SC/121 du 2 avril 1996), de l'Australie (GATS/SC/6 15 avril 1994), de l'Afrique du Sud (GATS/SC/78 15 avril 1994), de l'Australie (GATS/SC/6 15 avril 1994) ou du Canada (GATS/SC/16 du 15 avril 1994).

[818] On trouve dans la CPC diverses activités y touchant. Les activités mentionnées ne concernent cependant que les activités pour compte propre, alors que l'AGCS ne couvre que les prestations de services réalisées pour autrui. La division 69 porte spécifiquement sur les « *services de distribution d'électricité, de gaz et d'eau (pour compte propre)* ». Elle contient un groupe relatif aux « *services de distribution d'eau (pour compte propre) » (groupe 692) qui mentionne les « services de distribution d'eau* » (au n° 6921), les « *services de distribution de vapeur et d'eau chaude* » (au n° 6922), et la « *distribution de l'eau hors système de conduites* » (au n° 6923). L'ensemble des activités listées dans cette division porte sur des activités réalisées pour compte propre. Par ailleurs, la section 8 de la CPC.Rev.2.1 portant sur les « *services de production pour compte de tiers* », contient une sous classe 86330 visant la « *distribution d'eau par conduites (sur la base d'un forfait ou par contrat)* » et une sous-classe 86350 sur les services de « *distribution d'eau, hors systèmes de conduites (sur la base d'un forfait ou par contrat)* ». Le point de savoir si les activités de production réalisées sur la base d'un forfait ou sous contrat sont des services fait l'objet de débats entre les membres de l'OMC, discussions portant sur leur traitement en tant qu'activités manufacturières relevant dès lors des disciplines du GATT. Voir à ce propos, OMC Comité des engagements spécifiques, Rapport de la réunion du 11 juillet 2000, Note du Secrétariat, S/CSC/M/16, 11 septembre 2000.

[819] Correspondant à l'entrée 94110 de la version actuelle de la CPC (CPC version 2.1).

[820] OMC, *Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cade de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS),* Conseil du commerce des services, 28 mars 2001, S/L/92, para. 24.

[821] « *Si un Membre souhaite utiliser sa propre classification ou ses propres définitions des sous-secteurs, il convient qu'il note la concordance avec la CPC de la manière indiquée dans l'exemple ci-dessus. Si ce n'est pas possible, il doit donner une définition suffisamment détaillée de manière à éviter toute ambiguïté quant à la portée de l'engagement* ». OMC, *ibid*.

cette possibilité n'a pas été exploitée pour le secteur des services de distribution d'eau potable. Il reste que les conséquences d'une référence explicite aux services de distribution d'eau sur la dynamique des négociations multilatérales ne sont pas à négliger, les États étant plutôt enclins à s'appuyer sur les instruments de classification pour formuler leurs engagements de libéralisation[822]. C'est dans cette optique que doit être comprise la proposition formulée par les Communautés européennes en 1999 dans le cadre des travaux du Comité des engagements spécifiques de l'OMC relatifs à la révision de la nomenclature du Secrétariat. Les Communautés proposaient l'intégration d'une section 6 (B) dénommée « *eau destinée à la consommation humaine et gestion des eaux usées* »[823] englobant « *l'eau, à l'exception de la vapeur et de l'eau chaude »,* ce qui vise les *« services de distribution par canalisations* », notamment le « *traitement, la purification et la distribution de l'eau potable* »[824]. Quant aux « *services de traitement des eaux usées* », la communication précise qu'ils couvrent « *l'évacuation, le traitement et l'élimination des eaux résiduaires ménagères, industrielles ou commerciales et autres eaux usées, y compris vidage et nettoyage des fosses, surveillance, enlèvement et traitement des résidus solides, transport des eaux usées* »[825]. Cette proposition a soulevé l'opposition d'États[826]. Certains ont émis des doutes quant à la pertinence d'intégrer les services de distribution d'eau dans la catégorie des services environnementaux arguant qu'ils relevaient du secteur des « *services de distribution* »[827]. En raison de ces divergences de vues, le Comité des engagements spécifiques a recommandé la poursuite des discussions[828]. En l'absence de consensus à ce sujet, la question est à ce jour non résolue. La préservation de la spécificité du secteur de la distribution d'eau est une préoccupation constante des États dans le cadre des négociations commerciales multilatérales[829]. Ainsi, si l'offre initiale des

[822] M. COSSY, *op. cit,* note 647, p. 200.
[823] Comité des engagements spécifiques, Communication des communautés européennes et leurs États membres, *Problèmes de classification dans le secteur de l'environnement*, S/CSC/W/25, 28 septembre 1999.
[824] *Ibid.*
[825] *Ibid.*
[826] Voir par exemple la Communication de la Suisse « AGCS 2000 : services environnementaux », 2001, Document S/CSS/W76.
[827] Le secteur des services de distribution est le quatrième secteur listé par la nomenclature du Secrétariat. Il comprend les services de courtage, de commerce de gros, de commerce de détail, de franchisage ainsi qu'une sous-catégorie dénommée « autres services ». Note du Secrétariat, *Classification sectorielle des services,* MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991. Comité des engagements spécifiques, Compte rendu de la Réunion des 23 et 24 mai 2000, note du Secrétariat, S/CSC/M/15 ; OMC, Comité des engagements spécifiques, Rapport de la Réunion du 11 juillet 2000, note du Secrétariat, S/CSC/M/16, 11 septembre 2000.
[828] OMC, Comité des engagements spécifiques, Rapport de la réunion tenue le 4 octobre 2000, note du Secrétariat, S/CSC/M/1 ; OMC, Comité des engagements spécifiques, rapport de la réunion du 2 novembre 2011, S/CSC/M/61.
[829] L'approche reposant sur les offres et requêtes constitue la principale méthode de négociation d'engagements spécifiques en ce qui concerne l'accès aux marchés dans le secteur des services. Voir Conseil du commerce des services de l'OMC, *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce de services*, 28 mars 2001, S/L/93. Aux termes de la Déclaration de Doha, les États membres devaient soumettre au plus tard leurs

Communautés européennes et de ses États membres du 10 juin 2003 se fonde sur sa proposition de classification intégrant le sous-secteur « Eau destinée à la consommation humaine et gestion des eaux usées », l'offre exclut expressément les services de collecte, de purification et de distribution d'eau[830]. On citera, parmi les offres intégrant des propositions dans le secteur des services environnementaux, celle des États-Unis qui prend le soin d'écarter expressément la gestion « *de l'eau destinée à la consommation humaine* »[831]. On donnera aussi l'exemple de l'Afrique du Sud qui indique que sa proposition n'inclut pas les services relatifs à la collecte, la purification et la distribution d'eau pour la consommation humaine[832]. En somme, dans le cadre de l'AGCS, les États n'ont pas souhaité ouvrir leur secteur de services de distribution d'eau potable. Mais cette situation est susceptible d'évoluer.

196. Le projet de TISA repose sur une approche de libéralisation à liste négative, si bien qu'il s'appliquera à tous les secteurs de services, ce compris les services de distribution d'eau potable et d'assainissement, à moins que les États aient pris le soin de souscrire des réserves. Les accords retenant une méthode de libéralisation par listes négatives ont, par définition, un niveau de libéralisation plus approfondi, les obligations en matière d'accès au marché et de traitement national s'appliquant *a priori* à tous les secteurs. Le principe est donc celui de la libéralisation. L'autonomie réglementaire des États s'exprime ainsi dans les réserves consignées, d'une part, dans une première annexe énumérant les mesures existantes non conformes aux engagements de libéralisation et qui ne peuvent être amendées que dans un sens plus conforme et, d'autre part, dans une seconde annexe couvrant les mesures non conformes susceptibles d'être introduites. Les négociations étant très opaques, la teneur précise des engagements des États n'est pas connue. Dans son offre initiale – qui avait fuité sur le site internet *Wikileaks* – l'Union européenne prend le soin d'intégrer sa traditionnelle exception de service public[833]. Pour ce qui

requêtes initiales pour le 30 juin 2002 et leurs offres initiales pour le 31 mars 2003. Puis la décision du Conseil général sur le programme de travail de Doha en date du 1er août 2004 appelle les États membres à soumettre des offres nouvelles ou révisées pour le mois de mai 2005 (décision du Conseil général sur le programme de travail de Doha adoptée le 1er août 2004, WT/L/579).

[830] C. KIRKPATRICK, *Trade in Environmental Services : Assessing the Implications for Developing Countries in the GATS*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016 ; Communication des Communautés européennes et de leurs États membres, Offre conditionnelle initiale, TN/S/O/EEC, 10 juin 2003. Si l'Union européenne a demandé à plusieurs reprises aux pays en développement d'ouvrir ces secteurs, elle a finalement abandonné cette requête en raison de l'opposition de la société civile. Voir International Centre for Trade and Sustainable Development, « EC, Others Table Request for Liberalization of Environmental Services », *BRIDGES Trade BioRes*, 2006, vol. 6.

[831] Communication des États-Unis, Offre initiale, TN/S/O/USA, 9 avril 2003.

[832] Offre initiale conditionnelle, Afrique du Sud, TN/S/O/ZAF, 6 avril 2006.

[833] Commission européenne, Offre révisée de l'Union européenne, mai 2016 disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/may/tradoc_154590.pdf (consulté le 10 décembre 2020).

est des offres et requêtes formulées, le Canada, par exemple, indique sur le site internet de son gouvernement son désir de « *renforcer le niveau d'engagement pris par les parties [au TISA] concernant les services environnementaux* »[834]. Il est précisé que les demandes d'accès au marché pour ce secteur « *ne vise[nt] pas à aborder la question des mesures horizontales d'application générale ni, en aucune façon, la question de l'eau pour la consommation humaine (soit la collecte, la purification et la distribution de l'eau naturelle). La présente demande exclut également les services publics qui offrent des services environnementaux* »[835].

197. Dans le cadre préférentiel, la majorité des ACP à listes positives ne mentionne pas le secteur de la distribution d'eau potable[836]. Certains États optent pour une approche précautionneuse, excluant expressément de la catégorie des services environnementaux les services de collecte, de purification et de distribution d'eau, y compris l'eau destinée à la consommation humaine[837]. En revanche, l'analyse des réserves souscrites dans certains accords à listes négatives révèle que certains États n'ont pas cherché à préserver la spécificité des services publics de l'eau. C'est le cas des États parties à l'ALENA et aujourd'hui l'Accord de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (ci-après, « ACEUM »). On ne trouve pas dans ces Accords de réserves s'appliquant spécifiquement aux services d'eau potable et à l'assainissement. Ces services bénéficient néanmoins des réserves générales prises notamment en matière d'investissement (qui correspond au troisième mode de fourniture de services prévu par l'AGCS). Ainsi, le Canada prévoit dans l'annexe I une réserve générale pour l'investissement s'appliquant au traitement national et à l'interdiction des prescriptions de résultat[838]. Elle impose une procédure d'examen préalable pour les investissements dont la valeur excède un certain seuil : ceux-ci ne pourront être autorisés que si « *l'investissement est vraisemblablement à l'avantage net du Canada* », avantage déterminé sur la base de six facteurs, dont « *l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au*

---

834 https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/services/tisa-acs.aspx?lang=fra#e (consulté le 10 décembre 2020).
835 *Ibid.*
836 Voir par exemple l'Accord d'association entre l'Union européenne, la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Géorgie, 27 juin 2014 ; Accord d'association entre l'Union européenne, la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Moldavie, 27 juin 2014 ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée, 6 octobre 2010.
837 C'est par exemple l'approche suivie par la Nouvelle-Zélande dans l'Accord libre-échange signé avec la Chine, 7 avril 2008 ; Accord de libre-échange entre la Malaisie et la Nouvelle-Zélande, Kuala Lumpur, 26 octobre 2009 ; Accord entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle Zélande, 27 février 2009.
838 ACEUM, *op. cit.,* note 699, articles 14 (4) et 14(10).

Canada »[839]. Dans le même ordre d'idées, le Mexique a introduit une réserve en annexe I s'appliquant à tous les secteurs, par laquelle une autorisation préalable de la Commission des investissements étrangers est nécessaire « *pour détenir, directement ou indirectement, une participation supérieure à 49%, dans une entreprise mexicaine œuvrant dans un secteur qui n'est pas visé par des restrictions si la valeur totale des actifs de l'entreprise mexicaine dépasse le seuil applicable au moment où la demande d'acquisition est présentée* »[840].

198. Dans d'autres ACP à liste négative, la singularité des services de distribution d'eau est affirmée. Par exemple, certains États les qualifient de « services sociaux », à l'image du Costa-Rica qui introduit dans ses Accords une réserve par laquelle il se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toutes mesures portant sur l'exécution des lois relatives à la fourniture de ces services[841]. De manière générale, les États latino-américains mettent en exergue la dimension d'intérêt public attachée à la fourniture de services de distribution d'eau. Ainsi en est-il du Honduras qui intègre une réserve rappelant que « *seul l'État, par l'intermédiaire de ses municipalités, peut fournir les services publics de distribution de l'eau, d'évacuation des ordures, ainsi que les services d'assainissement et d'hygiène* »[842]. Dans le même sens, dans sa pratique conventionnelle, le Pérou se réserve le droit d'introduire ou de maintenir toute mesure « *en relation avec le service public de l'eau* »[843].

L'AECG – qui repose sur une méthode de libéralisation à liste négative, choix inédit dans la pratique de l'Union[844] – intègre des éléments de classification de la CITI, nomenclature

---

[839] Annexe I, Mesures du Canada, Réserve I-C-1, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/a1_canada.aspx?lang=fra (consulté le 30 juin 2021)

[840] Annexe I, Liste du Mexique https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/a1_mexico-mexique.aspx?lang=fra (consulté le 30 juin 2021).

[841] Accord de libre-échange entre le Costa Rica et le Pérou, San José, 26 mai 2011, annexe II, Liste du Costa Rica ; Accord de libre-échange entre le Costa Rica et Singapour, San José, 6 avril 2010, annexe II, Liste du Costa Rica ; Accord de Libre-échange entre les États-Unis, les États d'Amérique Centrale et la République Dominicaine, Washington D. C., 5 août 2004, Annexe II Réserves du Costa Rica.

[842] Accord de libre-échange entre le Canada et le Honduras, Ottawa, 5 novembre 2013, annexe I, Liste du Honduras, 5 novembre 2013 : « *Seul l'État, par l'intermédiaire de ses municipalités, peut fournir les services publics de distribution de l'eau, d'évacuation des ordures, ainsi que les services d'assainissement et d'hygiène. Il est entendu que les municipalités sont responsables de la construction des aqueducs, de l'entretien et de la gestion de l'approvisionnement en eau potable, des systèmes d'égout sanitaire et de drainage, ainsi que de la promotion et de l'exécution de travaux connexes* » ; voir aussi l'Accord de libre-échange entre l'Amérique Centrale, les États-Unis et la République dominicaine, *op. cit.,* note 841, Annexe I, Liste du Honduras.

[843] Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou, Ottawa, 29 mai 2008, annexe II, réserves du Pérou, 29 mai 2008 ; Accord de libre-échange entre le Costa Rica et le Pérou, *op. cit.,* note 841, annexe II, réserves du Pérou ; Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Pérou, 12 avril 2006, annexe II, réserves du Pérou.

[844] Le Parlement européen a qualifié ce choix d'exceptionnel et a précisé qu'il ne saurait être répliqué dans les négociations futures. Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur les relations commerciales entre l'Union européenne et le Canada,* 8 Juin 2011, P7_TA- PROV(2011)0257, para 5.

comprenant les « *services de captage, d'épuration et de distribution d'eau* »[845]. Le Canada introduit une réserve à l'accès au marché et au traitement national par laquelle il préserve son « *droit d'adopter ou de maintenir une mesure relative au captage, à l'épuration et à la distribution d'eau* ». L'Union européenne se « *réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative aux activités, y compris les services relatifs au captage, à l'épuration et à la distribution d'eau aux ménages et aux utilisateurs industriels, commerciaux ou autres, y compris l'approvisionnement en eau potable et la gestion de l'eau* ».

On citera à titre d'exemple d'autres accords à listes négatives dans lesquels la spécificité de la distribution d'eau potable est affirmée : c'est le cas des accords auxquels la Corée est partie[846], ceux de Singapour[847], du Chili[848] ou encore du Panama[849].

199. Pour l'heure, apparaît une volonté claire des États de maintenir leur autonomie en matière d'organisation de leurs marchés de services de distribution d'eau potable et d'assainissement. Ces activités sont maintenues hors du spectre de la libéralisation du commerce international de services mais, comme nous l'avons évoqué, le TISA et son approche de libéralisation à listes négatives pourrait changer la donne. À l'heure actuelle, les entreprises multinationales accèdent au marché international des services d'eau par le biais de partenariats public-privé et bénéficient du régime protecteur du droit international des investissements.

---

[845] « *La Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique, en abrégé CITI, est une classification internationale de référence de la Division statistique des Nations Unies (UNSD) relative aux activités économiques et qui permet aux entités d'être classifiées selon l'activité réalisée. La classification CITI combine les unités statistiques selon leur caractère, la technologie utilisée, l'organisation et le financement de la production. La classification CITI est très utilisée dans les domaines de la démographie, de la production, de l'emploi, du produit intérieur brut et des autres activités économiques. C'est un outil de base pour l'étude des phénomènes économiques qui favorise la comparabilité internationale des données et pour promouvoir le développement de systèmes statistiques nationaux cohérents* » https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:International_standard_industrial_classification_of_all_economic_activities_(ISIC)/fr#:~:text=La%20Classification%20internationale%20type%2C%20par,%C3%AAtre%20classifi%C3%A9es%20selon%20l'activit%C3%A9 (consulté le 10 décembre 2020).

[846] Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée, 22 septembre 2014, annexe II, réserves de la Corée ; Accord de libre-échange entre la République de Corée et l'Australie, 8 avril 2014, annexe II réserves de la Corée ; Accord de libre-échange entre la République de Corée et la Nouvelle-Zélande, 23 mars 2015, annexe II, réserves de la Corée.

[847] Accord de libre-échange entre le Costa Rica et Singapour, *op. cit.,* note 841, annexe II, réserves de Singapour ; Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, *op. cit.,* note 651, annexe 8B, réserves de Singapour.

[848] Le Chili intègre dans ses Accords une réserve aux mesures ultérieures par laquelle il se réserve le droit « *d'adopter ou de maintenir des mesures exigeant que les services de production et de distribution de l'eau potable, de collecte et d'évacuation des eaux d'égout ainsi que les services sanitaires comme l'élimination des déchets solides et liquides et le traitement des eaux usées ne soient offerts que par des personnes morales chiliennes* ». Voir par exemple, Accord de libre-échange entre le Chili et l'Australie, 10 juillet 2008 ; Accord de libre-échange entre le Chili et la Corée, 1er février 2003 ; Accord de libre-échange entre le Chili et les États-Unis, Miami, 6 juin 2003.

[849] Dans l'Accord entre le Panama et les États-Unis, dans lequel le Panama introduit une limitation au traitement national pour ce qui est des investissements dans le secteur de la fourniture d'eau potable (Accord de libre-échange entre le Panama et les États-Unis, Washington D. C., 28 juin 2007, annexe I, réserves du Panama).

II. L'accès au régime protecteur du droit international des investissements

200. Les contrats de concessions par lesquels les opérateurs privés ont pénétré le secteur des services d'eau entrent dans le champ des définitions de l'investissement étranger que l'on trouve dans les TBI[850]. Les tribunaux arbitraux ont toujours été enclins à appréhender les droits contractuels comme s'intégrant à la définition de l'investissement ou en tant qu'élément de la propriété, susceptibles de faire l'objet d'expropriation, comme cela a été reconnu par nombreux tribunaux[851].

201. Les obligations à la charge du fournisseur de service sont, pour une large part, consignées dans le contrat de concession. Ces contrats spécifient par exemple le régime tarifaire et son mode de révision, les objectifs à atteindre en matière de qualité de l'eau et d'investissements dans l'infrastructure. L'élément déclencheur de la plupart des différends d'investissements survenus dans le secteur des services d'eau potable ayant impliqué l'Argentine, est lié au refus de l'entité publique cocontractante de procéder à la révision des tarifs des services conformément aux contrats[852]. Dans ces différends, l'Argentine a systématiquement mis en avant la nature contractuelle des réclamations des investisseurs en vue de contester la compétence des tribunaux arbitraux. La détermination du fondement de la réclamation en matière d'arbitrage d'investissement est capitale en ce qu'elle détermine le droit applicable et

[850] Ainsi en est-il par exemple, dans l'Accord entre la France et l'Argentine. Le champ des investissements protégés couvre « *les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat* » (Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la France et l'Argentine, Paris, 3 juillet 1991, article 1. 1) e).

[851] Voir par exemple, les sentences *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte*, CIRDI, ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, para. 164 ; *Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Center et Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, sentence du 27 octobre 1989 ; *Wena Hotels c. République arabe d'Égypte*, CIRDI, ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, para. 98 ; *CME Czech Republic B V c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 13 septembre 2001, para. 591 ; *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI, ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, para. 60 ; *Tokios Tokelès c. Ukraine*, CIRDI, ARB/02/18, sentence du 29 avril 2004, paras. 92-93 ; *Siemens c. Argentine*, CIRDI, ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, para. 269 ; *AWG Group Ltd. c. Argentine*, CIRDI, ARB/03/19, sentence du 30 juillet 2010, para. 151. Voir aussi dans la jurisprudence de la CPJI : affaire *Oscar Chinn (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Belgique)*, CPJI, arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n° 63, p. 88 ; *Affaire des intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, CPJI, arrêt du 25 mai 1926, Série A, n° 7, p. 44.

[852] Voir notamment, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua, S. A. c. Argentine (Suez Interaguas c. Argentine)*, CIRDI, ARB/03/17, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010 et sentence du 4 décembre 2015 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. c. Argentine* (II) (*Suez Vivendi c. Argentine)*, CIRDI, ARB/03/19 ; *Impregilo S. p. A. c. Argentine (I)*, CIRDI, ARB/07/17 ; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, CIRDI, ARB/07/26, sentence du 19 décembre, 2016 ; *Aguas del Tunari c. Bolivie*, CIRDI, ARB/03/2, sentence sur la compétence du 21 octobre 2005 ; *Azurix Corp. c. Argentine (I)*, CIRDI, ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006 ; *SAUR International c. Argentine*, CIRDI, ARB/04/4, sentence du 22 mai 2014 ; *Compañia de Aguas del Aconquija, SA et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3.

le juge compétent pour trancher le différend[853]. Cette question a donné lieu à de riches débats doctrinaux[854]. L'Argentine soutenait que ces différends auraient dû être réglés sur la base du droit interne devant les juridictions locales conformément à ce que prévoyaient les contrats[855]. C'est l'argument qu'elle a par exemple soulevé dans le différend *Compañia de Aguas del*

[853] Voir P. MAYER, « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI,* 2009, n° 1, pp. 71-96. Voir également ses remarques dans W. BEN HAMIDA, I. FADLALLAH, P. MAYER, A. MOURRE, « L'enchevêtrement des procédures - Table ronde », dans C. LEBEN, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 129-142.

[854] Voir notamment J. CRAWFORD, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration international*, 2008, vol. 24, n° 3, pp. 351-374; Z. DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYBIL*, 2003, vol. 74, n° 1, pp. 151-289 ; C. SCHREUER, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered », dans T. WEILER (dir.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 28-324.

[855] La question de l'ordre juridique de rattachement de certains contrats a fait l'objet de riches débats doctrinaux. Pour les premières réflexions doctrinales sur ces contrats, voir F. A. MANN, « The Law Governing State Contracts », *BYBIL*, 1944, reproduit dans *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, pp. 179-210. L'auteur suggère de soumettre les contrats publics d'emprunt au droit international public en vue de les faire échapper au droit interne de l'État contractant. La théorie des contrats d'État repose sur l'idée qu'il est indispensable, afin d'offrir une garantie au cocontractant privé, de faire échapper le contrat à la mutabilité des ordres juridiques internes. Les raisons qui justifieraient l'internationalisation de ces contrats ont fait l'objet d'analyses diverses en doctrine. Prosper Weil la justifie en raison de leur « *centre de gravité* » qui se situerait dans l'ordre juridique international, ce qui est le cas notamment lorsque leur conclusion est précédée de négociations internationales. Ces contrats font partie intégrante de la politique étrangère de l'État d'accueil. (P. WEIL, *op. cit.,* note 733, p. 186 ; P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992-VI*,* 237*,* p. 96 ; voir aussi G. COHEN JONATHAN « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen », *AFDI*, 1977, pp. 452-479 ; P.-M. DUPUY , « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2003, t. 297, p. 102). Pierre Mayer opère une distinction entre l'État-Administration « *tel qu'il apparait dans le droit interne* » et l'État au sens du droit international, c'est-à-dire, l'État sujet de droit international. La spécificité du contrat d'état est qu'il est conclu entre une entreprise étrangère et un État au sens du droit international. Certaines clauses insérées dans les contrats d'État permettent de différencier l'État-Administration de l'État sujet de droit international. C'est le cas des clauses compromissoires qui, en donnant compétence à un tribunal arbitral pour le règlement des différends, font échapper ces contrats à l'ordre juridique interne. Il en va de même pour les clauses de stabilisation. Lorsque les parties choisissent le droit interne en tant que droit applicable, elles précisent ce choix en insérant dans le contrat une clause de stabilisation ou dans le traité une clause parapluie, qui a pour effet de geler l'application du droit interne tel qu'il existe à la date de signature du contrat. Ainsi, par ces clauses, tout changement réglementaire postérieur à la signature du contrat est inopposable à l'investisseur. La doctrine et la jurisprudence ont assimilé le droit interne stabilisé à du droit international, dans la mesure où ces règles dérivent de la sphère normative internationale. En effet, l'introduction de ces clauses ne fait pas du droit interne de l'État contractant le droit applicable, mais plutôt « *un corps de règles identiques à ce droit à la date de stabilisation et qui se trouve incorporé au contrat, comme si on avait recopié ces règles dans celui-ci* ». (P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI,* 1986, vol. 113, pp. 5-78). Ainsi, le droit de l'État hôte stabilisé doit être assimilé à un « *ensemble de règles concordant avec le droit de l'État à la date de la stabilisation, ensemble incorporé dans le contrat »,* ensemble de règle se trouvant dans une « *situation d'extériorité par rapport à l'ordre juridique de l'État contractant* » (C. LEBEN, note 733, p. 266). Si la jurisprudence du début du siècle dernier a éprouvé quelques réticences à valider l'approche de l'internationalisation de ces contrats – en témoigne l'affaire des emprunts serbes, dans laquelle la CPJI a énoncé dans un *dictum* célèbre le principe selon lequel tout contrat relève d'un droit interne donné (CPJI, Série A n° 20-21, arrêts n° 14-15, 12 juillet 1929, p. 41), elle a été validée dans plusieurs sentences arbitrales rendues entre les années 1930 et 1960 dans les secteurs minier et énergétique (voir notamment les sentences *Lena Goldfields c. Gouvernement soviétique*, sentence du 2 septembre 1930, *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, pp. 42-53 ; *Arabian American Oil Company (Aramco) c. Arabie saoudite*, 23 août 1958, dans *Revue critique de droit international privé*, 1963, pp. 272-363; *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Oil Company*, 15 mars 1963, dans *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 273-302). Les tribunaux d'investissement CIRDI vont « *confirmer et même banaliser le recours au droit international pour trancher des litiges contractuels sur les investissements et, (vont) par là même …contribuer à la consolidation de la notion de contrat d'État* » (C. LEBEN, *op. cit.,* note 733, p. 277).

Aconquija c. Argentine[856]. Les clauses de compétence contractuelles désignant généralement les juridictions nationales, et celles des traités renvoyant à l'arbitrage d'investissement, on se trouvait face à une situation de concurrence entre les procédures[857]. Dans ce cas d'espèce, le contrat de concession pour la distribution de services d'eau potable et d'assainissement dans la province de Tucuman donnait compétence exclusive aux juridictions administratives de la province pour toutes questions liées à l'application et à l'interprétation du contrat[858]. Les investisseurs invoquaient quant à eux des violations par l'État d'accueil du TBI entre la France et l'Argentine. Le contrat de concession établissait un mécanisme tarifaire structuré de manière à ce que les augmentations de tarifs aient lieu durant les premières années du contrat[859]. À la suite de l'élection d'un Gouverneur notoirement opposé à la concession en octobre 1995, la province de Tucuman avait imposé une limite à la capacité du concessionnaire d'augmenter les tarifs, en dépit des termes du contrat, et restreint sa possibilité d'interrompre la fourniture du service aux consommateurs pour non-paiement. Les multiples tentatives de renégociation ayant échoué, le concessionnaire a résilié la concession en août 1997[860]. En septembre 1997, la province rejeta l'avis de résiliation et mit fin au contrat, alléguant un défaut d'exécution[861]. Plusieurs violations du TBI signé entre l'Argentine et la France ont été constatées, pour lesquelles Vivendi s'est vu alloué 105 millions de dollars de compensation[862]. La méthode proposée par le comité *ad hoc* aux fins de différenciation des réclamations contractuelles, d'une

---

[856] *Compañia de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000*.,* para. 41.

[857] Le droit international a traditionnellement résolu la concurrence des procédures en appliquant la règle de l'épuisement des voies de recours. Dans le contentieux de l'investissement, les tribunaux arbitraux rejettent systématiquement l'application de cette règle, sauf dans les cas où elle est expressément prévue dans le TBI applicable. *Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine*, *Ibid.,* para. 81 ; *Compañia de Aguas de Aconquija, S. A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3, comité ad hoc, décision d'annulation, 3 juillet 2002, para. 52. Voir sur ce point Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; A. PELLET, « Adieu Philippines. Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle. Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard,* Paris, Pedone, 2009, pp. 97-110 ; W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, vol. 51, n° 1, p.567.

[858] Voir *Concession Contract for Water and Sewage Services in the Province of Tucuman*, 18 mai 1995, article 16(4)

[859] L'arrivée sur le marché de *Aguas del Aconquija* avait donné lieu à une augmentation de 69,7% des tarifs par rapport aux tarifs anciennement appliqués par le monopole public. Voir *Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine, op. cit.*, note 601, para. 4.10.3; N. J. CALAMITA, « Are Investments in Water Different ? Sectoral Economics, Investment Treaty Architecture, and Role of Governance », dans J. CHAISSE (dir.), *The Regulation of the Global Water Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017*,* p. 49.

[860] *Compañia de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, para. 37.

[861] *Ibid.* para. 38.

[862] À la suite de la décision d'annulation, le 29 août 2003, les demandeurs ont à nouveau soumis le différend au CIRDI. L'affaire resoumise continue a le même numéro de dossier, attribué à l'affaire d'origine. *Compañia de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, *op. cit.*, note 601, para. 2.3.1.

part, et des réclamations découlant du traité, d'autre part, a depuis été reprise dans plusieurs sentences arbitrales[863]. Les premières doivent être portées devant le juge désigné par le contrat, tandis que les secondes relèvent de la compétence du mécanisme prévu par la Convention CIRDI. Cela étant dit, le Comité a insisté sur le fait qu'un tribunal d'investissement pouvait être amené à se prononcer sur des réclamations contractuelles[864]. Dans sa sentence *Vivendi* de 2000, le tribunal arbitral avait décliné sa compétence en raison de la nature contractuelle de la réclamation. Constatant qu'il n'était pas prouvé que l'Argentine avait violé ses obligations au titre du TBI, il avait également rejeté la réclamation conventionnelle. Le comité ad hoc a jugé que ce refus de se prononcer sur la requête contractuelle était constitutif d'un excès de pouvoir[865]. En effet, l'Argentine ne pouvait s'appuyer sur la clause de juridiction exclusive du contrat pour échapper à une qualification de ses actes comme étant internationalement illicites au regard du traité. Au contraire, l'examen du contrat était indispensable pour caractériser les actions prises par l'Argentine au regard du TBI. Le comité a ainsi mis en valeur le caractère interdépendant des deux types de réclamations en précisant qu'« *il [était] manifeste qu'un différend relatif à un investissement [pouvait] en même temps soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du [TBI] et des questions de nature contractuelle* »[866]. Le Comité poursuit en soulignant qu'« *une action fondée sur un traité diffère d'une action reposant sur un contrat ; elle requiert qu'il soit clairement démontré qu'un comportement, dans les circonstances de l'espèce va à l'encontre des dispositions du traité »*[867]. Par conséquent, en introduisant une réclamation devant le CIRDI, l'investisseur court le « *risque qu'un tribunal décide que les actes contestés ne [peuvent] s'élever, ni individuellement, ni collectivement au rang d'une violation du [TBI]* »[868]. Il reste que la distinction entre réclamation contractuelle et réclamation conventionnelle confère incontestablement un avantage à l'investisseur étranger, ce dernier pouvant « *utiliser successivement ou simultanément les deux procédures* »[869]. Ce privilège est renforcé par le

[863] Voir par ex. dans les différends relatifs aux délégations de services publics en Argentine : *Azurix Corp., c. République Argentine,* CIRDI, ARB/01/12, Sentence sur la compétence, 8 décembre 2003 ; *CMS Gas Transmission Co. c. République Argentine,* CIRDI, ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003.
[864] *Compañia de Aguas del Aconquija S. A.*, *op. cit.*, note 601.
[865] Décision d'annulation du comité ad hoc, *op. cit.,* note 857, para. 96 ; voir également la sentence *CMS Gas c. Argentine*, *op. cit.,* note 863.
[866] Décision d'annulation du comité ad hoc, *ibid.*, para. 60, traduit dans E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 736.
[867] *Ibid.,* para. 113.
[868] *Ibid.*
[869] De plus, « *une clause contractuelle de règlement des différends ne peut pas interdire l'investisseur de soumettre une réclamation relative à un traité d'investissement à l'arbitre statuant sur le fondement de ce traité* » (O. DANIC, *L'émergence du droit international des investissements, Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI,* Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2012, p. 518).

phénomène de « *consentement dissocié* »[870] des parties – « *figure maitresse* »[871] du règlement des différends d'investissement expliquant l'asymétrie procédurale entre investisseurs et États[872] – par lequel seul l'investisseur peut actionner la procédure, l'État étant « *réputé avoir donné par avance son consentement à la compétence du Centre* »[873].

202. La tendance des investisseurs à « *habiller des réclamations purement contractuelles par la couverture conventionnelle* »[874] apparaît nettement dans les contentieux relatifs aux services de distribution d'eau. La distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles « *prend alors tout son sens, seules les secondes étant soumises d'office au droit international comme lex causae* »[875]. Les arbitres se tournent « *spontanément et logiquement* »[876] vers le droit international, puisque ces différends sont « *engendrés par [d]es instruments ancrés dans l'ordre juridique internationa*l »[877]. La distinction entre les requêtes a ainsi permis aux investisseurs de contourner l'application du droit interne, aboutissant à une contraction des sources de droit applicables. Dans les différends argentins, les tribunaux arbitraux n'ont pris en compte le droit interne, que de manière limitée, en tant qu'élément factuel, à l'image de la sentence *Azurix* dans laquelle l'Argentine plaidait pour l'application du droit interne, les obligations pesant sur l'investisseur en matière de normes de qualité de l'eau étant définies par ce droit[878]. Dans la sentence *Suez Interaguas c. Argentine*, tout en reconnaissant que la

[870] W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, vol. 7, n° 4, p.261.
[871] C. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI,* 2004, vol. 50, p. 684. Voir à ce propos également J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.,* 1995, vol. 10, n° 2, pp. 232-257 ; S. MANCIAUX, *Investissement étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du CIRDI,* Thèse de doctorat en droit, Dijon, 1998; W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral,* Thèse de doctorat en droit privé, Paris II Panthéon – Assas, 2003.
[872] L'État n'est jamais demandeur initial, faute de consentement dissocié de l'investisseur, ce dernier étant réputé donner son consentement en ayant recours à l'arbitrage. La sentence *AAPL c. Sri Lanka* représente le point de rencontre entre le phénomène de prolifération des AII et la naissance de l'arbitrage transnational (voir *Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka*, CIRDI, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990). Une première brèche avait été ouverte avec la sentence *SPP c. Égypte* dans laquelle le tribunal avait admis que l'investisseur pouvait se fonder sur une loi nationale prévoyant le recours à l'arbitrage pour engager une procédure à l'encontre d'un État, cela en l'absence de clause compromissoire (voir *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c./ Égypte,* CIRDI, ARB/84/3). Dans le différend *AAPL c. Sri Lanka*, intervenu deux ans plus tard, le tribunal s'est estimé compétent pour trancher le litige en se fondant sur le TBI entre le Royaume Uni et le Sri Lanka renvoyant à l'arbitrage CIRDI.
[873] S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160, p. 12. En effet, la simple mention de la possibilité du recours à arbitrage inscrite dans le TBI est interprétée comme une manifestation du consentement de l'État d'accueil.
[874] Z. DOUGLAS, *op. cit.* note 854; W. BEN HAMIDA, *op. cit.* note 857, pp. 195-221, p. 200.
[875] O. DANIC, *op. cit.* note 869, p. 505.
[876] F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI,* 2008, vol. 54, pp. 467-512, p. 478.
[877] *Ibid*.
[878] Voir *Azurix Corp. c. Argentine*, CIRDI, ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, para. 67 ; Z. DOUGLAS, *op. cit.,* note 857, p. 71. Voir dans le même sens, *Electrabel S. A. c. Hongrie,* CIRDI, ARB/07/19, décision du 30 novembre 2012, para 4.128 ; *Iannis Kardassopoulos c. Géorgie,* CIRDI, ARB/05/18, décision sur la compétence

résolution du différend nécessitait de prendre en compte le cadre juridique de la concession, dans la mesure où ce cadre définissait les droits et les obligations de l'investisseur[879], le tribunal ne l'a examiné que superficiellement, précisément en raison de la nature de la réclamation de l'investisseur, fondée sur une violation du TBI[880]. En vue de déterminer si le traitement accordé par l'Argentine à l'investisseur – à travers sa législation, ses réglementations et ses actions administratives – était constitutif d'une violation du TBI, il était nécessaire de se « *référer et d'examiner* » le droit argentin[881]. Mais ces « *législations et réglementations ne peuvent en elles-mêmes outrepasser ou modifier les engagements internationaux de l'Argentine* »[882].

Conclusion du Chapitre

203. Au stade de l'opération de qualification, le droit international économique se désintéresse de la singularité de l'eau et des services publics qui lui sont liés : aucune qualification spécifique ne leur est réservée. Aucun élément du GATT ne permet d'exclure l'eau de son champ d'application, et il semblerait que la clause d'exclusion de l'AGCS ne permette pas *a priori* de préserver les services publics de l'eau. Concernant ces services publics, c'est en raison de leur mode de gestion, pouvant reposer sur une logique commerciale, qu'ils

---

du 6 juillet 2007, para. 145 ; *Alps Finance and Trade AG c. République Slovaque,* CNUDCI, sentence du 5 mars 2011, para. 197.

[879] *Suez Interaguas. op. cit.,* note 852, 30 juillet 2010, para. 64.

[880] *Ibid.*, paras. 57 et 64. Les tribunaux ont considéré qu'en l'espèce, les dispositions des TBIs – qui n'opéraient aucune hiérarchisation entre le droit interne, les dispositions du TBI et les principes pertinents du droit international – étaient primordiales (voir l'article 8.4 du TBI entre l'Argentine et la France et l'article X(5) du TBI entre l'Argentine et l'Espagne). Depuis la décision du comité ad hoc dans le différend *Wena Hotels c. Égypte*, le principe qui a fini par s'imposer est celui du droit international applicable à titre principal (*Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, CIRDI, ARB/98/4, décision d'annulation du 5 février 2002, para. 38) même lorsque le choix des parties en matière de droit applicable se porte exclusivement sur le droit interne. Les tribunaux arbitraux sont réticents à *« abandonner le droit international en faveur du droit interne de l'État hôte »* (C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 585). On rappellera que Le comité ad hoc du différend *Klöckner c. Cameroun* avait interprété la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI comme conférant au droit international un rôle complémentaire ou correctif (voir *Klöckner c. Cameroun*, CIRDI, ARB/81/2, comité ad hoc, décision d'annulation, 3 mai 1985). Le comité ad hoc saisi du différend *Wena Hotels c. Égypte* a introduit un changement d'approche en affirmant la priorité du droit international sur le droit interne, cantonnant ce dernier à un rôle subsidiaire en cas de carence du premier. Voir E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, « The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.,* 2003, vol. 18, n °2, pp. 375-411. La plupart des tribunaux arbitraux ont endossé la solution Wena. Voir par exemple, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. Argentine,* CIRDI, ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paras. 95-96 ; *Enron Corporation c. Argentine*, CIRDI, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, para 207).

[881] *Suez Interagua*, *op. cit.,* note 879, para. 62.

[882] *Ibid.*

ne sont *a priori* pas exclus du champ du commerce international de services. L'interprétation textualiste des Accords de l'OMC nous a permis de faire émerger le prélèvement comme critère de transformation de l'eau, ressource naturelle en produit. L'eau se trouvant à l'état naturel est en principe exclue des règles de l'OMC, mais il semblerait qu'elle soit susceptible d'entrer dans la catégorie des biens, au sens de l'Accord SMC, lorsqu'elle fait l'objet de droits exclusifs. L'emprise du droit international du commerce dépend du choix de l'État de mener une politique d'exploitation ou de préservation, et pour l'heure, ils privilégient la seconde option. Il n'en demeure pas moins que l'amplitude du champ de la libéralisation est particulièrement vaste ; au regard du droit international du commerce, tout est libéralisable.

204. Le risque de déstabilisation de la figure de l'État gardien des ressources en eau nationales est plus net et immédiat dès lors que l'on se place dans le champ du droit international des investissements. L'affaire *Bayview Irrigation District c. Mexique* s'inscrit certes dans une tendance des tribunaux arbitraux à s'appuyer sur le droit interne en vue de déterminer l'existence de droits de propriété, ce qui est fondamental dans le domaine de l'eau dans la mesure où son régime juridique est, en droit interne, marqué par le refoulement de l'appropriation privée exclusive. Il reste que le potentiel d'interférence du droit international des investissements sur les prérogatives de l'État est tout à fait considérable, dans la mesure où ce corps de normes s'intéresse à la protection des droits des investisseurs étrangers, et notamment leur droit d'exploiter des ressources naturelles. À ce titre, les tribunaux d'investissement peuvent être amenés à analyser tout type de mesures d'intérêt général prises pour garantir l'utilisation collective de l'eau ou protéger les utilisations prioritaires, dès lors qu'elles affectent la valeur des actifs de l'investissement.

CONCLUSION DU TITRE I

205. L'eau est à la fois une ressource d'intérêt public et une ressource économique, caractère dont nous avons mis en exergue la pluralité de significations et de déclinaisons. On rappellera que c'est précisément la valeur économique des cours d'eau, en tant que voies de communication et d'échanges commerciaux, qui a historiquement justifié le contrôle de l'État sur ces ressources et le rejet des formes de gestion communautaires. Récemment, l'accent porté sur cette valeur économique dans les politiques de gestion de l'eau s'est inscrit dans une stratégie de conservation – comme en atteste la formalisation et la tarification du droit d'utiliser l'eau – et de pérennité, comme l'illustre le principe de recouvrement des coûts dans le secteur des services publics de l'eau. Enfin, l'eau et ses services font l'objet d'exploitation commerciale. Le concept de marchandisation est à cet égard tout à fait pertinent dans le secteur des services publics, dans la mesure où l'approche économique a créé de nouvelles opportunités d'affaires et de marchés pour les opérateurs privés.

206. Exploitée au plan transnational, l'eau est devenue l'objet de règles relevant du droit international économique. La branche dédiée à la protection des investissements étrangers ne singularise pas la ressource dans la mesure où elle se concentre sur la protection des droits d'exploitation des opérateurs privés, droits qui peuvent précisément porter sur l'eau ou sur ses services publics. Or, l'attraction de l'eau vers cette sphère juridique destinée à la protection des droits et intérêts économiques est de nature à perturber l'affirmation de la figure de l'État et la réalisation de sa mission résolument orientée vers une finalité non marchande, à savoir l'utilisation collective de la ressource. Le droit international économique offre en outre, aux opérateurs économiques exploitant commercialement l'eau et ses services des mécanismes de garantie particulièrement efficaces.

207. Il convient donc d'observer comment les branches non économiques du droit international appelées à encadrer certaines utilisations de l'eau n'appréhendent que de manière partielle l'enjeu d'utilisation collective et n'ont par ailleurs que très peu d'emprise sur la dimension marchande de l'eau. Ce traitement lacunaire, découlant de l'approche statocentrée du droit international, met en lumière les limites de ce dernier pour répondre aux enjeux suscités par la crise de l'eau.

TITRE II – L'EAU EN DROIT INTERNATIONAL NON ÉCONOMIQUE : UNE APPROCHE STATOCENTRÉE

208. En droit interne, l'enjeu d'utilisation collective de l'eau confère à l'État un rôle de premier plan impliquant de concilier les diverses utilisations dont la ressource peut faire l'objet et qu'il en encadre l'appropriation privée. En raison de l'attraction que produit le paradigme de la territorialité, la préoccupation de l'utilisation collective de l'eau est pour l'heure confinée en droit international au strict cadre des États partageant sur leur territoire des ressources en eau. L'analyse du droit des cours d'eau internationaux demeure pertinente dans la mesure où elle renseigne sur la manière dont des États riverains organisent entre eux l'utilisation et la gestion de ressources communes. Il faut, à cet égard, rendre compte de l'évolution du droit des cours d'eau internationaux, de plus en plus centré sur l'enjeu de protection environnementale et tendant à ce titre à dépasser, à certains égards, du prisme de la territorialité (*chapitre III*). La protection des utilisations prioritaires de l'eau à travers la reconnaissance du droit de l'homme à l'eau, autre développement récent de la régulation internationale de l'eau, concourt à diffuser l'enjeu de l'utilisation collective de l'eau dans l'ordre juridique international. Cette reconnaissance permet en outre, dans une certaine mesure, de faire contrepoids à la marchandisation de l'eau et de ses services. Mais le droit international des droits de l'homme tout comme le droit international de l'environnement, marqués par le statocentrisme, n'ont qu'une faible emprise sur les entreprises exploitant l'eau et ses services publics. Ces lacunes s'avèrent particulièrement problématiques au regard des impacts sociaux et environnementaux considérables de leurs activités *(chapitre IV)*.

CHAPITRE III – LE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE À L'EAU, ENTRE INTÉRÊT TERRITORIAL ET INTÉRÊT COMMUN

209. À l'état naturel, la localisation de l'eau et sa circulation ne se calquent pas sur les frontières politiques des États. On compte plus de deux cent soixante bassins fluviaux internationaux dans le monde[883] et plus de deux cent soixante-dix aquifères transfrontières. Cet état de fait a impulsé l'émergence, à partir du XIX^{ème} siècle, d'un corps de normes encadrant certaines utilisations de ces ressources naturelles transfrontières. D'abord envisagé pour assurer de bonnes relations entre États partageant des ressources en eau, le droit des cours d'eau internationaux s'inscrit de plus en plus dans le cadre de la coopération. Il reste que, pour l'heure, la préoccupation de l'utilisation collective de l'eau est, dans l'ordre juridique international, exclusivement appréhendée dans le cadre des États partageant sur leur territoire des ressources hydriques. L'étude du droit des cours d'eau internationaux renseigne sur la manière dont ces derniers envisagent la gestion de ressources communes (*section I*). Ce droit s'est progressivement ouvert sur des enjeux contemporains, comme la protection environnementale de la ressource et sa conservation, défis majeurs nécessitant de s'affranchir du prisme de la territorialité (*section II*).

Section I. La préoccupation de l'utilisation collective confinée au cas des ressources en eau situées sur le territoire de deux ou plusieurs États

210. Les conceptions absolues de la souveraineté territoriale sont tout à fait inadaptées à la gestion et à la protection de ressources naturelles transfrontières. Le régime juridique des eaux transfrontières est fondé sur l'égalité et l'interdépendance des États partageant sur leurs territoires ces ressources (I). Le droit international ne va pas jusqu'à réserver un statut juridique ou définir un régime de propriété pour ces eaux et pour celles relevant exclusivement de la souveraineté territoriale des États, ce qui laisse un espace ouvert à des approches marchandes (II).

[883] Parmi eux, 59 se trouvent en Afrique, 57 en Asie, 69 en Europe, 38 en Amérique du Sud et 40 en Amérique du Nord.

I. L'égalité et l'interdépendance des États partageant des ressources en eau

211. L'intérêt stratégique des cours d'eau internationaux a encouragé l'émergence de règles destinées à assurer des relations de bon voisinage entre États riverains (A). Alors que la théorie de la souveraineté territoriale limitée traduit l'égalité de droits entre ces États, la théorie de la communauté d'intérêts repose sur leur interdépendance. Dans les régimes épousant cette approche, ce sont les bénéfices additionnels projetés de l'action coordonnée qui constituent le levier de coopération entre États (B). Quel que soit le niveau d'intégration voulu par les États, les régimes applicables aux ressources transfrontières reposent avant tout sur une logique de partage des utilisations de l'eau, et non pas de la ressource elle-même (C).

A. L'eau du cours d'eau international en tant que ressource stratégique

212. Le droit international applicable aux ressources en eau transfrontières est ancien[884]. Il a connu à partir du XIX^{ème} siècle un développement unique épousant, de la même manière que les droits internes[885], une approche utilitariste liée aux orientations et priorités économiques des États. L'examen des traités internationaux relatifs à l'utilisation des cours d'eau internationaux rend ainsi compte des utilisations principales de la ressource sur une période donnée[886].

213. Les instruments antérieurs à 1930 s'attachent principalement à réglementer l'utilisation des fleuves internationaux aux fins de navigation ou en tant que frontières[887]. Les ressources en eau internationales sont dans ce cadre appréhendées comme un moyen de consolider leur assise territoriale et d'accompagner leur développement économique. Voie de communication et d'échanges commerciaux, ou encore « *référence naturelle pour fixer une frontière entre des*

---

[884] Le plus ancien traité dont nous avons connaissance date de 3100 avant Jésus-Christ. Il a été conclu entre les cités-États sumériennes d'Umma et de Lagash. Voir E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 35, p. 231.
[885] Voir Chapitre I.
[886] Voir le travail de compilation des traités réalisé par E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 35. Voir également le *Répertoire systématique par bassin de traités, déclarations, textes législatifs et jurisprudence concernant les ressources en eau,* Rome, FAO, 1978, consultable sur https://www.ircwash.org/sites/default/files/820-INT78-18710.pdf (consulté le 28 juin 2021).
[887] Sur l'utilisation des fleuves en tant que frontières, voir l'arrêt de la CIJ Kasikili/Sedudu *: « Les traités ou conventions qui définissent des frontières dans les cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière ». Affaire de l'Ile Kasikili/Sedudu* (Botswana / Namibie*),* arrêt du 13 décembre 1999, *CIJ Recueil* 1999, p. 1062, para. 24.

États »[888], le fleuve international constituera l'unité géographique de référence jusqu'à la seconde moitié du XX[ème] siècle. La liberté de navigation – dont la portée a fluctué au gré des époques[889] – a soutenu les stratégies d'expansion coloniale des puissances européennes[890]. Cette réalité historique a été rappelée par la Cour Internationale de Justice (CIJ) en ces termes :

> « *La navigation semble avoir été un élément qui a orienté le choix des puissances contractantes lorsqu'elles ont procédé à la délimitation de leurs sphères d'influence. En effet, les grands fleuves de l'Afrique ont traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain* »[891].

Le régime de l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 instaurant au bénéfice des huit États européens parties le principe de liberté de navigation et de commerce[892] a été étendu aux fleuves Congo et Niger ainsi qu'à leurs affluents par l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885[893], mettant ainsi en place un régime d'internationalisation pour ces voies d'eau. La liberté de navigation, incluant celle de transporter des marchandises[894], s'appliquera dès lors « *aux navires battant pavillon d'États riverains et non riverains sur toute l'étendue navigable d'un cours d'eau* »[895]. Mentionnons que le Nil fut soustrait à ce régime, la Grande-Bretagne cherchant à s'en assurer le contrôle « *en obtenant des autres riverains du fleuve ou des puissances administrantes un engagement à ne pas porter atteinte à l'écoulement des eaux* »[896]. Il en est de même pour le fleuve Sénégal, écarté du régime de Berlin et se trouvant dans une

---

[888] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, « Droit international et eau douce », *Juris Classeur Environnement,* Paris, 2007, para. 11. Les fleuves internationaux sont définis comme des « *eaux de surfaces mouvantes localisées dans le territoire de plus d'un État et pouvant comprendre les affluents situés sur le territoire de plus d'un État* ». Voir J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 506.

[889] L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Sur les rives du droit international de l'eau : entre universalité et particularismes », dans *M. G. Kohen (dir.), La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch,* Martinus Nijhoff, La Haye, 2006, pp. 687-688.

[890] Sur ces questions L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 167 ; L. CAFLISCH, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, 1989, t. 219, pp. 9-225 ; M. KAMTO, « Le droit international des ressources en eau continentales africaines », *AFDI,* 1990, vol. 30, pp. 843-911 ; D. VAN REYBROUCK, *Congo. Une histoire*, Arles, Actes sud, 2012 ; J.-M. DJOUSSOU, *L'Afrique, le GATT, et l'OMC : Entre territoires douaniers et régions commerciales*, Paris / Québec, L'Harmattan /Les presses de l'Université de Laval, 2000, p. 15 ; M. MUBIALA, *L'évolution du droit des cours d'eau internationaux à la lumière de l'expérience africaine, notamment dans le bassin du Congo – Zaïre,* Paris, PUF, 1995.

[891] CIJ, *Ile de Kasikili / Sedudu*, *op. cit.,* note 887, para. 44.

[892] Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, articles 108 et 117.

[893] Acte général de la Conférence de Berlin, 26 février 1885, reproduit dans C.-A. COLLIARD, A. MANIA, *Droit international et histoire diplomatique, documents choisis*, Paris, Montchrestien, 1971, pp. 434-444.

[894] *Ibid*. Voir aussi CPJI, *Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n°63.

[895] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, *op. cit.,* note 887.

[896] G. LE FLOCH, « Le difficile partage des eaux du Nil », *AFDI*, 2010, vol. 56, p. 475. Voir plus généralement sur le régime juridique du Nil : H. WOLDE-GIORGHIS, *Les défis juridiques des eaux du Nil*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; C. M. CARROLL, « Past and Future Legal Framework of the Nile River Basin », *Georgetown International Environmental Law Review*, 1999, vol. 12, n° 1, pp. 269-304.

situation de « *quasi vide juridique* »[897]. Les États riverains ont progressivement bâti un cadre juridique élaboré pour la gestion des eaux du bassin[898].

214. Les règles juridiques encadrant l'utilisation des ressources en eau internationales évoluent en réponse à des défis spécifiques. Dès la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}, « *la palette des activités à réglementer* »[899] s'est significativement enrichie. La diversification des utilisations et l'augmentation des besoins en eau liées à la révolution industrielle ont ainsi favorisé la définition de règles encadrant l'exploitation de la ressource aux fins de production d'électricité. Le Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international de 1921 est venu régir la construction et le fonctionnement d'installations hydrauliques, dans la mesure où de tels ouvrages venaient à gêner la navigation commerciale[900]. La Convention de Genève relative à l'aménagement des forces hydrauliques de 1923 conclue sous l'égide de la Société des Nations pose le principe du droit de tout État riverain, dans les limites du droit international, d'entreprendre sur son territoire toute opération utile au développement de l'énergie hydraulique qu'il juge nécessaire[901]. Avant d'engager des travaux d'aménagement de forces hydrauliques susceptibles de causer un préjudice grave, les États sont tenus de négocier en vue de conclure des accords destinés à permettre leur exécution[902]. Ils sont appelés à mener des évaluations en commun dans le but de faire émerger « *la solution la plus favorable à l'ensemble de leurs intérêts, et, compte tenu des ouvrages existants, entrepris ou projetés, d'arrêter un programme d'aménagement* »[903]. Ils conservent le droit de s'opposer à tout projet d'aménagement pour des « *motifs fondés sur des préjudices graves à [leur] économie ou [leur] sécurité nationales* »[904]. Il est ainsi tout à fait clair que c'est la dimension économique de l'eau, en tant que voie de communication et d'échanges d'une part et en tant que facteur de production d'autre part, qui a impulsé la définition de règles organisant son utilisation. Il faut enfin rendre

[897] M. M. MBENGUE, « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *African Yearbook of International Law,* 2006, vol. 12, pp. 312-313.
[898] Voir infra, paragraphe B).
[899] L. CAFLISCH, *op. cit.,* note 890, p. 36.
[900] Convention et Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, Barcelone, 20 avril 1921, *RTNU,* vol. 7, p. 35, article 10.
[901] Convention de Genève relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États (Siam, Nouvelle-Zélande, Empire britannique, Danemark, Autriche, Grèce, Hongrie, Dantzig, Panama, Irak, Égypte), 9 décembre 1923, *RTSDN*, vol. 36, p. 75.
[902] *Ibid.*, article 4.
[903] *Ibid.*, article 2.
[904] Voir H. A. SMITH, *The Economics uses of International Rivers,* Londres, P.S. King and Son Ltd., 1931. Voir aussi S. BAKAYOKO, « Le régime juridique conventionnel des cours d'eau internationaux », dans M. ARCARI, L. BALMOND, A.-S. MILLET-DEVALLE (dir.), *La gestion des espaces en droit international et européen,* Naples, Editoriale Scientifica, 2016 p.160.

compte de la prolifération à la fin du XIX[ème] du nombre d'accords relatifs à la pêche. Ils comportent des dispositions relatives à la pollution des eaux, mais uniquement dans la mesure où celle-ci est susceptible d'amoindrir les stocks de poisson[905]. L'approche retenue est ainsi utilitariste[906], la pollution n'étant interdite que dans le cadre de l'utilisation spécifique que constitue la pêche.

215. À partir des années 1960, la conclusion d'accords embrassant l'ensemble des utilisations autres que la navigation se multiplie, impliquant par suite une évolution de l'objet géographique appréhendé par le droit international. Cette décennie est en outre marquée par l'aboutissement de travaux de codification des règles régissant l'utilisation des ressources en eau transfrontières[907].

216. La multiplication des utilisations autres que la navigation, et les problématiques spécifiques qu'elles ont fait émerger – en premier lieu, celle de leur impact sur la qualité des eaux – ont rendu nécessaire une prise en compte de la réalité écologique des cours d'eau. En cela, les Règles sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux de 1966 (ci-après, « Règles d'Helsinki ») sont novatrices, en ce qu'elles affirment l'unité entre eaux souterraines et eaux de surface. Pour autant, elles ne couvrent que les eaux riveraines et excluent par conséquent les aquifères fossiles. Longtemps ignorées dans la pratique conventionnelle des États[908], les eaux souterraines sont intégrées à la Convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux du 17 mars 1992 (ci-après, « Convention d'Helsinki »*)* indépendamment de leur connexion ou non à un système de cours

[905] Voir par exemple Convention arrêtant des dispositions uniformes sur la pêche dans le Rhin et ses affluents, Lucerne, 18 mai 1887, *SLNU,* n° 113, p. 397, article 4.1 ; Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Prusse concernant la régulation des pêcheries dans les eaux frontières, Luxembourg, 5 novembre 1892, *SLNU,* n° 200, p. 176, article 2.

[906] K. SANGBANA, *La protection des eaux douces transfrontières contre la pollution : dimensions normatives et institutionnelles*, Genève, Schulthess, 2017, p. 12.

[907] Voir par exemple la Résolution relative à l'utilisation des eaux internationales non maritimes de l'Institut de Droit international, 1961, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1961, vol. 49-2, p. 381 ; International Law Association, Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, International Law Association, Rapport de la cinquante deuxièmes conférence, Helsinki, 1966, p. 506 ; on en trouve une traduction en français dans *Ann. CDI*, 1974, vol. II, 2[e] partie, p. 396.

[908] Il existe peu d'accords internationaux gouvernant les ressources souterraines. Tout au plus peut-on citer, l'Arrangement relatif à la protection, à l'utilisation et à la réalimentation de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois signé le 9 juin 1977 entre le Conseil d'État de la République et canton de Genève et le préfet de la Haute-Savoie ; la Convention relative à la protection, à l'utilisation, à la réalimentation et au suivi de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois du 18 septembre 2007, entre la Communauté d'agglomération de la région annemassienne, la Communauté de communes du Genevois, la Commune de Viry, d'une part, la République et canton de Genève, d'autre part ; l'Accord sur l'établissement d'un mécanisme de consultation pour le système aquifère du Sahara septentrional, 19-20 décembre 2002, entre l'Algérie, la Libye, et la Tunisie et la conclusion entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay de l'Accord sur l'Aquifère Guarani en 2010.

d'eau[909]. Cette convention élaborée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe est d'importance, un amendement adopté par les États parties en 2003 en ouvrant l'adhésion à tout État membre de l'ONU[910]. Les projets d'Articles de la Commission du Droit International (ci-après, « CDI ») sur le droit des aquifères transfrontières de 2008 définissent quant à eux l'aquifère comme *« une formation géologique perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation »* située dans plusieurs États[911]. Le recours à l'unité du bassin, approche technique et politique préconisée par les communautés scientifiques, s'inscrit dans une démarche de gestion intégrée prenant en compte la réalité naturelle et physique de l'eau[912]. Sur ce point encore, les Règles d'Helsinki de 1966 font preuve d'innovation. Bien que leur intitulé évoque les fleuves internationaux, leur champ est bien plus large, l'article 2 faisant référence au bassin de drainage qui désigne une « *zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs États et déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines, aboutissant en un point commun* »[913]. Il reste que le cours d'eau international demeure aujourd'hui le « *prisme dominant de la réglementation internationale* »[914]. Il s'agit de l'approche suivie dans la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après, « Convention des Nations Unies »). Elle définit cette unité comme un système « *d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun* »[915]. Cette définition exclut les eaux

[909] Les eaux transfrontières sont largement définies comme « *toutes les eaux superficielles et souterraines qui marquent les frontières entre deux États ou plus, les traversent ou sont situées sur ces frontières* » (Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, *op. cit,* note 406, article 1(1)).

[910] Le Sénégal et le Tchad y ont adhéré en 2018. Voir décision III/1, Amendement à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, reproduite dans ECE/MP.WAT/14, 12 janvier 2004.

[911] Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *Ann. CDI,* 2008, vol. II, 2ème partie, A/CN/4/SER.A/2008/Add.1(Part 2), article 2 (a) et (c).

[912] C'est par exemple l'approche prônée dans le programme d'action Agenda 21 (*Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para. 18.16).

[913] Règles relatives aux usages des eaux des cours d'eau internationaux, *op. cit.,* note 907, article 2.

[914] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op.cit.* note 890, p. 7.

[915] Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, New York 21 mai 1997, doc. A/51/869, *RTNU,* vol. 2999, article 2. a). Il s'agit en réalité d'« *un moyen terme entre les concepts de bassin de drainage international et de fleuve internationa*l ». En effet, elle est « *en retrait par rapport au premier, car elle n'englobe pas les eaux souterraines captives ; mais elle va au-delà du second en comprenant les lacs et les eaux souterraines reliées aux lacs et fleuves internationaux* » (Dictionnaire de droit international public, *op.cit.* note 888, p. 281.). Elle reste incomplète dans la mesure où elle ne prend pas en considération les autres éléments des écosystèmes comme les eaux souterraines non liées aux eaux de surface. Voir L. CAFLISCH, « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *AFDI*, 1997, vol. 43, p. 754.

souterraines sans lien avec un système de cours d'eau. Comme nous le verrons, l'écosystème n'est néanmoins pas totalement ignoré, puisque la quatrième partie de la Convention contient plusieurs obligations visant précisément à protéger, préserver et gérer les écosystèmes aquatiques et marins[916].

217. Adoptée en 1997, après un long processus amorcé dans les années 1970[917], la Convention des Nations Unies n'est entrée en vigueur que tardivement en 2014[918]. Il est largement admis que certaines règles intégrées à cette convention-cadre, destinées à faire office de « *fondations pour des régimes régionaux ou spécifiques à un cours d'eau ou à un bassin* »[919], avaient déjà acquis le statut de règles générales de droit international des cours d'eau internationaux[920]. Ainsi en est-il du principe de l'utilisation équitable et raisonnable et de l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs, qui trouvent leurs fondements dans la théorie de la souveraineté territoriale limitée qui traduit l'égalité de droits entre États partageant un cours d'eau international. L'obligation faite aux États riverains d'utiliser les ressources en eau de manière équitable et raisonnable est fondamentale[921]. Consacrée dans des instruments

[916] Voir infra, paras. 258-261.
[917] Voir la résolution 2669 (XXV) du 8 décembre 1970, prise par l'Assemblée générale des Nations Unies recommandant à la Commission du droit international (CDI) d'entreprendre « *l'étude du droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, en vue du développement progressif et de la codification de ce droit* ».
[918] Le texte a été adopté par cent-trois États, vingt-six s'étant abstenus et trois ayant voté contre, précisément la Chine, la Turquie et le Burundi, dont l'opposition, au moins pour les deux premiers s'explique par leur position hégémonique vis-à-vis de leurs co-riverains. R. B. STOA, « UN Watercourses Convention in the dawn of Entry into Force », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2014, vol. 47, n° 5, p. 1334-1337.
[919] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, *op. cit.,* note 887, para. 26 ; F. COULÉE, « Rapport Général », dans *L'eau en droit international. Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2011, p. 25.
[920] M. KAMTO, « L'entrée en vigueur de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *RJE,* 2017, vol. 42, n° 1, p. 14.
[921] Voir S. MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses. Non Navigational Uses,* Oxford, New York, Oxford University Press*,* 2007 ; L. CAFLISCH, *op. cit.* note 890, pp. 55-59 ; B. A. GODANA, *Africa Shared Water Resources : Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems,* Londres, Frances Pinter, 1985, pp. 40-48 ; C. B. BOURNE, « The Primacy of the Principle of Equitable Utilization in the 1997 Watercourses Convention *», Canadian Yearbook of International Law*, 1997, vol. 35, pp. 215-232. Cette théorie a fait l'objet de consécrations jurisprudentielles. Pour ce qui est de la navigation voir, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Royaume-Uni, Danemark, Royaume-Uni, Royaume-Uni, Suède, et Tchécoslovaquie c. Pologne),* Arrêt n°16, 1929, CPJI, Série A n°23, p. 27. Pour les utilisations autres que la navigation, voir l'*Affaire du Lac Lanoux (Espagne, France),* sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *RSA,* vol. XII, pp. 281-317 ; CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/ Slovaquie),* arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Recueil* 1997, p. 56, para. 85

de codification[922], traités et décisions de tribunaux arbitraux internationaux[923], cette obligation dont la CIJ a confirmé le caractère coutumier[924] trouve ses racines dans la doctrine de *Common Law* de l'utilisation raisonnable applicable aux riverains de cours d'eau, dont nous avons exposé les grands traits dans le premier Chapitre[925]. Corollaire de la souveraineté territoriale, l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs, dérive quant à elle de l'obligation générale pesant sur les États de ne pas porter atteinte par leurs activités au territoire d'autres États[926].

218. La théorie de la souveraineté territoriale limitée est par ailleurs à la source de diverses règles procédurales propres à assurer de bonnes relations entre États riverains et neutraliser toute action unilatérale. Ainsi, l'échange régulier d'informations et la notification des mesures et activités planifiées[927] vise à ce que les États coordonnent leurs actions et créent « *les conditions d'une coopération fructueuse* »[928]. L'obligation de notification requiert d'eux qu'ils préviennent préalablement et dans un délai adéquat les États susceptibles d'être affectés par les activités qu'ils projettent de mener[929]. Elle est déclenchée lorsque l'État a des raisons de croire que la mesure ou l'activité planifiée est susceptible d'affecter, de manière significative, les

---

[922] Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, articles 2 et 3, *op. cit.,* note 907 ; Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, *op. cit.,* note 907, article 4; International Law Association ; International Law Association, Règles de Berlin sur les ressources en eau, 2004, *Report of the seventy-first meeting of the International Law Association*.

[923] *Affaire de la fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941, *RSA*, vol. III, p. 1938 ; CPJI, *Affaire du Lac Lanoux*, *op. cit.,* note 921, p. 308.

[924] *Affaire relative au projet Gabčikovo-Nagymaros*, *op. cit.,* note 921, paras 78, 85, 147 et 150.

[925] Voir Chapitre I, para. 77.

[926] Voir sur ce point, H. RUIZ FABRI, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI,* 1990, XXXVI, pp. 818-842. La CIJ a rappelé dans son avis consultatif de 1996 relatif à licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires *« l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement* » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996,* para. 29). On reprendra la formulation de principe de la sentence arbitrale de la Fonderie du Trail, dans laquelle les arbitres ont souligné qu'« *aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes* ». Affaire de la Fonderie du Trail, *op. cit.,* note 923. Voir enfin CIJ, *Affaire du détroit de Corfou,* arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 22.

[927] L'obligation de notification trouve ses origines en droit international général dans l'obligation faite aux États de notifier les situations d'urgence. Il s'agit d'une règle coutumière, comme cela a été confirmé par la CIJ dans son arrêt de 1949 relatif au Détroit de Corfou ayant émergé dans les années 1960 *(Affaire du Détroit de Corfou*, *op. cit.,* note 926). Elle apparaît tôt dans le contexte des ressources en eau internationales, par exemple dans les traités entre États européens et nord-américains réglementant l'utilisation de l'eau aux fins d'irrigation ou de production d'hydro-électricité.

[928] Voir CIJ, *Affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *op. cit.,* note 406, para. 113.

[929] Il s'agit, en exigeant des États qu'ils notifient les activités projetées en temps utile, de leur laisser le temps de s'adapter. Voir Convention des Nations Unies de 1997, *op. cit.,* note 915, article 12.

autres États[930] ; elle ne peut évidemment pas dépendre de la seule appréciation de l'État à l'origine des activités[931]. Toutes les informations pertinentes permettant d'évaluer les effets potentiellement néfastes du projet doivent être transmises, ce qui inclut les aspects environnementaux[932]. L'affaire des usines de pâtes à papier est riche d'enseignements à cet égard. Les autorités uruguayennes avaient autorisé la construction d'usines sur la rive gauche du fleuve Uruguay en octobre 2003, et s'étaient contentées d'adresser quinze jours plus tard au gouvernement argentin un dossier comprenant une courte évaluation environnementale, réalisé qui plus est par l'entreprise chargée des travaux. L'Argentine avait argué de son impossibilité d'évaluer avec sérieux les potentiels effets du projet. Rappelant le caractère coutumier de l'obligation de mener une étude d'impact environnemental, la CIJ a confirmé que les informations transmises auraient dû inclure une évaluation complète des incidences du projet sur l'environnement[933]. La Cour a ainsi estimé que l'évaluation des impacts environnementaux d'un projet devait constituer un élément essentiel de la notification. La dimension préventive de l'obligation impliquait en outre que la notification aurait dû être réalisée avant que l'État concerné ne décide de sa viabilité environnementale[934].

219. La théorie de la souveraineté territoriale limitée s'inscrit ainsi en opposition avec les approches reposant sur une conception absolue de la souveraineté, tendant à appréhender les ressources en eau internationales comme un « *prolongement du territoire terrestre des États* »[935]. Alors que la théorie de la souveraineté territoriale limitée s'apparente à une théorie

---

[930] Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 12 ; Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 911, article 15.

[931] C'est ce qu'a jugé le tribunal arbitral de l'affaire du lac Lanoux. Dans cette affaire, la France avait manqué à son obligation d'informer les autorités espagnoles de son projet de dérivation des eaux du Carol. Le tribunal a jugé que l'Espagne était en droit d'exiger la notification des activités projetées par la France. CPJI, *Affaire du lac Lanoux, op. cit.,* note 921, p. 314

[932] La Convention des Nations Unies de 1997 l'inclut timidement en imposant aux États de transmettre les « *données techniques et informations disponibles y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement* » (Convention des Nations Unies, *op. cit.* note 915, article 12).

[933] *Affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.* note 406, para. 204.

[934] *Ibid.,* para. 120.

[935] S. BAKAYOKO, *L'encadrement juridique international du fleuve Niger. Contribution à l'étude du droit international des cours d'eau,* Thèse de Doctorat en droit, Université Paris VIII Vincennes-Saint-Denis, 2019, p. 311. Les États d'amont invoquent leur souveraineté territoriale absolue pour justifier leur droit d'utiliser l'eau sans prise en compte des effets transfrontières. La théorie de la souveraineté territoriale absolue est associée à l'opinion de l'Attorney Général des États-Unis, Judson Harmon, en réponse à une requête du Département d'État concernant un différend avec le Mexique portant sur l'utilisation des eaux du Rio Grande. Voir S. MCCAFFREY, « The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised »*, Natural Resources Journal*, 1996, vol. 36, n° 4, pp. 965-1007; L. CAFLISCH, *op. cit.* note 890. Les États d'aval s'appuient quant à eux sur leur intégrité territoriale qui exercée de manière absolue, leur assurerait une réception inaltérée des eaux franchissant leur territoire, ce qui revient au fond à leur conférer un droit de véto sur l'utilisation des eaux par les autres États riverains. Voir L. CAFLISCH, *op. cit.* note 890, p. 51 ; A. D. TARLOCK, « Four Challenges for International Water Law », *Tulane Environmental Law Journal*, 2009, vol. 23, n° 2, pp. 369-408.

permettant de restreindre les actions unilatérales et d'assurer des relations de bon voisinage, la théorie de la communauté d'intérêts repose sur une approche de gestion communautaire.

B. L'existence de régimes fondés sur une communauté d'intérêts liant les États riverains

220. L'unité physique et naturelle des cours d'eau internationaux, leur importance vitale et stratégique en tant que moyens de transport, de communication et de développement socio-économique sont autant d'éléments à l'origine de la communauté d'intérêts liant des États riverains[936]. L'existence d'une telle communauté a très tôt été reconnue en matière de navigation par la CPJI. Dans son arrêt de 1929 relatif à la juridiction de la Commission internationale de l'Oder, la Cour a posé le principe selon lequel la « *communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains* »[937]. La question du statut de la théorie se pose pour ce qui est des autres utilisations. La position selon laquelle elle existerait indépendamment de tout support conventionnel est loin d'être majoritaire[938]. S'appuyant sur l'arrêt de la CPJI précité, la CIJ a, dans son fameux arrêt Gabčíkovo-Nagymaros, considéré qu'il s'agissait d'une théorie du droit des cours d'eau internationaux désormais fermement ancrée et applicable à toutes les utilisations de l'eau. Elle a souligné que :

> « *le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* »[939].

Il reste qu'en pratique, cette communauté d'intérêts nécessite d'être matérialisée dans un support conventionnel dans la mesure où elle déclenche des conséquences juridiques précises et un mode de gestion communautaire[940]. Rares sont d'ailleurs les instruments conventionnels

---

[936] S. MCCAFFREY, *op.cit.* note 921, p. 148 ; L. CAFLISCH, *op. cit.,* note 890, p. 37.
[937] *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, *op. cit.,* note 921, pp. 26-27.
[938] Pour cette approche, voir B. VITANYI, *The International Regime of River Navigation,* Sijthoff, Noordhoff, Alphen aan den Rijn Germantown Md., 1979, p. 56.
[939] *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.,* note 921, para. 85.
[940] Voir en ce sens L. CAFLISCH, *op. cit.,* note 890, pp. 59-61 ; Voir également CIJ, *Affaire des Usines de pâte à papier, op. cit,* note 406, paras. 97 et 281. Voir, sentence arbitrale du 12 mars 2004 relative à l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 : « *lorsque les riverains d'un fleuve international décident de doter celui-ci d'un régime commun*

évoquant expressément l'existence d'une communauté d'intérêts. On citera le préambule de la Charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002[941], le Protocole pour le développement durable du bassin du Lac Victoria de 2003[942] et le Protocole de 1995 sur les ressources en eau partagées dans la Communauté de développement de l'Afrique australe[943] (bien que la référence à la communauté d'intérêts ait été supprimée dans le Protocole révisé de 2001).

221. Les règles encadrant l'utilisation et la gestion des eaux du bassin du fleuve Sénégal sont une bonne illustration de modèle fondé sur une approche communautaire[944]. Ce régime est « *l'un des exemples les plus réussis de régionalisation du droit des cours d'eau internationaux* »[945]. Ses spécificités sont identifiables au niveau institutionnel, des droits et des obligations des États ainsi que « *des techniques juridiques de valorisation du bassin du fleuve* »[946]. Les États du bassin appréhendent la coopération comme un levier de développement de la sous-région et un outil de maximisation de l'utilisation de l'eau[947]. Ce sont précisément les bénéfices additionnels découlant de cette coordination qui constituent le « *levier de*

---

portant sur l'usage de son eau, ils rendent témoignage à une communauté d'intérêts qui conduit à une communauté de droit…La solidarité des riverains est sans aucun doute un élément de leur communauté d'intérêts » (*RSA,* vol. XXV, para. 97).

[941] Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.,* note 452 : « *Désireux de donner un cadre à la fois durable et évolutif à la communauté des intérêts entre les États riverains du Fleuve Sénégal et de garantir à chaque État et à chaque usager du fleuve un avantage raisonnable et équitable de l'utilisation des eaux conformément aux principes régissant le droit des eaux partagées* ».

[942] Protocole pour le développement durable du bassin du Lac Victoria, (Kenya, Ouganda, Tanzanie), Arusha, 29 novembre 2003, article 4 (2) (k). « *Without prejudice to the generality of 1 of this Article, the management of the resources of the Basin shall be guided by the following principles: (...) k. The principle of community of interests in an international watercourse whereby all States sharing an international watercourse system have an interest in the unitary whole of the system* ».

[943] Protocole sur les ressources en eau partagées dans la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC), Johannesburg, 28 août 1995, article 2.2. : « *Member States undertake to respect and apply the existing rules of general or customary international law relating to the utilization and management of the resources of shared watercourse systems and, in particular, to respect and abide by the principles of community of interests in the equitable utilization of those systems and related resources* ».

[944] Sur la gestion des eaux du fleuve Sénégal, voir les écrits de M. M. MBENGUE : « A Model for African Shared Water Resources : the Senegal River Legal System », *Review of European Community and International Environmental Law,* 2014, vol. 23, n°1, pp. 59-66 ; « The Senegal River Legal Regime and its Contribution to the Development of the Law of International Watercourses in Africa », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. LEB, M. TIGNINO, *International Law and Freshwater. The Multiple Challenges,* Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 217-236 ; « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *op. cit.,* note 898, pp. 309-347; « Le statut du fleuve Sénégal », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. M. A. Salman (dir.), *Les ressources en eau et le droit international,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 473-532.

[945] M. M. MBENGUE, *op. cit.* note 898, p. 314.

[946] *Ibid.,* p. 315.

[947] Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.* note 941, article 5 (1) : « *Toute répartition des eaux entre les usages est fixée en prenant en considération la disponibilité de la ressource et en intégrant les éléments suivants : 1°) La coopération sous-régionale, qui prend en compte : la sécurité et l'amélioration des revenus des populations du bassin du Fleuve Sénégal ; la lutte contre l'exode rural ; la sécurité alimentaire et la lutte pour la réduction de la pauvreté ; le renforcement des économies des États riverains par rapport aux changements climatiques ; le développement quantitatif et qualitatif de la production agricole, énergétique, minière et industrielle ; le développement intégré grâce aux infrastructures réalisées* ».

coopération » entre États. La coopération est ainsi envisagée comme un « *procédé par lequel les États travaillent ensemble pour parvenir à un objectif commun produisant des bénéfices mutuels additionnels qui ne seraient pas disponibles en cas d'action unilatérale* »[948].

222. Ce régime élaboré s'est construit par étapes successives, dont la première phase a été la conclusion en 1963 de la Convention relative à l'aménagement du bassin du fleuve Sénégal[949]. Cette convention a institué un Comité composé de représentants des quatre États riverains – la Guinée, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal –, chargé de coordonner les travaux pour l'exploitation du bassin[950]. Un niveau d'intégration supplémentaire est franchi en 1964 avec la Convention relative au statut du fleuve Sénégal[951]. Elle pose un principe fondamental et tout à fait spécifique à ce bassin aux termes duquel les utilisations des eaux par un État nécessite l'autorisation à l'unanimité du Comité, conférant ainsi la possibilité pour un État d'« *opposer son veto au projet d'un autre État du bassin* »[952]. L'Accord portant sur le Statut de l'Organisation des États riverains du Sénégal (ci-après, « OERS ») de 1968 crée, comme son intitulé l'indique, une nouvelle organisation remplaçant le Comité inter-État devenu inopérant en raison des tensions entre la Guinée et le Sénégal[953]. Mais l'OERS n'a pas résisté aux tensions politiques entre États riverains ; en 1972, elle fut dissoute et la Convention de 1968 dénoncée par le Mali, la Mauritanie et le Sénégal. Le régime du fleuve Sénégal évolue encore le 11 mars 1972 avec la signature de la Convention relative au statut du fleuve Sénégal[954] et de la Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (ci-après, « OMVS »)[955], instruments ayant pour États parties, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal[956]. L'OMVS, organisation intergouvernementale dotée de la personnalité juridique, a pour mission la « *promotion et … la coordination des études et des travaux de mise en valeur des ressources du bassin du fleuve Sénégal sur les territoires nationaux des États membres de l'Organisation* » [957]. Elle a en outre compétence pour mener toute « *mission technique et*

[948] L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. LEB, « Political Economy and International Water Law: Political Economy Induced Changes to the Uptake of Benefit Sharing in International Water Law », dans A. FABBRICOTTI (dir.), *The Political Economy of International Law - A European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016., p. 360.
[949] Convention relative à l'aménagement du bassin du fleuve Sénégal, 26 juillet 1963.
[950] *Ibid.*, article 1er.
[951] Convention relative au statut du fleuve Sénégal, Bamako, 7 février 1964.
[952] M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 898, p. 314.
[953] Accord portant sur le Statut de l'Organisation des États riverains du Sénégal, Dakar, 2 mars 1968.
[954] Convention relative au statut du fleuve Sénégal, (Mali, Mauritanie, Sénégal), Nouakchott, 11 mars 1972.
[955] Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal, (Mali, Mauritanie, Sénégal), Nouakchott, 11 mars 1972.
[956] La Guinée a adhéré à l'OMVS en 2006.
[957] Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal, article 1er.

économique que les États membres voudront ensemble lui confier »[958]. La commission permanente des eaux, organe de l'OMVS composé des représentants des États membres de l'OMVS[959] définit les « *principes et les modalités de la répartition des eaux du fleuve Sénégal entre les États et entre les secteurs d'utilisation de l'eau : industrie, agriculture, transport* »[960]. La règle de l'approbation préalable, manifestation forte de la communauté d'intérêts liant les États du bassin, y est réaffirmée[961]. En 2002, la Charte des eaux du fleuve Sénégal, décrite par Makane Mbengue « *comme une « sorte de 'constitution' dans la pyramide d'instruments juridiques régissant la coopération sur le bassin du fleuve Sénégal* »[962], fut signée entre le Mali, la Mauritanie et le Sénégal[963]. La règle de l'approbation préalable y est précisée, une distinction étant établie entre les captages soumis à autorisation préalable, et ceux soumis à simple déclaration. Ainsi, les opérations soumises à autorisation sont : « *la construction ou le fonctionnement des installations ou des ouvrages* », ainsi que « *la réalisation de travaux ou d'activités diverses (prélèvements, déversements ou rejets), susceptibles de présenter des dangers pour la santé ou la sécurité publique, de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'affecter le lit du Fleuve, ou de porter atteinte à la qualité ou à la biodiversité du milieu aquatique* »[964]. En ce qui concerne les opérations relevant de la procédure de déclaration, « *les autorités exerçant les pouvoirs de police et d'administration de l'eau au sein de chaque État ont l'obligation de transmettre les déclarations au Haut-Commissariat* » de l'OMVS[965]. À l'image de ce que l'on trouve dans les droits internes, le texte précise que les utilisations domestiques sont libres[966]. Le Conseil des ministres donne son autorisation après l'instruction de la demande par le haut-commissariat et l'avis de la Commission permanente des eaux[967]. L'autorisation d'utiliser les eaux « *peut être retirée (…) pour motifs d'intérêt public* »[968].

---

[958] *Ibid.*
[959] *Ibid.*, article 7. Les deux autres organes permanents sont le Conseil des ministres et le Haut-Commissariat.
[960] *Ibid.*, article 20
[961] Par cette règle, les abstractions d'eau et les projets susceptibles de donner lieu à des modifications sensibles des « *caractéristiques du régime du fleuve, [de] ses conditions de navigabilité, d'exploitation agricole ou industrielle, [de] l'état sanitaire des eaux, [d]es caractéristiques biologiques de sa faune ou de sa flore, [de] son plan d'eau* » sont conditionnées à l'accord préalable des États riverains. Les projets de cette teneur ne peuvent être réalisés sans l'accord préalable des États, « *après discussions, et justifications des oppositions éventuelles* » (Convention relative au statut du fleuve Sénégal, article 4).
[962] M. M. MBENGUE, « The Senegal River Legal Regime and its Contribution to the Development of the Law of International Watercourses in Africa », *op. cit.* note 944, p. 231.
[963] La Charte a pour finalité de « *fixer les principes et les modalités de la répartition des eaux du Fleuve Sénégal entre les différents secteurs d'utilisation* » (Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.,* note 452, article 2).
[964] *Ibid.*, article 10.
[965] *Ibid.*
[966] *Ibid.*
[967] *Ibid.,* article 11.
[968] *Ibid.*

On évoquera enfin le régime progressiste des ouvrages communs sur le fleuve Sénégal qui représente un cas unique de coopération basée sur l'idée de partage des bénéfices[969]. Les ouvrages situés sur le fleuve relèvent d'un régime de « *propriété commune et indivisible* » des États membres de l'OMVS[970]. Précisément, l'installation d'ouvrages sur le fleuve Sénégal est conditionnée à l'établissement d'une « *convention ou une résolution adoptée par une instance délibérante de l'Organisation »*[971]. La teneur du régime de copropriété des États sur ces installations communes est décrite à l'article 4(1) du Statut sur les ouvrages communs en ces termes :

> « *sans préjudice de la souveraineté de l'État sur le territoire duquel se trouve tout ou partie d'un ouvrage commun, d'un ouvrage accessoire ou annexe, les États copropriétaires ont un droit individuel à une quote-part indivisible et un droit collectif d'usage, de jouissance et d'administration de l'ouvrage commun, de ses annexes et accessoires* ».

Les États sur lesquels se trouve tout ou partie de l'ouvrage commun ont l'obligation aux termes de l'article 6 de ne mettre « *aucun obstacle à l'exercice par les autres États copropriétaires de leurs droits d'usage, de jouissance et d'administration* ». La mise en partage des coûts et les obligations financières en découlant pour les États copropriétaires sont précisées dans la Convention de 1978[972] et une Convention ultérieure spécifique[973].

223. Que ce soit dans le cadre d'un régime reposant sur la théorie de la souveraineté limitée ou sur celle de la communauté d'intérêts, le partage mis en œuvre entre États riverains porte sur les utilisations et non pas sur la ressource *per se.* Les États sont réticents à qualifier les ressources en eau transfrontières de ressources partagées. Ce qualificatif a certes déjà été appliqué aux cours d'eau internationaux, mais dans les cadres spécifiques de la navigation, de

[969] K. SANGBANA, M. TIGNINO, *Le statut d'ouvrages communs et le partage des bénéfices dans les bassins des fleuves Sénégal et Niger*, Geneva Water Hub, 2016, p. 1.
[970] Convention relative au statut juridique des ouvrages communs (Mali, Mauritanie, Sénégal), Bamako, 21 décembre 1978, article 2.
[971] *Ibid.*, article 2. Voir la liste des ouvrages communs, article 3.
[972] *Ibid.,* article 12 (1) : « *Les coûts d'investissement et les charges d'exploitation sont répartis entre les États copropriétaires sur la base des bénéfices que chaque État copropriétaire retire de l'exploitation des ouvrages communs* ».
[973] Convention relative aux modalités de financement des ouvrages communs*,* Bamako, 12 mai 1982.

l'utilisation d'eaux frontières[974], ou de l'utilisation de la ressource aux fins de production d'hydroélectricité[975].

C. Le droit des cours d'eau internationaux en tant que corps de normes organisant le partage des utilisations de l'eau

224. Durant les travaux préparatoires à la Convention des Nations Unies de 1997, les États ont rejeté avec force la qualification de « *ressources partagées* »[976] pour les cours d'eau internationaux en faveur de laquelle le Rapporteur Stephen Schwebel plaidait[977]. Les États ont avancé que la mobilisation de ce qualificatif serait de nature à violer le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles[978], dans la mesure où il renvoie à une idée d'égalité dans le partage portant sur la ressource elle-même[979]. Le refus de recourir à ce qualificatif globalement pour toutes les utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation a trouvé écho dans la doctrine[980]. Il a été soulevé que le qualificatif a *« le sens factuel de 'résultat d'un partage' … [laissant] donc entendre que le partage des eaux est déjà accompli ou déjà*

---

[974] Voir par exemple, Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado et du fleuve ainsi que du Rio grande, *op. cit.,* note 741. Pour ce qui est des eaux frontières, il est admis que leurs caractéristiques physiques exigent « *que les États situés de part et d'autre (…) coopèrent s'ils veulent [les] utiliser autrement que de la façon la plus élémentaire* ». Voir le Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation*, op. cit,* note 977, para. 216.

[975] Ainsi, la Convention entre la Suisse et la France pour l'aménagement de la puissance hydraulique du Rhône (Berne, 4 octobre 1913) confère à chaque État partie un droit à une part de la force motrice créée « *proportionnelle à la chute du fleuve au droit des portions de rives qui lui appartenaient* ». Voir le Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, *ibid.* para. 17.

[976] Ce concept apparait en 1973 dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée « *Coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États* » (Résolution 3129 (XXVIII) du 13 décembre 1973). Il a par la suite été utilisé à plusieurs reprises dans divers instruments sans pour autant faire l'objet d'une définition précise. Le Programme des Nations Unies sur l'environnement (PNUE) est à l'origine de la création en 1975 d'un groupe intergouvernemental d'experts sur les ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs États chargé d'élaborer des principes de conduite concernant les ressources naturelles partagées. Les cinq sessions tenues entre 1976 et 1978 ont donné lieu à des projets de principes de conduite qui ne définissent pas pour autant ce qu'il y a lieu d'entendre par « *ressource partagée* » (voir Décision 6.14 du Conseil d'administration du PNUE, 19 mai 1978, reproduite dans *Documents officiels de l'Assemblée Générale*, 33ème session, Supplément 25 (A/33/25) pp. 173-174.

[977] Voir par exemple, *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, par M. S. SCHWEBEL, Rapporteur spécial* (A/CN.4/332, Corr. 1, Add. 1, Extrait de l'Annuaire de la Commission du Droit International, 1980, vol. II, 1ère partie, para. 141).

[978] *Ibid.,* para 30.

[979] F. QUILLERÉ-MAJZOUB, « La question de la nature juridique de l'eau des cours d'eau internationaux. Essai d'épistémologie », *EJIL*, 2013-2014, vol. 6, n° 2, pp. 51-77.

[980] Ainsi Pierre-Marie Dupuy trouve la notion de ressource naturelle partagée peu pertinente et lui préfère celle, plus neutre, de « *ressources naturelles situées sur les territoires de plus d'un État* ». Voir P.-M. DUPUY « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'études et de recherche de l'académie de droit international *»,* dans *La pollution transfrontière et le droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1986, pp 49-50.

déterminé »[981]. Or, un tel partage suppose que les modalités de répartition des eaux entre États soient précisément définies dans une convention internationale, comme c'est le cas dans le traité précité de 1944 entre les États-Unis et le Mexique organisant le partage des eaux du fleuve frontière Rio Grande / Rio Bravo[982].

225. La dénomination de ressource naturelle partagée a connu le même insuccès dans le projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières entériné le 11 décembre 2008 par l'Assemblée générale des Nations Unies[983]. Il lui a été préféré le qualificatif neutre de « *transfrontière* ». La thématique des aquifères transfrontières avait pourtant été incluse en 2002 au programme de travail de la CDI dédié aux ressources naturelles partagées. Il a finalement été décidé de les étudier de manière séparée[984]. Les Articles sur le droit des aquifères transfrontières insistent particulièrement sur la souveraineté des États[985]. Le préambule fait ainsi référence à la résolution de l'Assemblée générale 1803(XVII) sur la « *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ». L'article 3 affirme le principe de souveraineté des États sur la portion de l'aquifère se trouvant sur leur territoire. Bien évidemment, il ne s'agit pas de consacrer l'application de règles fondées sur une conception absolue de la souveraineté, mais plutôt de neutraliser l'application d'un régime de propriété partagée aux aquifères transfrontières[986]. On rappellera qu'un aquifère inclut « *les formations géologiques (notamment les roches, le gravier, le sable) qui contiennent l'eau et englobe ainsi à la fois le contenu (l'eau) et le conteneur (la formation rocheuse*) »[987]. Au regard de cette définition, on comprend que le choix de s'appuyer sur cette unité géographique, et non sur les eaux souterraines, est loin d'être neutre. La CDI avait justifié l'emploi du terme « aquifère » en raison de son caractère « *plus*

---

[981] J. MARGAT, *Contribution à la réunion consultative d'experts sur les eaux souterraines transfrontières (Notes et commentaires sur le deuxième rapport sur les ressources naturelles partagées : les eaux souterraines transfrontières, présenté par M. Chusei YAMADA à la Commission du droit international, Genève, mai-juin et juillet-aout 2004*), UNESCO 17-18 juin 2004. Voir aussi, J. T. CALASANS, *Le concept de ressource naturelle partagée : application aux ressources en eau. L'exemple de l'Amérique du Sud,* Thèse de doctorat en droit public, Paris I, 1996, p. 55.

[982] Voir supra, Chapitre II, para. 174.

[983] Assemblée Générale des Nations unies, résolution 63/124 du 15 janvier 2009 sur le droit des aquifères transfrontières. Pour un commentaire, voir notamment G. E. ECKSTEIN, « A Hydrogeological Perspective of the Status of Groundwater Resources Under the UN Watercourse Convention », *Columbia Journal of Environmental Law*, 2005, vol. 30, n° 3, pp. 525-564 ; K. MECHLEM, « Moving Ahead in Protecting Freshwater Resources: The International Law Commission's Draft Articles on Transboundary Aquifers », *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, n° 4, pp. 801-821 ; S. C. MCCAFFREY, « The International Law Commission adopts Draft Articles on transboundary aquifers », *AJIL*, 2009, vol. 103, n° 2, pp. 272-293.

[984] *Premier rapport sur les ressources naturelles partagées, par M. Chusei Yamada, Rapporteur Spécial*, A/CN.4/533 et Add.1, 30 avril et 30 juin 2003, para. 20.

[985] J. SOHNLE, « La genèse du droit des aquifères transfrontières, un feuilleton familial complexe (1ère partie) », *RJE*, 2012, vol. 37, n° 2, p. 228.

[986] *Ibid*.

[987] J. SOHNLE, *op. cit.,* note 985, p. 224.

précis sur le plan scientifique et moins ambigu tant pour les juristes que pour les scientifiques et les administrateurs »[988]. Mais, il est évident que l'aquifère – objet comprenant le contenu fluide, en perpétuel mouvement, mais aussi le sol ou la roche réservoir, éléments statiques – a très fortement favorisé l'insertion du principe selon lequel les États sont en droit de revendiquer des droits souverains sur les aquifères.

226. Les projets d'Articles s'inscrivent dans la lignée de la Convention des Nations-Unis de 1997[989] et reposent sur le principe d'utilisation équitable et raisonnable, se caractérisant par sa flexibilité et emportant, on le verra[990], l'absence d'utilisations ayant *a priori* priorité sur d'autres. L'égalité de droit sur laquelle est fondé le principe d'utilisation équitable et raisonnable n'habilite pas les États à une quantité prédéterminée sur ces ressources. Le principe consacre le droit de chaque État d'utiliser les eaux d'un cours d'eau international et d'en tirer les bénéfices, étant entendu qu'« *au droit souverain d'utiliser les eaux d'un cours d'eau international correspond l'obligation de ne pas priver les autres États riverains de leur droit d'utilisation des eaux* »[991].

227. Cette logique de partage des utilisations est pour l'heure confinée au strict cas des États partageant sur leurs territoires des ressources transfrontières, le droit international n'apportant pas de réponse à l'inégale répartition des ressources en eau sur la planète. À cet égard, Stephen McCaffrey plaide pour que soit reconnu aux États en situation de stress hydrique un intérêt juridiquement protégé sur le cycle hydrologique global[992]. La mise en œuvre d'une telle proposition, reposant avant tout sur une logique de solidarité, n'impliquerait pas d'octroyer à ces États un droit à une part égale et prédéfinie sur les ressources en eau de la planète. Elle pourrait prendre la forme de transferts ponctuels provenant de bassins riches en eau ou encore

[988] Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 911, commentaire de l'article 1.
[989] J. SOHNLE, *op. cit.,* note 985, p. 227. La solution retenue est moins ambitieuse que ce qu'envisageait le projet de traité dit de « Bellagio », initiative d'un groupe de juristes à la fin des années 1980. Ce projet épousant une logique communautaire rendait compte de l'interdépendance et de l'indispensable unité de gestion entre eaux souterraines et de surface. Le texte appelait à la mise en place d'une commission internationale chargée de la gestion de l'échange d'informations et autorisée à définir des zones de protection, à l'image de ce qui existe dans certains systèmes juridiques internes. Les instances internationales ne se sont jamais saisies de ce texte ambitieux, laissé donc lettre morte. Voir Projet de traité de Bellagio sur les eaux souterraines (IWRA), 1989, NRJ, 1989, pp. 663-772, art. XI. Pour un commentaire de ce projet, voir R. D. HAYTON, A. E. UTTON, « Transboundary Groundwaters : The Bellagio Draft Treaty », *Natural Resources Journal*, 1989, vol. 22, n° 3, pp. 663-722.
[990] Voir Section II.
[991] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, *op. cit.,* note 887, para. 40.
[992] S. MCCAFFREY, *op. cit.,* note 921, p. 168 ; S. MCCAFFREY, « The Coming Fresh Water Crisis. International Legal and Institutional Responses », *Vermont Law Review*, 1997, vol. 21, n° 3, pp.819-820.

de mécanismes d'assistance technique[993]. Il apparaît en tout cas peu réalisable de transposer aux ressources en eau le régime juridique de patrimoine commun de l'humanité[994]. Ce régime concrétise « *l'intérêt commun de l'humanité sur certains espaces, biens et êtres vivants* »[995]. Au niveau régional, l'eau a déjà été qualifiée ainsi[996]. Mais ces qualifications de portée déclaratoire ne déclenchent nullement la mise en œuvre d'un régime international – similaire à celui applicable aux fonds marins, au plancher océanique, et aux sous-sols au-delà des limites des juridictions nationales (« la Zone ») et à ses ressources[997] – reposant sur les principes de non-appropriation et d'allocation équitable des produits de leur exploitation[998]. La gestion du patrimoine commun implique en outre une administration internationale des zones ou des ressources au bénéfice de l'intérêt commun[999]. Les États sont évidemment réticents à mobiliser ce régime pour la protection de ressources naturelles ou d'espaces relevant de leur souveraineté territoriale. C'est la raison pour laquelle ils recourent, pour ces éléments, depuis le début des années 1990 à la qualification de préoccupation commune de l'humanité qui entraîne, comme nous le verrons, des conséquences moins radicales pour leur souveraineté[1000]. Au demeurant, la convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel montre

---

[993] S. MCCAFFREY, *op.cit.* note 921, p. 169.

[994] *Ibid.*

[995] A. KISS, « Le patrimoine commun de l'humanité », *RCADI,* 1982, t.175, p.113.

[996] Voir par exemple Recommandation n° R (2001)14, Charte européenne des ressources en eau, adoptée par le Comité des Ministres, 17 Octobre 2001 ; Voir aussi la Charte européenne de l'Eau, Strasbourg, 6 mai 1968, principe 10 : « *L'eau est un patrimoine commun dont la valeur doit être reconnue de tous. Chacun a le devoir de l'économiser et d'en user avec soin* » ; La Directive européenne cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 insiste sur le fait que « *l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres, mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel »* (Directive 2000/50/CE, *op. cit.,* note 219).

[997] Convention des Nations Unis sur le droit de la mer, *op. cit.,* note 80*,* article 136. Le patrimoine commun de l'humanité a également été utilisé dans le contexte de l'Accord régissant les activités des États sur la lune et les autres corps céleste (Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, 5 décembre 1979, *RTNU* vol. 1363, p. 3).

[998] En vertu de la règle de non-appropriation, qui illustre les difficultés d'appliquer le régime de patrimoine commun aux ressources en eau situées sur le territoire des États, aucun État ne peut disposer à sa discrétion des ressources qualifiées de patrimoine commun. Elles sont strictement régulées en termes d'exploration et d'exploitation (Convention sur le droit de la mer, *op. cit.,* note 80, articles 136, 137, 140 à 143). Le principe de partage des bénéfices de l'exploitation des ressources naturelles suppose que tous les États, quelle que soit leur situation géographique en tirent profit. La situation spécifique et la vulnérabilité des pays en développement est prise en considération. Les États doivent en faire une utilisation pacifique et les exploiter dans l'intérêt de l'humanité. Voir A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986 p. 379 ; K. BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye, Boston, Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

[999] Dans le cadre de la Convention sur le droit de la mer, une autorité internationale des fonds marin a ainsi été créée pour réguler la Zone, son exploitation, sa conservation et l'équitable distribution des produits. (Convention des Nations Unis sur le droit de la mer, *op. cit.,* note 80, articles 137 et 145). Le traité sur la Lune établit les bases pour la création d'une telle autorité mais sa création a été repoussée. Il n'y a donc pour l'heure pas d'organe administrant l'extraction, l'exploitation et le partage des ressources de la Lune. Voir K. BASLAR, *ibid.*, p. 91 ; A. PARDO, *The Common Heritage: Selected Papers on Ocean and World Order,* Valletta*,* Malta University Press, 1975, p. 176 ; S. J. SHACKELFORD, « The Tragedy of the Common Heritage of Mankind », *Stanford Environmental Law Journal,* 2009, vol. 28, n° 1, p.148.

[1000] Voir infra, paras. 263-264.

que le régime de patrimoine commun peut, dans une certaine mesure, cohabiter avec la territorialité du bien/de la ressource qu'il s'agit de préserver[1001]. Il revient aux États dans le cadre de cette convention, d'identifier, protéger, conserver, mettre en valeur et transmettre aux générations futures les éléments du patrimoine culturel et naturel situés sur leur territoire[1002]. On notera que l'on trouve parmi ces éléments des sites aquatiques, comme le Parc National d'Iguaçu, situé en Argentine. Si les États sont ainsi considérés comme étant responsables à l'égard de la communauté internationale, ils peuvent se voir accorder une assistance internationale en vue de les aider à protéger les éléments du patrimoine culturel mondial situés sur leur territoire[1003]. Il n'en demeure pas moins que les États sont les seuls souverains des ressources naturelles et culturelles se trouvant dans leurs juridictions ; par suite, l'identification du patrimoine naturel et culturel dépend de leur bon vouloir[1004]. D'évidence, cette nécessité de requérir le consentement de l'État territorialement compétent est une source de difficulté. Il en est de même pour ce qui est de la protection et la préservation du patrimoine, qui doit s'exercer « *sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine* »[1005].

228. Pour reprendre le constat posé par Aline Baillat, l'absence de régime de propriété clairement défini sur les ressources en eau transfrontières combinée à la reconnaissance de l'eau en tant que bien économique sont deux éléments ouvrant la porte à la mobilisation d'approches marchandes en tant que solution à l'inégale répartition des ressources en eau sur la planète[1006]. On ne trouve pas en droit international, d'approche globale et cohérente, sur la manière dont il convient d'appréhender ces opérations.

II. Un espace ouvert à une marchandisation de l'eau

229. Les coûts sociaux, environnementaux, économiques et financiers des transferts d'eau à grande échelle représentent pour l'heure autant d'obstacles au développement d'un marché international de l'eau en vrac. Ces transferts sont déjà une réalité, mais interviennent ponctuellement. On peut croire qu'ils seront appelés à se développer, et sur une base

[1001] Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, 23 novembre 1972, préambule, alinéa 6, *RTNU* vol. 1037, p 174.
[1002] *Ibid.*, articles 3 et 4.
[1003] *Ibid.,* articles 15 à 18.
[1004] *Ibid.,* article 3.
[1005] *Ibid.,* article 6.1.
[1006] A. BAILLAT, *op. cit.,* note 484, p. 91.

commerciale de surcroit. Dans ce cadre, les ressources en eau transfrontières, prélevées et transférées en contrepartie d'un prix, seraient marchandisées. Pour reprendre la formule d'Alain Pellet, la libéralisation de ces opérations marquerait « *le passage d'un égoïsme (souverain) à un autre (mercantile)* »[1007].

230. Force est de constater que l'on trouve peu d'éléments en droit international sur la manière dont il convient d'appréhender ces transferts. Par exemple, l'article 3 de la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube de 1994 fait entrer dans son champ d'application les « *activités ou mesures envisagées portant sur l'utilisation de l'eau, telles que l'utilisation de la force hydraulique ou le transfert et le prélèvement d'eau* »[1008]. Ces transferts sont ainsi soumis aux dispositions de la Convention en matière de coopération multilatérale, coopération prenant la forme de « *consultations et activités communes* », ainsi que d'échange d'informations, « *de documents juridiques, de directives et d'autres publications* » ou encore « *d'informations et d'expériences sous d'autres formes* »[1009]. La Charte européenne des ressources en eau du 17 octobre 2001 autorise les États d'un bassin hydrographique à prendre en considération toutes demandes portant sur des transferts d'eau entre bassins, cela sur la base des principes du droit international[1010]. En somme, lorsqu'ils sont autorisés, ces transferts doivent être opérés en tenant dûment compte des droits des autres États riverains[1011].

231. La plupart des traités relatifs à l'utilisation et à la gestion des cours d'eau internationaux sont silencieux sur la question des transferts d'eau à l'extérieur du bassin, et n'évoquent donc même pas l'éventualité de réaliser ces opérations sur une base commerciale[1012]. Les prélèvements et transferts interbassins ne peuvent être considérés comme étant *per se* incompatibles avec les principes du droit des cours d'eau internationaux[1013]. Comme le relève Jochen Sohnle, il convient de manière générale « *de transposer mutatis mutandis les règles*

[1007] A. PELLET, « Conclusions », dans *L'eau en droit international. Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, *op. cit.,* note 889, p. 401.
[1008] Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, 29 juin, 1994, JO L 342, 12.12.1997, pp. 19-43, article 3.
[1009] *Ibid.*, article 4.
[1010] Charte européenne des ressources en eau, Recommandation R (2001)14 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 17 octobre 2001, 769ème réunion des délégués des Ministres, para. 15.
[1011] Projet de Traité de Bellagio sur les eaux souterraines, *op. cit.,* note 989, article XI ; voir le commentaire à article 10 (2), Règles de Berlin, *op. cit.,* note 922.
[1012] J. SOHNLE, *op.cit.,* note 385, voir les ndbp 28 à 33 ; F. QUILLERÉ-MAJZOUB, *L'eau dans tous ses états juridiques. Prospectives hydrauliques internationales,* Paris, Pedone, 2017, pp. 39 et s.
[1013] J. SOHNLE, *ibid.* p. 10.

relatives aux prélèvements intra bassin aux hypothèses de transferts interbassin »[1014]. La règle applicable sera dans cette hypothèse « *celle de l'utilisation équitable, élargie au-delà des États du cours d'eau* »[1015]. Dans certains traités, ces opérations sont interdites[1016]. C'est le cas dans l'Entente signée en 2005 entre les provinces canadiennes et les États américains riverains des Grands Lacs[1017]. Les transferts à l'extérieur du bassin des Grands Lacs ne sont possibles que dans l'hypothèse où l'eau prélevée puis transportée est utilisée à des fins d'approvisionnement public en eau. Elle doit en outre être retournée naturellement ou après usage, au bassin d'origine[1018].

232. Toutes autres sont les problématiques soulevées par les ventes et achats entre États riverains de ressources en eau communes. Il ne semble *a priori* pas possible pour un État du cours d'eau de vendre à un autre État riverain les eaux communes : de sa part, cela reviendrait à revendiquer des droits exclusifs sur des ressources transfrontières[1019]. Le différend en cours opposant la Bolivie au Chili est illustratif à cet égard[1020]. Il est consécutif à une concession octroyée en avril 2000 par la Bolivie à la DUCTEC, entreprise bolivienne, sur les eaux du Silala. Cette concession de quarante ans autorise la DUCTEC à commercialiser et exporter l'eau à des fins industrielles et de consommation humaine au Chili. Sur cette base, l'entreprise a tenté de facturer à des entreprises chiliennes leur utilisation des eaux du Silala sans égard pour les droits existants de ces dernières sur ces ressources en territoire chilien. Le Chili s'oppose à la concession au motif qu'elle ne tiendrait pas compte de la nature internationale des eaux[1021]. Il appelle la CIJ à juger que « *le système hydrographique du Silala, parties souterraines comprises, est un cours d'eau international dont l'utilisation est régie par le droit international coutumier* »[1022]. Il faut avoir à l'esprit que la nature des eaux du Silala a toujours été discutée

---

[1014] *Ibid.*, p. 9.
[1015] *Ibid*.
[1016] Convention sur certaines questions relatives au droit des cours d'eau, Stockholm, 11 mai 1929 (Norvège, Suède), article 2. Citée par J. SOHNLE, *ibid.*, voir la note de bas de page n°31.
[1017] *Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*, décembre 2005 (Québec, Ontario, Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, État de New York, Ohio, Pennsylvanie, Wisconsin), disponible sur http://www.environnement.gouv.qc.ca/Eau/grandslacs/2005/Entente.pdf (consulté le 10 juin 2021).
[1018] *Ibid.,* article 201(1).
[1019] F. QUILLERÉ-MAJZOUB « La commercialisation de l'eau d'un cours d'eau international entre les États du cours est-elle envisageable ? », *Revue juridique de l'Ouest*, 2005, vol. 4, p. 451 ; J. SOHNLE, *op. cit.,* note 385, p. 4.
[1020] *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie)*, requête introductive d'instance, enregistrée au Greffe de la Cour le 6 juin 2016, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-FR.pdf (consulté le 10 juin 2021).
[1021] Les eaux de surface du Silala proviendraient de sources souterraines situées en Bolivie et poursuivraient leur cours au-delà de la frontière sur le territoire chilien.
[1022] *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie), op. cit.,* note 1020, para. 50.

entre les deux États. Le Chili invoque la dimension internationale des eaux. Quant à la Bolivie, elle met en avant le fait que le Silala prend sa source et s'écoule sur son territoire, d'où elle est détournée de manière artificielle au moyen de canalisations et de divers ouvrages.

233. Il faut enfin évoquer le traité de 1986 relatif au *Lesotho Highlands Water Project* entre le Lesotho et l'Afrique du Sud qui organise et encadre les opérations de transfert des eaux du fleuve Orange des hautes montagnes du Lesotho vers la région sud-africaine du Gauteng[1023]. L'eau provenant des montagnes du Lesotho est transportée vers les régions de Johannesburg et du Gauteng[1024]. Le traité prévoit le paiement par l'Afrique du Sud de *royalties* au Lesotho[1025]. Ces *royalties* sont présentées par les autorités sud-africaines et du Lesotho comme un moyen de partager les bénéfices et non pas de valoriser la ressource en eau économiquement[1026]. Une partie comprend une composante fixe calculée en fonction des bénéfices dégagés[1027] et l'autre, une composante variable dont la détermination est basée sur les coûts d'électricité impliqués par les opérations de pompage de l'eau[1028]. Cette composante est convertie en tarif unitaire payé mensuellement et dont le montant dépend des volumes d'eau fournis sur le mois. C'est précisément le fait que le montant de la redevance varie en partie en fonction du volume d'eau consommé qui prête à confusion. Sur ce point, le traité de 1986 qualifie les redevances touchées par le Lesotho de « *parts dans le bénéfice net* » du projet[1029].

[1023] Traité sur le Lesotho Highlands Water Project, *op. cit.,* note 705. Ce traité a donné lieu à la création de plusieurs entités chargées d'administrer le projet comme la *Lesotho Highlands Development Authority*, la *Trans Caledon Tunnel Authority*, la *Lesotho Highlands Water Commission*. Le projet a été partiellement financé par la Banque mondiale. Voir Banque mondiale, *Lesotho – Phase 1 B of the Highlands Water Project,* Washington D. C., Banque mondiale, 2007 ; *Creating Benefit from cooperation in shared water resources : Lesotho's highlands water project phases IA and IB,* 1 December 2008. Voir également F. O. BOADU, « Relational Characteristics of Transboundary Water Treaties: Lesotho's Water Transfer Treaty with the Republic of South Africa », *Natural Resources Journal,* 1998, vol. 38, n° 3, pp. 381-409 ; S. M. A. SALMAN, « Legal Regime for Use and Protection of International Watercourses in the Southern African Region : Evolution and Context », *Natural Resources Journal,* 2001, vol. 41, n° 4, pp. 981-1022.

[1024] Traité sur le Lesotho Highlands Water Project, article 4 (1) « *The purpose of the Project shall be to enhance the use of the water of the Senqu/Orange River by storing, regulating, diverting and controlling the flow of the Senqu/Orange River and its effluents in order to effect the delivery of specified quantities of water to the Designated Outlet Point in the Republic of South Africa and by utilizing such delivery system to generate hydro-electric power in the Kingdom of Lesotho* ». Le projet comporte également un volet hydroélectrique destiné à répondre aux besoins énergétiques du Lesotho Le projet s'échelonne en quatre phases et doit donner lieu à la construction de cinq barrages. Les phases IA et IB sont achevées et les Barrages de Katse et de Mohale ont été construits ainsi que plusieurs kilomètres de galeries souterraines devant permettre de transférer l'eau. Le lancement de la phase II a débuté en 2014.

[1025] Traité sur le Lesotho Highlands Water Project, article 12.

[1026] A. BAILLAT, *op. cit.,* note 484, p. 92.

[1027] Traité sur le Lesotho Highlands Water Project, article 12(1).

[1028] *Ibid.*, article 12(10).

[1029] *Ibid.*

234. Les principes et les règles gouvernant l'utilisation des cours d'eau internationaux découlent de l'égalité et l'interdépendance des États partageant ces ressources. Les régimes sont marqués par « *les caractéristiques propres à chaque cours d'eau ou le contexte politique prévalant dans une région* »[1030]. Mais ils ont tous en commun de reposer sur une logique de partage des utilisations de la ressource. Ces principes et règles ont beaucoup évolué au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, avec une plus grande ouverture sur les besoins des individus et la nécessaire protection environnementale des ressources en eau.

Section II. Le dépassement de l'intérêt territorial en matière de gestion des ressources en eau partagées

235. Le droit international applicable aux ressources en eau transfrontières porte de plus en plus l'accent sur l'enjeu de protection environnementale, ouvrant ainsi la possibilité de dépasser le prisme de la territorialité (B). Une plus grande place est par ailleurs accordée aux besoins des individus, mais celle-ci reste encore trop limitée (A).

I. La prise en compte des besoins des individus

236. Le droit des cours d'eau internationaux n'a traditionnellement pris en compte les besoins des personnes que de manière limitée, sans créer à proprement parler de droit à l'eau dont ces dernières pourraient se prévaloir (A). Sur le plan procédural, de réels progrès ont été accomplis. La participation du public donne aux individus une prise directe sur des questions qui ont longtemps été réglées dans le strict cadre interétatique (B).

A. Une prise en compte insuffisante dans l'appréciation du caractère équitable et raisonnable de l'utilisation des ressources transfrontières

237. L'évaluation du caractère équitable et raisonnable d'une utilisation suppose de « *concilie[r] à la fois les intérêts socio-économiques et écologiques* ». Dans cette optique, les « *besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés* » ainsi que « *la*

[1030] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 889, pp. 686-687.

population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau » comptent évidemment parmi les facteurs à prendre en compte d'une part, aux fins de détermination du caractère équitable et raisonnable, d'autre part, afin d'évaluer la gravité de dommages environnementaux[1031]. Pour autant, les besoins essentiels des populations sont loin d'être élevées au rang d'utilisations prioritaires primant sur toutes autres.

238. L'article 10(2) de la Convention des Nations Unies, consacré aux conflits d'utilisation, appelle les États à accorder une « *attention spéciale* » à la satisfaction des besoins en eau potable ainsi qu'aux utilisations de l'eau affectée *« aux productions vivrières destinées à empêcher la famine* »[1032]. Cela constitue indéniablement une ouverture sur une prise en compte des besoins humains, mais ne signifie en rien que leur satisfaction devrait être priorisée. La Convention retient en outre une conception limitée des besoins humains, bornée à ce qui est nécessaire à la survie humaine[1033]. Elle est loin de couvrir le contenu normatif du droit de l'homme à l'eau, tel qu'il est reconnu par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son Observation générale n° 15 de 2002[1034]. Précisons que ce droit, qui découle du droit de l'homme à une vie adéquate et du droit de l'homme à un haut niveau de santé, consiste en *« un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun* »[1035]. Dans le même sens, les projets d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières appellent les États à « *particulièrement tenir compte des besoins humains vitaux* » en vue d'« *évaluer les différents types d'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière* »[1036].

239. Les Règles de Berlin de 2004, instrument de révision des Règles d'Helsinki, ont permis d'entériner les évolutions survenues en matière de régulation internationale de l'eau dans d'autres corps de normes comme le droit international de l'environnement et le droit

[1031] Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 6(1)(b) et (c) ; Règles d'Helsinki, *op. cit.,* note 907, article V(II)(5).
[1032] Convention des Nations Unies, *ibid.* article 10(2).
[1033] Le projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières de 2008 retient une approche similaire à la Convention des Nations Unies. Le projet d'Articles prend en considération les besoins humains essentiels, en leur article 5, parmi les facteurs à prendre en compte pour une utilisation équitable et raisonnable *« la population tributaire de l'aquifère ou du système aquifère dans chaque État de l'aquifère » (a) et « les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés » (b)).* L'article 5(2) précise que *« pour évaluer les différents types d'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière, il faut particulièrement tenir compte des besoins humains vitaux* » (Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 911).
[1034] *Observation générale n°15, op. cit.,* note 374. Voir Chapitre IV.
[1035] *Ibid.* para. 2.
[1036] Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 911, article 5(2).

international des droits de l'homme[1037]. Elles posent ainsi sans équivoque le principe de priorité des « *besoins humains vitaux* » sur tout autre type d'utilisation, le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation supposant des États qu'ils satisfassent d'abord ces besoins[1038]. Ces « *besoins humains vitaux* » sont décrits comme visant les utilisations nécessaires à la survie humaine immédiate – ce qui inclut l'eau pour boire, pour cuisiner et les besoins en assainissement – ainsi que l'eau nécessaire à la garantie des conditions de subsistance immédiates du foyer[1039]. Cela va certes plus loin que le champ des besoins couverts par la Convention des Nations Unies, mais n'inclut pas pour autant les diverses dimensions du droit de l'homme à l'eau, notamment celles permettant de garantir le plus haut niveau de santé susceptible d'être atteint[1040].

240. À l'échelle des bassins, rares sont les conventions priorisant expressément les besoins humains. On peut citer à titre d'exemple le traité relatif aux eaux limitrophes entre le Canada et les États-Unis de 1910 qui impose aux États de respecter l'« *ordre de préséance* » suivant : « *Usages pour des fins domestiques et hygiéniques* » ; « *Usages pour la navigation, y compris le service des canaux pour les besoins de la navigation* » ; « *Usages pour des fins de force motrice et d'irrigation* »[1041]. Dans le Bassin du Congo, c'est uniquement dans les situations de pénuries qu'il est donné priorité « *à l'approvisionnement en eau potable pour les besoins domestiques, l'élevage, et à la préservation des écosystèmes aquatiques* »[1042]. Pour le reste, la plupart des régimes régionaux n'affirment pas la primauté des besoins humains sur toute autre utilisation. La Charte de l'eau du bassin du Niger du 30 avril 2008 fait référence au « *droit fondamental* » à l'eau dans le premier considérant du préambule[1043]. La réalisation de ce droit, dont le contenu coïncide avec celui du droit de l'homme à l'eau[1044], fait partie des facteurs à

[1037] Règles de Berlin, *op. cit.,* note 922.
[1038] *Ibid.,* article 14 « *Preferences among Uses. 1. In determining an equitable and reasonable use, States shall first allocate waters to satisfy vital human needs. 2. No other use or category of uses shall have an inherent preference over any other use or category of uses* ».
[1039] *Ibid.,* article 3(20) « '*Vital human needs' means waters used for immediate human survival, including drinking, cooking, and sanitary needs, as well as water needed for the immediate sustenance of a household* ».
[1040] Voir Chapitre IV.
[1041] Traité entre le Royaume-Uni et les États-Unis relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les États-Unis, Washington D. C., 11 janvier 1909, article VIII.
[1042] Additif à l'Accord instituant un régime fluvial uniforme et créant la Commission internationale du bassin Congo-Oubangui-Sangha (CICOS), Kinshasa, 22 février 2007, article 9.
[1043] Charte de l'eau du Bassin du Niger, *op. cit.,* note 452, préambule : « *Considérant le droit fondamental pour chaque individu d'accès à l'eau* »
[1044] *Ibid.*, article 1(11)

prendre en compte dans l'utilisation des eaux du Niger[1045]. Mais l'article 15 relatif aux conflits d'utilisation retenant la même formule que la Convention des Nations Unies : les États du bassin doivent accorder, en cas de conflits d'utilisation, une « *attention particulière* » aux besoins humains essentiels. La Charte des eaux du fleuve Sénégal ne va guère plus loin. Il est certes rappelé que les principes directeurs guidant la réparation des eaux du fleuve « *visent à assurer aux populations des États riverains, la pleine jouissance de la ressource, dans le respect de la sécurité des personnes et des ouvrages, ainsi que du droit fondamental de l'Homme à une eau salubre dans la perspective d'un développement durable* »[1046]. Il est aussi souligné que les principes techniques utilisés pour la réparation des eaux « *sont secondaires par rapport au principe de non-discrimination, à l'obligation de satisfaire les besoins vitaux et à la sécurité des personnes* »[1047]. Mais, aucune utilisation n'a priorité sur l'autre « *conformément aux principes du droit internationa*l »[1048]. Et ce n'est qu'en cas de pénurie qu'« *une attention particulière [doit être] accordée à l'approvisionnement en eau potable et aux usages domestiques de l'eau* »[1049].

241. L'attention spéciale accordée aux besoins des individus ne s'accompagne, en droit des cours d'eau internationaux, *« d'aucune obligation juridique de protection* »[1050]. Les besoins vitaux des populations ne sont pris en compte que dans l'hypothèse où un État riverain « *revendiquerait à l'égard des autres États riverains, une utilisation du cours d'eau par sa population, [et] que celle-ci serait susceptible d'entrer en conflit avec d'autres utilisation* »[1051]. Cela laisse apparaître la dimension fragmentée de la régulation internationale de l'eau, chaque régime juridique se concentrant exclusivement sur un type d'utilisation. L'intégration du droit de l'homme à l'eau dans le droit des cours d'eau internationaux supposeraient de faire peser sur les États une obligation de faire en sorte que les activités menées sur leur territoire n'aient pas pour effet d'empêcher un autre État du bassin d'assurer le droit à l'eau des personnes relevant de sa juridiction[1052]. On ne trouve pas d'obligation d'une telle teneur dans les traités

[1045] En effet l'article 4 de la Charte, précise que « *les États parties fondent leur action sur le principe de la participation et de l'utilisation équitables et raisonnables. À cet effet, les circonstances et facteurs pertinents suivants sont à prendre en compte : (...) le droit à l'eau des populations du Bassin* ».
[1046] Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.*, note 452, article 4, alinéa 3.
[1047] *Ibid.* article 6.
[1048] *Ibid.* article 9.
[1049] *Ibid.*
[1050] S. PAQUEROT, *L'eau douce : la nécessaire refondation du droit international,* Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 142.
[1051] M. CUQ, *L'eau en droit international : convergences et divergences dans les approches juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 35.
[1052] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 1034 para. 31.

relatifs à la gestion et l'utilisation des ressources en eau transfrontières. Le cadre établi par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies fait figure d'exception en ce qu'il repose sur une lecture intégrée des enjeux. Ainsi, le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux[1053] comporte un certain nombre d'obligations pesant sur les États en matière de fourniture de services d'eau potable et d'assainissement. L'objectif est ainsi de :

> « *Promouvoir à tous les niveaux appropriés, aussi bien à l'échelon national que dans un contexte transfrontière et international, la protection de la santé et du bien-être de l'homme, tant individuels que collectifs, dans le cadre d'un développement durable, en améliorant la gestion de l'eau, y compris la protection des écosystèmes aquatiques, et en s'employant à prévenir, à combattre et à faire reculer les maladies liées à l'eau* »[1054].

Les États sont, à cette fin, tenus de prendre *« toutes les mesures appropriées »* pour assurer un *« approvisionnement adéquat en eau potable salubre »* ainsi qu'un *« assainissement adéquat d'une qualité propre à permettre de protéger la santé de l'homme et l'environnement »*[1055].

242. Le droit des cours d'eau internationaux ne prend qu'insuffisamment en considération les besoins des individus dès lors qu'il s'agit de déterminer le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation ou de trancher des conflits d'usage. Le dépassement du prisme étatique s'opère avant tout par le jeu de règles procédurales. Le droit des cours d'eau internationaux s'est en effet progressivement ouvert à l'enjeu de démocratisation et d'inclusivité en favorisant la participation du public à la gestion des ressources en eau transfrontières.

B. L'enjeu de démocratisation : la participation du public

243. Rappelons que la participation du public désigne le mécanisme procédural par lequel la transparence, l'accès à la justice et la participation publique au processus décisionnel se trouvent renforcés[1056]. On comprend dès lors que l'exercice du droit à la participation dépend pour une large part des conditions politiques et socio-économiques des États. Ces conditions

[1053] Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, *op. cit.,* note 452.
[1054] *Ibid.*, article 1er.
[1055] *Ibid.*, article 4.2 (b).
[1056] M. TIGNINO, M. M. MBENGUE, « Transparency, Public Participation and Amicus Curiae in Water disputes», dans E. BROWN WEISS, L. BOISSON DE CHAZOURNES, N. BERNASCONI-OSTERWALDER (dir.), *op. cit.,* note 154, p. 368.

peuvent représenter des obstacles de taille à l'intégration effective du public dans la gestion des ressources en eau transfrontières[1057].

244. Cet enjeu de nature démocratique a émergé dans les droits internes dans les années 1970. Il faudra attendre deux décennies pour qu'il occupe une place importante en droit international de l'environnement[1058] et s'y ancre solidement[1059], comme en témoigne la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public dans le processus de décision et l'accès à la justice dans le domaine environnemental (ci-après, « Convention d'Aarhus ») de 1998. La Convention appelle les États à faire en sorte que « *les autorités publiques mettent à disposition du public, dans le cadre de leur législation nationale* », toutes les informations environnementales pertinentes leur étant demandé, sans que le demandeur ne soit tenu de démontrer un intérêt particulier[1060]. La définition retenue de l'autorité publique dépasse la dichotomie public / privé, dans la mesure où sont visées largement les personnes physiques ou morales « *assumant des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournissant des services publics en rapport avec l'environnement* »[1061]. La divulgation d'informations peut être refusée lorsqu'elle est susceptible de remettre en question le « *secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi afin de défendre un intérêt économique légitime* »[1062]. Ces motifs de rejet doivent être interprétés strictement, « *compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public et selon que ces informations ont trait ou non aux émissions dans l'environnement* »[1063]. La consultation du public est un aspect fondamental de la procédure d'étude d'impact environnemental, dont la CIJ a rappelé le caractère coutumier dans l'affaire des Usines de pâte à papier[1064]. Le dossier d'évaluation doit être transmis non seulement aux autorités mais aussi au public pouvant être affecté par le

[1057] M. TIGNINO, « Les contours du principe de la participation publique et la protection des ressources en transfrontières », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, 2010, hors-série n°7, pp. 1-2, disponible sur https://www.erudit.org/fr/revues/vertigo/2010-n7-vertigo3897/044521ar/ (consulté le 30 juin 2021).
[1058] Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio, 13 juin 1992, A/CONF.151/26 (vol. I), principe 10 ; *Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90, para.18.9.
[1059] Voir par exemple, Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, 29 juillet 1969, *RTNU*, vol. 956, p. 251 ; Convention relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, Vienne, 21 mai 1963, *RTNU,* vol. 1063, p. 265.
[1060] Convention sur l'accès à l'information, la participation du public dans le processus de décision et l'accès à la justice dans le domaine environnemental, Aarhus, 25 juin 1998, *op. cit.,* note 406, article 4(1)(a).
[1061] *Ibid.*, article 2, (2).
[1062] *Ibid.*, article 4(4)(d).
[1063] Commission économique pour l'Europe, *La Convention d'Aarhus : guide d'application*, Genève, Nations Unies, 2014.
[1064] *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.,* note 406, para. 204.

projet[1065], qui doit pouvoir formuler des observations ou objections[1066]. Les États sont tenus de veiller à ce que les résultats de cette consultation soient pris en compte pour l'approbation du projet[1067].

245. Dans le contexte de la gestion des cours d'eau internationaux, encore trop peu d'instruments conventionnels intègrent cette préoccupation. La Convention des Nations Unies de 1997 épouse ainsi une conception très limitée. Le droit à la participation de l'individu n'y est appréhendé que sous le prisme de la non-discrimination en matière d'accès aux procédures juridictionnelles, cela dans le contexte de litiges liés à des dommages transfrontières significatifs résultant d'activités impliquant l'utilisation de l'eau d'un cours d'eau international[1068]. On est donc très loin de la raison d'être du mécanisme de participation du public, et en particulier de sa dimension préventive qui permet d'associer en amont les citoyens à la gestion et à la prise de décision.

246. Là encore, c'est dans les contextes régionaux et de bassin, que l'on trouve des approches plus poussées. La Convention d'Helsinki de 1992, désormais de portée universelle, reconnaît au public le droit d'accéder à toutes les informations relatives « *à l'état des eaux transfrontières, aux mesures prises ou prévues pour prévenir, maîtriser et réduire l'impact transfrontière et à l'efficacité de ces mesures* »[1069]. Les États sont tenus de diffuser l'information et de la rendre disponible sur demande[1070]. Sur le continent africain, on donnera pour exemple la Charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002 qui invite les États riverains à veiller « *à ce que les informations relatives à l'état des eaux du Fleuve, aux mesures prévues ou prises pour assurer la régularité du débit du Fleuve, ainsi qu'à la qualité des eaux soient accessibles au public* »[1071]. De plus, les États sont appelés à « *veiller parallèlement à l'éducation des populations riveraines en encourageant des programmes de sensibilisation pour une utilisation écologiquement rationnelle des eaux du Fleuve* »[1072]. Dans le bassin du fleuve Sénégal, « *la structuration et le renforcement de la gestion concertée impliquant, de*

[1065] Convention d'Espoo, *op. cit.,* note 406, article 4.2.
[1066] *Ibid.*, article 3.8.
[1067] *Ibid.*, article 4.2.
[1068] Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 32.
[1069] Convention d'Helsinki, *op. cit.,* note 406, article 16.1.
[1070] Commission Économique pour l'Europe, *op. cit.,* note 1063, p. 92, para. 335. La préoccupation de la participation du public occupe une place de choix dans le Protocole sur l'eau et la santé du 17 juin 1999 à la Convention d'Helsinki (*op. cit.,* note 452), article 10. Voir aussi la Convention concernant la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube, 29 juillet 1994, article 14.
[1071] Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.,* note 452, article 13.
[1072] *Ibid.*

manière interactive tous les acteurs du bassin, gage de sa légitimité » constitue l'un des principes phares d'intervention de l'OMVS[1073]. Enfin, certains mécanismes cherchent à mieux intégrer des publics généralement marginalisés. C'est le cas en Amérique du Sud où plusieurs mécanismes de gestion garantissent la participation des populations autochtones. Ainsi, en est-il du mémorandum conclu en 2004 entre l'organisation du Traité de coopération amazonienne (OCTA) et des organisations de peuples autochtones, précisément destiné à mieux intégrer ces communautés aux politiques de gestion de l'eau[1074].

247. L'accès à l'information, la participation du public à la prise de décision ainsi que la possibilité d'avoir accès à des voies de recours, sont des éléments de justice sociale et de démocratisation indispensables à la réalisation des droits de l'homme. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler aux États leur obligation de consulter et de coopérer de bonne foi avec les peuples autochtones en vue d'obtenir leur consentement informé préalablement à l'approbation de projets affectant leurs terres et leurs ressources[1075]. Dans le contexte africain, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a précisé les contours du principe de participation du public relativement au droit de l'homme à un environnement sain[1076]. Le droit à un environnement sain suppose « *d'exiger et de publier des études sur l'impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur* », « *d'informer les communautés exposées aux activités et produits dangereux* » et « *d'offrir aux individus la possibilité d'être entendus et de participer aux décisions relatives au développement affectant leurs communautés* »[1077]. La participation du public illustre les liens d'interdépendance entre protection de l'environnement et droits de

[1073] Déclaration de Nouakchott relative au cadre d'orientation stratégique pour l'OMVS, résolution de la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'OMVS, 13 mars 2006.
[1074] Memorándum de Entendimiento entre la OTCA y el Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), 25 octobre 2004.
[1075] Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones, résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée Générale, A/RES/61/295, 13 septembre 2007, article 32(2) : « *Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres* ».
[1076] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 juin 1981, *RTNU,* vol. 217, p. 1520, CAB/LEG/67/3 Rev.5, article 24.
[1077] *SERAC and CESR c. Nigeria*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication 155/96,13 octobre 2001, para. 53.

l'homme, enchevêtrement qui transparaît dans les récents principes-cadres de 2018 relatifs aux droits de l'homme et à l'environnement[1078].

248. Si le droit international des cours d'eau internationaux reconnaît la nécessité de prendre en considération les besoins humains, il se borne à préciser les principes devant guider l'utilisation de cours d'eau partagés entre deux ou plusieurs États. On ne se trouve pas dans la logique d'un droit individuel opposable aux États mais plutôt dans le contexte d'un « *droit de l'eau qui concerne les États* »[1079]. Sur le plan procédural, la participation du public permet d'impliquer activement les individus dans la gestion des cours d'eau internationaux en remettant en question les distinctions entre « *droit interne versus droit international ; droit public versus droit privé ; intérêts privés versus intérêt public* »[1080]. Il reste que ce principe de participation, consacré en droit international de l'environnement, reste encore trop peu présent dans le droit des cours d'eau internationaux.

249. À ce stade, l'évolution la plus marquante du droit des cours d'eau internationaux est son ouverture plus grande sur l'enjeu de protection environnementale impliquant de s'attacher davantage à la réalité naturelle et physique de l'eau et, partant, de s'affranchir du prisme territorial.

II. La protection environnementale de l'eau en tant qu'intérêt commun des États

250. Alors que le dommage environnemental a longtemps été appréhendé et évalué sous le prisme des intérêts territoriaux des États (A), l'approche se veut aujourd'hui plus large. L'eau apparaît de plus en plus comme un élément de l'environnement à protéger (B).

[1078] Reproduits en annexe du *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/37/59, 24 janvier 2018. Voir notamment les principes 7, 8 et 9.
[1079] P.-M. DUPUY, « Le droit à l'eau, un droit international ? », *EUI Working Papers Law* 2006/06, European University Institute, Department of Law, p. 6.
[1080] M. TIGNINO, M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 1056, p. 367 (notre traduction).

A. Le dommage environnemental évalué sous le prisme de l'intégrité territoriale des États riverains

251. La protection environnementale des ressources en eau transfrontières a traditionnellement été appréhendée exclusivement sous le prisme de l'intégrité territoriale des États à travers l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs. Règle à « *connotation écologique* »[1081], cette obligation est « *à la fois restreinte dans sa portée et soumise, dans son application, à la règle de l'utilisation raisonnable et équitable* »[1082].

252. Les traités relatifs à l'utilisation et à la gestion des cours d'eau internationaux proscrivant tout dommage transfrontière sont peu nombreux[1083]. Un certain niveau de gravité est généralement exigé, le dommage devant être « *substantiel* »[1084], « *important* »[1085], « *appréciable* »[1086], ou « *significatif* » comme c'est le cas dans la Convention des Nations Unies[1087]. Dans le contexte du projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, certaines délégations ont plaidé pour un niveau de protection environnementale plus important en raison de la plus grande vulnérabilité de ces ressources, ce qui supposait d'abaisser le seuil de gravité[1088]. Elles n'ont pas obtenu gain de cause, le terme « *significatif* » ayant été jugé suffisamment flexible pour embrasser une grande variété de dommages[1089].

253. S'est posée la question du poids à donner à cette obligation dans l'appréciation du caractère équitable et raisonnable d'une utilisation, autrement dit de savoir si elle en était un simple critère d'évaluation ou s'il s'agissait d'une obligation autonome. Cette problématique rend compte de l'antagonisme entre États d'aval et États d'amont. Elle explique par ailleurs le

---

[1081] J. SOHNLE, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté,* Paris, La documentation française, 2002, p. 271
[1082] M. CUQ, *op. cit.,* note 1051, p. 34.
[1083] Voir par exemple le paragraphe 2 de la Déclaration argentino-uruguayenne de 1971 sur les ressources en eau : « *Les États s'abstiendront de polluer les fleuves internationaux et leurs affluents de quelque façon que ce soit et assureront la conservation des ressources écologiques dans les régions relevant de leur juridiction respective* », cité dans *Ann. CDI*, 1974, vol. II, 2ème partie, p. 358, A/CN.4/274, para. 328.
[1084] Voir par exemple l'Accord sur la coopération pour le développement durable du bassin du fleuve Mékong, Th Chiang Rai, 5 avril 1995, article 7 ; Accord entre la Bulgarie et la Turquie concernant la coopération pour l'utilisation des eaux des fleuves traversant le territoire des deux pays, Istanbul, 23 octobre 1968, article 2.
[1085] Convention d'Helsinki, *op. cit.,* note 406, article 1, para 2.
[1086] *Troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen Schwebel, rapporteur spécial*, A/CN.4/348, 11 décembre 1981, para. 130.
[1087] Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 7.
[1088] *Premier rapport sur les ressources naturelles partagées, par M. Chusei Yamada, Rapporteur spécial*, A/CN.4/533 et Add. 1, 30 avril et 30 juin 2003.
[1089] *Deuxième rapport sur les ressources naturelles partagées, par M. Chusei Yamada, Rapporteur spécial*, A/CN.4/359 et Add.1, 9 mars et 12 avril 2004.

faible niveau d'adhésion à la Convention de Nations Unies de 1997 ainsi que son entrée en vigueur tardive. Une position – logiquement défendue par les États d'aval – appréhende la pollution comme une catégorie spécifique de dommage violant *ipso facto* le principe d'utilisation équitable et raisonnable[1090]. Il a été avancé qu'une telle interprétation équivaudrait à basculer « *d'une approche fondée sur l'idée de souveraineté limitée à une autre, fondée sur celle d'intégrité territoriale absolue* »[1091]. À notre sens, une telle approche permet précisément d'appréhender l'eau du cours d'eau de manière autonome, en tant qu'élément de l'environnement à protéger, la protection environnementale devenant ainsi une valeur primant sur toutes les autres. Les États d'amont prônent naturellement la primauté du principe d'utilisation équitable et raisonnable, le dommage environnemental ne constituant dans cette optique qu'un facteur à prendre en compte parmi d'autres. C'est la conception qui l'a emporté dans les Règles d'Helsinki de 1966 : le commentaire à l'article X souligne que la pollution « *peut-être le résultat d'une utilisation raisonnable et à tous autres égards licite des eaux d'un bassin international* »[1092]. Dans cette optique, l'exploitation industrielle de l'eau d'un cours d'eau international générant des dommages environnementaux ne représente pas une utilisation inéquitable et déraisonnable, dans la mesure où la pollution peut être un « *effet secondaire d'une utilisation, à tous autres égards, bénéfique des eaux d'un bassin de drainage international* »[1093]. Autrement dit, c'est ici la valeur économique du cours d'eau qui prime. À première vue, la prise en compte dans la Convention des Nations Unies de facteurs tels que la protection environnementale, les besoins des populations dépendantes du cours d'eau ou encore les besoins économiques et sociaux des États aux fins de détermination du caractère raisonnable et équitable d'une utilisation[1094], traduit la volonté de recourir à une approche intégrée de la gestion des cours d'eau, ces facteurs devant être évalués ensemble[1095]. Force est de constater qu'à l'image des Règles d'Helsinki, la Convention des Nations Unies envisage le dommage environnemental uniquement dans la mesure où il porte atteinte à l'intégrité territoriale des États. Le dommage environnemental n'est en effet juridiquement pertinent que dans la mesure où il coïncide avec une atteinte aux intérêts territoriaux étatiques. Le commentaire à l'article 20 de la Convention, relatif à la protection des écosystèmes, précise que :

[1090] Voir par exemple A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution. Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 68-69.
[1091] P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *Introduction au droit international de l'environnement,* Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 156-157.
[1092] Règles d'Helsinki, *op. cit.,* note 907.
[1093] *Ibid.*
[1094] Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 6 (1).
[1095] *Ibid.*, article 6 (3).

« *L'obligation de "protéger" les écosystèmes des cours d'eau internationaux constitue une application spécifique de la règle formulée à l'article 5, à savoir que les États des cours d'eau sont tenus d'utiliser et de mettre en valeur un cours d'eau international d'une manière compatible avec une protection adéquate de ce cours d'eau international* »[1096].

Pour autant, le commentaire à l'article 7 de la Convention pose sans équivoque la primauté du principe d'utilisation équitable et raisonnable. Il est en effet précisé qu'une activité causant des dommages significatifs ne justifie pas « *nécessairement, en soi, l'interdiction de cette activité* »[1097]. Il y est par ailleurs affirmé que « *le principe de l'utilisation équitable et raisonnable demeure le critère déterminant s'agissant de réaliser un équilibre entre les intérêts en jeu* »[1098]. Une pondération est fort heureusement introduite, les activités causant des « *dommages à la sécurité et à la santé des personnes* » étant « *considérées comme étant intrinsèquement déraisonnable et inéquitable* »[1099].

254. Les Règles de Berlin de 2004, texte de révision des Règles d'Helsinki de 1966, retiennent une approche reflétant l'imprégnation de la préoccupation environnementale dans le droit des cours d'eau internationaux. Elles autorisent une lecture renouvelée du principe d'utilisation équitable et raisonnable en introduisant tout d'abord le principe de « *gestion équitable et raisonnable* » des ressources en eau[1100]. Cette obligation requiert des États qu'ils « *[gèrent] les eaux d'un bassin de drainage international de manière équitable et raisonnable en tenant dument compte de l'obligation de ne pas causer de dommage significatif* »[1101]. La « *gestion des eaux* » y est envisagée comme couvrant le « *développement, (...) l'utilisation, (...) la protection, (...) l'allocation, (...) la régulation et [le] contrôle des eaux* »[1102]. Ensuite, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif est appréhendée en référence au principe d'utilisation

[1096] Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session, *Ann. CDI*, 1994, vol II, 2ème partie, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1, p. 126, para. 3. Idem pour ce qui est du commentaire à l'article 21(2), voir p. 129 para. 3.
[1097] *Ibid.*, p.108
[1098] *Ibid.*
[1099] Commission du droit international, Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et commentaires y relatifs, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session,* A/CN.4/L/493, 12 juillet 1994, commentaire à l'article 7, p. 110, para. 14.
[1100] On rappellera que ce texte qui révise les règles d'Helsinki a notamment pour objectif de mettre en lumière les règles et normes applicables, y compris non encore contraignantes mais qui, au sens de l'ILA, constituent des règles émergentes de droit international coutumier. Il s'agissait de prendre en compte à travers cette révision le développement d'autres champs normatifs comme le droit international de l'environnement, le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire, affectant la réglementation internationale des eaux.
[1101] Règles de Berlin, *op. cit.,* note 922, article 12(1).
[1102] *Ibid.*, article 3(14).

équitable et raisonnable[1103]. L'article 16 met en valeur le fait que le droit à une part équitable et raisonnable des eaux d'un bassin de drainage international emporte corrélativement certaines obligations[1104]. Ce droit ne peut être réalisé qu'en attachant une attention particulière à l'obligation de ne pas causer de dommage significatif. Ainsi, chaque principe se trouve soumis à l'autre, si bien qu'ils peuvent être considérés comme égaux[1105].

255. Le droit international ne s'est longtemps intéressé à la ressource en eau que par le prisme de la territorialité. Mais une évolution est en train de se concrétiser : le droit international entend mieux prendre en compte la dimension écologique du cours d'eau, ouvrant ainsi la porte à des approches de gestion dépassant le prisme de la territorialité.

B. L'eau en tant qu'élément de l'environnement à protéger

256. L'enjeu de protection environnementale a progressivement infiltré le droit applicable aux ressources en eau transfrontières. Les traités les plus anciens retiennent une approche utilitariste de la protection environnementale impropre à protéger la ressource en eau en tant que telle[1106]. Dans ces traités, la pollution n'est interdite que dans le cadre d'utilisations spécifiques comme la pêche ou l'introduction de certaines substances dangereuses pour les ressources halieutiques tels que les résidus industriels et agricoles[1107]. Ce n'est véritablement qu'à partir des années 1960 qu'une obligation générale de ne pas polluer les ressources en eau sera intégrée plus systématiquement dans les traités[1108]. L'eau devient ainsi un élément de

[1103] *Ibid.*, article 16.
[1104] *Ibid.*, commentaire à l'article 16.
[1105] S. M. A. SALMAN, « Helsinki Rules, UN Watercourses Convention and Berlin Rules: Perspectives on international water law », *Water Resources and Development*, 2007, vol. 23, n° 4, 2007 p. 637.
[1106] K. SANGBANA, *op.cit.,* note 906, p. 12, pp. 32-34. L'auteur donne en exemple la Convention sur la pêche dans le Rhin interdisant l'utilisation de « matières explosives ou d'autres matières nuisibles (cité par K. SANGBANA, *op.cit.,* note 906, p. 32 ; Convention sur la pêche dans le Rhin, 1887, article 4(1)). Les conventions internationales relatives aux frontières sont singulières en ce qu'elles contiennent une obligation générale de ne pas polluer. Voir par exemple l'article 4 du Traité entre les États-Unis et le Canada relatif aux eaux frontières de 1909 qui prévoit « *que les eaux définies comme eaux frontières et eaux coulant à travers la frontière ne doivent pas être polluées d'un côté ou de l'autre* ». Voir aussi l'article 19 du Traité relatif au régime de la frontière d'État soviético-polonaise, Moscou, 15 février 1961, *RTNU,* vol. 420, p. 161 ; Traité franco-allemand portant délimitation de la frontière, Paris, 14 août 1925, *SNLU,* n°178, p. 657, article 44.
[1107] K. SANGBANA, *ibid.*, pp. 31 et s. C'est le cas de l'Accord entre les États-Unis et le Canada relatif au Saint-Laurent Maritime qui interdit notamment les rejets de déchets huileux de centres ou de mazout (Accord entre les États-Unis et le Canada relatif au Saint-Laurent Maritime, Ottawa, 27 février 1957, *SLNU,* n° 64, p. 206).
[1108] Les Règles d'Helsinki de 1966 comprennent un chapitre dédié à la pollution (Règles d'Helsinki, *op. cit.,* note 907, chapitre 3, articles IX à XI). Parmi les textes conventionnels, voir par exemple, Traité relatif à la frontière sur l'Uruguay, Montevideo, 7 avril 1961 (Argentine/Uruguay), article 7. Voir plus généralement pour l'Europe, « Treaties Concerning the Non Navigational Uses of International Watercourses – Europe », *Études législatives de la FAO,* 1993, n° 50.

l'environnement à protéger en tant que tel. La quatrième Partie de la Convention des Nations Unies et ses dispositions relatives à la protection, la préservation et la gestion environnementale rend compte de la pénétration des principes du droit international de l'environnement dans le droit des cours d'eau internationaux[1109]. Il est intéressant de constater que consécutivement à la signature de la Convention des Nations Unies, plusieurs instruments ont été amendées de manière à intégrer des obligations de protection environnementale[1110]. Les juridictions internationales interprètent par ailleurs les règles du droit des cours d'eau internationaux à la lumière des principes et règles du droit international de l'environnement actuels[1111].

257. Au-delà de l'interdiction des dommages significatifs, le principe d'action préventive bien connu du droit international de l'environnement, est consacré dans plusieurs conventions internationales. Il requiert des États qu'ils mettent « *en œuvre tous les moyens à [leur] disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur [leur] territoire…ne causent un préjudice à l'environnement d'un autre État* »[1112]. Les États sont appelés à prendre toutes actions en amont, cela le plus tôt possible avant la survenance du dommage, ce qui implique qu'ils exercent :

> « *un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, et ce, afin de préserver les droits de l'autres partie* »[1113].

Cette obligation de *due diligence* ne requiert pas des États qu'ils « *[s'abstiennent] de toutes activités susceptibles de causer un dommage, mais de faire de [leur] mieux pour prévenir la survenance d'un dommage significatif* »[1114]. Elle ouvre la porte à la prise en compte de

---

[1109] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, *op. cit.,* note 887 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES*, op. cit.,* note 944.
[1110] O. MCINTYRE, « Environmental Protection and the Ecosystem Approach », dans S. MCCAFFREY, C. LEB, R. T. DENOON (dir.), *Research Handbook on International Water Law,* Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2019, p. 127. L'auteur donne en exemple la *Minute 319 : Interim International Cooperative Measures in the Colorado River Basin* du 20 novembre 2012*,* qui amende le traité de 1944 relatif à l'utilisation des eaux du Colorado et du fleuve Tijuana ainsi que du Rio grande (Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado et du fleuve Tijuana ainsi que du Rio grande*, op. cit.,* note 741).
[1111] La CIJ a confirmé dans son arrêt Gabčíkovo que les normes de droit international de l'environnement étaient applicables même en l'absence de disposition conventionnelle explicite (*Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.,* note 921, para. 140). Voir aussi, Tribunal arbitral *Kishenganga* (Pakistan c. Inde), sentence partielle du 18 février 2013, para. 452 ; Cour permanente d'arbitrage, *Affaire du Rhin de fer, Belgique / Pays Bas*, sentence du 24 mai 2005, para. 59.
[1112] *Affaire relative à des usines de pâte à papier*, *op. cit.,* note 406, para. 101.
[1113] *Ibid.*, para. 197.
[1114] K. SANGBANA, *op.cit.,* note 906, p. 55. Voir S. BESSON, « La due diligence en droit international », *RCADI*, 2020, t. 409, pp. 153-398 ; A. E. BOYLE, « State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law », *ICLQ*, 1990, vol. 39, n° 1, pp.14-15 ; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, University Press, 2003, pp. 246-249.

considérations fondées sur la proportionnalité dans l'appréciation du comportement de l'État. Plus les risques qu'une activité est susceptible de faire courir sur la qualité des eaux sont importants, plus le niveau de diligence attendu sera élevé[1115]. L'obligation d'évaluer l'impact environnemental de projets représente dans cette optique l'outil préventif de gestion des risques par excellence. Comme l'a souligné le Juge Weeramantry dans son opinion dissidente à l'arrêt Gabčíkovo-Nagymaros, l'évaluation de l'impact environnemental doit être menée préventivement puis de manière continue[1116]. Le principe de précaution s'inscrit tout autant dans un souci de prévention et de *due diligence* dans la mesure où il repose sur les idées de dommage potentiel et de risque selon lesquels l'incertitude scientifique ne saurait servir de prétexte à l'inaction et à la poursuite de pratiques potentiellement néfastes à l'environnement[1117]. La doctrine reste divisée quant à la portée de ce principe, certains considérant qu'il fait partie du droit international coutumier[1118], d'autres qu'il n'en fait pas partie[1119], qu'il s'agit d'une norme coutumière émergente[1120], ou encore d'un simple principe

[1115] Voir Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil* 2011, p. 40, para. 117.

[1116] « Opinion individuelle du juge Weeramantry », 25 septembre 1997, *CIJ Recueil* 1997*,* p. 111. En effet, *« tant qu'un projet d'une certaine envergure est en activité, l'EIE doit continuer, car tout projet de ce genre peut produire des effets inattendus ; des considérations de prudence semblent dicter la nécessité d'un suivi continu* ».

[1117] Voir la Déclaration de Rio, *op. cit.,* note 1058, principe 15 : en cas « *de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doive pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Sur le principe de précaution, voir J. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international,* Paris, LGDJ, 2006, p. 311 ; A. OUEDRAOGO, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, 2010, p. 679 ; M. M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire,* Paris, Pedone, 2009 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », dans C. LEBEN, J. VERHOEVEN (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire,* Paris, Panthéon Assas, 2002, pp. 65-94 ; Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, « Les juridictions internationales et le principe de précaution entre grande prudence et petites audaces », dans D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VIÑUALES, (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2014, pp. 929-948 ; A. KULICK, « International Investment Law and the Environment », dans A. KULICK (dir.), *Global Public Interest in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 229.

[1118] CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier,* Plaidoirie de Philippe Sands, 16 septembre 2009, p. 58, para. 8 ; M. BOTHE, « Environment, Development, Resources », *RCADI,* 2005, t. 318, pp. 496-500 ; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 286 ; N. DE SADELER, « Le statut juridique du principe de précaution », dans F. EWALD (dir.), *Le principe de précaution*, Paris, PUF, 2008, p. 73 ; A. KISS, D. SHELTON, *International Environmental Law*, New York, Londres, Transnational Publishers, 1991, p. 130-131.

[1119] M. A. FITZMAURICE, « International Environmental Law as a Special Field », *NYIL,* 1994, p. 25 ; P.-M. DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP,* 1997, p.101.

[1120] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Precautionary Principle in Precaution from Rio to Johannesburg*, *Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable*, International Environment House, Genève, 16 mai 2002, pp.10-12.

moral et politique[1121]. On le trouve encore rarement mentionné dans les traités, mais son insertion est de plus en plus fréquente[1122]. La Convention des Nations Unies de 1997 est silencieuse sur la question de la précaution et c'est dans le contexte régional ou de bassin qu'il est consacré. Ainsi en est-il dans le contexte européen où, dans le cadre de la Convention d'Helsinki, l'action des États parties en matière d'utilisation et de protection des cours d'eau transfrontières est guidée par le principe de précaution[1123]. Dans le contexte africain, la Charte de l'eau du Niger pose le principe en ces termes :

> « *Les États Parties devront se garder de différer la mise en œuvre de mesures destinées à éviter toute situation susceptible d'avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas démontré l'existence d'un lien de causalité entre cette situation et un éventuel impact transfrontière* »[1124].

La Charte en retient une approche précise requérant des États qu'ils évitent de « *différer la mise en œuvre de mesures destinées à éviter toute situation susceptible d'avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas démontré l'existence d'un lien de causalité entre cette situation et un éventuel impact transfrontière* »[1125]. Dans leur pratique, les organes de jugement internationaux éprouvent une certaine réticence à s'y référer. À l'occasion du différend relatif aux usines de pâte à papier, alors que l'Argentine invoquait le principe, la CIJ s'est contentée de faire référence à une « *approche de précaution* »[1126] pouvant *« se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du Statut* » mais n'ayant « *toutefois pas pour effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve* »[1127]. C'est la même solution qui a été retenue dans les Articles sur le droit des aquifères transfrontières : les États de l'aquifère sont appelés à adopter « *une approche de précaution en cas d'incertitude quant à la nature et à l'étendue d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière, et quant à sa vulnérabilité à la pollution* »[1128]. L'introduction du principe de précaution n'avait été défendue que par une

---

[1121] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 1117, p. 88 ; O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 1997, p. 21 : « *en l'état actuel des choses, la précaution est un principe moral et politique […] mais ne constitue pas une règle juridique* ».
[1122] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *ibid.*, p. 85.
[1123] Convention d'Helsinki, *op. cit.,* note 406, article 2 (5) (a). On retrouve le même principe dans plusieurs autres traités européens. Voir par exemple l'article 2(4) de la Convention sur la protection du Danube, l'article 4 de la Convention pour la protection du Rhin et l'article 3(1)(a) de l'Accord international sur la Meuse.
[1124] Charte de l'eau du bassin du Niger, *op. cit.,* note 452, article 6. Voir aussi, l'article 4 (2) (f) du Protocole sur le développement durable du bassin du Lac Victoria ; l'article 5 (a) de la Convention sur le développement durable du Lac Tanganyika ; l'article 7 (h) de la Charte de l'eau du bassin du Lac Tchad (art. 7 (h)).
[1125] Charte de l'eau du bassin du Niger, *op. cit.,* note 452, article 6.
[1126] *Affaire relative à des usines de pâte à papier*, *op. cit.,* note 406, para. 164
[1127] *Ibid*., para.164.
[1128] Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 911, article 12.

minorité d'États. La formulation consacrée rend compte du compromis réalisé[1129]. La CDI justifie son choix de recourir à cette expression en raison de son caractère moins contesté[1130]. Elle souligne en outre que les notions d'« approche de précaution » ou de « principe de précaution » mènent « *à des résultats similaires dans la pratique lorsqu'elles sont appliquées de bonne foi* »[1131]. En tout état de cause, l'obligation de prévention ne souffre pas nécessairement des variations de l'approche de précaution.

258. L'évolution la plus notable en faveur d'une appréhension de l'eau en tant qu'élément de l'environnement à protéger est le recours plus fréquent au bassin en tant qu'unité géographique de référence, orientant la gestion de l'eau vers une approche écosystémique[1132]. L'appréhension de l'eau comme ressource faisant partie intégrante de l'écosystème rend compte de l'interconnexion entre les espèces vivantes et leur environnement et met en lumière l'interdépendance entre la terre et l'eau[1133]. L'accent est ainsi porté sur les interactions entre les différents sous-systèmes et leurs réponses aux pressions résultant de l'activité humaine. Finalement, la mise en œuvre la plus aboutie de l'approche écosystémique supposerait de subordonner l'humain aux besoins environnementaux, ce qui est aujourd'hui inconcevable dans nos sociétés caractérisées par une vision anthropocentrée des rapports entre la nature et l'Homme.

259. Dans le cadre universel de la Convention des Nations-Unis, les États ont refusé de s'appuyer sur l'unité du bassin, opposition illustrant leur attachement à la préservation de leur souveraineté territoriale, les « *[conduisant] à dissocier les terres et les eaux…[l]e cours d'eau ne [prenant] en compte que les eaux, alors que le bassin hydrographique renvoie au support terrestre et aux eaux sur jacentes* »[1134]. Pour autant, l'écosystème n'est pas totalement absent

[1129] J. SOHNLE, *op.cit.,* note 985, p. 419.
[1130] Voir commentaire sous l'article 12, Texte des projets d'articles et des commentaires y afférents, dans Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2008), A/63/10, pp. 65-66.
[1131] *Ibid.*
[1132] L'écosystème vise « *une unité écologique composée d'éléments biologiques ou non qui sont interdépendants et fonctionnent comme un ensemble* ». Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session (2 mai – 22 juillet 1994), reproduit dans *Ann. CDI*, 1994, vol. II, 2ème partie, A/49/10, p. 125. L'article 2 de la Convention sur la diversité biologique définit l'écosystème comme un « *complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle* », Convention sur la diversité biologique, *op. cit.,* note 81. Voir A. TANZI, M. ARCARI, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses,* Dordrecht, Kluwer Law International, 2001, pp. 8-9.
[1133] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op.cit.,* note 890, p.10.
[1134] F. COULÉE, *op. cit.,* note 919, p. 29.

de la Convention, sa quatrième Partie posant des obligations en matière de protection, de préservation et de gestion des écosystèmes aquatiques et marins. Il reste que l'approche retenue est ciblée sur la protection de l'écosystème des cours d'eau internationaux et non des bassins[1135]. Par ailleurs, aucune précision n'est fournie quant au type d'écosystème couvert si bien qu'il n'est pas certain que l'intégralité de l'écosystème du cours d'eau – tant aquatique que terrestre – soit visée[1136].

260. La prise en compte des réalités physiques et naturelles de l'eau sont mieux saisies dans les instruments régionaux. Ainsi en est-il dans la Directive-cadre européenne sur l'eau qui définit les bassins hydrographiques comme des « *zones terrestres et maritimes, composées d'un ou plusieurs bassins hydrographiques ainsi que des eaux souterraines et eaux côtières associées* »[1137]. Les régimes des bassins du Tchad et du Rio de la Plata ainsi que le traité de coopération amazonienne de 1978 se fondent également sur cette unité[1138]. La protection de « *l'intégrité chimique, physique et biologique des eaux de l'écosystème du bassin* »[1139] est élevée au rang de priorité dans divers instruments conventionnels[1140]. Le fleuve Sénégal est lui qualifié dans le préambule de la Charte des eaux du fleuve Sénégal « *d'écosystème essentiel à la poursuite d'un développement durable dans les pays riverains* », devant être considéré « *en appréciant le cycle de l'eau dans son ensemble ainsi que les besoins sectoriels et intersectoriels* ».

261. L'approche écosystémique ouvre sans aucun doute la porte à un dépassement du prisme de la territorialité dans la mesure où elle prend en compte le bassin hydrographique, qu'il « *soit transfrontière ou non* »[1141]. Ainsi, appliquée de manière aboutie, la gestion écosystémique pourrait en pratique donner lieu à des obligations embrassant la gestion d'eaux purement nationales, à côté de celles relative aux cours d'eau internationaux, orientant ainsi le droit

[1135] E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 35, p. 222.
[1136] L. BOISSON DE CHAZOURNES, note 944 p. 119.
[1137] Directive 2000/60/CE, *op. cit.,* note 219, article 2 (15). La directive impose aux États membres de l'Union le recensement des bassins se trouvant dans leur territoire (article 3).
[1138] Convention et Statut concernant le développement du bassin du Tchad, 22 mai 1964 ; Traité relatif au Bassin du Rio de la Plata et sa façade maritime, *op. cit.,* note 85; Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs de 1978, Ottawa, 22 novembre 1978.
[1139] Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs, article II.
[1140] Voir Traité sur le Bassin du Rio Plata, *op. cit.,* note 1138 ; Charte des eaux du bassin du Sénégal, *op. cit.,* note 452, article 16 ; Accord de Coopération pour un développement durable du bassin du Mékong, 5 avril 1995, article 3 ; Convention d'Helsinki, *op. cit.,* note 406, articles 2 et 3.
[1141] L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. TIGNINO, *op. cit.,* note 887, para. 86.

international vers la protection de l'eau en tant que telle[1142]. Owen McIntyre souligne à cet égard que l'article 20 de la Convention des Nations Unies relatif à la « protection et à la préservation des écosystèmes » pourrait tout à fait être interprété comme imposant des obligations relatives au propre écosystème d'un État[1143]. En effet, il n'est fait aucunement mention d'un dommage transfrontière. On relèvera par ailleurs l'existence d'instruments internationaux non spécifiquement dédiés à la question de l'eau, comme la Convention relative aux zones humides d'importance internationale de 1971 ou la Convention sur la diversité biologique de 1992, qui contribuent à la protection des écosystèmes des cours d'eau sans être ciblés sur les cours d'eau internationaux *per se*[1144]. La notion d'écosystème – qui vise en somme toutes relations d'interdépendance entre la flore, la faune, et les zones terrestres – est si large qu'il est peu aisé de déterminer a priori l'ensemble des implications territoriales qu'emportent la mobilisation de cette unité de gestion ainsi que les obligations précises qui en découlent pour les États[1145].

262. Le droit applicable aux ressources en eau transfrontières a ainsi fait l'objet d'évolutions notables durant le siècle dernier permettant de mieux protéger sa valeur environnementale. L'enjeu de protection environnementale des ressources en eau fait l'objet de plus d'attention dans les accords multilatéraux sur l'environnement[1146]. Ainsi en est-il de la Convention sur les zones humides d'importance internationale précitée qui promeut une utilisation et une conservation de ces zones – comprenant les marécages, les marais, les tourbières, les aquifères, les lacs et les cours d'eau – en vue du développement durable[1147]. L'inscription d'un site sur la Liste des zones humides d'importance internationale emporte pour l'État sur le territoire duquel il est situé, l'obligation de prendre toutes les mesures et actions propres à protéger les caractéristiques écologiques du site. On trouve parmi ces sites plusieurs lacs et zones fluviales[1148]. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques liste,

---

[1142] O. MCINTYRE, « The Emergence of an 'Ecosystem Approach' to the Protection of International Watercourses under International Law », *Review of European Community and International Environmental Law*, 2004, vol. 13, n° 1, p. 7.
[1143] O. MCINTYRE, *ibid.,* p. 8. Convention des Nations Unies, *op. cit.,* note 915, article 20 : « *Les États du cours d'eau, séparément et, s'il y a lieu, conjointement, protègent et préservent les écosystèmes des cours d'eau internationaux* ».
[1144] S. MCCAFFREY, *op.cit.,* note 921, p. 393.
[1145] M. ARCARI, A. TANZI, *op. cit.,* note 1132, p. 240.
[1146] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Fresh Water and International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 109-143.
[1147] Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*,* Ramsar, 2 février 1971, *RTNU,* vol. 996, p. 1976.
[1148] The List of Wetlands of International Importance, 11 novembre 2020, https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/sitelist.pdf consulté le 25 novembre 2020.

parmi les engagements des parties, l'obligation de coopérer en vue d'appréhender les différentes ramifications du changement climatique sur les ressources en eau et de développer des plans d'action intégrés et appropriés[1149]. On peut encore citer la Convention sur la diversité biologique, qui promeut la conservation de la diversité biologique et le principe d'utilisation durable de ses éléments, et couvre parmi les organismes vivants concernés, les écosystèmes terrestres et marins, ainsi que les autres écosystème aquatiques[1150]. En dehors de ces approches sectorielles, les États ne conçoivent pas les enjeux de protection environnementale et de conservation de l'eau au bénéfice des générations futures comme impliquant un effort commun et coordonné de leur part.

263. Une partie de la doctrine plaide en faveur d'une reconnaissance de la conservation de l'eau au bénéfice des générations futures en tant que préoccupation commune de l'humanité[1151]. Sont invoqués les effets perturbateurs du changement climatique sur le cycle hydrologique global, mis en lumière par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) et désormais incontestables[1152]. Pour Philippe Cullet, le lien entre la disponibilité de l'eau au niveau local et le cycle global ne peut plus être ignoré. La régulation internationale de l'eau devrait dès lors se fonder sur ce cycle global, impliquant nécessairement une action commune des États, au-delà du strict cadre des États riverains[1153].

264. La qualification de préoccupation commune de l'humanité revêt pour la souveraineté des États des conséquences moins radicales que le régime de patrimoine commun de l'humanité, ce qui a incontestablement contribué à son acceptation par les États[1154]. Mais les

---

[1149] Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1992, *RTNU,* vol. 1771, p. 107 , article 4(1)(e).

[1150] Convention sur la diversité biologique, *op. cit.,* note 81, articles 1er et 2. Le programme relatif à la diversité biologique des eaux intérieures élaboré sous les auspices de la Convention sur la diversité biologique reconnaît que les menaces spécifiques que font peser les activités humaines sur ces écosystèmes. Afin de limiter la perte de biodiversité, les États sont appelés à généraliser le recours aux études d'impact environnemental, à adopter des politiques de gestion basées sur une approche écosystémique, et favoriser l'implication des communautés locales et autochtones.

[1151] E. BROWN WEISS, « The Coming Water Crisis. A Common Concern of Mankind », *Transnational Environmental Law*, 2012, p. 166; E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 925, p. 67 ; P. CULLET, « Water Law in a Globalized World : the Need for a New Conceptual Framework », *Journal of Environmental Law,* 2011, vol. 23, n° 2, pp. 233-254.

[1152] M. L. PARRY, O. F. CANZIANI, J. L. PALUTIKOF, P. VAN DER LINDEN (dir.), *Climate Change 2007 : Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the IPCC,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 176.

[1153] P. CULLET, *op. cit.,* note 1151.

[1154] Le préambule de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques reconnaît que les changements du climat de la terre et ses effets négatifs constituent une préoccupation commune de l'humanité. Le préambule de la Convention sur la diversité biologique fait de même pour ce qui est de la conservation de la diversité biologique (Convention cadre sur les changements climatiques, *op. cit.,* note 1149 ; Convention sur la

conséquences juridiques exactes qu'elle emporte n'ont jamais été clarifiées[1155]. Il est certain que la qualification a pour effet de limiter la liberté d'action des États, cela même en l'absence de dommage transfrontière[1156]. Elle n'implique pas nécessairement la mobilisation de solutions globales[1157], mais repose sur le principe singulier de responsabilités communes mais différenciées. Le régime multilatéral du climat est ainsi fondé sur la contribution historique des pays développés aux changements climatiques, impliquant de leur part des efforts plus importants en matière d'objectifs d'atténuation[1158]. Le droit des cours d'eau internationaux n'est pas étranger à ce principe. Le commentaire au projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières s'y réfère expressément. En outre, le préambule met en exergue la nécessité de prendre en compte la situation des pays en développement[1159]. Jochen Sohnle argue que le principe d'utilisation équitable et raisonnable pourrait être interprété comme intégrant des considérations relatives au principe de responsabilités communes mais différenciées[1160]. Le

diversité biologique, *op. cit.,* note 81). On retrouve des formulations similaires à celle de préoccupation commune dans plusieurs instruments conventionnels. Ainsi, le préambule de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification de 1994 se réfère à la « *la vive préoccupation que suscitent dans la communauté internationale, y compris les États et les organisations internationales, les conséquences néfastes de la désertification et de la sécheresse* » et la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003 se réfère dans son préambule à la « *préoccupation partagée de sauvegarder le patrimoine culturel immatériel de l'humanité* ».

[1155] Philippe Cullet relève que l'une des conséquences de la qualification de la diversité biologique en tant que préoccupation commune de l'humanité est que les États revendiquent désormais des droits souverains plutôt que l'entière souveraineté, ce qui ne change pas *per se* le statut des ressources concernées (P. CULLET, *op. cit.,* note 1151, p. 244). Voir Convention sur la diversité biologique, *op. cit.,* note 81, article 3.

[1156] J. BRUNNÉE, « Common Areas, Common Heritage, and Common Concern », dans D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (ed), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2008*,* p. 566 : « *it signals that States' freedom of action may be subject to limits even where other States' sovereign rights are not affected in the direct transboundary sense envisaged by the no harm principle* ».

[1157] Dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique, les actions sont prises aux niveaux étatique et international. Par exemple plusieurs États ont adopté les lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, qui ont donné lieu à l'adoption du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (en date du 29 Octobre 2010). Dans le contexte du régime du changement climatique, les contributions prévues déterminées au niveau national (CPDN) sont des politiques nationales qui déterminent et précisent les stratégies prises par les États en vue de réduire les émissions

[1158] Le principe de responsabilités communes mais différenciées est la raison principale pour laquelle les États-Unis ont refusé de ratifier le protocole de Kyoto en 2001 (Protocole de Kyoto à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *RTNU,* vol. 2303, p. 162). L'Accord de Paris de décembre 2015 ne s'y réfère pas dans les annexes à la Convention Cadre – qui listent les pays développés (annexe 1) et en développement (annexe 2) – mais recourt à une approche plus flexible du principe (Accord de Paris, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 décembre 2015). S'il est fait plusieurs fois référence à ce principe dans l'Accord de Paris (voir préambule et article 2.2, notamment), les États sont libres d'autodéterminer leur qualité de pays en développement ou développé. Cette autodifférenciation est illustrée à travers les engagements déterminés au niveau national (voir l'article 4.3 de l'Accord de Paris). Même si tous les États sont appelés à prendre des engagements ambitieux en matière de réduction, l'Accord repose sur une approche flexible basée sur les capacités et circonstances nationales des États.

[1159] Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, *op. cit.,* note 983, huitième, neuvième et dixième paragraphes du préambule.

[1160] J. SOHNLE, « Le principe de responsabilités communes mais différenciées dans les instruments conventionnels relatifs aux eaux douces internationales. Cherchez l'intrus ! », *Les cahiers du droit*, 2014, vol. 55, n° 1, p.230.

caractère équitable et raisonnable d'une utilisation pourrait ainsi être évalué sur la base de facteurs relatifs au niveau de développement des États riverains. En dehors du cadre des ressources transfrontières, le recours plus systématique à l'assistance technique et financière pourrait s'appuyer sur le principe de responsabilités communes mais différenciées, à l'image de l'article 16 du projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières qui appelle les États à promouvoir la coopération scientifique, éducative, technique et juridique avec les pays en développement pour la protection et la gestion des aquifères et systèmes aquifères.

265. Il reste que la disponibilité et la conservation de l'eau n'ont jamais été explicitement envisagées en tant que préoccupation commune. En dépit de l'absence d'une telle reconnaissance formelle, la possibilité qu'une telle qualification survienne de *lege ferenda* ne doit pas être exclue.

Conclusion du chapitre

266. Le droit international appréhende l'eau dans le strict cadre des relations entre États riverains. En dehors de ce cadre, les États ne conçoivent pas l'inégalité de la répartition de l'eau et sa conservation au bénéfice des générations futures comme des enjeux impliquant un effort commun de leur part. Pour reprendre la formule de Lucius Caflisch, de « *droit de coexistence, le droit international des cours d'eau est en train de se muer en un ordre juridique où la coopération tient une place de plus en plus large* »[1161]. À l'image des droits internes, alors que ce sont traditionnellement des considérations économiques qui ont impulsé l'émergence de règles encadrant l'utilisation des ressources en eau transfrontières, l'enjeu de protection environnementale de la ressource a fait naître des évolutions prometteuses. Cet impératif implique en effet de s'attacher à la réalité physique et naturelle de l'eau, et par conséquent de s'affranchir, dans une certaine mesure du prisme de la territorialité. L'approche de gestion écosystémique est une illustration de ce progrès, mais il est au-delà difficile de dépasser le paradigme de la territorialité.

267. La reconnaissance du droit de l'homme à l'eau, droit de la personne dont les individus pourraient se prévaloir, constitue une autre étape importante survenue dans un contexte de

[1161] L. CAFLISCH, *op. cit.,* note 890, p. 37.

participation accrue du secteur privé dans la gestion des services publics de l'eau. Cette reconnaissance doit ainsi s'analyser comme visant à faire contrepoids à la marchandisation des services de l'eau. Il reste que tout comme le droit international de l'environnement, dont certains principes et règles peuvent être mobilisés en vue de contrebalancer l'exploitation de l'eau en tant que facteur de production, l'emprise du droit international des droits de l'homme sur les entreprises exploitant la ressource ou les services afférents est pour l'heure bien trop faible.

CHAPITRE IV – L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL NON ÉCONOMIQUE SUR L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'EAU ET DE SES SERVICES

268. L'accès à une eau de qualité en quantité suffisante est un besoin fondamental pour tout être humain. Les conséquences du manque d'accès à ces services essentiels, en premier lieu en matière de santé, sont dramatiques. C'est dans le cadre de conférences internationales sur l'environnement que la nécessité de protéger ce besoin a pour la première fois été formulée. Dès 1972, la Déclaration de Stockholm reconnaissait l'importance de sauvegarder l'eau au bénéfice des générations présentes et futures. À l'occasion de la Conférence de Mar del Plata de 1977 sur l'eau, les États ont, de manière inédite, formulé l'accès à l'eau en tant que droit élémentaire. Le plan d'action qui en est issu reconnaît « *le droit de tous les êtres humains quel que soit leur niveau de développement et leurs conditions économiques et sociales, à une eau potable dont la quantité et la qualité soient égales à leurs besoins essentiels* ». La préoccupation de l'accès à l'eau n'est véritablement devenue centrale dans l'agenda international qu'en 2000 avec la Déclaration du Millénaire pour le développement. L'objectif de réduire de moitié le nombre de personnes n'ayant pas accès à une source d'eau améliorée a été atteint en 2010, mais les efforts à réaliser sont encore considérables pour atteindre le cap de l'universalité promu par les Objectifs du développement durable (ci-après, « ODD »), tant pour ce qui concerne l'accès à l'eau que l'assainissement. Rappelons qu'aujourd'hui encore, près de 2,2 milliards de personnes sont privées d'accès à des services d'approvisionnement en eau potable et à des services d'assainissement gérés en toute sécurité.

269. D'un point de vue normatif, l'accès à l'eau est envisagé en tant que droit de la personne opposable à l'État. Aucun texte contraignant, de portée universelle ou régionale, ne consacre le droit de l'homme à l'eau, ce qui ne signifie pas pour autant que les besoins en eau des individus ne font pas l'objet d'une protection par le droit international des droits de l'homme. La reconnaissance du droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 2002, intervenue dans un contexte de participation accrue du secteur privé dans la gestion des services publics de l'eau, représente une évolution nécessaire (*section I).* Alors que la valorisation économique de l'eau a favorisé son exploitation commerciale, le droit international s'avère néanmoins insuffisant pour appréhender les activités des opérateurs privés et par conséquent, saisir la dimension marchande de l'eau (*section II).*

Section I. La protection des besoins en eau des individus

270. L'accès à l'eau des individus a toujours pu faire l'objet d'une protection dérivée à travers la mobilisation d'autres droits de l'homme (I), mais la reconnaissance d'un droit de l'homme à l'eau autonome représente un progrès nécessaire dans un contexte de marchandisation de la ressource et des services publics afférents (II).

I. L'accès à l'eau en tant que droit élémentaire et transversal

271. Le droit de l'homme à l'eau est absent des textes fondateurs que sont la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les Pactes internationaux de 1966. Cela ne signifie pas pour autant que le droit international des droits de l'homme était, avant 2002, indifférent aux problématiques d'accès à l'eau. L'approche de certaines conventions internationales aux champs géographique et matériel limités est illustrative à cet égard. L'accès à l'eau y est appréhendé en tant qu'élément indispensable à la mise en œuvre d'autres droits de l'homme, autrement dit « *en tant que moyen de réalisation d'(...)objectif[s] plus large[s]* »[1162]. En situation de conflit armé par exemple, l'accès à l'eau représente l'un des aspects essentiels de la protection des populations civiles[1163]. De même, l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes suppose des États qu'ils prennent toutes les mesures permettant à ces dernières de « *bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications* »[1164]. La protection des droits des enfants et de leur santé implique également que l'accès à l'eau potable leur soit garanti de manière adéquate[1165].

[1162] P. BODEAU-LIVINEC, « Le droit à l'eau », dans J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels,* Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1686.

[1163] Les besoins essentiels en eau de la personne font l'objet d'une protection internationale en droit international humanitaire. Ainsi la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 prévoit en son article 20 alinéa 2 que « *la puissance détentrice fournira aux prisonniers de guerre évacués de l'eau potable et de la nourriture en suffisance ainsi que les vêtements et les soins médicaux nécessaires* » (*RTNU*, vol. 108, p. 343). Voir aussi, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, (reproduit dans *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome I, Berne, Département politique fédéral, p. 294), articles 85, 89 et 127. Sur ces questions, voir M. TIGNINO, *Water During and After Armed Conflicts: What Protection in International Law ?*, Leiden, Boston, Brill, 2016 ; M. TIGNINO, *L'eau et la guerre : éléments pour un régime juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

[1164] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, New York, 18 décembre 1979, article 14 (2) (h), *RTNU,* vol. 1249, p. 13.

[1165] Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, article 24 (2) (c), *RTNU,* vol. 1577, p. 3.

272. Cette protection dérivée des besoins des individus met assurément en lumière le caractère fondamental et élémentaire de l'accès à l'eau. Mais dans ce contexte, la garantie de l'accès à l'eau apparaît comme subordonnée, dans la mesure où sa violation ne peut être établie qu'en lien avec celle du droit humain primaire auquel elle est rattachée. De plus, en fonction du droit primaire de rattachement, cette protection ne permet pas toujours d'englober les diverses dimensions des besoins en eau des individus. À titre d'exemple, la protection et la garantie du droit de l'homme à la vie supposent des États qu'ils prennent, au-delà de la protection contre la privation active de la vie, toutes les mesures propres à permettre à chaque individu d'accéder à des moyens de survie[1166], ce qui inclut de toute évidence l'accès à l'eau[1167]. Il reste que, saisi à travers ce prisme, seul l'accès aux quantités d'eau correspondant au minimum indispensable à la survie humaine est protégé. Envisagée en lien avec le droit au plus haut niveau de santé susceptible d'être atteint, comme c'est le cas dans l'Observation générale n° 15, la garantie de l'accès à l'eau suppose des volumes d'eau bien plus importants dont la qualité doit, de surcroît, être conforme à des normes précises[1168]. L'ancrage de la protection des besoins humains en eau dans le champ des droits économiques, sociaux et culturels ouvre ainsi un large champ de protection. On mentionnera à cet égard, les directives et principes sur les droits économiques sociaux et culturels publiées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en 2011 qui rendent parfaitement compte du caractère transversal du « droit à l'eau ». Il est en effet énoncé que :

> « *Bien que la Charte africaine ne protège pas directement le droit à l'eau et à l'assainissement, celui-ci est impliqué dans la protection d'un certain nombre de droits notamment le droit à la vie, à la dignité, au travail, à l'alimentation, à la santé, au développement économique, social et culturel et à un environnement satisfaisant* »[1169].

273. L'approche de protection dérivée, par laquelle l'accès à l'eau est appréhendé en tant qu'élément indispensable à la réalisation d'autres droits de l'homme, permet de renforcer et

---

[1166] Pacte international relatif aux droits civils et politique, 16 décembre 1966, *RTNU*, vol. 999, p. 171, article 6. 1 ; Conseil des droits de l'homme, *Observation générale* n°6 *(1982) relative à l'article 6, le droit à la vie*, 27 juillet 1982, para. 5.

[1167] Conseil des droits de l'homme, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concerne l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments relatifs aux droits de l'homme, A/HRC/6/3, 16 août 2007, para. 7.

[1168] Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels appelle les États à se référer aux orientations fournies par les lignes directrices de l'OMS (*Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 12 (a), para. 15). L'organisation évalue la quantité minimale permettant de satisfaire les besoins sanitaires entre 50 et 100 litres d'eau par personne et par jour, le seuil de 25 litres par personne et par jour constituant le niveau minimum nécessaire à la survie.

[1169] Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Directives et principes sur les droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, 24 octobre 2011, para. 87.

préciser le contenu de ces derniers. Cela est incontestable pour ce qui est du droit de l'homme à un environnement sain. La Commission africaine a mis en évidence les liens que ce droit, protégé par l'article 24 de la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples, entretient avec la garantie de l'accès à l'eau des individus. L'affaire *SERAC c. Nigeria* fait suite aux opérations de l'entreprise pétrolière d'État, la *Nigeria National Petroleum Company*, à l'origine d'importantes dégradations de la qualité de l'eau et des sols ainsi que de graves problèmes de santé parmi la communauté autochtone Ogoni[1170]. Les plaignants alléguaient une violation du droit à la santé et du droit à un environnement sain[1171]. La Commission a jugé que le Nigeria avait effectivement violé ces droits en autorisant l'entreprise publique à éliminer ses déchets toxiques dans les cours d'eau. La garantie du droit à un environnement sain impliquait du Nigeria qu'il prenne toutes les mesures raisonnables permettant d'éviter la pollution et la dégradation de l'environnement ainsi que de promouvoir la conservation des ressources naturelles et leur utilisation durable[1172].

274. L'accès à l'eau est également un élément essentiel de la protection des droits des peuples autochtones, comme cela est reconnu par l'Observation générale n°15 qui appelle les États à protéger l'accès de ces populations « *aux ressources en eau sur leurs terres ancestrales* »[1173]. Il n'est pas rare que ces populations soient affectées par des mégaprojets souvent initiés puis développés sans que ne soient préalablement évalués leurs coûts sociaux pour les communautés autochtones vivant alentours[1174]. Leurs modes de gestion communautaire des ressources naturelles et des terres font l'objet d'une protection spécifique en droit international[1175]. Les gouvernements sont notamment tenus de coopérer avec ces populations et appelés à reconnaître

[1170] *SERAC and CESR c. Nigeria*, *op. cit.,* note 1077.
[1171] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.,* note 1076, articles 16 et 18.
[1172] *SERAC and CESR c. Nigeria*, *op. cit.,* note 1077*,* para. 52.
[1173] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 16 (d).
[1174] Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, visite en Malaisie, A/HRC/42/47/Add.2, 8 juillet 2019, paras. 39-43. Voir S. PUIG, « International Indigenous Economic Law », *UC Davis Law Review,* 2019, vol. 52, n° 3, pp. 1243-1316 ; M. TIGNINO, *op. cit.,* note 300 ; B. J. CUMMINGS, *Dam the Rivers, Dam the People : Development and Resistance in Amazonian Brazil,* Londres, Sterling, Earthscan, 2013 ; E. ANDERSON, « Electricity Sector Reform Means More Dams for Costa Rica », *World Rivers Review*, 2002, p. 3 ; R. V. LINDO, « Hydroelectric Power Production In Costa Rica and the Threat of Environmental Disaster through CAFTA », *Boston College International and Comparative Law Review*, 2006, vol. 29, n°2, pp. 297-321.
[1175] Le droit à l'autodétermination consacré par l'article 1 du Pacte sur les droits civils et politiques inclut le droit des peuples de disposer librement de leurs richesses naturelles et de ne pas être privés de leurs moyens de subsistance. Le principe d'autodétermination implique l'autogestion, la participation et la reconnaissance de leurs coutumes. *Programme d'Action Agenda 21*, *op. cit.,* note 90 ; Convention OIT n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 ; Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, *RTNU*, vol. 1144, p.123, article 21 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, *op. cit.,* note 1076, article 21 ; article 24.

leurs savoirs et pratiques traditionnels en matière de gestion des ressources. Le droit international des peuples autochtones s'est enrichi ces deux dernières décennies et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des communautés autochtones de 2007 est, à ce jour, le texte le plus complet, bien que non contraignant, relatif aux droits des peuples autochtones. La Déclaration reconnait par exemple les modes de propriété et de gestion sur les ressources naturelles, ce compris l'eau, en ces termes :

> « *Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis* »[1176].

La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est riche d'affaires impliquant ces communautés faisant valoir leurs droits de propriété sur les terres et d'accès à l'eau[1177]. Dans l'affaire *Awas Tingni c. Nicaragua* était en cause une concession forestière octroyée par le gouvernement à un opérateur privé sans consultation préalable des populations autochtones. La Cour a conclu à une violation du droit à l'autodétermination ainsi que du droit à la propriété[1178]. Dans le contexte de différends concernant des populations autochtones au Paraguay en situation d'extrême vulnérabilité, la Cour interaméricaine a interprété le droit à la vie comme intégrant le droit à l'eau et à l'assainissement[1179]. Pour comprendre l'origine de ces plaintes, il faut remonter au XIX^{ème} siècle, période durant laquelle d'importantes superficies de terres de la région de Chaco ont été acquises par des hommes d'affaires britanniques via le *London Stock Exchange* en contrepartie d'une dette contractée par le Paraguay[1180]. Ces communautés n'étant plus autorisées à pénétrer sur ces terres, se sont installées le long de voies publiques, dans des campements de fortune dépourvus de services de base[1181]. Dans l'arrêt *Xamok*, la Cour a jugé que l'État, en ne fournissant pas à ces populations de l'eau en quantité suffisante et de qualité adéquate[1182], avait violé le droit de l'homme à la vie[1183] dont la garantie

---

[1176] Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, *op. cit.,* note 1075*,* article 26(2).
[1177] Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Indigenous Community Sawhoyamaca c. Paraguay*, arrêt du 29 mars 2006 ; *Indigenous Community Yaky Axa c. Paraguay*, arrêt du 17 juin 2005 ; *Indigenous Community Xákmok Kásek c. Paraguay c. Paraguay*, arrêt du 24 août 2010 ; *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, arrêt du 31 Aout 2001.
[1178] *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, para. 149.
[1179] *Sawhoyamaca c. Paraguay*, *op. cit.,* note 1177; *Yaky Axa c. Paraguay*, *op. cit.,* note 1177; *Xákmok Kásek c. Paraguay*, *op. cit.,* note 1177. Voir J. MURILLO CHAVARRO, *The Human Right to Water. A Legal Comparative Perspective at the International, Regional and Domestic Level,* Cambridge Antwerp Portland, Intersentia, 2015, p. 176.
[1180] J. MURILLO CHAVARRO, *ibid.*
[1181] *Sawhoyamaca c. Paraguay*, para 73(1).
[1182] *Xákmok Kásek c. Paraguay*, *op. cit.,* note 1177, para. 196
[1183] *Ibid.,* para. 300-301.

supposait de fournir à chaque individu au moins 7,5 litres par jour pour couvrir les besoins de base, ce compris l'alimentation et l'hygiène[1184].

275. La dimension transversale de la protection des besoins humains rend pleinement compte de la singularité de l'eau. L'accès à cette ressource constitue en effet un prérequis à la réalisation de tous les droits de l'homme. Il reste que cette approche de protection ne garantit pas une grande prévisibilité. En reconnaissant le droit de l'homme à l'eau dans son Observation générale n° 15, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels consacre le passage à une approche de protection autonome. En établissant un « *standard unique de mise en œuvre* »[1185] pesant sur les États, le droit de l'homme à l'eau délimite le champ des besoins humains protégés. Il apporte surtout quelques éléments de réponse aux défis suscités par l'approche économique de l'eau et ses services.

II. La nécessaire autonomisation de la protection des besoins en eau des individus

276. L'autonomisation de la protection des besoins en eau des individus devenait plus qu'indispensable dans un contexte de participation accrue du secteur privé dans la fourniture de services d'eau (A). Pour cette raison, le principe d'accessibilité économique de ces services, élément constitutif du droit de l'homme à l'eau, apparaît comme la valeur ajoutée de cette démarche d'autonomisation (B).

A. La reconnaissance du droit de l'homme à l'eau

277. Dans son Observation générale n° 15, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fait découler le droit de l'homme à l'eau du droit à un niveau de vie suffisant et du droit au plus haut niveau de santé susceptible d'être atteint[1186], raisonnement déjà développé dans la littérature juridique des années 1990[1187]. La liste exemplative de l'article 11(1) du Pacte

[1184] *Ibid*., paras. 194-196, paras. 300-301.
[1185] Voir E. B. BLUEMEL, « The Implications of Formulating a Human Right to Water », *Ecology Law Quarterly,* 2004, vol. 31, n° 4, p. 972.
[1186] *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374, para. 3.
[1187] Voir S. MCCAFFREY, « A Human Right to Water: Domestic and International Implications», *Georgetown International Environmental Review,*1992, vol. 5, n° 1, pp. 1-25 ; P. GLEICK, « The Human Right to water », *Water Policy,* 1999, vol. 1, n° 5. Plus récemment, voir S. M. A. SALMAN, S. MCINERNEY-LANKFORD, *The Human Right to Water : Legal and Policy Dimensions,* Washington D. C., Banque mondiale, 2004 ; A. CAHILL, « The Human Right to Water, a Right of unique Status : The Legal Status and Normative Content of the Right to Water »,

international relatif aux droits économiques sociaux et culturels précisant les conditions indispensables à la garantie d'un niveau de vie adéquat illustre la volonté des rédacteurs de ne pas figer dans le marbre une liste exhaustive de droits[1188]. L'accès à l'eau fait incontestablement partie, à côté de l'accès à la nourriture ou au logement, de ces prérequis. Le droit de l'homme à l'eau est en outre « *inextricablement lié au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint* »[1189]. On rappellera que le Comité avait déjà eu l'occasion de préciser que le droit de l'homme à la santé, qualifié de « *droit global* »[1190], embrassait « *non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'accès à l'eau salubre et potable* »[1191]. Le raisonnement trouve son prolongement dans l'Observation générale n°15. Les liens d'interdépendance entre réalisation du droit de l'homme à l'eau et garantie du droit à la santé, notamment à travers la prévention des risques engendrés par l'insalubrité et la toxicité de l'eau, sont soulignés[1192]. Les fondements du droit de l'homme à l'eau ne sont aujourd'hui guère contestés[1193] comme en attestent les diverses résolutions onusiennes qui y sont relatives[1194]. Le Comité n'a fait

---

International Journal of Human Rights, 2005, vol. 9, n° 3, pp. 389-410 ; M. CRAVEN, « Some Thoughts on the Emergent Right to Water », dans E. RIEDEL, P. ROTHEN (dir.), *The Human Right to Water,* Berlin, Berliner Wissenchafts Verlag, 2006, pp. 35-46 ; T. KIEFER, C. BRÖLMANN, « Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water», *Non state Actors and International Law,* 2005, vol. 5, n° 3, pp. 183-208.

[1188] Aux termes de l'article 11(1) du Pacte, les États sont appelés à reconnaître le droit à un niveau de vie suffisant « *y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence* ». L'expression « y compris » doit s'interpréter comme illustrant la volonté des rédacteurs de ne pas figer dans le marbre une liste exhaustive de droits.

[1189] *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374, para. 3.

[1190] Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels),* E/C.12/2000/4, 11 août 2000, para. 11

[1191] *Ibid*., para. 12, alinéa 1.

[1192] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 8.

[1193] Certaines critiques ont été formulées à l'encontre du Comité. Il a été argué que l'absence de référence explicite au droit de l'homme à l'eau dans le Pacte serait volontaire. La démarche du Comité devrait ainsi s'analyser en une création pure et simple d'un nouveau droit en violation de son mandat, limité à l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, alors qu'il appartient aux États de l'amender dans le cadre de la procédure prévue dans son article 29. Voir S. TULLY, « A Human Right to Access Water ? A Critique of General Comment n° 15 », *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 2005, vol. 23, n° 1, pp. 35-63 ; Pour une critique de Tully, voir M. LANGFORD, « Ambition that Overleaps Itself ? A response to Stephen Tully's « critique » of the General Comment on the Right to Water », *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 2006, vol. 26, n° 3, pp.433-459.

[1194] Ainsi, la résolution 64/292 du 28 juillet 2010 de l'Assemblée générale « *le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement »* reconnaît – et non déclare l'existence du droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement et identifie ses fondements dans les droits de l'homme à un niveau de vie adéquat et au plus haut niveau de santé atteignable. Un amendement oral a été apporté à la résolution de sorte que le terme « déclaré » soit remplacé par le terme « reconnaît ». Le recours à ce verbe vise évidemment à mettre en exergue le fait que le droit n'est pas nouveau et qu'il ne s'agit en aucun cas d'une création (Voir A/64/L.63/Rev.1 et A/64/L.63/Rev.1/Add.1). Quelques mois plus tard, en septembre 2010, le Conseil des droits de l'homme a adopté par consensus la résolution 15/9 sur « *les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement* ». Le droit de l'homme à l'eau est qualifié d'« *essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme* ». La résolution le fait découler du droit à un niveau de vie suffisant et rappelle son caractère indissociable du droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint. (Conseil des droits de l'homme, résolution 15/9, A/HRC/RES/15/9, *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, 30 septembre 2010).

qu'exercer sa mission interprétative à la lumière des évolutions socio-économiques.

278. Le droit de l'homme à l'eau couvre les utilisations personnelles et domestiques, c'est-à-dire « *la consommation, l'assainissement individuel, le lavage du linge, la préparation des aliments ainsi que l'hygiène personnelle et domestique* »[1195]. Dans l'Observation générale n°15, une note de bas de page précise qu'il faut entendre par consommation, *« la consommation d'eau contenue dans les boissons et dans les denrées alimentaires »*[1196]. Un doute subsiste quant au statut de l'accès à l'eau indispensable à l'agriculture de subsistance, et cela aussi bien dans le cadre du droit de l'homme à l'eau que dans celui du droit de l'homme à une nourriture suffisante[1197]. La question est d'importance dans la mesure où l'accès à l'eau agricole représente pour de nombreuses populations rurales et autochtones une condition essentielle de subsistance. Il a été pertinemment souligné que l'intégration de l'eau indispensable à l'agriculture de subsistance dans le droit de l'homme à l'eau aurait impliqué des volumes d'eau couvert par ce droit bien plus importants[1198]. L'Observation générale n° 15 entretient un certain flou : priorité est donnée aux usages personnels et domestiques, mais également à la nécessité de prévenir la faim, sans que davantage de précisions ne soient fournies quant à la manière de trancher les conflits éventuels entre ces utilisations[1199].

279. En revanche, les interrogations portant sur l'existence d'un droit de l'homme à l'assainissement distinct du droit de l'homme à l'eau sont aujourd'hui tranchées au vu des

---

[1195] On notera que le Comité se contente, dans l'Observation générale n° 15, de renvoyer à la notion d'assainissement de base. Le Comité précise qu'est visé par « assainissement individuel », les systèmes dans lesquels l'eau est nécessaire à l'évacuation des excréta humains. Par *« hygiène personnelle et domestique »,* est visée « *la propreté corporelle et l'hygiène du foyer* ». L'assainissement de base désigne « *l'évacuation des excréments humains pour prévenir les maladies et garantir l'intimité et la dignité* » (Conseil des droits de l'homme, Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/12/24, 1er juillet 2009, para. 9). L'assainissement amélioré renvoie à des technologies et des niveaux de services plus hygiéniques impliquant des installations d'assainissement spécifiques plus poussées empêchant « *de façon hygiénique tout contact entre l'homme et des excréments humains* » (*ibid.*, para. 10). Voir également OMS / UNICEF, *Progress on Drinking-water and Sanitation,* Joint Monitoring Programme. Special focus on sanitation, OMS, 2008 ; Rapport 2012 du Programme commun OMS/UNICEF, principaux faits https://apps.who.int/iris/handle/10665/43931 (consulté le 20 juin 2021)

[1196] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, note de bas de page n° 13.

[1197] *Ibid.*, para. 7 : « *Le Comité note qu'il importe d'assurer un accès durable aux ressources en eau pour l'agriculture afin de réaliser le droit à une nourriture suffisante* ».

[1198] M. LANGFORD, « Crossfire: There is no Human Right to Water for Livelihoods », *Waterlines*, 2009, vol. 28, n° 1, pp. 5-12; I. T. WINKLER, *The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation,* Oxford, Portland, Hart Publishing, 2012.

[1199] *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374, para.6 : « (…) *La priorité devrait aussi être donnée à la prévention de la faim et des maladies, ainsi qu'au respect des obligations fondamentales découlant de chacun des droits inscrits dans le Pacte* ».

résolutions onusiennes les plus récentes[1200]. Dans son premier rapport dédié à cette thématique[1201], l'experte indépendante chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme concernant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement plaidait en faveur d'un droit de l'homme à l'assainissement distinct du droit de l'homme à l'eau, en raison « *des aspects uniques [de l'assainissement] qui touchent à la dignité inhérente à l'être humain et qui ne peuvent être pris en compte de manière satisfaisante dans le cadre d'autres droits de l'homme* »[1202]. Cette spécificité est reconnue dans les résolutions onusiennes récentes, dans lesquelles les contenus normatifs des droits de l'homme à l'eau d'une part, et de l'assainissement, d'autre part, sont différenciés[1203]. Il est par ailleurs intéressant de relever que le mandat de l'experte indépendante a été prorogé en 2011 et son intitulé modifié au profit de l'expression « *Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissemen*t » [1204], puis celle de « *Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement* » en 2017[1205].

280. Il reste qu'à l'heure actuelle, le droit de l'homme à l'eau sous sa forme autonome, n'est consacré dans aucun instrument de portée universelle. Pour autant, comme le relève Pierre-Marie Dupuy, il semble « *difficile de contester l'évidence et l'universalité [de ce] droit* »[1206]. Certains auteurs considèrent qu'il fait désormais partie du droit international coutumier[1207],

[1200] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Déclaration sur le droit à l'assainissement,* 1-19 novembre 2010, E/C.12/2010/1, para. 7. La résolution 70/169 du 17 décembre 2015 de l'Assemblée générale, intitulé « *les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement* » a ouvert la voie à un traitement autonome des problématiques d'accès à l'assainissement. Voir également résolution 72/178 de l'Assemblée générale*, Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement,* A/RES/72/178*,* 17 décembre 2017 ; résolution 39/8 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/39/8, 27 septembre 2018 ; résolution 42/5 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/42/5, 26 septembre 2019.

[1201] Conseil des droits de l'homme, Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*,* A/HRC/12/24, 1er juillet 2009.

[1202] Conseil des droits de l'homme, *ibid.*, para. 59.

[1203] Dès 2010, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels avait mis en exergue les caractéristiques spécifiques de l'assainissement, caractéristiques « *qui méritent qu'on le traite séparément de l'eau à certains égards* ». Voir les résolutions citées supra, note 1200.

[1204] Résolution 16/2 du Conseil des droits de l'homme, *Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement*, 8 avril 2011, A/HRC/RES/16/2.

[1205] Résolution 72/128 de l'Assemblée générale, *op. cit.,* note 1200.

[1206] P.-M. DUPUY, « Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des États », dans M. KOHEN (dir.) *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 705.

[1207] P. THIELBÖRGER, « Re-conceptualizing the Human Right to Water. A Pledge for a Hybrid Approach », *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, n° 2, p. 232.

lorsque la doctrine majoritaire évoque plutôt un droit coutumier en formation[1208]. On rappellera que la pratique générale (*consuetudo)*[1209] renvoie à un certain degré de diffusion dans l'espace, sans nécessairement impliquer l'universalité[1210], un caractère diffus et constant étant suffisant[1211]. Le droit de l'homme à l'eau se trouve être consacré dans plusieurs systèmes juridiques[1212], ce qui participe *« d'une pratique de reconnaissance progressive de ce droit »*[1213]. La « *prolifération normative* »[1214] de l'ONU en la matière est un autre indice de juridicité du droit de l'homme à l'eau[1215]. Le processus d'adoption de ces résolutions permet de préciser « *l'expression du consentement à la coutume* »[1216]. À cet égard, la résolution 64/292 de l'Assemblée générale – texte pris à l'initiative de la Bolivie marquée par son expérience catastrophique de délégation de ses services publics d'eau à des opérateurs privés – a fait l'objet

[1208] Voir en ce sens, I. T. WINKLER, *op. cit.,* note 1198; M.-C. PETERSMANN, *Les sources du droit à l'eau en droit international,* Paris, Éditions Johanet, 2013. Il peut être peu aisé d'appliquer les critères traditionnels de la coutume – à savoir l'existence d'une pratique générale (*consuetudo*) et la conviction que cette pratique est acceptée en tant que droit (*opinio juris*) – pour évaluer le statut des droits de l'homme. Pour Christian Tomuschat si l'on déniait une valeur coutumière au droit de l'homme à la vie ainsi qu'au respect de l'intégrité physique des personnes, toute l'idée d'ordre juridique s'effondrerait (C. TOMUSCHAT, *Human Rights : Between Idealism and Realism,* Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 35). Comme le relève Philip Alston, ce raisonnement déductif utilisé pour des droits civils et politiques est difficilement applicable aux droits économiques, sociaux et culturels, dans la mesure où la réalisation de ces droits est progressive et dépend des ressources disponibles des États. Voir P. ALSTON, « Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate seen through the Lens of the Millennium Development Goals », *Human Rights Quarterly,* 2005, vol. 27, n° 3, p. 772.

[1209] Il a été avancé que les violations des droits de l'homme seraient autant d'éléments prouvant l'inexistence d'une pratique générale cohérente (voir G. J. H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law,* Antwerp, Kluwer, 1983, p. 108 ; A. A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law,* Ithaca, New York, Cornell University Press, 1971, p. 88). Cet argument n'est pas valable, la violation d'un droit de l'homme ne pouvant signifier que celui-ci n'existe pas. Il faut plutôt comprendre que les déclarations officielles des États ou les résolutions doivent « *trouver confirmation dans la pratique* » (voir par exemple B. SLOAN, « General Assembly Resolutions Revisited (Forty years Later) », *BYBIL,* 1987, vol. 58, n° 1, pp. 39-150 ; O. SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice : General Course in Public International Law *», RCADI*, 1982-V, t. 178, p. 335).

[1210] G. CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier,* Paris, Pedone, 2001, p. 203.

[1211] H. THIRLWAY, « The Sources of International Law », dans M. D. EVANS (dir.), *International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 105.

[1212] Voir Chapitre I, voir la note n° 574.

[1213] L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le droit à l'eau et la satisfaction des besoins humains : notions de justice », dans D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VIÑUALES, (dir.). *Unité Et Diversité Du Droit International : Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Brill Academic, 2014. p. 973.

[1214] G. CAHIN, *op. cit.,* note 1210, p. 244.

[1215] Les résolutions permettent « d'*influencer ou déterminer la pratique des États ou en amorcer une nouvelle, qui formera un élément constitutif d'un droit coutumier nouveau* », les résolutions peuvent avoir valeur normative, bien qu'étant dépourvues de force obligatoire. Voir la résolution de l'Institut de droit international du 17 septembre 1987, Conclusion, 22§1 disponible sur https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987_caire_02_fr.pdf (consulté le 29 juin 2021)). Voir également, Mémorandum du service juridique du 2 avril 1962, E/CN.4/L.160 (cité par G. CAHIN, *op. cit.,* note 1210, p. 160) : selon Secrétariat de l'ONU une déclaration peut être « *considérée par la coutume comme énonçant des règles obligatoires pour les États* ».

[1216] G. CAHIN, *op. cit.,* note 1210, p. 349, p. 352.

de cent vingt-deux votes favorables, quarante et une abstentions, et aucun vote contre[1217]. L'Australie, le Royaume Uni, les États-Unis et le Canada notamment, contestaient l'existence de ce droit[1218]. L'Australie a émis des réserves quant à la « *méthode consistant à proclamer de nouveaux droits de l'homme par le biais d'une résolution de l'Assemblée générale* »[1219]. Le Royaume-Uni a rejeté la démarche d'autonomisation, préférant rester sur le *statu quo* « *d'un droit à l'eau en tant qu'élément constitutif du droit de tout un chacun à un niveau de vie suffisant* »[1220]. La résolution 15/9 du Conseil des droits de l'homme qui précise davantage les obligations des États n'a été adoptée, sans vote, que par quarante-sept États. Au regard de ces éléments, il est difficile de dégager nettement l'existence d'une *opinio juris*[1221]. L'adoption des OMD représente en revanche une étape majeure en faveur du renforcement de la légitimité du droit de l'homme à l'eau[1222]. Même si les OMD ne reflètent qu'une vue partielle des droits de l'homme, chaque stratégie se complète et se renforce l'une et l'autre. Le Programme de développement durable établissant les ODD, en posant pour objectif celui de l'accès universel, s'insère davantage dans la logique des droits de l'homme[1223]. L'adhésion répétée des États, tant aux niveaux international que national, aux OMD puis aux ODD, peut être interprétée comme reflétant une *opinio juris*[1224]. On rappellera que la cible n°7 des OMD enjoignait les États et la communauté internationale à réduire de moitié d'ici à 2015, la proportion des personnes n'ayant pas accès à l'eau potable ou n'ayant pas les moyens de s'en procurer[1225]. L'objectif a été atteint en 2010[1226]. Enfin, d'autres éléments tendent à renforcer la juridicité du droit de l'homme à l'eau en tant que droit autonome[1227]. Ainsi, en est-il par exemple de la pérennisation du mandat d'expert indépendant sur les obligations relatives à l'accès à l'eau et à l'assainissement,

[1217] Voir Assemblée générale, Soixante-quatrième session, procès-verbal de la 108e séance, 28 juillet 2010, A/64/PV.108, pp. 9-10.
[1218] *Ibid.*, pp. 8, 11-12, 17.
[1219] *Ibid.*, p.12
[1220] *Ibid.*, p. 14
[1221] P. THIELBÖRGER, *op. cit.,* note 1207, p. 241.
[1222] Résolution de l'Assemblée générale, *Déclaration du Millénaire*, *op. cit.,* note 45
[1223] L'objectif n° 6 vise l'accès de tous à l'eau. Cet objectif se décline en plusieurs cibles, notamment celles d'assurer d'ici à 2030 « *l'accès universel et équitable à l'eau potable, à un coût abordable* » et « *l'accès de tous, dans des conditions équitables, à des services d'assainissement et d'hygiène adéquats* » (résolution 70/1 de l'Assemblée générale, *op. cit.,* note 46, paras. 6.1-6.2).
[1224] G. NANKANI, J. PAGE, L. JUDGE, « Human Rights and Poverty Reduction Strategies: Moving Towards Convergence? », dans P. ALSTON, M. ROBINSON (dir.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 475-496.
[1225] Résolution de l'Assemblée générale, *Déclaration du Millénaire*, *op. cit.,* note 45*,* para. 19
[1226] Nations Unies, *The Millennium Development Goals Report 2014,* New York, Nations Unies, 2014, p. 44.
[1227] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 1146, p.153 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 1213, pp. 967-981, p. 967.

aujourd'hui Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement [1228].

281. À notre sens, la valeur ajoutée du processus d'autonomisation de la protection des besoins en eau des individus se manifeste principalement dans la réponse apportée à la valorisation économique de l'eau à travers le principe d'accessibilité économique des services d'eau. Il n'est en effet pas certain que cette dimension de l'accès à l'eau puisse être protégée par la voie dérivée, par exemple à travers la protection du droit de l'homme à la vie. L'accessibilité économique suppose que *« l'eau, les installations et les services [soient]d'un coût abordable pour tous »*[1229]. Ces coûts doivent être raisonnables et ne *« pas compromettre ou menacer la réalisation des autres droits consacrés dans le Pacte »*[1230].

B. L'autonomisation de la protection des besoins des individus comme contrepoids à la valorisation économique de l'eau

282. La pertinence de l'autonomisation de la protection des besoins humains en droit international des droits de l'homme s'est renforcée dans un contexte de participation accrue du secteur privé dans les services de distribution d'eau potable et d'assainissement. À cet égard, la déclaration de Dublin de 1992 – dont on ne retient souvent que l'aspect le plus controversé, à savoir la reconnaissance de la valeur économique de l'eau – est tout à fait pertinente. En effet, tout en reconnaissant cette valeur, le texte insiste sur l'importance de garantir à tous les êtres humains le droit d'accès à l'eau potable et à un assainissement à un prix abordable[1231]. Le principe d'accessibilité économique de l'eau est ici pensé en tant que contrepoids à sa valorisation économique, ce qui inscrit, dans une certaine mesure, la reconnaissance du droit de l'homme à l'eau dans une volonté de rééquilibrer le mouvement de marchandisation des services publics de l'eau[1232]. C'est en tout cas en ce sens qu'il faut comprendre l'initiative de la Bolivie soutenue par trente-trois États[1233] en faveur de l'adoption de la résolution 64/292. Ce

[1228] Résolution 7/22 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/7/22, 28 mars 2008 ; résolution 16/2 du Conseil des droits de l'homme, *op. cit .,* note 1204; résolution 72/128 de l'Assemblée générale, *op. cit*., note 1200. Voir supra, para. 279.
[1229] *Observation générale n° 15, op. cit.,* note 374, para. 12 c) ii).
[1230] *Ibid.*
[1231] Déclaration de Dublin sur l'eau, *op. cit.,* note 90.
[1232] Voir S. L. MURTHY, « The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning and the Controversy Over-Privatization », Berkeley Journal of International Law, 2013, vol. 31, n° 1, pp. 91 et s.
[1233] Antigua et Barbuda, Arabie saoudite, Bahreïn, Bangladesh, Benin, Bolivie, Burundi, Congo, Cuba, Dominique, Salvador, Équateur, Fidji, Géorgie, Haïti, Iles Salomon, Madagascar, Maurice, Nicaragua, Nigeria,

pays avait été particulièrement éprouvé par l'épisode désastreux de la privatisation de ses services d'eau.

283. L'État qui fait le choix de déléguer la gestion de ses services publics d'eau à un opérateur privé cherche avant tout à pallier son insuffisance de technologies, d'expérience et de ressources économiques. Ce choix organisationnel est censé contribuer à la réalisation du droit de l'homme à l'eau puisqu'il s'agit concrètement d'améliorer l'accès de la population à l'eau potable. Dans les pays en développement, la participation du secteur privé peut avoir des effets positifs sur la qualité de l'eau distribuée et du service, mais elle peut également générer des effets pervers. Ce sont ainsi les ménages les plus aisés qui bénéficient le plus souvent des progrès en matière d'accessibilité et d'extension des réseaux[1234]. Les foyers les plus modestes vivant en milieu rural profitent rarement de ces investissements, et lorsque c'est le cas, ils se trouvent confrontés à des hausses excessives des tarifs de l'eau[1235]. Les disparités entre zones rurales et zones urbaines se trouvent ainsi exacerbées *« dans la mesure où l'accès des premiers à l'eau potable (...) est considérablement moindre, la privatisation de l'eau et de l'électricité entraînant des augmentations de coûts* »[1236]. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels n'ignorant pas cette réalité souligne d'une part, le risque que les « *services nécessaires à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels de base [deviennent] moins abordables [dès lors qu'] ils sont fournis par le secteur privé* »[1237], et d'autre part, que leur qualité « *soit sacrifiée à la maximisation des bénéfices* »[1238]. C'est en cela que le principe d'accessibilité économique apparaît comme la principale plus-value de la démarche d'autonomisation de la protection des besoins humains en eau.

Paraguay, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Samoa, République Centrafricaine, République Dominicaine, Serbie, Seychelles, Sri Lanka, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Yémen.

[1234] A. BLANC, S. BOTTON (dir.), *Water Services and the Private sector in Developing Countries. Comparative Perceptions and Discussion Dynamics*, Paris, AFD, 2012 ; OMS/UNICEF, *Progrès en matière d'eau, op. cit.,* note 42.

[1235] Ce fut le cas à Cochabamba en Bolivie à la suite de la délégation des services de distribution d'eau à un consortium d'opérateurs privés. Voir *Aguas del Tunari c. Bolivie*, CIRDI, ARB/02/3. Voir également, G. DALTON, « Private Sector finance for water Sector infrastructure what does Cochabamba tell us about using this instrument ? », School of Oriental and African Studies, Water Issues Study Group, Occasional Paper 37 , 6 septembre 2001, p. 13; S. L. MURTHY, *op. cit.,* note 1232, pp. 89-147. PNUD, *op. cit.,* note 51, p. 97.

[1236] Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Bénin, E/C.12/1/Add.78, 5 mai 2002, para. 22. Dans le même sens, voir Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Cameroun, E/C.12/1/Add.40, 8 décembre 1999, paras. 22, 40.

[1237] *Observation générale n° 24*, *op. cit.,* note 564, para. 22.

[1238] *Ibid*.

284. Le principe remplit une fonction conciliatoire. Il s'agit d'accommoder les diverses valeurs de l'approvisionnement en eau potable, à la fois activité économique et besoin humain essentiel. L'accessibilité économique des services d'eau implique de ceux-ci, qu'ils « *soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés* »[1239]. Elle est évaluée en tenant compte des capacités contributives des usagers[1240] et suppose que « *l'eau ne représente pas une part excessive des dépenses des ménages les plus pauvres par rapport aux ménages plus aisés* »[1241]. Elle est analysée en relation avec les autres droits de l'homme, le paiement des factures d'eau ne devant pas compromettre la réalisation des droits consacrés par le Pacte international[1242]. Nous avons vu dans le premier chapitre[1243] que ce principe était consacré dans plusieurs droits nationaux et que les États disposaient d'une pluralité d'outils pour le mettre en œuvre[1244]. L'Observation générale n° 15 oriente à cette fin les États vers des « *techniques et technologies appropriées d'un coût raisonnable* », à « *des politiques de prix appropriées prévoyant (…) un approvisionnement en eau gratuit ou à moindre coût* » ou encore à des versements de « *compléments de revenu* »[1245]. Le Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement encourage le recours à des « *socles de protection sociale* »[1246], expression désignant « *des ensembles de garanties élémentaires de sécurité sociale définis à l'échelle nationale qui assurent une protection visant à prévenir ou à réduire la pauvreté, la vulnérabilité et l'exclusion sociale* »[1247].

[1239] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 27.
[1240] H. SMETS, *De l'eau potable à un prix abordable,* Paris, Éditions Johanet, 2009, p.9.
[1241] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 27.
[1242] *Ibid.* Le Comité a déjà eu recours à la notion de capacité contributive dans le contexte du droit de l'homme à un logement adéquat. L'approche suivie est la même dans ce contexte : le paiement des coûts associés à un logement ne doit pas avoir pour effet de compromettre la satisfaction d'autres besoins fondamentaux (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 4*, *Le droit à un logement suffisant (article 11 paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels),* E/1992/23, para. 8 c)).
[1243] Voir Chapitre I, paras. 146-147.
[1244] Ce qui, on le verra dans le Chapitre V, soulève un certain nombre de question dans le cadre des exceptions générales de l'AGCS et de l'analyse de la nécessité, qui a pu être interprétée comme impliquant l'inexistence d'autres moyens disponibles.
[1245] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 27.
[1246] *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissemen*t, *op. cit.,* note 612, para 61.
[1247] OIT, Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, 2012, para. 2. L'Organisation internationale du travail appelle les États à mettre en place de tels socles qui devraient « *assurer au minimum à toute personne dans le besoin, tout au long de la vie, l'accès à des soins de santé essentiels et une sécurité élémentaire de revenu qui ensemble garantissent un accès effectif aux biens et services définis comme nécessaires à l'échelle nationale* ». Voir aussi résolution 31/5 du Conseil des droits de l'homme, *Question de la réalisation, dans tous les pays des droits économiques, sociaux et culturels*, A/RES/HRC/31/5, 23 mars 2016, para. 4 : « *Constate que les socles de protection sociale peuvent faciliter l'exercice des droits de l'homme, notamment les droits à la sécurité sociale, au meilleur état de santé physique et mentale possible, à un niveau de vie suffisant, y compris une alimentation, des vêtements et un logement suffisants, à l'éducation et à l'eau potable et à l'assainissement, conformément aux obligations des États concernant les droits de l'homme, et à cet égard*

285. Dès lors qu'est posé le principe d'accessibilité économique des services d'eau, se pose la question de la légalité des interruptions de fourniture de services pour cause d'impayés. Ces interruptions interfèrent avec une autre dimension du droit de l'homme à l'eau, à savoir la disponibilité, impliquant une fourniture d'eau suffisante et constante[1248]. Du point de vue de l'usager, la fourniture d'eau potable est à la fois un droit contractuel – le liant au fournisseur de service – et un droit de l'homme. On rappellera que dans certains droits internes, les interruptions de service pour cause d'impayés sont considérées comme une violation du principe de continuité des services publics ou encore comme une atteinte à la dignité de la personne[1249]. L'Observation générale n°15 se borne à indiquer que le droit à l'eau implique le « *droit de ne pas subir d'entraves, notamment une interruption arbitraire de l'approvisionnement* »[1250]. Il semble que le Rapporteur spécial sur le droit à l'eau et à l'assainissement souhaite consolider le principe de leur interdiction. Dans un rapport de septembre 2017, il qualifie les interruptions de services de régressions violant le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement et appelle les États à *« veiller à ce que [les] cadres réglementaires interdisent que l'accès aux services d'eau et d'assainissement ne soit coupé lorsque les usagers ne peuvent pas les payer* »[1251]. Ces interruptions ne devraient être autorisées qu'en apportant la preuve que les ménages ayant la capacité financière de le faire refusent de payer[1252]. Le Rapporteur invite ainsi les États à poser dans leur législation le principe d'« *interdiction pure et simple des coupures pour défaut de paiement* »[1253]. Le concept d'obligations minimales fondamentales, permettant de mettre à la charge des États l'obligation d'assurer au moins la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits consacrés par le Pacte[1254],

---

souligne l'importance du respect des principes de non-discrimination, de transparence, de participation et de responsabilité ».

[1248] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 12 a).

[1249] Voir Chapitre I, paras. 148-149.

[1250] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 10.

[1251] Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/36/45, 19 juillet 2017, para. 7.

[1252] *Ibid.*, para 33.

[1253] *Ibid.*, para. 53, para. 89. g).

[1254] Chaque droit de l'homme contient un noyau dur d'obligations dont la réalisation immédiate est indispensable à la pleine réalisation du droit. Le concept d'obligation minimale (*core content*) a été introduit par l'Observation générale n° 12 sur le droit à l'alimentation et reprise dans l'Observation générale n° 3 dans laquelle le Comité a confirmé que l'obligation fondamentale minimum des États parties d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits énoncés dans le Pacte. (*Observation générale n° 3, op. cit.,* note 564, para. 10 : « *Fort de l'expérience considérable que le Comité – comme l'organe qui l'a précédé – a acquise depuis plus de dix ans que les rapports des États parties sont examinés, il est d'avis que chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de*

pourrait être mobilisé dans ce contexte. Or, les contours exacts de ces obligations pour ce qui est du droit de l'homme à l'eau soulèvent des interrogations. En effet, telles qu'elles sont définies dans l'Observation générale n° 15, elles ne se démarquent aucunement du contenu normatif du droit de l'homme à l'eau et se confondent avec lui[1255].

286. Le principe d'accessibilité économique des services d'eau permet dans une certaine mesure d'équilibrer l'approche économique de l'eau dans son volet relatif au recouvrement des coûts. Mais au-delà, on ne peut pas considérer que le droit de l'homme à l'eau permette de faire davantage contrepoids à l'exploitation commerciale et industrielle de l'eau et ses services. En effet, l'approche statocentrée du droit international fait obstacle à une prise en charge des activités des entreprises exploitant l'eau ou ses services.

Section II. L'emprise insuffisante du droit international sur l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services

287. Les limites de l'approche statocentrée du droit international des droits de l'homme apparaissent nettement dans le contexte des délégations de services publics de l'eau à des opérateurs privés. Le droit de l'homme à l'eau ne leur est pas opposable alors que l'objet de ces délégations est précisément de contribuer à la réalisation de ce droit (I). L'emprise du droit international sur les entreprises consommatrices d'eau est tout aussi limitée. Pour autant, diverses voies de responsabilisation existent permettant d'agir sur les externalités négatives, d'ordre social et environnemental, générées par leurs activités (II).

sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources. En vertu du paragraphe 1 de l'article 2, chacun des États parties est tenu d'agir "au maximum de ses ressources disponibles". Pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum »). Voir I. T. WINKLER, *op. cit.,* note 1198, p. 119 ; A. R. CHAPMAN, S. RUSSELL, « Introduction », dans A. R CHAPMAN, S. RUSSELL (dir.), *Core Obligations: Building a New Framework for Economic, Social and Cultural Rights,* Antwerp, Intersentia, 2002, p. 9.

[1255] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 37.

I. L'approche statocentrée du droit international des droits de l'homme

288. C'est à l'État qu'il revient au premier chef de garantir l'accès de sa population à une eau de qualité en quantité suffisante. Pèse sur lui une obligation de réglementer (A) qui vient occulter la responsabilité des entreprises de participer à la fourniture privée de services essentiels, là où les entreprises opérant dans ce secteur devraient, au contraire, être convoquées en raison de leur influence dans la fourniture de l'eau (B).

A. L'obligation de réglementer à la charge des États

289. Nous avons évoqué dans le premier chapitre les rares exemples de législations nationales prohibant toute participation du secteur privé dans les services publics d'eau[1256]. Dans ces hypothèses, le droit interne va plus loin que le droit international des droits de l'homme qui ne considère pas les délégations de services publics essentiels à des opérateurs privés comme étant *per se* incompatibles avec la réalisation des droits de l'homme[1257]. Ce principe, rappelé dans la récente observation générale n° 24[1258], traduit un certain agnosticisme des organes onusiens en la matière[1259]. Si le Comité des droits économiques, sociaux et culturels constate le rôle grandissant dévolu aux entreprises dans le champ des stratégies de développement et de lutte contre la pauvreté[1260], il n'en tire aucune conséquence concrète pour ce qui est de leur responsabilité.

290. L'État qui opte pour ce mode de gestion pour la fourniture de services d'eau à sa population ne peut « *se soustraire à ses obligations relatives aux droits de l'homme* »[1261]. Il lui revient de garantir que les tiers qui assurent la gestion de ces services ne compromettent l'accès à une eau de qualité, en quantité suffisante et à un prix raisonnable pour toutes les couches de la population[1262], ce qui passe notamment par la mise en place d'un système réglementaire efficace, de mécanismes de contrôle, ou encore une participation du public à la prise de

[1256] Voir Chapitre I, para. 135.
[1257] *Observation générale n° 3*, *op. cit.,* note 564, para. 8.
[1258] *Observation générale n° 24*, *op. cit.,* note 564, para. 21.
[1259] Rapport du rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, *op. cit.,* note 542, para. 3.
[1260] Voir par exemple les Objectifs de développement durable appelant les États à recourir aux partenariats public-privé. Dans le même sens, voir le Programme d'action d'Addis-Abeba résultant de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement de 20015 (voir résolution 69/313 de l'Assemblée générale, annexe, paras. 5, 13, 14 et 17 notamment.
[1261] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 18.
[1262] *Ibid.,* para. 24, para. 44 b).

décision[1263]. Cette obligation de réglementer pesant sur l'État doit être comprise comme lui imposant l'obligation d'exercer sur les opérateurs économiques soumis à son autorité « *une vigilance correspondant aux fonctions et aux pouvoirs dont [il] est investi* »[1264]. Il ne s'agit donc pas d'« *empêcher d'une façon absolue que certains faits se réalisent* »[1265]. La jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme est riche d'exemples pertinents, permettant de mieux cerner les contours de cette obligation[1266]. Dans le contexte de l'exploitation de l'eau en tant que facteur de production par les entreprises, l'obligation suppose de l'État qu'il adopte toutes les mesures propres à les empêcher d'extraire des quantités déraisonnables[1267]. Il ne devrait pas accorder d'« *autorisations de prospection et d'exploitation des ressources naturelles sans tenir dûment compte des incidences potentiellement néfastes de ces activités sur l'exercice par les individus et les communautés des droits qui leur sont garantis par le Pacte* »[1268]. Il doit en outre faire en sorte que ces opérateurs économiques ne polluent pas les ressources en eau. On citera à titre d'exemple l'arrêt *SERAP c. Nigeria* dans lequel la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a précisé les obligations auxquelles le Nigeria était tenu en matière de protection des ressources naturelles dont les populations avoisinantes du delta du Niger dépendaient pour leur subsistance[1269]. Le Nigeria se défendait en listant une série de mesures prises en vue de répondre à cette situation, notamment l'adoption de lois destinées à réglementer les secteurs du pétrole et du gaz ainsi que leurs effets sur l'environnement. La Commission a jugé leur mise en œuvre insuffisante. En effet :

> « *the adoption of the legislation, no matter how advanced it may be, or the certain of agencies inspired by the world's best motels, as well as the allocation of financial resources in equitable amounts, may still fall short of compliance with international obligations in matters of environmental protection if these measures just remain on*

[1263] *Ibid.*, para. 24.
[1264] D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP,* 1906, p. 291. Voir aussi O. DE SCHUTTER, M. B. TAYLOR, A. RAMASASTRY, R. C. THOMPSON, *La diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des États*, Rapport de l'European Coalition for Corporate Justice, 2012.
[1265] D. ANZILOTTI, *ibid.*, p. 291.
[1266] CEDH, *Fadeïeva c. Russie*, arrêt du 9 juin 2005, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IV, p. 301. Dans cette affaire, qui ne porte pas sur la fourniture de service public, une ressortissante invoquait une violation de son droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du manquement de la Russie à la protéger des nuisances environnementales causées par les activités industrielles d'une usine. La Cour a considéré que la responsabilité de l'État pouvait être engagée en raison d'un manque de réglementation du secteur de la sidérurgie. Voir aussi *Guerra et autres c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, p. 227, para. 58 ; *Ostra c. Espagne*, arrêt du 21 février 1990, CEDH, Séries A-172 ; Cour Interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, Série C, n° 4, paras.165-166.
[1267] *Observation générale n° 15*, *op. cit.,* note 374, para. 23.
[1268] *Observation générale n° 24*, para. 19.
[1269] Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Socio-Economic Rights and Accountability Project c. Nigeria,* communication 300/2005, 29 juillet 2008.

paper and are not accompanied by additional and concrete measures aimed at preventing the occurrence of damage or ensuring accountability, with the effective reparation of the environmental damage suffered »[1270].

291. L'obligation de réglementer est fondamentale en ce qu'elle « *établit véritablement le rapport entre les activités des entreprises multinationales et le comportement attendu de l'État* »[1271]. Elle favorise de fait une responsabilisation indirecte des entreprises[1272]. Il s'agit en effet d'éviter que ces dernières « *ne rendent pas impossible ou ne nuisent pas à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels* »[1273]. Cette responsabilisation exige l'intermédiation du droit interne[1274]. L'emprise du droit international de l'environnement sur les entreprises est de la même teneur, les obligations internationales lui donnant corps devant être incorporées dans les droits internes pour avoir quelques effets sur les opérateurs privés. Cet assujettissement des entreprises au cadre juridique interne est affirmé avec force dans les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011[1275].

292. Les contrats de concession représentent un autre « *vecteur de responsabilisation* »[1276] des entreprises, auquel le droit international des droits de l'homme s'intéresse davantage comme en attestent les Principes onusiens sur les contrats responsables de 2011[1277]. Dans leurs

---

[1270] *Ibid.* paras 104-105.

[1271] P. BODEAU-LIVINEC, « La responsabilité des États à raison des activités des entreprises multinationales », dans *Société Française pour le Droit International, Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis*, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 422.

[1272] K. MARTIN-CHENUT, C. PERRUSO, « Organes de protection des droits de l'homme et responsabilité des entreprises : la contribution des obligations positives », dans K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale,* Paris, Pedone, 2015, p. 661 ; H. ASCENSIO, « Le Pacte Mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », *Le Pacte Mondial dix ans après*, pp. 176-177.

[1273] Voir les *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques sociaux et culturels*, 28 septembre 2011, principe IV.24. Ces Principes ont été adoptés par des experts dans les domaines du droit international et des droits de l'homme.

[1274] S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD, « The Applicability of International Environmental Law to Private Enterprises », dans P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES (dir.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 71.

[1275] C'est la voie suivie dans les Principes de Ruggie. Voir les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, annexe, principe 23. Ce faisant, « *en continuant de suspendre la domestication légale de l'entreprise, aux variations des droits internes, les Principes de Ruggie semblent abandonner la voie d'une personnification internationale des entreprises pour les assujettir* » (L. DUBIN, « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international. Rapport introductif », dans *L'entreprise multinationale et le droit international, Colloque de Saint-Denis, Société Française pour le Droit International,* Paris, Pedone, 2017, p. 17).

[1276] L. DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *RGDIP,* 2018, t. 122, n° 4, p. 876.

[1277] *Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs,* A/HRC/17/31/Add. 3*,* 25 mai 2011.

relations contractuelles, il est attendu des entreprises qu'elles fassent preuve de *due diligence*, ce qui implique qu'elles veillent à ce que les contrats de concession auxquels elles sont parties soient conformes aux exigences en matière de protection des droits de l'homme[1278]. Cette *due diligence* suppose en premier lieu qu'elles « *[s'informent] de toute incidence potentiellement néfaste de leurs activités sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement (…) notamment en analysant les instruments de délégation proposés sous l'angle des droits de l'homme (…), et le cas échéant en procédant à une évaluation de leurs incidences sur les droits de l'homme* »[1279]. Il reste que les principes des Nations Unies sur les contrats responsables ne sont pas applicables, pour ce qui est « *services collectifs de l'eau* », à *« certains aspects de la prestation de services ou des contrats de fourniture »,* notamment les *« problèmes contractuels posés par les structures tarifaires ou des questions de fourniture relatives aux services collectifs de l'eau ou l'électricité »*[1280]. Or, ce sont précisément ces aspects tarifaires qui interfèrent le plus souvent avec le droit de l'homme à l'eau[1281].

293. Le droit international des droits de l'homme ne singularise par les entreprises fournissant des services essentiels. Elles ont, comme toute autre entreprise, la responsabilité de respecter le droit de l'homme à l'eau, approche qui peut s'avérer limitée.

B. La nécessaire singularisation des opérateurs privés fournisseurs de services publics essentiels

294. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les entreprises ont « *progressivement fait craquer le moule traditionnel du droit international classique qui leur déniait toute personnalité internationale* »[1282]. Il est difficile de leur contester purement et simplement la qualité de sujet, dès lors que l'on s'attache aux droits dont elles bénéficient, et en particulier la possibilité qui leur est offerte d'intenter des actions contre les États devant une juridiction

[1278] *Ibid.,* principe 1 *;* Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *op. cit.,* note 1251, para. 22.
[1279] Conseil des droits de l'homme, *ibid.*, para. 22.
[1280] *Principes pour des contrats responsables*, *op. cit.,* note 1277, p. 4, note de bas de page n° 5.
[1281] Voir Chapitre IV.
[1282] D. CARREAU, F. MARRELLA, *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 439. Pour reprendre la CIJ, un sujet de droit international a « *la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux* » et de se « *prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale* » (CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, p. 179).

internationale[1283]. Elles sont en outre devenues des « *participantes* » du système juridique international, collaborant avec les États comme en témoigne la prolifération des PPP[1284]. Une relecture du droit international en tant que système de droit gouvernant les relations internationales et comptant tant les États que les individus est souhaitable[1285]. Mais force est de constater que l'on en est encore très éloigné. Comme le relèvent Kathia Martin-Chenut et Caroline Devaux :

> *« L'asymétrie flagrante entre la responsabilité des États et celle des entreprises transnationales n'est pas compensée par un droit international permettant de rendre la responsabilité proportionnelle au pouvoir exercé par les différents acteurs* »[1286].

295. Le peu d'attention porté par les instances onusiennes aux incidences parfois néfastes de la fourniture privée de services publics essentiels sur la protection et la réalisation des droits de l'homme est surprenante[1287]. Dans le rapport précédemment évoqué[1288], l'ancien Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, Philip Alston, juge avec sévérité l'action des organes internationaux chargés des droits de l'homme[1289]. La question de la responsabilisation des entreprises en matière de droit de l'homme est au cœur d'une multitude d'initiatives et de textes émanant des organes onusiens depuis de début du siècle[1290]. Par

---

[1283] A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques,* Paris, Dalloz, 2015.
[1284] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1274, p. 13.
[1285] Voir par exemple J. TRACHTMAN, « The International Economic Law Revolution », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, vol. 17, n° 1, pp. 33-62 ; M. W. JANIS, « Individuals as Subjects of International Law », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, pp. 61-80.
[1286] K. MARTIN-CHENUT, C. DEVAUX « Quels remèdes à l'irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière ? », dans A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY, Prendre la responsabilité au sérieux, Paris, PUF, 2015, p. 361.
[1287] A. HALLO DE WOLF, « Human Rights and the Regulation of Privatized Essential Services », *Netherlands International Law Review,* 2013, vol. 60, n° 2, p. 167.
[1288] Voir Chapitre I, para. 133.
[1289] Rapport du rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, *op. cit.,* note 542, para. 3.
[1290] Résolution 38/13 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : améliorer la responsabilité des entreprises et l'accès à des voies de recours,* A/HRC/RES/38/13, 6 juillet 2018 ; Résolution 35/7 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : mandat du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises,* A/HRC/RES/35/7, 22 juin 2017 ; Résolution 32/10 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours,* A/HRC/RES/32/10, 30 juin 2016 ; Résolution 26/22 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises,* A/HRC/RES/26/22, 15 juillet 2014 ; Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme,* A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014 ; Résolution 21/5 du Conseil des droits de l'homme, *Contribution du système des Nations Unies dans son ensemble à l'avancement du débat relatif à la question des entreprises et des droits de l'homme et à la diffusion et l'application des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme,* A/HRC/RES/21/5, 16 octobre 2012 ; Résolution 17/4 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises,* A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011 ; Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, op. cit.,* note 1275; Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question

responsabilisation, on vise largement la manière dont les opérateurs privés répondent de leurs activités devant les parties prenantes. Le concept de responsabilisation renvoie globalement « *à l'idée de transparence et au devoir de rendre compte* » et diffère ainsi de la responsabilité civile « *qui a pour objet la réparation des dommages causés par [l']entreprise lorsqu'il est établi qu'elle en est l'auteur* »[1291]. L'approche qui l'a emporté, matérialisée dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme est particulièrement modeste : pèse sur les entreprises une responsabilité de respecter les droits de l'homme. Elles sont tenues de se conformer « *aux lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles opèrent* »[1292]. Elles sont appelées à éviter de « *porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui* »[1293]. Le commentaire relatif au Principe directeur n°12 le rappelle : il ne s'agit pas d'une responsabilité à proprement parler. Il est en effet précisé que :

> « *La responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme se distingue des questions de responsabilité juridique et d'application légale, qui restent définies pour une large part par les dispositions du droit interne dans les juridictions compétentes* »[1294].

Elle s'apparente davantage à une simple norme de comportement s'inscrivant dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises[1295]. Il n'est jamais question de « *violations* » dans le texte. Il est fait appel aux notions aux contours plus lâches de « *due diligence* » ou d'« *attentes sociales* »[1296], ce qui illustre une volonté d'établir une distinction nette entre entreprises et États,

---

des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, *Entreprises et droits de l'homme : nouvelles mesures pour la mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »,* A/HRC/14/27, 9 avril 2010 ; Rapport du Représentant spécial du Secrétaire chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Les entreprises et les droits de l'homme : Vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer,* A/HRC/11/13, 22 avril 2009 ; Résolution 8/7 du Conseil des droits de l'homme, *Mandat du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises,* A/HRC/RES/8/7, 18 juin 2008 ; Commission des droits de l'homme, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/2006/97, 22 février 2006 ; Résolution 2005/69 de la Commission des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et les autres entreprises,* E/CN.4/RES/2005/69, 20 avril 2005 ; *Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/2005/91, 15 février 2005 ; Décision 2004/116 de la Commission des droits de l'homme, *La responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/DEC/2004/116, 22 avril 2004 ; *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises,* E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003.

[1291] K. SANGBANA, *op.cit.,* note 906, p. 145.

[1292] *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, op. cit.,* note 1275*,* principe 23.

[1293] *Ibid.,* principe 11.

[1294] *Ibid.*, commentaire au principe 12.

[1295] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1274, p. 17.

[1296] S. DEVA, « Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles », dans S. DEVA, D. BILCHITZ (dir.), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 80.

ces derniers étant les seuls sujets sur lesquels le droit international fait peser des obligations juridiques contraignantes. On est donc très loin de la démarche ambitieuse des Normes sur la responsabilité des multinationales et autres entreprises en lien avec les droits de l'homme de 2003 qui envisageaient de faire peser un certain nombre d'obligations juridiques sur les entreprises[1297]. Il faut néanmoins mentionner un retour sur le devant de la scène d'initiatives allant dans le sens de la reconnaissance d'une responsabilité des entreprises. On évoquera à cet égard la résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme du 14 juillet 2014 qui a créé un groupe de travail chargé « *d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises* »[1298]. La dernière mouture du projet de traité visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises, date du 6 août 2020[1299]. L'article 8 dédié à la responsabilité juridique des entreprises, prévoit dans son premier paragraphe que :

> « *State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships* »[1300].

Le texte est donc loin d'envisager les entreprises multinationales comme étant débitrices d'obligations internationales, puisque c'est aux États, à travers leur législation nationale, qu'il revient d'offrir un système approprié de responsabilité juridique en cas de violation ou d'abus commis par les entreprises dans le contexte de leurs activités commerciales.

[1297] Les Normes mettent à la charge des entreprises en particulier l'obligation « *de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des populations autochtones et autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation* ». Commission des droits de l'homme, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, op. cit.,* note 1290, para 1.

[1298] Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme, *op. cit.,* note 1290, para. 1. Elle a été prise à l'initiative de l'Équateur et de l'Afrique du Sud. Elle a été adoptée par vote positif de vingt États en développement et émergents (Afrique du Sud, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Chine, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Éthiopie, Fédération de Russie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Kenya, Maroc, Namibie, Pakistan, Philippines, Venezuela, Viet Nam) tandis que quatorze s'y sont opposés (L'Autriche, la République tchèque, l'Estonie, la France, l'Allemagne, Irlande, Italie, Japon, Monténégro, Corée du Sud, Roumanie, Macédoine, Royaume Uni, États-Unis) et treize se sont abstenus (Arabie saoudite, Argentine, Botswana, Brésil, Chili, Costa Rica, Émirats arabes unis, Gabon, Koweït, Maldives, Mexique, Pérou, Sierra Leone).

[1299] Voir OEIGWF, Chairmanship Second Revised Draft, du 6 août 2020, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf (consulté le 29 juin 2021).

[1300] *Ibid.*

296. Pour l'heure, on ne peut que constater, avec le Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté, que les mécanismes existants « *sont manifestement insuffisants pour faire face aux problèmes posés par les privatisations à grande échelle ou généralisées* »[1301]. Dans le contexte singulier de délégations de services publics essentiels, la responsabilité de respecter s'avère particulièrement limitée dès lors que l'on comprend l'objet même de ces délégations comme étant précisément de contribuer à la réalisation du droit de l'homme à l'eau. Qu'il s'agisse des services d'eau ou d'autres secteurs d'activités, il pourrait s'avérer pertinent, *a minima*, de moduler les responsabilités des entreprises *« en fonction [de leur] pouvoir économique et de [leur] impact sociétal* »[1302]. L'on verra que cette faiblesse du droit international des droits de l'homme rejaillit dans le champ du droit international de l'investissement. La marge de manœuvre du tribunal d'investissement saisi d'une demande reconventionnelle par l'État argentin dans le différend *Urbaser c. Argentine* s'est trouvée réduite en raison de cette impuissance à appréhender directement les obligations des entreprises. Le tribunal arbitral a rappelé que l'obligation de réaliser le droit de l'homme à l'eau telle que consacrée par le droit international des droits de l'homme visait les États et non les investisseurs[1303]. C'est aux premiers qu'il revient de « *prévoir des mécanismes de responsabilisation efficaces pour faire en sorte que tous les fournisseurs d'eau et de services d'assainissement, y compris ceux du secteur privé, respectent les droits de l'homme, ne soient pas à l'origine de violations de ces droits ou d'atteintes à ces droits, ou n'y contribuent pas* »[1304].

297. La responsabilité de respecter ouvre davantage de potentialités lorsqu'elle concerne les entreprises utilisant l'eau dans leurs procédés de production.

II. Les diverses voies de responsabilisation des entreprises consommatrices d'eau

298. Les activités commerciales et industrielles des entreprises impliquant une utilisation de l'eau sont susceptibles d'affecter la qualité et la disponibilité de la ressource. Comme nous nous sommes attachés à le montrer dans le premier chapitre, ce sont précisément ces coûts

[1301] Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, *op. cit.,* note 542, p. 2.
[1302] K. MARTIN-CHENUT, C. DEVAUX, *op. cit.,* note 1286, p. 362.
[1303] *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, CIRDI, ARB/07/26, sentence du 19 décembre, 2016, para. 1210. Voir infra, Chapitre VI, paras. 419-420.
[1304] Résolution 39/8 du Conseil des droits de l'homme, *op. cit.,* note 1200, para. 4, para. 8 (h).

environnementaux et sociaux qui justifient le contrôle opéré en amont par l'autorité administrative[1305].

299. Les enjeux de responsabilisation des entreprises consommatrices d'eau mettent en lumière l'interdépendance entre protection des droits de l'homme et protection de l'environnement. L'emprise du droit international de l'environnement sur les entreprises est, à cet égard, tout aussi limitée que celle du droit international des droits de l'homme. Au niveau politique, l'appréhension du rôle du secteur privé dans la protection de l'environnement a, certes, singulièrement évolué. Alors que la Déclaration de Stockholm de 1972 et la Déclaration de Rio de 1992 sont empreintes de statocentrisme, un changement est amorcé à la suite du Sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg de 2002[1306]. Le secteur privé est désormais considéré comme faisant partie intégrante des solutions permettant d'atteindre un développement durable. Les institutions internationales promeuvent un « *verdissement* » de l'économie et de la croissance, ouvrant ainsi la porte à de nouvelles opportunités d'affaires pour le secteur privé[1307]. L'accent est placé sur l'activité productive des entreprises, ces dernières étant encouragées à adapter leurs modes de production aux enjeux environnementaux en recourant à des procédés moins polluants ou encore à opérer une transition vers des activités dont la finalité est la protection de l'environnement[1308]. La lutte contre le changement climatique en particulier suppose que les États réglementent les activités des entreprises, principales émettrices de gaz à effet de serre (ci-après, « GES »), dans le but de les inciter à privilégier des procédés de production décarbonisés. Mais là encore, l'emprise du droit international de l'environnement sur les entreprises n'est qu'indirecte, les obligations

[1305] Voir Chapitre I, paras. 101 et s.

[1306] Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, A/CONF.199/20, annexe, *Déclaration de Johannesburg sur le développement durable,* para. 27. Voir aussi Résolution 69/313 de l'Assemblée générale, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence international sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, A/RES/69/313, 27 juillet 2015, paras. 45-46 ; Résolution 55/2 de l'Assemblée générale, *op. cit.,* note 45 ; Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, *op. cit.,* note 46.

[1307] Voir par exemple, PNUE, *Towards a Green Economy, Pathway to Sustainable Development and Poverty Eradication*, Genève, PNUE, 2011.

[1308] On relèvera que le recours à des procédés de production écologiques était déjà encouragé dans la déclaration de Rio : « *Afin de parvenir à un développement durable et à une meilleure qualité de vie pour tous les peuples, les États devraient réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables et promouvoir des politiques démographiques appropriées* » (Déclaration de Rio, *op. cit.,* note 1058, principe 8) ; Déclaration de Johannesburg, *op. cit.,* note 1306, principe 11 ; Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, *L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012, cible n°12.6. Voir sur cette question N. BERNASCONI-OSTERWALDER, D. MAGRAW, M. J. OLOVA, E. TUERK, M. ORELLANA, P. ROCH, *Environment and Trade: a guide to WTO jurisprudence*, Londres, Routledge, 2006, p. 204 ; J. E. VINUALES, « Foreign Investment and the Environment in International Law: Current Trends », dans K. MILES (dir.), *Research Handbook on Environment and Investment Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 12.

internationales lui donnant corps devant nécessairement être incorporées dans les droits internes pour avoir quelques effets sur les opérateurs privés.

300. L'autorégulation, largement promue par les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, reste ainsi la principale voie de responsabilisation des entreprises. Les entreprises sont encouragées à se responsabiliser en partant du constat qu'elles sont désormais *« suffisamment puissant[es] pour s'autoréguler et se mettre au service d'ambitions traditionnellement dévolues par le droit international public aux seules autorités publiques* »[1309]. L'autorégulation peut prendre la forme de codes de conduite, comprenant des normes de comportement auxquelles s'astreignent les entreprises à l'égard des parties prenantes[1310]. Ces codes intègrent des mécanismes de « *reporting* » et de divulgation d'informations, cette exigence de transparence constituant l'un des aspects essentiels de la responsabilité de respecter les droits de l'homme.

301. L'appréhension des instruments de responsabilisation reposant sur une démarche volontaire en tant que « droit mou » s'avère peu nuancée et de moins en moins convaincante[1311]. Ces engagements traditionnellement appréhendés comme créant des obligations de type moral *« peuvent être rattrapés par le droit de diverses manières* »[1312]. Ainsi, en France, la loi sur le devoir de vigilance des entreprises, en contraignant « *les entreprises à s'autoréguler au titre de leur responsabilité dite sociétale* »[1313], confère à l'État un certain contrôle sur ces codes de conduite. Les entreprises sont tenues d'établir et de rendre public, en l'incluant dans leurs rapports annuels, un plan de vigilance[1314]. En cas de manquement à cette obligation, leur

---

[1309] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1274, p. 17.

[1310] Ce qui vise *« à la fois ses employés, les consommateurs de ses produits ou de ses services, les populations vivant aux alentours de ses implantations physiques, voire les décideurs politiques des pays d'établissement ou des pays avec lesquelles elles commercent, l'ensemble étant envisagé à l'aune de grands principes moraux tels que les droits de l'homme, la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption ».* (H. ASCENSIO, *op.cit.,* note 1271, p. 266).

[1311] L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. KOHEN (dir.), *International Law and the Quest for its Implementation / Le droit international et la quête de sa mise en œuvre : Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas,* Leiden, Brill, 2010, pp. 351-376.

[1312] H. ASCENSIO, *op. cit.,* note 1310, p. 266.

[1313] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1274, pp. 48 et s. ; Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre ; voir V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Les revues Juris Classeur, Droit des sociétés,* étude n° 6, 2011.

[1314] Ce plan de vigilance doit notamment comprendre une cartographie des risques, procédures d'évaluation des filiales, sous-traitants et fournisseurs, les mécanismes d'atténuation des risques ou de prévention, un mécanisme d'alerte ainsi qu'un dispositif de suivi et d'évaluation des mesures et des mécanismes (article L. 225-102-4 du Code de commerce).

responsabilité civile peut être engagée au titre de l'article L.225-102-5 du Code du commerce. Toute personne justifiant d'un intérêt à agir est par ailleurs fondée à attaquer les entreprises en justice pour manquement dans l'application du plan de vigilance[1315]. Les engagements unilatéraux des entreprises peuvent encore être saisis par le droit de la consommation, le droit de la concurrence, ou encore le droit du travail. Ainsi, la Directive européenne 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, définit comme trompeur :

> « *le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code* »[1316].

Dans le même ordre d'idées, on citera l'important arrêt *Marc Kasky c. Nike Inc* du 2 mai 2002, dans lequel la Cour suprême de Californie a utilisé le code de conduite de l'entreprise Nike en matière de respect des normes sur les conditions de travail de ses sous-traitants étrangers pour condamner les pratiques de l'entreprise comme relevant de la publicité mensongère[1317].

302. Plusieurs initiatives reposant sur une démarche volontaire, émanant d'organisations internationales, d'ONG ou encore du secteur privé, ont été mises en place en vue d'encourager les entreprises à protéger, dans le cadre de leurs activités, les ressources en eau et respecter les droits des populations potentiellement affectées par leurs opérations. Le *CEO Water Mandate* adopté dans le cadre du Pacte mondial des Nations Unies en est une bonne illustration[1318]. Le *CEO Water Mandate* est destiné à encourager les entreprises à mettre en place des politiques d'utilisation de l'eau plus durable. À ce jour, cent soixante-douze entreprises opérant dans des secteurs divers s'y sont ralliées[1319], s'engageant par cette adhésion à limiter l'impact de leurs activités sur l'eau, à intégrer la préoccupation de l'utilisation responsable de la ressource dans leurs choix d'affaires, et à mieux incorporer cet enjeu dans toute leur chaîne de valeur[1320]. Le

---

[1315] Cela vise les associations de défense des droits humains et de l'environnement, les syndicats, les individus directement affectés.
[1316] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO L 149, 11 juin 2005, pp. 22-39, article 6 (2)(b).
[1317] Cour suprême des États-Unis, *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003).
[1318] UN Global Compact, *The CEO Water Mandate,* 3 novembre 2010. Le Pacte Mondial a été adopté à l'initiative du Secrétaire Général Annan à l'occasion du Forum Mondial de Davos du 31 janvier 1999.
[1319] Comme l'agroalimentaire, l'énergie, l'automobile, industrie chimique, industrie des matériaux de construction, services financiers, industrie forestière, fourniture d'eau potable et de gaz, pharmacie et biotechnologie, les boissons ou encore l'industrie minière https://ceowatermandate.org/about/endorsing-companies/ (consulté le 15 juin 2021).
[1320] En évaluant notamment, leur consommation d'eau, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif.

CEO Water Mandate prône en outre la collaboration et une action coordonnée avec les organisations de la société civile et les gouvernements aux échelons local, régional et national. L'instrument a été complété en janvier 2015 par des lignes directrices relative au respect des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement fournissant des orientations aux entreprises en la matière. Les entreprises sont encouragées à évaluer de manière systématique l'impact de leurs activités sur les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement ainsi que prévoir des mécanismes de réclamations. Les initiatives prises par les entreprises dans le cadre du Pacte mondial reposent ainsi sur une lecture intégrée des dimensions économiques, sociales et environnementales de l'eau. L'intendance de l'eau (en anglais, *water stewardship)* s'impose progressivement comme le nouveau modèle auquel souscrivent les entreprises en vue de limiter les externalités sociales et environnementales générées par leur utilisation des ressources en eau[1321]. Elle repose sur une approche holistique de la ressource, en supposant une utilisation *« socialement équitable, durable d'un point de vue environnemental et bénéfique d'un point de vue économique, utilisation qui implique l'inclusion de toutes les parties prenantes dans les actions concernant le bassin* »[1322]. L'intendance de l'eau se fonde sur une vision de l'entreprise en tant qu'acteur s'insérant dans un écosystème particulier et désigne globalement les actions prises par les entreprises en concertation avec l'ensemble des acteurs concernés en vue d'intégrer l'enjeu de gestion durable et de conservation des ressources en eau dans leurs chaines de production[1323]. On peut en définitive la comprendre comme une déclinaison du principe de GIRE, appliquée à l'entreprise. Par ces programmes, l'entreprise s'engage dans des projets visant à améliorer la gestion de l'eau aux niveaux, local, national et transfrontalier. On citera à titre d'exemple le programme de Coca-Cola « *Water Replenishment Goal* » dont l'objectif est de restituer l'intégralité de l'eau utilisée par l'entreprise à son milieu naturel et aux populations, par deux modes d'action : le soutien à des projets locaux de préservation du milieu aquatique et une gestion plus responsable de l'eau durant le processus de production des boissons[1324].

303. La normalisation technique, qui s'intéresse de plus en plus à la performance sociale et environnementale des procédés de production des entreprises, constitue une autre voie de

[1321] Voir par exemple, Pepsico https://www.pepsico.com/sustainability/water (consulté le 15 juin 2021) ; Nestlé https://www.nestle.com/csv/impact/water/policy-stewardship (consulté le 15 juin 202)1 ; Danone, https://www.danone.com/fr/impact/planet/protecting-water-cycles.html (consulté le 15 juin 2021).
[1322] Alliance for Water Stewardship, « The AWS International Water Stewardship Standard », 8 avril 2014; voir aussi WWF, « Water Stewardship. Perspectives on Business Risks and Responses to Water Challenges » 2013.
[1323] WWF, *What is Water Stewardship ?* http://waterriskfilter.panda.org/en/KnowledgeBase#1 (consulté le 15 juin 2021).
[1324] https://www.coca-cola-france.fr/nos-engagements/environnement/eau/comment-coca-cola-restitue-cent-pour-cent-de-l-eau-utilisee-dans-la-fabrication-de-ses-produits (consulté le 15 juin 2021).

responsabilisation[1325]. Par exemple, l'*International Water Stewardship Standard*, norme technique élaborée en 2014 par l'*Alliance for Water Stewardship*[1326], est destinée à encourager des bonnes pratiques en matière de *water stewardship*. De grandes entreprises consommatrices d'eau, telles que Nestlé, y ont adhéré. La norme technique, qui embrasse tant les aspects nationaux que transfrontières de la gouvernance de l'eau, promeut une utilisation durable et responsable de l'eau, le respect de la qualité de l'eau, la prise en compte des droits des communautés locales et de toutes les parties prenantes. Elle repose sur plusieurs indicateurs, notamment des critères de transparence et de mise à disposition des informations relatives aux politiques internes en matière de gestion de l'eau. La conformité avec ces critères autorise alors la certification.

304. La normalisation technique peut prendre la forme de programmes d'éco-étiquetage[1327]. Ces mécanismes prolifèrent, depuis les années 1990, dans les secteurs de l'agriculture biologique, des forêts ou encore des secteurs de l'énergie[1328] et depuis une dizaine d'années dans le champ de la lutte contre les changements climatiques[1329]. L'éco-étiquetage est destiné à informer les consommateurs et les inciter à se tourner vers des produits dont les procédés de production sont respectueux de l'environnement. Le statut de l'éco-étiquetage au regard du droit de l'OMC, et en particulier de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (ci-après, « Accord OTC »)[1330], fait comme nous le verrons l'objet de débats dans la mesure où ces outils, qui visent à influencer le comportement des consommateurs, sont susceptibles d'affecter la relation de concurrence entre produits[1331]. Dans le secteur de l'eau, ces programmes sont plus récents. Ils ont vocation à divulguer soit des informations relatives aux volumes d'eau utilisés

---

[1325] P. PEREIRA DE ANDRADE, *Le développement durable des biocarburants : objet d'un droit transnational*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 238-239.
[1326] L'Alliance for Water Stewardship est une organisation multi-partenariale, réunissant diverses entités, dont des entreprises, des ONGs, le secteur public, et le secteur académique, http://a4ws.org/about/ (consulté le 15 juin 2021).
[1327] On peut largement définir ces programmes comme tout « *signe cherchant à distinguer certains produits par rapport à des produits similaires (pour ce qui est des caractéristiques physiques et de l'utilisation finale) en raison de leur caractère préférable d'un point de vue environnemental* », voir D. BOUGHERARA, G. GROLLEAU, L. THIÉBAUT, « Programmes d'éco-étiquetage et intervention publique », *Économie publique/Public economics*, 2012, vol. 26-27, p. 250.
[1328] Voir par exemple le Fair Trade Label, www.fairtrade.net ; le Marine Stewardship Council Label http://www.msc.org/ ; au niveau régional, voir le label européen Eco label http://ec.europa.eu/environment/ecolabel /; ou aux États-Unis le Energy Star label https://www.euenergystar.org. (Sites consultés le 15 juin 2021).
[1329] Voir par exemple le Carbon Trust Label, http://www.carbontrust.com/home (consulté le 15 juin 2021).
[1330] Accord sur les obstacles techniques au commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1868, p. 141.
[1331] Voir Chapitre VIII, paras. 501 et s.

durant le processus de production, soit la performance hydrique d'un produit[1332]. Les labels renseignant sur l'efficacité hydrique sont courants dans l'industrie des produits électroménagers et de plomberie. Par exemple, le *Water Efficiency Labelling and Standards* (WELS) australien est singulier en ce qu'il s'agit d'un programme d'étiquetage obligatoire émanant de l'autorité publique[1333]. Les produits électroménagers doivent recevoir une certification attestant de leur efficacité, en termes de volumes de consommation d'eau qu'impliquent leur utilisation, pour pouvoir être distribués en Australie[1334]. Une autre catégorie de programme d'étiquetage s'intéresse à l'empreinte hydrique des produits[1335]. Cet indicateur mis au point en 2020 à l'Université de Delft aux Pays-Bas[1336] désigne le volume total d'eau de surface et d'eau souterraine (dite, « eau bleue »), d'eau de pluie (dite, « eau verte ») utilisé durant toutes les étapes de production d'un bien ainsi que les volumes d'eaux usées (dite « eau grise ») déversés dans la nature à la suite du processus de production. L'empreinte hydrique d'un produit vise par conséquent aussi bien l'eau physiquement incorporée au bien que celle qui ne l'est pas[1337]. Il s'agit d'une déclinaison de l'indicateur d'empreinte écologique[1338]. Il est à rapprocher de l'indicateur d'empreinte carbone, largement popularisé ces dernières années, qui désigne le volume total d'émissions carbone résultant de la fabrication, la distribution, le transport, et la vente de produits[1339]. La difficulté pour ce qui est de l'eau est qu'il existe une grande diversité de programmes d'étiquetages s'appuyant sur des méthodologies de calcul variées de l'empreinte hydrique. Par exemple, le label apposé aux produits alimentaires de l'entreprise

---

[1332] E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, « Virtual Water, Water scarcity and international trade law », *JIEL,* 2014, vol. 17, n° 4, pp. 717-737 ; *Review of international water efficiency product labelling,* IWA Efficient Urban Water Management Specialist Group, février 2019, p. 2.

[1333] Il fait l'objet d'une notification au Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC conformément à l'article 10.6 de l'Accord. Voir Comité des obstacles techniques au commerce, G/TBT/N/AUS/68, 23 juin 2011

[1334] Il existe un mécanisme similaire au sein de l'Union européenne : http://www.europeanwaterlabel.eu (consulté le 15 juin 2021)

[1335] A. Y. HOEKSTRA, *The Water Footprint of Modern Consumer Society,* Londres, Routledge, 2013, chapitre 13.

[1336] A. Y. HOEKSTRA, P. Q. HUNG, *op. cit.,* note 119.

[1337] F. TEMMERMAN, *op. cit.,* note 154*,* pp. 179-186.

[1338] D. MEADOWS, D. MEADOWS, J. RANDERS, W. W. BEHRENS III, *The Limits to Growth,* 1972. L'indicateur d'empreinte écologique a commencé à être popularisé à la fin des années 1990, sous l'impulsion d'ONGs comme le WWF et du monde académique (Voir W. E. REES*,* « Ecological Footprints and Appropriated Carrying Capacity. What Urban Economics Leave Out », *Environment and Urbanization*, 1992, vol. 4, n° 2, pp. 121-130). L'indicateur permet d'établir une comparaison entre la demande humaine en ressources naturelles et la capacité de régénération de la terre. L'« *empreinte écologique mesure la quantité de surface terrestre bio productive nécessaire pour produire les biens et services que nous consommons et absorber les déchets que nous produisons* ». (WWF, http://wwf.panda.org/fr/wwf_action_themes/modes_de_vie_durable/empreinte_ecologique/ (consulté le 15 juin 2021). Il s'agit en somme d'évaluer la pression exercée par l'homme sur la nature.

[1339] J. KLOECKNER, « The Power of Eco-Labels: Communicating Climate Change using Carbon Footprint Labels consistent with International Trade Regimes under the WTO », *Climate Law,* 2012, vol. 3, n° 3-4, p. 210. L'indicateur est désormais largement popularisé et utilisé dans le public et les médias mais se heurte à des limites méthodologiques, puisqu'il n'existe pas de lignes directrices scientifiques universelles permettant de définir le concept et posant une méthode de calcul unique.

finlandaise *Raisio* – entreprise pionnière en matière d'hydro-étiquetage – se contente de mentionner la quantité d'eau nécessaire à la production d'une certaine quantité de céréales, sans faire état de considérations relatives au type d'eau (bleu, grise ou verte) mobilisée durant le processus de production[1340]. Le *Water Impact Index*, développé par Veolia, est un indicateur intégrant en plus du volume d'eau utilisé et de sa qualité, une variable portant sur le niveau de stress hydrique du lieu de prélèvement[1341].

305. L'Organisation internationale de normalisation (ISO) se préoccupe depuis peu de l'enjeu d'utilisation rationnelle de l'eau. Elle a édité pour la première fois en 2014 une norme « 14046 : 2014 » intitulée « *management environnemental - empreinte eau - principes, exigences et lignes directrices* ». Elle se base sur la méthode de l'analyse de cycle de vie (ACV) qui prend en compte plusieurs critères de performances environnementales d'un produit, d'un procédé de production ou d'un service[1342]. La norme spécifie les principes, exigences et lignes directrices en matière d'évaluation de l'empreinte eau des produits, des processus et des organisations. Sont par exemple incluses dans l'évaluation les émissions dans l'air et le sol affectant la qualité de l'eau. Il est toutefois indiqué que « *la communication des résultats de l'empreinte eau, par exemple sous la forme d'étiquettes ou de déclarations, n'entre pas dans le domaine d'application de l'ISO 14046 : 2014* ».

306. La responsabilisation des entreprises consommatrices d'eau suppose de celles-ci qu'elles prennent toutes les actions permettant d'intégrer dans leurs chaines de production l'enjeu d'utilisation collective de l'eau. Elles mobilisent à cet égard, des outils de nature éthique et technique. Il reste que l'absence d'obligations internationales pesant sur ces entreprises reste tout à fait problématique en raison de l'impact sociétal considérable de leurs activités.

Conclusion du Chapitre

307. La reconnaissance du droit de l'homme à l'eau représente incontestablement une avancée qui a permis à l'individu de faire son entrée dans la régulation internationale de l'eau,

[1340] Voir www.raisio.com (consulté le 15 juin 2021) ; F. TEMMERMAN, *op. cit.,* note 154, p. 231.
[1341] https://www.veolia.com/fr/wiix-water-impact-index (consulté le 15 juin 2021).
[1342] Cette méthodologie a déjà été utilisée pour la norme ISO 14044 « Management environnemental. Analyse du cycle de vie - Exigences et lignes directrices »

longtemps confinée au cadre interétatique. Cette reconnaissance des valeurs sociale et vitale de l'eau s'est inscrite dans une volonté de contrebalancer sa valorisation économique, comme l'illustre le principe d'accessibilité économique qui joue une fonction de conciliation entre ces diverses valeurs. Mais l'incapacité du droit international des droits de l'homme à encadrer les activités des entités privées représente une limite sérieuse dans le contexte spécifique de l'eau. Les entreprises exploitant l'eau ou ses services ne sont nullement singularisés, en dépit du fort impact sociétal de leurs activités. Le constat est le même dans le champ du droit international de l'environnement. On ne peut, en outre, que constater l'asymétrie entre les obligations techniques et éthiques « *auxquelles elles s'assujettissent dans leur organisation juridique interne* »[1343] et les droits qu'elles « *tirent du droit international économique et qui correspondent à des obligations juridiques pour les États qui accueillent leurs activités* »[1344].

[1343] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1271, pp. 17-18.
[1344] *Ibid*.

CONCLUSION DU TITRE II

308. L'analyse du droit international applicable à l'eau permet de poser un constat, parfaitement formulé par Alain Pellet : il existe « *une multitude de règles applicables à l'eau douce, à son utilisation, à sa protection, à son accès ; mais de « droit international de l'eau » point »*[1345]. En dépit de la singularité de la ressource et des défis urgents suscités par son inégale répartition et sa surexploitation, l'eau ne fait pas l'objet d'un *corpus* de règles cohérent en droit international. En droit des cours d'eau internationaux, l'approche de gestion écosystémique offre de nombreuses potentialités qui pourraient permettre de s'affranchir du prisme de la territorialité. Mais ce paradigme est encore loin d'être dépassé. Les États ne conçoivent pas l'inégalité de la répartition de l'eau et sa conservation au bénéfice des générations futures comme des enjeux impliquant une action commune de leur part. En l'état actuel, le droit international s'avère surtout incapable de répondre à la dimension marchande de la crise de l'eau, en raison de son incapacité à encadrer les activités des entreprises consommatrices d'eau ou exploitant des services publics d'eau, activités par ailleurs protégées ou tout au moins saisies par le droit international économique. Les données du problème apparaissent ainsi plus nettement. Dans l'ordre international, les utilisations marchandes de l'eau jouissent de mécanismes de garantie bien plus puissants et efficaces que ceux protégeant les utilisations non-marchandes. Ainsi, dans ce contexte, la « *prise en compte des différentes valeurs – environnementale, sociale, culturelle, économique (…) – accordées à l'eau reste très déséquilibrée au profit de la dernière, déplaçant l'épicentre des conflits de valeurs sur le couple valeur marchande / valeur non marchande* »[1346].

[1345] A. Pellet, « Conclusions », dans *L'eau en droit international. Colloque d'Orléans, Société française pour le droit international,* Paris, Pedone, 2011, p. 402.
[1346] V. RICHARD, « Eau et enjeux de valeurs. Un état des lieux de la règlementation internationale », dans N. BELAÏDI (dir.), *Eau et sociétés : enjeu de valeurs. Les ambivalences du droit face à la complexité de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 75.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

309. Nous avons fait émerger les traits saillants des divers régimes juridiques encadrant l'utilisation de l'eau. Nous avons également mis en exergue leurs faiblesses représentant, pour l'heure, des obstacles sérieux à l'émergence de réponses juridiques adéquates pour une atténuation de la crise de l'eau. Pour autant, l'encadrement juridique de l'eau et de son utilisation ne cesse d'évoluer et tend à s'adapter aux contraintes conjoncturelles.

310. Dans l'ordre international, l'impératif de protection environnementale de l'eau a impulsé l'émergence de politiques de gestion plus intégrées ainsi que l'infiltration de principes et de règles issus du droit international de l'environnement. Le traitement de l'eau en tant qu'élément de l'environnement à protéger implique de s'attacher à sa réalité physique et naturelle, comme l'illustre l'approche de gestion écosystémique, et entrouvre la possibilité de repenser son encadrement juridique en s'affranchissant du prisme de la territorialité. Au-delà, la préoccupation de l'utilisation collective demeure pour l'heure bornée aux relations entre États riverains. Les États n'appréhendent pas, en dehors des déclarations politiques, les questions de conservation et d'inégale répartition de l'eau comme des enjeux d'intérêt global, impliquant un effort commun de leur part. En d'autres termes, l'eau n'est nullement singularisée dans l'ordre juridique international, et cela n'est pas sans répercussions sur son traitement en tant que bien économique. Le droit international ne fait peser aucune obligation spécifique sur les entreprises exploitant commercialement l'eau ou les services publics de l'eau, en dépit de l'impact sociétal de leurs activités. Ces entreprises pourront par ailleurs bénéficier des règles de l'échange commercial international et de protection des investissements étrangers.

311. C'est en définitive dans le seul droit interne que la finalité de l'utilisation collective de l'eau, amplifiée depuis quatre décennies par l'enjeu de conservation, trouvera à s'exprimer et à inscrire la ressource dans le champ des biens communs. Si l'État tient un rôle de premier plan en tant que garant de l'utilisation collective de l'eau, sa mission délicate impliquant d'encadrer et de limiter l'appropriation privative de l'eau lorsque l'intérêt public l'exige, rencontre une difficulté supplémentaire avec l'exploitation industrielle et commerciale de la ressource et de ses services. Or, ces dimensions marchandes largement ignorées par les branches non

économiques du droit international, font l'objet d'une protection par les règles du droit international économique.

312. Face à ces lacunes du droit international non économique, il devient urgent d'interroger la capacité du droit international économique, en tant que corps de normes structurant les activités économiques internationales, à saisir les valeurs non-marchandes de l'eau portées par la figure de l'État gardien des ressources en eau, et ainsi à saisir l'enjeu de sa gestion collective. L'encadrement par le droit international économique de l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services ainsi que ses effets sur la figure de l'État nécessitent donc d'être analysés. Il s'agira d'examiner le degré d'ouverture du droit international économique aux dimensions non-marchandes de l'eau et d'explorer les ressorts dont il dispose pour contribuer à organiser une utilisation collective de l'eau.

SECONDE PARTIE – L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'EAU ET DE SES SERVICES, OBJET DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

313. L'on a vu que l'eau exploitée commercialement ou industriellement à l'échelle transnationale est l'objet de règles relevant du droit international économique. La reconnaissance de sa valeur économique a sans aucun doute donné « *une légitimité au caractère commercial des activités concernant l'eau* »[1347]. Cela est particulièrement visible dans le secteur des services de distribution d'eau potable et d'assainissement. L'État gardien de la ressource, se retrouve au centre de régimes parallèles créant plusieurs obligations à son égard : d'un côté, les obligations classiques liées à la réalisation de l'accès à l'eau et à la protection environnementale de la ressource, de l'autre celles découlant de ses engagements économiques internationaux. Nous cherchons ainsi à déterminer si l'encadrement de l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services par le droit international économique est dominé par la seule valeur marchande ou si, et dans quelle mesure, un espace est laissé aux valeurs non-marchandes de l'eau. Cette question s'inscrit dans la problématique classique du « *droit de réglementer* » des États, expression consacrée désignant la marge d'autonomie conservée par ceux-ci relativement aux contraintes imposées par les accords économiques internationaux. Cet enjeu revêt dans le domaine de l'eau une importance considérable à raison de la singularité de la ressource et de la crise à laquelle nous sommes confrontés. Or, pour l'heure, les objectifs légitimes non commerciaux des États sont avant tout appréhendés en tant que restrictions, le droit international économique reléguant ainsi ces valeurs non-marchandes au second plan. Nous analysons la manière dont, d'une part, les valeurs non-marchandes de l'eau résistent au droit international économique et, d'autre part, comment ses règles pourraient être interprétées et mobilisées en vue de protéger ces valeurs. Nous l'envisageons tant dans le cadre de l'exploitation des services publics de l'eau (*titre III)* que celle de la ressource en eau elle-même (*titre IV).*

[1347] J. DUPONT-RACHIELE, D. PREVOST, S. RAYMOND, *op. cit.,* note 687, p. 45.

TITRE III – L'ENCADREMENT DE L'EXPLOITATION DES SERVICES PUBLICS DE L'EAU PAR LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

314. Dans le secteur des services publics de distribution d'eau potable et d'assainissement, la mise en œuvre de politiques de gestion intégrant des considérations d'efficacité économique a donné lieu à un ajustement du rôle de l'État au profit d'une plus grande participation du secteur privé. Une collectivité publique qui opte pour ce modèle de gestion cherche avant tout à pallier son manque de technologies, d'expérience et de ressources économiques. Dans ce contexte, ces services publics sont appréhendés, comme nous l'avons vu, en tant que services marchands relevant des règles du droit international du commerce de services ou du régime protecteur du droit international des investissements. L'État délégataire se retrouve ainsi au centre d'obligations semblant *a priori* contradictoires et rendant, à coup sûr, sa mission plus complexe : s'acquitter de celles auxquelles il est tenu en matière de protection des utilisations prioritaires mais aussi de celles découlant des engagements souscrits en matière commerciale ou de protection des investissements étrangers. Les accords économiques internationaux perturbent ainsi la figure de l'État régulateur des services publics de l'eau, l'exercice de ses prérogatives étant pour l'heure principalement apprécié à la lumière de considérations et d'objectifs commerciaux et économiques (*chapitre V*). Pour autant, le droit international économique n'est pas hermétique à toute considération non marchande. En atteste l'évolution tendant à laisser un espace plus large aux objectifs légitimes des États dans le champ conventionnel. En matière de services publics de l'eau, la singularité des investissements réalisés dans ce secteur a pu être reconnue, entraînant un nécessaire infléchissement dans l'interprétation des droits des investisseurs et plus largement la recherche d'une meilleure répartition des obligations entre les parties impliquées dans le processus de délégation de service public (*chapitre VI*).

CHAPITRE V – LA RÉGLEMENTATION DES PRÉROGATIVES DE L'ÉTAT RÉGULATEUR DE SERVICES PUBLICS D'EAU

315. Les services de distribution d'eau potable et d'assainissement ne sont pas exclus du champ du commerce international de services et ne font pas davantage l'objet d'un traitement spécifique. Il y a une intention claire des États de garder la main sur leur organisation en les maintenant hors du champ de la libéralisation. Pour l'heure, ils ont globalement préservé ces services des interférences des disciplines du commerce international en souscrivant des limitations et réserves dans le cadre de leurs accords commerciaux. Les multinationales présentes sur ces marchés, auxquels elles ont accédé par le biais de partenariats public-privé, opèrent, pour leur part, en dehors du cadre de la libéralisation du commerce international des services. Il n'est ainsi pas aisé de déterminer *a priori* l'ampleur des interférences des disciplines du droit international du commerce sur la marge de manœuvre de l'État régulateur des services publics d'eau, lesquelles ne sont envisageables que si des engagements ont été souscrits dans le secteur. Il est en tout cas certain que la logique du droit des échanges donne primauté à la liberté du commerce. La réglementation des services publics représente certes un objectif légitime, mais le droit des États de réglementer à cette fin n'est pas exercé de manière indépendante dans la mesure où il est évalué au regard de ses effets sur les échanges commerciaux (*section I)*. Le droit des investissements étrangers, qui vient à s'appliquer pour protéger les droits et les intérêts d'investisseurs gestionnaires de services publics d'eau, contient une riche « jurisprudence » arbitrale en la matière. Il en ressort que la réglementation des services publics d'eau n'y est pas davantage évaluée de manière indépendante mais en relation avec ses effets sur les droits des investisseurs (*section II*).

Section I. L'État régulateur des services publics d'eau, une figure contrainte par la prévalence de la liberté du commerce

316. Si le droit de l'État de réglementer les services publics de l'eau peut être pris en compte en tant qu'objectif légitime (I), ce droit ne peut, au regard de la logique du droit de l'OMC et à la lumière des enseignements que l'on peut tirer de la jurisprudence des organes de règlement des différends en matière de commerce de marchandises, être exercé de manière entièrement

autonome. En effet, le droit de réglementer est apprécié au regard de ses effets sur les échanges commerciaux (II).

I. La réglementation des services publics d'eau en tant qu'objectif légitime de l'État

317. L'analyse de la jurisprudence montre que les organes de règlement des différends font preuve de déférence à l'égard des objectifs légitimes poursuivis par les États membres. On peut penser que c'est l'approche qui sera retenue dans le cadre des futures disciplines sur la réglementation intérieure (A) et dans l'interprétation des exceptions générales de l'AGCS (B), voies par lesquelles le droit légitime des États de réglementer les services publics pourrait être pris en compte.

A. La réglementation des services publics en tant que réglementation intérieure

318. Le principe de libéralisation progressive, pilier du régime commercial multilatéral, irrigue les règles de l'AGCS et se reflète dans sa structure[1348]. La logique sous-tendant l'Accord repose sur la recherche d'un équilibre entre l'objectif d'élimination des mesures affectant le commerce international de services, d'une part, et le droit légitime des États de réglementer leurs secteurs de services, d'autre part, le secteur tertiaire étant « *l'un des domaines d'intervention privilégiés des États* »[1349]. Le préambule de l'Accord reconnaît ainsi « *le droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations… afin de répondre à des objectifs de politique nationale* »[1350]. Toujours est-il que ce droit de réglementer *« prend fin chaque fois que les droits d'autres Membres au titre de l'AGCS sont compromis* »[1351].

[1348] Cela se manifeste en premier lieu à travers la souplesse du mode de libéralisation à liste positive. Voir Chapitre II, para. 192.
[1349] D. CARREAU, L. DUBIN, *op. cit.,* note 801, para. 11. Voir aussi M. MASHAYEKHI, E. TUERK, « GATS Negotiations on Domestic Regulation. A Developing Country Perspective », dans K. ALEXANDER, M. T. ANDENAES (dir.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 265-317 ; M. KRAJEWSKI, « Domestic Regulation and Service Trade. Lessons from Regional and Bilateral Free Trade Agreements », dans P. SAUVÉ, M. ROY, *Research Handbook. Trade in Services,* Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016, pp. 216-242.
[1350] Rappelons que les organes de règlement des différends confèrent aux préambules un poids important dans l'interprétation des buts des Accords de l'OMC. Voir à cet égard, *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 661.
[1351] *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial, *op. cit.,* note 165, para. 6.316.

319. L'article VI de l'AGCS, applicable aux secteurs faisant l'objet d'engagements spécifiques, est dédié à la réglementation intérieure. Sa portée est particulièrement large, dans la mesure où sous l'expression « *réglementation intérieure* » sont visées toutes les « *mesures d'application générale affectant le commerce de services* »[1352]. La disposition embrasse par conséquent un vaste éventail de mesures, y compris celles destinées à encadrer la fourniture des services publics de l'eau.

320. L'article VI s'articule autour de deux catégories d'obligations, les unes de nature procédurale, les autres, substantielle. La première catégorie impose aux États d'administrer leurs mesures « *de manière raisonnable, objective et impartiale* »[1353], de prévoir des recours juridictionnels appropriés[1354] et de faire en sorte que les autorisations nécessaires à la fourniture de certains services soient délivrées dans des délais raisonnables[1355]. La seconde catégorie d'obligations va plus loin. Il est ainsi donné habilitation au Conseil du commerce des services, aux termes de l'article VI :4, d'élaborer des disciplines sur la réglementation intérieure. Ces futures disciplines devront permettre « *de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services* »[1356]. Il ressort de cette disposition une volonté affichée d'engager un processus d'harmonisation, démarche à l'égard de laquelle les pays en développement n'ont pas manqué d'exprimer leurs inquiétudes. Dans le cadre des travaux du Groupe de travail de la réglementation intérieure, ces derniers ont constamment insisté sur la nécessité de prendre en compte les difficultés rencontrées par leurs fournisseurs de services lorsqu'il s'agit de se conformer à des prescriptions en matière de licences et de qualifications ou à des normes techniques émanant d'autres États membres. La dernière mouture du projet de lignes directrices en date de 2009 laisse croire que leurs revendications ont été entendues[1357]. Les réserves à

[1352] AGCS, *op. cit.,* note 147, article VI :1.
[1353] *Ibid*.
[1354] *Ibid.*, article VI :2.
[1355] *Ibid.*, article VI :3.
[1356] *Ibid.*, article VI :4.
[1357] *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI : 4 de l'AGCS*, note informelle du Président, 20 mars 2009. Le projet de discipline est inséré dans le document du Groupe de travail de la réglementation intérieure, *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI :4 de l'AGCS,* rapport de situation du Président, S/WPDR/W/45, 14 avril 2011. Voir para. 4 : « *Les Membres reconnaissent les difficultés que les fournisseurs de services, en particulier ceux des pays en développement Membres, peuvent rencontrer pour ce qui est de se conformer aux mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de licences, les prescriptions et procédures en matière de qualifications et les normes techniques d'autres Membres* ». Voir aussi dans le même sens, Groupe de travail de la réglementation intérieure, Rapport de la réunion du 1er avril 2009, note du Secrétariat, 12 mai 2009, para. 23. Les pays les moins avancés (PMA) ont, pour les mêmes raisons, formulé le souhait d'être exemptés de toute future discipline (voir, para. 12).

l'égard de cette démarche d'harmonisation sont loin d'être spécifiques aux pays en développement. L'on observe que, dans le cadre de leurs relations préférentielles, plusieurs États font le choix de se concentrer exclusivement sur les aspects procéduraux de la réglementation intérieure[1358]. Cela témoigne de leur scepticisme à l'égard d'une approche de libéralisation reposant sur l'imposition de standards généraux restreignant leur autonomie en matière de politiques d'intérêt public, mouvement de défiance qui affecte également, comme nous le verrons, la branche du droit international économique relative à la protection des investissements. Ainsi, l'AECG comporte un article 12.3 aux termes duquel :

> « *Chaque Partie fait en sorte que les prescriptions relatives à l'octroi de licences, les prescriptions relatives aux qualifications, les procédures en matière d'octroi de licences ou les procédures en matière de qualifications qu'elle adopte ou maintient reposent sur des critères qui empêchent l'autorité compétente d'exercer son pouvoir d'appréciation de manière arbitraire* »[1359].

Les parties ont surtout pris le soin de sortir du champ d'application de ces dispositions les services de captage, d'épuration et de distribution d'eau[1360]. Rien de tel dans le cadre de l'AGCS : les négociateurs de l'Accord n'ont pas souhaité sanctuariser la réglementation de ces services publics, en les excluant du champ de l'article VI.

321. Le champ des objectifs légitimes admis dans les futures disciplines sur la réglementation intérieure peut donner matière à débat. Aux termes de l'AGCS, ces disciplines devront faire en sorte que les prescriptions étatiques ne « *soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service* »[1361]. À notre sens, les normes de potabilité de l'eau ou encore celles relatives à la pression et au débit en sortie de robinets n'auraient aucun mal à être reconnues comme s'inscrivant dans cet objectif de qualité du service. On peut en revanche s'interroger sur le traitement qui serait réservé aux mesures destinées à assurer l'accessibilité économique des services de distribution d'eau potable et d'assainissement, étant donné qu'elles poursuivent *prima facie* une finalité de justice sociale. Autrement dit, il s'agit de savoir si les objectifs légitimes admis couvrent uniquement les considérations tenant aux « *qualités 'intrinsèques' du service, à savoir, par exemple, le respect de conditions de sécurité ou*

[1358] F. ORTINO, E. LYDGATE, « Addressing Domestic Regulation Affecting Trade in Services in CETA, CPTPP and USMCA. Revolution or Timid Steps? », *JWIT,* 2019, vol. 20, n° 5, pp. 680-704 ; G. GARI, « Recent Preferential Trade Agreements' Disciplines for Tackling Regulatory Divergence in Services. How Far beyond GATS? », *WTR,* 2010, vol. 19, n° 1, pp. 1-29.
[1359] Accord économique et commercial global, *op. cit.,* note 649, article 12. 3.
[1360] *Ibid.*, article 12.2.2 (b).
[1361] AGCS, *op. cit.,* note 147, article VI : 4 b).

d'hygiène ou d'aptitude du fournisseur du service »[1362] ou incluent « *des critères (...) tels que sa fourniture à des prix raisonnables ou sa disponibilité pour tous* »[1363]. On trouve sur ce point des éléments de réponse dans le corps de l'article VI :4 de l'AGCS : il est en effet précisé que les disciplines viseront à faire en sorte « *entre autres choses »* que les prescriptions ne « *soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service* ». L'expression « *entre autres* » montre que les objectifs listés ne le sont qu'à titre indicatif. Par conséquent, même entendu strictement, l'objectif de qualité du service ne représenterait qu'un but parmi d'autres[1364]. Les États membres penchent globalement en faveur d'une lecture ouverte, conscients que bien qu'il soit souhaitable d'établir une liste d'objectifs légitimes*,* « *il serait irréaliste d'essayer de la rendre exhaustive* », ces objectifs pouvant varier selon les États membres[1365]. Le projet de lignes directrices de mars 2009 se réfère globalement au « *droit de réglementer la fourniture de services (...) afin de répondre à des objectifs de politique nationale* »[1366]. Le projet prend surtout le parti de reconnaître et singulariser la réglementation des services publics en énonçant explicitement le droit des États « *d'introduire ou de maintenir des réglementations pour assurer la fourniture d'un service universel, d'une manière compatible avec leurs obligations et engagements au titre de l'AGCS* »[1367]. La référence au concept de service universel règlerait la question du statut des mesures relatives à l'accessibilité économique des services ; comme nous l'avons vu, la plupart des systèmes juridiques nationaux intègrent ces mesures d'équité aux obligations spécifiques incombant aux fournisseurs de services publics[1368]. On ignore à ce stade la formule qui sera retenue, certains États ayant exprimé, durant la phase de consultations, leur souhait de supprimer cette référence, d'autres de la conserver ou de la déplacer dans un chapitre introductif[1369]. Des débats similaires ont

---

[1362] D. LUFF, *op. cit.,* note 667, p. 627.
[1363] *Ibid.*
[1364] Dans le cadre des lignes directrices relatives aux services comptables, adoptées en 1998 par le Groupe de travail sur les services professionnels, les États sont ainsi appelés à faire plus globalement en sorte que leurs prescriptions en matière de licences, de normes techniques et de qualifications ne soient pas plus restrictives que nécessaire pour la réalisation d'objectifs légitimes incluant « *entre autres, la protection des consommateurs – y compris tous les utilisateurs de services comptables et le public en général –, la qualité du service, la compétence professionnelle et l'intégrité de la profession* » (Conseil du commerce des services, *Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables,* S/L/64, 17 décembre 1998*,* para. 2).
[1365] Groupe de travail de la réglementation intérieure, rapport de la réunion tenue le 14 juillet 1999, S/WPDR/M/2, 2 septembre 1999, para 3. Certains États ont plaidé pour « *l'établissement d'une liste concise, non limitative et indicative, d'objectifs légitimes* » tout en insistant sur le fait que « *la définition des objectifs légitimes incombait uniquement aux gouvernements Membres* ». Voir aussi, Groupe de travail de la réglementation intérieure, Rapport de la réunion tenue le 2 octobre 2000, S/WPDR/M/8, 17 novembre 2000.
[1366] *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI :4 de l'AGCS*, *op. cit.,* note 1357, para. 3.
[1367] *Ibid.*, para. 12.
[1368] Voir Chapitre I, para. 147.
[1369] Groupe de travail de la réglementation intérieure, *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI : 4 de l'AGCS, op. cit.,* note 1357.

occupé les États négociant le TISA. Ces derniers ont formulé le souhait d'intégrer dans des dispositions générales une référence au droit de réglementer et au droit légitime d'introduire de nouvelles réglementations en vue de satisfaire des objectifs de politique publique. Une proposition de la Turquie qui a fuité sur le site *Wikileaks* fait spécifiquement référence au droit des États de « *réglementer afin d'assurer la fourniture du service universel* »[1370].

322. Même dans l'hypothèse où il serait décidé de circonscrire le champ des objectifs légitimes à des considérations tenant à la « *qualité du service* », les organes de règlement des différends pourraient en dernier ressort faire le choix d'en retenir une approche suffisamment large permettant d'intégrer des enjeux d'équité sociale. Ils font preuve d'une certaine déférence à l'égard des objectifs de politique nationale poursuivis par les États. La riche jurisprudence relative aux exceptions générales du GATT, dont les apports peuvent être transposés aux exceptions générales de l'AGCS, le montre bien.

B. La réglementation des services publics en tant qu'objectif légitime dans le contexte des exceptions générales

323. Aux origines, la prise en compte des valeurs non commerciales a été opérée au sein du système commercial multilatéral par la voie des exceptions générales, les négociateurs de la Charte de la Havane et du GATT ayant jugé indispensable d'autoriser les États parties à s'écarter de leurs obligations dans certaines circonstances[1371]. Les clauses d'exceptions générales reconnaissent le droit des États de faire primer certaines valeurs non marchandes sur leurs obligations commerciales. Leur interprétation invite ainsi « *le juge à porter un regard sur (…) des considérations non commerciales faisant l'objet de législations nationales ou de traités internationaux* »[1372]. L'absence d'exception spécifiquement dédiée à la réglementation des services publics dans l'AGCS peut surprendre. Il s'agit à notre sens, d'une autre manifestation de la conception particulièrement restrictive des services publics que l'on trouve dans l'Accord, qui se borne à exclure de son champ uniquement ceux qui participent des fonctions régaliennes.

[1370] TISA, Annex on Domestic Regulation, 20 février 2014, https://wikileaks.org/tisa/domestic/TiSA%20Annex%20on%20Domestic%20Regulation.pdf (consulté le 12 février 2021).

[1371] *Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II, Draft Report on the Technical Sub-Committee,* UN ESCOR, E/OC/T/C.II/54, p. 32 (1946). Ce document est cité dans S. CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *Journal of International Law,* 1998, vol. 38, n° 4, p. 704.

[1372] V. GUÈVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC,* Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 83.

Bien sûr, pour ce qui est des services publics d'eau, un certain nombre d'objectifs légitimes listés par la clause d'exception de l'article XIV de l'AGCS peuvent être mobilisés pour justifier des mesures visant à garantir l'approvisionnement en eau des populations. Il en est ainsi du paragraphe (a) de l'article XIV qui porte sur « *la protection de la moralité publique et le maintien de l'ordre public* », et de son paragraphe (b) visant les mesures destinées « *à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* ». Ces dispositions répliquent plus ou moins le contenu des paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT, dont les exceptions sont qualifiées de coutumières[1373].

324. Les exceptions de l'article XIV de l'AGCS ont très peu été interprétées par les organes de règlement des différends de l'OMC, tandis que celles de l'article XX du GATT font l'objet d'une jurisprudence abondante. L'interprétation des deux textes se base sur une méthodologie identique. L'ordre d'examen sur lequel repose l'analyse de la validité de mesures au titre des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS est loin d'être « *fortuit ou aléatoire* »[1374] : il reflète « *la structure et la logique fondamentales* » de ces Accords[1375]. Il faut en premier lieu déterminer si la mesure tombe dans le champ d'un des objectifs légitimes admis. Ensuite, une analyse de la nécessité de la mesure au regard de l'objectif doit être menée[1376]. Enfin, les mesures doivent être examinées au regard des conditions des chapeaux introductifs des articles XX GATT et XIV AGCS qui exigent que les « *mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* ». Pour ce qui est de la première étape, qui nous intéresse ici, l'examen de la jurisprudence relative à l'article XX du GATT révèle que les organes de règlement des différends de l'OMC ont toujours fait preuve de tolérance à l'égard des objectifs poursuivis par les États membres. Le critère d'examen retenu dans l'analyse des objectifs légitimes s'avère central en ce qu'il traduit la latitude laissée aux États en matière de politiques d'intérêt public. Il illustre *« la distribution*

[1373] Voir sur ce point D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.,* note 140, p. 230.

[1374] *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale*, WT/DS/477/AB/R, WT/DS/478/AB/R, rapports de l'Organe d'appel, 22 novembre 2017, paras 5.97-5.99. L'Organe d'appel a toutefois reconnu que dans certaines circonstances, le fait de ne pas respecter cet ordre n'équivalait pas à une erreur de droit (paras. 5.100-5.103).

[1375] *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 661, paras. 119-120, 149.

[1376] Le lien de causalité requis entre la mesure et l'objectif légitime poursuivi peut être plus ou moins strict. Les paragraphes (b) et (d) de l'article XX du GATT ainsi que les paragraphes (a) et (b) de l'article XIV de l'AGCS visent des mesures « *nécessaires à* », tandis que les paragraphes (c) et (g) évoquent des mesures « *se rapportant à* ».

horizontale des compétences entre États et juridictions internationales »[1377]. Un contrôle trop intrusif « *contribuer[ait] à une certaine hiérarchisation des valeurs »*[1378] et consacrerait, d'emblée, la prévalence des intérêts commerciaux des États membres de l'OMC.

325. Il ne fait guère de doute que des mesures prises en vue d'assurer la qualité et la disponibilité de l'eau tomberaient dans le champ des objectifs légitimes de l'article XIV (b) ciblant les mesures « *nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* ». Les normes de qualité de l'eau potable poursuivent une finalité de santé publique[1379]. Cela est peut-être moins évident pour ce qui est des mesures destinées à assurer l'accessibilité économique des services d'eau, étant donné qu'elles s'inscrivent en premier lieu dans un objectif de justice sociale. Mais il s'agit bien, *in fine,* de garantir aux personnes les plus vulnérables d'avoir accès, quelle que soit leur situation économique, à une eau de qualité en quantité suffisante. L'analyse de la jurisprudence de l'article XX du GATT montre que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel observent un haut niveau de déférence à l'égard des mesures de protection de santé publique, la doctrine ayant pu y voir une illustration du statut spécifique de la santé publique en droit international économique[1380]. L'Organe d'appel affirme de manière constante le droit de chaque État membre de déterminer le niveau de protection de santé qu'il considère comme étant approprié dans une

[1377] C. HENCKELS, « Balancing Investment Protection and the Public Interest. The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlemen*t, 2013, vol. 4, n° 1, p.199. Voir également C. HENCKELS, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate. Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », *JIEL*, 2012, vol. 15, n° 1, pp. 205-206.

[1378] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 241.

[1379] Voir Chapitre I, paras. 70, 138.

[1380] Voir sur cette question C. JOURDAIN-FORTIER, *op. cit.,* note 500, pp. 447-448 ; M. G. BLOCHE, « WTO Deference to National Health Policy. Toward an Interpretive Principle », *JIEL,* 2002, vol. 5, n° 4, p. 825 ; T. VOON, A. MITCHELL, « Community Interests and the Right to Health in Trade and Investment Law », dans E. BENVENISTI, G. NOLTE, K. YALIN-MOR (dir.), *Community Interests Across International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 249-278. Dans son rapport *Communautés européennes – Amiante*, en particulier, l'Organe d'appel a jugé que les mesures prises au titre de l'article XX (b) du GATT ne devaient pas nécessairement reposer sur une opinion scientifique majoritaire, ce qui, pour le Canada, était une interprétation erronée de l'article 11 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, exigeant des Groupes spéciaux une « *évaluation objective* » (*Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenan*t, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R,12 mars 2001, para. 155). Sur le principe de précaution, voir *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* rapports du Groupe spécial, WT/DS291-293/R, 7 février 2006. Dans ce différend, le Groupe spécial a admis que le principe de précaution était, au sens de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités une règle de droit international devant être prise en compte. Voir L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. MALJEAN-DUBOIS, « Les principes du droit international de l'environnement », *Juris Classeur Environnement et développement durable,* septembre 2010 ; voir aussi Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », dans D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VIÑUALES, (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2014, pp. 929-948.

situation donnée[1381]. Le Groupe spécial du différend *États-Unis – Jeux* a souligné que ce principe s'appliquait également aux mesures prises au titre de l'article XIV de l'AGCS[1382]. En ce qui concerne les mesures d'accessibilité économique, l'on verra que c'est au stade de l'examen de leur nécessité *stricto sensu* que leur justification est susceptible d'échouer[1383].

326. L'article XIV (a) de l'AGCS embrasse un champ d'intérêts légitimes plus large que l'article XX (a) du GATT auquel il fait écho, puisqu'il intègre en plus de la protection de la moralité publique, l'ordre public. Une note de bas de page précise que l'exception concernant l'ordre public « *ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société* »[1384]. L'exception a été soulevée pour la première fois dans le différend *États-Unis – Jeux* dans lequel était en cause une mesure américaine prohibant les services de paris en ligne de Antigua-et-Barbuda que les États-Unis justifiaient pour des impératifs de moralité publique et d'ordre public. Nous y reviendrons, cette mesure a été jugée non nécessaire et constitutive d'une violation du chapeau introductif de l'article XIV de l'AGCS[1385]. Ce qui nous intéresse d'abord ici, c'est que le Groupe spécial a confirmé que l'interprétation de ces notions dépendait des valeurs nationales : l'exception relative à la protection de l'ordre public doit s'entendre comme désignant la préservation des intérêts fondamentaux d'une société *« tels qu'ils sont reflétés dans l'intérêt et le droit publics »*[1386]. Il a ajouté que *« ces intérêts fondamentaux [pouvaient] se rapporter, entre autres, aux normes de droit, de sécurité et de moralité »*[1387] et qu'ils étaient susceptibles de « *varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes* »[1388]. Il ne pouvait dès lors qu'afficher une posture déférente à l'égard des objectifs poursuivis par les États-Unis, les États membres devant pouvoir bénéficier d'une « *certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de "moralité publique" et "d'ordre public" sur leurs territoires respectifs, selon*

[1381] *Communautés européennes – Amiante*, *ibid.*, para. 168. Voir aussi *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport du Groupe spécial, WT/DS2/R, 29 janvier 1996, et rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667.
[1382] Le Groupe spécial a jugé que « *bien que ces déclarations de l'Organe d'appel aient été faites dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994 … elles sont également valables pour ce qui est de la protection de la moralité publique et de l'ordre public au titre de l'article XIV de l'AGCS* ». *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial, *op. cit.,* note 165, para. 6.461.
[1383] Voir infra, para 315.
[1384] AGCS, *op. cit.,* note 147, article XIV (a), note de bas de page n° 5.
[1385] Voir infra, para. 335.
[1386] *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial, *op. cit.,* note 165, para. 6.467.
[1387] *Ibid.*
[1388] *Ibid.*, para. 6.461.

leurs propres systèmes et échelles de valeurs »[1389]. Ces constatations n'ont pas été remises en cause par l'Organe d'appel[1390].

327. Il reste que, comme le relève Véronique Guèvremont, « *la déférence exercée par le juge à l'égard de l'identification de l'objectif de politique nationale ne saurait néanmoins occulter le critère d'examen appliqué aux autres étapes de l'évaluation des mesures visées par les exceptions générales* »[1391]. On vise ici l'analyse de la nécessité et l'examen des conditions du chapeau des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. La première analyse ouvre la porte à un jugement subjectif de nature à diminuer sa prévisibilité. Quant aux exigences du chapeau, leur interprétation a souvent conduit les organes de règlement à refuser à l'État la possibilité d'exciper utilement des exceptions générales pour justifier ses réglementations, fussent-elles portées par des objectifs légitimes.

II. La légalité de la réglementation des services publics d'eau avec le droit de l'OMC évaluée au regard de ses effets sur les échanges commerciaux

328. À l'examen de la jurisprudence des organes de règlement des différends, il apparaît à l'évidence que le régime des exceptions générales ne permettrait pas aux États de justifier tout type de mesures nécessaires à la réalisation de missions de service public. La mise en œuvre du test de nécessité contrarie en effet fortement la marge de manœuvre de l'État régulateur des services d'eau (A). L'obligation de réglementer mise à sa charge par le droit international des droits de l'homme n'aurait par ailleurs que peu de poids dans la justification de mesures prises à ce titre (B).

A. Les interférences du test de nécessité sur le droit des États de réglementer en toute autonomie les services d'eau

329. Dans le contexte de l'élaboration des disciplines sur la réglementation intérieure, c'est précisément sur la portée du test de nécessité que les négociations du Groupe de travail se sont

[1389] *Ibid.*
[1390] *Ibid.*, para. 299.
[1391] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 244.

enrayées[1392]. La formulation retenue dans le projet de 2009 s'écarte de celle de l'article VI :4 (b) de l'AGCS évoquant des prescriptions ne devant pas être « *plus rigoureuses qu'il est nécessaire* ». Le projet précise que les disciplines auront pour objet de faire en sorte que les prescriptions « *ne constituent pas des restrictions déguisées au commerce des services* »[1393]. Cette formulation est plus souple que celle proposée par certains États comme l'Australie, promouvant le recours à un test basé sur l'existence de *« mesures alternatives moins restrictives pour le commerce »*[1394].

330. Dans le contexte des exceptions générales, les paragraphes (a) et (b) de l'article XIV de l'AGCS, tout comme les paragraphes (a) (b) et (d) de l'article XX du GATT, exigent une relation de nécessité entre la mesure étatique et l'objectif légitime que celle-ci cherche à protéger[1395]. L'interprétation de ce lien est au cœur d'une jurisprudence abondante dans le champ du commerce de marchandises. Il ressort de l'analyse de cette matière jurisprudentielle que l'examen de ce lien conduit à une grande subjectivité diminuant la prévisibilité du test auquel sont soumises les mesures nationales[1396].

331. Le critère de « nécessité » d'une mesure a d'abord été interprété strictement, comme exigeant l'absence de mesures alternatives moins restrictives pour les échanges commerciaux. Ce test a vocation à déterminer si l'objectif légitime peut être satisfait en employant une mesure alternative tout aussi efficace mais moins restrictive pour le commerce international[1397]. Le critère revient en définitive à apprécier la nécessité de mesures d'intérêt public en s'attachant exclusivement à des considérations tenant à leur efficacité économique. Or, il n'est évidemment pas certain que des mesures alternatives plus favorables aux échanges commerciaux soient les plus à mêmes de protéger et satisfaire des objectifs sociaux ou environnementaux. Le différend

---

[1392] Groupe de travail de la réglementation intérieure, *Les critères de nécessité à l'OMC*, note du Secrétariat, S/WPDR/W/27, 2 décembre 2003, para. 8.
[1393] *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI : 4 de l'AGCS*, *op. cit.,* note 1357, para. 2.
[1394] Groupe de travail de la réglementation intérieure, Communication de l'Australie, S/WPDR/W/8, 15 septembre 2000, para. 4. Le recours à l'expression « *restrictions déguisées* » apparaît donc comme un compromis, mais cette approche est pour l'heure loin de faire consensus entre les membres en raison de son caractère ambigu et peu clair. Voir *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article VI : 4 de l'AGCS*, *op. cit.,* note 1357, para. 9.
[1395] Le lien exigé par l'article XX (g) du GATT est plus souple. Il ne prescrit pas un test de nécessité, mais uniquement que la mesure contestée se rapporte principalement à la conservation des ressources naturelles épuisables. Voir infra, Chapitre VII, paras 483-485 ; Chapitre VIII, paras 520-521.
[1396] R. HARRIS, G. MOON, « GATT Article XX and Human Rights. What Do We Know from the First Twenty Years », *Melbourne Journal of International Law*, 2015, vol. 16, n° 1, p. 25.
[1397] Voir *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*, rapport du Groupe spécial, (L/6439 - 36S/386), 7 novembre 1989, para. 5.26 ; *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, para. 171.

Thaïlande – Cigarettes l'a bien montré. La Thaïlande justifiait au titre de l'article XX (b) du GATT l'imposition d'une taxe discriminatoire visant les producteurs américains de tabac utilisant dans leurs procédés de production des additifs plus nocifs pour la santé que ceux utilisés par les producteurs thaïlandais. Le Groupe spécial a jugé que la Thaïlande aurait pu remplir ses objectifs de santé publique en imposant une taxe non discriminatoire visant aussi bien les producteurs domestiques qu'étrangers[1398]. Apparaît ici l'importance pour les États de définir clairement le niveau de protection qu'ils souhaitent atteindre. On citera à cet égard le rapport *Communautés européennes – Amiante*, dans lequel l'Organe d'appel, constatant que la France avait opté pour une politique de neutralisation de tout risque lié à l'amiante, avait jugé que ce niveau de protection de la santé publique « *excluait toute alternative à une interdiction pure et simple* »[1399].

332. En matière de réglementation des services d'eau, des différences sont susceptibles d'émerger dans la recherche de mesures alternatives moins restrictives, selon que les mesures visent à assurer soit la disponibilité et la qualité de l'eau, soit son accessibilité économique. Comme nous l'avons déjà exprimé, la première catégorie de mesures s'insère de manière évidente dans un objectif de santé publique et de protection environnementale. En ce sens, il pourrait s'avérer difficile de trouver des mesures alternatives à des mesures renforçant les normes de qualité de l'eau dès lors que l'État souhaite atteindre un haut niveau de protection de santé publique. En revanche, la seconde catégorie de mesures cherche à répondre à un enjeu d'équité sociale et il apparaît moins aisé de les rattacher à un objectif immédiat de protection de la santé publique. Les États disposent par ailleurs, comme nous l'avons vu, d'une large palette de solutions pour assurer l'accessibilité économique des services d'eau[1400]. Ils peuvent par exemple opter pour des subventions au bénéfice des opérateurs ou à la gratuité du service pour les ménages les plus pauvres. Le recours à un mécanisme ou à un autre dépend évidemment de considérations économiques et sociales propres à chaque pays. Le caractère intrusif du test des mesures alternatives disponibles apparaît dès lors très nettement. Les choix de politiques sociales des États font l'objet d'un examen s'appuyant exclusivement sur des critères d'efficacité économique. La mise en œuvre de ce test pourrait faire échec à toute justification de mesures poursuivant cette finalité.

[1398] *Thaïlande – Restrictions sur l'importation de cigarettes*, 7 novembre 1990, GATT BISD, DS10/R - 37S/200, paras. 75, 81
[1399] *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, paras. 173-174.
[1400] Voir Chapitre I, para. 147.

333. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont progressivement affiné et complété le critère des mesures alternatives afin de mieux concilier principes fondamentaux du GATT et objectifs légitimes des États. Ainsi, ce qui est « nécessaire » ne doit pas être compris comme étant limité à ce qui est indispensable ou d'une absolue nécessité[1401]. Une contribution significative à la réalisation de l'objectif invoqué est suffisante[1402]. Les organes de règlement ont intégré à leur analyse des considérations tenant à la proportionnalité de la mesure, impliquant de :

> « *soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégées par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations* »[1403].

La détermination de la nécessité est modulée en fonction de l'importance des valeurs et des intérêts protégés. Dans cette optique, les organes de règlement de l'OMC sont logiquement plus enclins à accepter la nécessité de mesures destinées à protéger des valeurs communes d'une haute importance[1404]. Cela a un intérêt dans le contexte où un État chercherait à justifier des mesures prises en vue de se conformer au droit international des droits de l'homme, et au droit de l'homme à l'eau en particulier, en raison de l'importance de ces valeurs communes. La proportionnalité permet en outre de s'attacher à la faisabilité du recours à une autre mesure. Dans le différend *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a refusé de valider la disponibilité de mesures alternatives de « *nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles* »[1405]. Ce critère de faisabilité est crucial dans le contexte de mesures prises en vue de réaliser le droit de l'homme à l'eau. En effet, le principe de réalisation progressive dans la limite des ressources

---

[1401] Voir *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche*, rapports de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 décembre 2000, para. 164.
[1402] *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 77, paras. 141, 161, 150 et 210. Ce critère a été développé dans la jurisprudence ultérieure. Voir par exemple, dans le contexte de l'article XX (a), *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières,* rapports du Groupe spécial, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 juillet 2011, paras 7.518-7.617.
[1403] *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche*, *op. cit.,* note 1401, para. 164. Voir H. RUIZ-FABRI, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *JDI,* 2001, vol. 128, n° 3, p. 932.
[1404] Voir *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche*, rapports du Groupe spécial, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 juillet 2000, para. 7.482 et rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1401, para. 176 ; *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, para. 172.
[1405] *États-Unis – Jeux,* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667, para. 308. Voir aussi *Brésil – Pneumatiques rechapés*, *op. cit.,* note 77, para. 171.

disponibles constitue un aspect fondamental des obligations incombant aux États en matière de droits économiques, sociaux, et culturels, permettant de prendre en compte les contraintes pesant sur eux en matière de ressources[1406].

334. Lorsque la mesure a passé avec succès l'examen de sa nécessité, il faut encore qu'elle satisfasse les conditions posées par les chapeaux introductifs des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. Ces exigences représentent à l'évidence « *l'obstacle le plus redoutable* »[1407] à la justification de mesures. Les organes de règlement vérifieront que les mesures en question ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international de marchandises ou de services, mais qu'elles visent véritablement à protéger l'objectif de politique générale invoqué par l'État. On peut ainsi comprendre les critères des chapeaux comme une expression du principe de bonne foi, visant à écarter tout usage abusif des exceptions générales par lequel un État tenterait de contourner ses obligations[1408]. Autrement dit, il s'agit de prévenir « *l'abus des exceptions* »[1409].

335. Les organes de règlement sont très rigoureux dans leur interprétation et c'est généralement cette étape décisive qui les conduit à refuser aux États la possibilité d'exciper utilement des exceptions générales pour justifier leurs réglementations. Il revient par ailleurs à l'État invoquant l'exception de prouver que sa mesure n'est pas abusive, ce qui s'avère peu aisé. Une interprétation extensive des conditions de bonne foi et d'absence d'abus de droit « *peut conduire à une limitation sensible de la marge de manœuvre d'un État et réduire d'autant le champ d'application des exceptions générales* »[1410]. Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, la mesure américaine d'interdiction des services de paris en ligne de Antigua-et-Barbuda a été jugée non nécessaire et constitutive d'une violation du chapeau de l'article XIV de l'AGCS[1411]. L'Organe d'appel avait constaté une différence de traitement entre fournisseurs américains et étrangers. Estimant que les États-Unis n'avaient pas réussi à prouver le caractère non-arbitraire de ce traitement différencié, l'Organe d'appel avait conclu à la non-conformité

[1406] *Observation générale n° 3*, *op. cit.,* note 564, paras. 9-12.
[1407] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.,* note 140, p. 245.
[1408] G. MARCEAU, C. MARQUET, « La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non-commerciales : le cas de l'environnement », *RQDI,* 2017, vol. 30, n° 2, p. 138. Voir *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661, para. 158 ; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, *op. cit.,* note 77, para. 215.
[1409] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 128.
[1410] É. ROBERT, « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence : le premier différend commercial environnemental à l'épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l'OMC », *RGDIP,* 1997, t. 101, n° 1, pp.133-134.
[1411] *États-Unis – Jeux, op. cit.,* note 667.

des mesures avec les exigences du chapeau. Comme l'observe Laurence Dubin, en exigeant des mesures qu'elles s'appliquent indistinctement aux fournisseurs nationaux et étrangers, l'Organe d'appel réduit sensiblement « *les chances de recourir avec succès au régime des exceptions générales dont l'esprit devrait être précisément de tolérer des discriminations* »[1412], tant qu'elles ne sont ni injustifiables, ni arbitraires. Dans son rapport *États-Unis – Essence,* l'Organe d'appel a jugé que les conditions d'absence de *« discrimination arbitraire ou injustifiable* » ou de « *restriction déguisée au commerce* » pouvaient être analysées parallèlement, dans la mesure où chacune influe sur le sens de l'autre[1413]. En d'autres termes, « *cela signifie que toute constatation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable entraîne automatiquement la constatation d'une restriction déguisée au commerce international* »[1414].

336. L'analyse de la jurisprudence du GATT montre que le recours défensif aux exceptions générales et la mise en œuvre du test de nécessité offre des résultats tout à fait aléatoires. Se pose la question de la manière dont seraient appréhendées les mesures prises par l'État en vue de se conformer à son obligation, découlant du droit international des droits de l'homme, de réaliser ces droits. Les organes de règlement de l'OMC ont progressivement intégré, dans la mise en œuvre du test de nécessité, des éléments de proportionnalité permettant de prendre en compte l'importance des intérêts et des valeurs que les États cherchent à protéger, ce qui a évidemment un certain poids lorsqu'il s'agit de justifier des mesures prises en vue de se conformer au droit international des droits de l'homme, ces droits reflétant des valeurs fondamentales. Il reste que l'influence du droit international des droits de l'homme sur le processus de règlement des différends de l'OMC est plus que limitée.

B. Une indifférence à l'égard de l'obligation de réglementer pesant sur les États

337. Les enseignements que l'on peut tirer de la relation entre le droit de l'OMC et le droit international des droits de l'homme nous proviennent de la doctrine[1415], la problématique

[1412] L. DUBIN, *op. cit.,* note 803, p. 71.
[1413] *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667, p.28.
[1414] M. SADOWSKY, *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Paris, LGDJ, 2013, p. 131.
[1415] Voir par exemple, L. BARTELS, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *JWT*, 2001, vol. 35, n° 3, pp. 501- 502; D. PALMENTER, P. C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System. Sources of Law», *AJIL*, 1998, vol. 92, n° 3, pp. 398-399 ; J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO. How Far Can We Go? », *AJIL*, 2001, vol. 95, pp. 554-566; G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, 2002, vol. 13, n° 4, pp. 757-779 ; A. LINDROOS, M. MEHLING, « Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the WTO », *EJIL*, 2005, vol. 16, n° 5, pp. 860-866.

n'ayant été soulevée que très rarement dans les différends commerciaux. Les États membres de l'OMC éprouvent une certaine réticence à soulever leurs obligations en matière de droits de l'homme, même lorsque celles-ci sont tout à fait pertinentes[1416].

338. Il est difficile d'identifier un conflit, au sens strict, entre les obligations de l'État découlant du droit de l'homme à l'eau d'une part, et celles découlant du droit de l'OMC d'autre part[1417]. Les organes de règlement retiennent une approche stricte du conflit auquel ils donnent la signification étroite d'incompatibilité[1418]. Dans ce sens, l'existence d'un conflit implique que des traités aient les mêmes États parties, qu'ils couvrent les mêmes sujets et que leurs dispositions imposent des obligations s'excluant mutuellement[1419]. Un Groupe spécial a également considéré qu'un tel conflit pouvait exister lorsqu'un traité interdit ce qu'un autre permet explicitement[1420]. Tout au plus peut-on estimer qu'il existe des tensions entre droit de l'OMC et droit de l'homme à l'eau. En effet, la réalisation de ce droit de l'homme n'oblige pas les États à adopter des mesures forcément contraires au droit de l'OMC. Rappelons encore qu'en matière de réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, les États ont à disposition une pluralité de solutions, comme nous l'avons montré pour ce qui est du principe d'accessibilité économique des services d'eau. Les États sont par ailleurs appelés à réaliser leurs obligations progressivement et en fonction de leurs ressources disponibles. Ces éléments militent contre l'existence de conflits tranchés entre droit de l'OMC et réalisation des droits économiques, sociaux et culturels[1421]. Il n'en demeure pas moins que le droit de l'OMC restreint significativement la marge de manœuvre régulatrice de l'État, puisque ses mesures prises pour réaliser le droit de l'homme à l'eau feront l'objet d'un examen destiné à évaluer leurs effets sur les échanges commerciaux.

[1416] Voir par exemple, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes au clou de girofle*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012.
[1417] S. JOSEPH, « Human Rights and the World Trade Organization. Not Just a Case of Regime Envy *», Research Paper, University of Leicester*, 31 octobre 2007 ; A. LANG, « Beyond Formal Obligation. The Trade Regime and the Making of Political Priorities », *Leiden Journal of International Law,* 2005, vol. 18, n° 3, p. 403.
[1418] J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp.164-200.
[1419] Voir par exemple, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, rapports du Groupe spécial WT/DS54/R ; WT/DS55/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, para. 14.28 ; *Turquie – Restrictions à l'importation de textile*, rapport du Groupe spécial, WT/DS34/R, 31 mai 1999, para. 9.94.
[1420] *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes,* rapports du Groupe spécial, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997, para. 7.159.
[1421] R. HARRIS, G. MOON, *op. cit.,* note 1396, p. 8.

339. Le caractère relativement autonome du régime commercial multilatéral fait obstacle à l'application du droit international des droits de l'homme dans les différends commerciaux. Cette autonomie se matérialise par l'intégration de recours effectifs propres par lesquels les membres vont chercher à « *obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords* »[1422]. Cette absence de compétence générale des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel fait obstacle à l'application de règles issues d'un corps de normes externe au droit de l'OMC[1423]. Ce droit ne saurait être renversé par des règles issues d'un autre sous-système, comme ceci a été rappelé à de multiples reprises par les organes de règlement. On citera à titre d'exemple le rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, dans lequel l'argument du Mexique, soutenant qu'il n'avait d'autre choix que de contrevenir au droit de l'OMC pour se conformer à ses obligations découlant de l'ALENA, a été rejeté[1424]. Il est pourtant évident que l'imbrication des diverses branches du droit international – et de surcroît au sein même du droit international économique, entre les branches « commerce » d'un côté, et « investissement » de l'autre – rend indispensable le recours à une approche systémique[1425]. Le Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international s'est positionné en ce sens : la compétence limitée des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne justifie en rien que le droit applicable pour l'interprétation du droit de l'OMC le soit[1426]. La référence dans l'article 3(2) du mémorandum aux « *règles coutumières d'interprétation du droit international public* »[1427] plaide pour une lecture ouverte des relations entre le droit de l'OMC et les règles lui étant externes[1428]. Les organes de règlement de l'OMC se sont résolus à « *prendre plus largement en*

[1422] Voir l'article 23(1) du Mémorandum d'accord : « *Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord* ». Mémorandum d'accord relatif au règlement des différends, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *RTNU,* vol. 1867 p. 198. Voir sur le concept de « *self-contained regime* », Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, paras. 165-171.

[1423] G. MARCEAU, *op. cit.,* note 1415*;* J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *Harvard ILJ,* 1999, vol. 40, n° 2, pp. 333-378.

[1424] *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006.

[1425] A. LANG, R. COONEY, « Taking Uncertainty Seriously. Adaptive Governance and International Trade. A Rejoinder to Mónica García-Salmones », *EJIL*, 2009, vol. 20, n° 1, p. 191.

[1426] En réalité, il n'y a « *guère de raisons, en principe, de se départir de l'idée que le droit international général complète le droit de l'OMC à moins d'en être expressément exclu, et qu'il en va de même pour les autres traités qui doivent de préférence être lus de concert avec les traités visés par l'OMC* », Commission du droit international, *op. cit.,* note 1422, para. 45 (ndbp omise).

[1427] Mémorandum d'accord relatif au règlement des différends, *op. cit.,* note 1422, article 3(1).

[1428] Voir en ce sens, A. LANG, R. COONEY*, op. cit.,* note 1425, p. 191 ; L. BARTELS, *op. cit.,* note 1415, p. 502.

compte l'environnement normatif »[1429] en mobilisant l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités et son principe d'intégration systémique[1430]. Dans cette optique, la règle externe est mobilisée dans l'interprétation des obligations des Accords de l'OMC en vue de « *clarifier le sens à donner à un terme ambigu, ou encore (...) préciser une notion ou un concept contenu dans un Accord visé* »[1431]. Mais son exploitation ne saurait donner lieu à une modification des droits et des obligations des États membres[1432]. Le recours au principe de l'intégration systémique de l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne est loin d'être un antidote à la fragmentation du droit[1433]. Les critères posés par la Convention ont été interprétés strictement. Il a été avancé que la règle applicable devait nécessairement être contraignante[1434] ou « *au moins implicitement acceptée ou tolérée par les parties au traité interprété* »[1435], ce qui pose évidemment question pour ce qui est de la prise en compte du droit de l'homme à l'eau, en raison de son statut incertain[1436]. La prise en compte d'une règle externe suppose par ailleurs qu'elle soit « *applicable dans les relations entre les parties* »[1437]. Le Groupe spécial du différend *Communautés Européennes – Biotechnologies* a interprété ce critère comme désignant tous les membres de l'OMC et non pas uniquement les parties au différend[1438] exprimant ainsi, pour reprendre le constat d'Anne-Charlotte Martineau, « *une vision fragmentée du droit en différentes boites hermétiques les unes aux autres* »[1439] et rendant « *pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31* »[1440].

[1429] Commission du droit international, *op. cit.,* note 1422, para. 415; G. MARCEAU, « A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition against Clinical Isolation in WTO Dispute Settlement », *JWT,* 1999, vol. 33, n° 5, p. 114 ; *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667.
[1430] Voir notamment *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661*,* para. 158.
[1431] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 178. Ainsi, dans le différend *États-Unis – Crevettes*, la notion de ressources naturelles épuisables a été définie par renvoi à la déclaration de Rio de 1992, la Convention sur la diversité biologique, le programme Action 21 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (*États-Unis – Crevettes, ibid.*, para. 127 à 131).
[1432] V. GUÈVREMONT, *Ibid.* p. 180 ; J. P. TRACHTMAN, *op. cit.,* note 1423, p. 376.
[1433] A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 475 ; B. SIMMA, « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *EJIL,* 2009, vol. 20, n° 2, p. 277 ; R. HIGGINS, « A Babel of Judicial Voices ? Ruminations from the Bench », *ICLQ,* 2006, vol. 55, n° 4, p. 804.
[1434] U. LINDERFALK, « Doing the Right Thing for the Right Reason. Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties », *International Community Law Review*, 2008, vol. 10, n° 2, p. 112.
[1435] J. PAUWELYN*, Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 261.
[1436] Voir Chapitre IV, para. 280.
[1437] Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.,* note 666, article 31 (3) (c).
[1438] *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, *op. cit.,* note 1380, para. 7.68.
[1439] A.-C. MARTINEAU, *op. cit.,* note 1433, p. 476.
[1440] Commission du droit international, *op. cit*., note 1422, para. 450.

340. Il est peu aisé d'anticiper les effets potentiels de la libéralisation sur le droit des États de réglementer les services publics de l'eau. Il est en revanche certain que la mise en œuvre du test de nécessité et de celui des chapeaux introductifs des articles XIV de l'AGCS et XX du GATT contraindrait significativement l'État régulateur puisque les mesures prises en vue de garantir l'accès aux services d'eau seraient appréciées en fonction de leurs effets sur les échanges commerciaux. Nous avons par ailleurs mis en évidence une possible différence de traitement entre ces mesures d'intérêt public en fonction de leur objet. Il semble ainsi qu'il serait plus difficile de justifier la nécessité de mesures prises pour assurer l'accessibilité économique des services d'eau que celle de mesures relatives à la qualité ou la disponibilité de l'eau. En définitive, les réserves et limitations prises en amont par les États, dont nous avons exposé la teneur dans la première partie[1441], apparaissent plus qu'indispensables puisqu'il s'agit de la seule voie leur permettant de préserver *a priori* ces services publics de toute interférence avec un régime marchand.

341. Pour l'heure, les opérateurs privés étrangers présents dans le secteur de la distribution d'eau potable et de l'assainissement opèrent en dehors du cadre de la libéralisation du commerce international des services. Ils ont accédé à ces marchés de services par le biais de partenariats public-privé relevant du droit international des investissements. L'analyse des sentences rendues dans ce secteur révèle que les tribunaux ont, de manière constante, reconnu la spécificité des prérogatives de l'État en tant que régulateur des services d'eau. Mais ces prérogatives ne sont pas absolues. Elles sont encadrées par les principes et standards de traitement auxquels l'État a pu conventionnellement s'engager.

Section II. La réglementation des services publics d'eau appréciée au regard de ses effets sur les droits des investisseurs étrangers fournisseurs de services

342. Les différends relatifs aux investissements dans le secteur de l'eau sont singuliers, tout d'abord en ce qu'ils rendent compte de la coloration éminemment politique des partenariats public-privé dans le secteur des services publics de l'eau (I). Les tribunaux arbitraux ont toujours reconnu la spécificité des prérogatives de l'État en matière de réglementation des

[1441] Voir Chapitre II, para. 191.

services publics de l'eau. Cependant, si la continuité de l'approvisionnement en eau justifie l'édiction de mesures de police, cet exercice ne peut automatiquement les exonérer des obligations auxquelles ils sont tenus en matière de protection des investissements étrangers (II). Ils peuvent en outre, dans des circonstances exceptionnelles, déroger à ces obligations en vue d'assurer l'accès de leur population aux services d'eau. Mais pour cela, des conditions très strictes doivent être satisfaites (III).

I. Les spécificités des différends d'investissements dans le secteur de l'eau

343. L'analyse des sentences arbitrales rendues dans le secteur de la distribution d'eau potable et de l'assainissement rend compte des tensions évidentes entre fourniture privée de ces services et objectif d'équité sociale[1442]. Force est de constater que le caractère particulièrement politique des PPP dans ces secteurs a fortement brouillé les pistes quant au point de savoir s'il existait un réel conflit normatif entre, d'un côté les obligations des États relatives à la protection des investissements et de l'autre, les mesures prises pour garantir l'accès de tous aux services d'eau. Nous en présentons succinctement les faits en nous inspirant d'une typologie proposée par Nicolas Jansen Calamita[1443].

344. Une première catégorie de différends résulte de la crise économique et financière qui a frappé l'Argentine au début des années 2000. Les différends *Suez Interaguas*[1444], *Suez*

[1442] Les différends réglés sont les suivants : *Urbaser S. A and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur. Partzuergoa c. Argentine*, CIRDI, ARB/07/26 (en faveur d'aucune parties. La responsabilité de l'Argentine a été établie, mais aucune indemnité n'a été allouée) ; *SAUR International c. Argentine*, CIRDI, ARB/04/4 (en faveur de l'investisseur) ; *Compañia de Aguas Del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3 (en faveur de l'investisseur) ; *Impregilo S. p. A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/07/17 (en faveur de l'investisseur) ; *Biwater Gauff c. Tanzanie*, CIRDI, ARB/05/22 (en faveur d'aucune partie. Pas d'indemnisation octroyée) ; *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and Vivendi Universal S. A. c. Argentine (Suez Vivendi)*, CIRDI, ARB/03/19 (en faveur de l'investisseur) ; *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua S. A (Suez Interaguas) ; Azurix Corp. c. Argentine*, CIRDI, ARB/01/12 (en faveur de l'investisseur). Les différends dans le secteur ayant été réglés entre les parties sont les suivants : *ASA International S. p. A c. Égypte*, CIRDI, ARB/13/23 ; *Aguas Cordobesas S. A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. c. Argentine*, CIRDI ARB/03/18, *Aguas Del Tunari S. A. c. Bolivie*, CIRDI, ARB/02/3. Certaines affaires sont pendantes : *United Utilities (Tallinn) B. V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi c. Estonie*, CIRDI, ARB/14/24 ; *Novera AD, Novera Properties B. V. and Novera Properties N. V c. Bulgarie*, CIRDI, ARB/12/16 ; *Veolia Propreté c. Égypte*, CIRDI, ARB/12/15. D'autres ont été abandonnés : *Gelsenwasser AG c. Algérie*, CIRDI, ARB/12/32 ; *Accession Easter Europe Capital AB and Mezzanine Management Sweden AB c. Bulgarie*, CIRDI, ARB/11/3 ; *Branimir Mensik c. République Slovaque*, CIRDI, ARB/06/9.

[1443] N. J. CALAMITA, *op. cit.,* note 859, pp. 27-69.

[1444] *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, et sentence du 4 décembre 2015.

Vivendi[1445], *Impregilo*[1446] et *Urbaser*[1447] partagent les mêmes éléments de contexte. Chaque contrat de concession spécifiait notamment le régime tarifaire applicable, son mécanisme de révision ainsi que les objectifs d'investissements pesant sur le concessionnaire en matière d'expansion du réseau. À partir de 1999, dans un contexte de crise économique sévère[1448], l'État fédéral a mis en œuvre un programme d'austérité qui s'est traduit par une pression accrue sur la viabilité commerciale des concessions. Les mesures d'austérité ont affecté le recouvrement des factures d'eau et aggravé la situation financière des investisseurs qui ont cherché, sans succès, à renégocier les tarifs afin de limiter ces effets. La situation des concessionnaires s'est aggravée à la suite de l'adoption par le gouvernement fédéral argentin en 2001 de la loi d'urgence abolissant la parité entre le dollar et le peso et autorisant le gouvernement fédéral à renégocier tous les contrats de service public. Il faut ajouter à cela la publication en 2002 d'une résolution imposant aux autorités de régulation de geler les tarifs des services publics fournis par les entités relevant de leur supervision. Il faut comprendre que la « *pesification* » poursuivait un objectif social puisqu'il s'agissait aussi de permettre aux usagers de continuer à payer les services. L'enjeu était ainsi de garantir l'accessibilité économique des services d'eau. La pesification et la dépréciation du peso ont sévèrement diminué les revenus des concessions. Ces mesures économiques et monétaires de portée générale destinées à répondre à une situation d'urgence ont été contestées par les investisseurs étrangers, qui ont notamment invoqué diverses violations des TBI applicables. Aucun tribunal n'a donné droit aux réclamations relatives à l'expropriation, mais tous ont constaté des violations du traitement juste et équitable. Les indemnités dues aux investisseurs ont atteint un montant colossal[1449].

345. Une deuxième catégorie de différends résulte d'une combinaison de facteurs sociaux et politiques. Ils ont pris naissance dans un contexte d'hostilité de la population au processus de privatisation parfois instrumentalisé par les pouvoirs publics. L'affaire *Aguas del Tunari* est

[1445] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. c. Argentine* (II), CIRDI, ARB/03/19.
[1446] *Impregilo S. p. A. c. Argentine (I)*, CIRDI, ARB/07/17.
[1447] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303.
[1448] On rappellera que dans ce contexte, le peso argentin avait été dévalué de 40% en une journée, le revenu par personne en dollars s'est effondré de 7000 dollars à 35000 et le taux de chômage a augmenté jusqu'à atteindre près de 25%. À la fin des années 2002, près de la moitié de la population Argentine vivait en dessous du seuil de pauvreté.
[1449] En octobre 2013, plusieurs différends relatifs à des investissement dans les services publics avaient été réglés par l'Argentine qui avait indemnisé *Azurix*, *CMS*, *Continental Casualty* et *Vivendi* pour un montant total de 677 millions de dollars. Ce n'est qu'en 2019, qu'elle a indemnisé *Suez* à hauteur de 265 millions de dollars US dans le cadre du différend *Suez Interaguas*.

emblématique à bien des égards[1450]. Une concession de quarante ans avait été accordée à une filiale locale de *Bechtel* pour la distribution exclusive des services d'eau potable et d'assainissement dans la ville de Cochabamba[1451]. L'augmentation des tarifs de l'eau de 43% a rendu le service économiquement inaccessible à l'immense majorité de la population. Des émeutes, qui se sont soldées par un décès, et l'insécurité ambiante ont très vite contraint l'investisseur à quitter le territoire. En avril 2000, les autorités boliviennes ont révoqué le contrat de concession. L'investisseur a invoqué une violation des disciplines relatives à l'expropriation du TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas devant le CIRDI et évalué son préjudice à 40 millions de dollars américains. Le différend a finalement été réglé entre les parties.

Le différend *Azurix c. Argentine*[1452] avait trait à une concession de trente ans pour la fourniture d'eau potable et l'assainissement dans la province de Buenos Aires, remportée en 1996 par l'entreprise américaine peu de temps avant les élections présidentielles et provinciales. À partir de 1999, les relations entre l'investisseur et les autorités se sont dégradées, ces dernières interférant avec la possibilité pour le concessionnaire, conformément au contrat de concession, d'augmenter les tarifs d'eau potable. À la suite d'une augmentation impopulaire de ces tarifs, l'autorité de régulation avait publié une résolution rejetant le mode de calcul utilisé et exigeant l'application d'une méthodologie ne correspondant en rien aux termes du contrat de concession. Parallèlement, une algue nocive avait proliféré dans les réservoirs servant la ville de Bahia Blanca. Or, la province avait l'obligation contractuelle d'entreprendre les travaux d'élimination de ces algues avant le commencement de la concession, ce qui n'avait pas été fait. Les autorités ont rejeté la responsabilité sur le concessionnaire et encouragé les usagers à ne plus consommer l'eau ni payer leurs factures. Le souhait de l'investisseur de mettre fin à la concession a été rejeté par la province qui l'a elle-même résilié. Plusieurs violations du TBI entre l'Argentine et les États-Unis ont été constatées et le montant de la compensation allouée à l'investisseur a atteint 165 millions de dollars[1453].

Le différend *SAUR International c. Argentine*[1454] concernait une concession de vingt-cinq ans pour la gestion des services d'eau de la province de Mendoza, remportée par un consortium mené par *Obras Sanitarias Mendoza S. A.* (ci-après, « OSM ») en tant qu'opérateur technique et *Azurix* en tant partenaire financier. Les relations entre OSM et les autorités provinciales se sont rapidement dégradées à la suite de l'élection d'un Gouverneur hostile à la concession.

[1450] *Aguas del Tunari c. Bolivie*, CIRDI, ARB/03/2, sentence sur la compétence du 21 octobre 2005.
[1451] *Ibid.*, paras 2, 52, 57, 81.
[1452] *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878.
[1453] *Ibid.*
[1454] *SAUR International c. Argentine CIRDI*, ARB/04/4.

L'augmentation des tarifs à laquelle avait procédé OSM avait été bloquée par les autorités provinciales qui contestaient les engagements de performance de l'investisseur. À partir de 2002, les parties ont cherché à renégocier les tarifs, sans succès. Ce n'est qu'en 2007 qu'elles sont parvenues à un accord, qui n'a finalement pas été respecté par la province. En 2009, le Gouverneur a édicté un premier décret transférant la gestion de la concession à un administrateur, puis un second en 2010 mettant fin à la concession en raison du manquement supposé du concessionnaire à ses obligations. Dans cette affaire, l'Argentine a été reconnue responsable de violations du TBI conclu avec la France et a dû verser une compensation de 39 millions de dollars.

Enfin, le différend *Biwater c. Tanzanie* portait sur un projet d'infrastructure pour la distribution d'eau potable et l'assainissement dans la ville de Dar es Salaam[1455]. *Biwater*, entreprise britannique opérant *via* une filiale tanzanienne, *City Water*, avait remporté une concession de dix ans. Par ces contrats, la municipalité de Dar es Salaam avait délégué à l'opérateur privé l'exploitation des systèmes de production, de transport et de distribution d'eau ; l'exploitation et l'entretien du réseau d'égouts ; et enfin, le recouvrement des redevances auprès des clients bénéficiant des services. Au stade de l'appel d'offres, *Biwater* avait présenté une proposition de faible qualité, si bien que la concession se trouvait dans une situation compromise dès ses débuts. Il est vite apparu que *City Water* avait mal géré ses obligations de performance. Les tentatives de renégociation des contrats et en particulier de leurs clauses tarifaires se sont soldées par des échecs. En 2005, alors que le processus de résiliation des contrats était en cours, un certain nombre d'évènements sont venus aggraver les tensions entre les co-contractants. On mentionnera l'annonce, durant une conférence de presse, par le Ministre en charge de l'eau de la fin de la concession, l'occupation des locaux de l'entreprise, la prise de contrôle des opérations et l'expulsion de l'équipe dirigeante. Ce sont ces évènements qui ont nourri la réclamation de l'investisseur devant le CIRDI, qui invoquait plusieurs violations du TBI entre la Tanzanie et le Royaume Uni, notamment la violation de ses dispositions relatives au traitement juste et équitable et à la protection contre l'expropriation.

346. Tous les différends cités ont été tranchés en faveur de l'investisseur, à l'exception des affaires *Urbaser* et *Biwater*. Dans ces différends, si des violations ont bien été constatées, les investisseurs n'ont pas eu droit à réparation. Il a en effet été jugé que les actions de l'Argentine et de la Tanzanie n'étaient pas à l'origine des dommages subis par les investisseurs.

[1455] *Biwater Gauff Limited c. Tanzanie*, CIRDI, ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

347. Les différends relatifs aux investissements dans les services d'eau présentent également certaines particularités d'ordre procédural. Dans certaines affaires, des contributions d'*amicus curiae* ont été admises. La participation de la société civile en tant que tierce partie doit être analysée comme une reconnaissance par les tribunaux arbitraux de l'importance des enjeux d'intérêt public soulevés par ces litiges[1456]. Le droit de regard du public sur les politiques de gestion de l'eau peut être particulièrement mis à mal par la nature privée et consensuelle de l'arbitrage d'investissement. Ces caractéristiques propres à l'arbitrage ont longtemps représenté le principal obstacle à l'implication de parties tierces dans les différends d'investissement comme en témoigne le différend *Aguas del Tunari c. Bolivie* dans lequel la demande de la société civile avait été rejetée[1457]. Dans le même temps, c'est précisément dans le cadre de différends portant sur les services publics d'eau que ces interventions ont fini par être admises. Dans ces affaires, les tierces parties invoquaient le droit de l'homme à l'eau ; elles soutenaient que les obligations de l'État en la matière devaient primer sur ses obligations en matière de protection des droits des investisseurs ou *a minima* que ces dernières soient interprétées à la lumière du droit international des droits de l'homme[1458]. Les arbitres se sont inspirés de l'approche suivie dans les arbitrages CNUDCI rendus dans le contexte du Chapitre 11 de l'ALENA. Dans le différend bien connu *Methanex Corp. c. États-Unis*, l'investisseur canadien remettait en cause une réglementation environnementale californienne prohibant l'utilisation d'un additif à l'essence, le méthyl tert-butyl éther (ci-après, « MTBE »), qu'elle produisait et commercialisait[1459]. La Californie avait imposé une interdiction de l'utilisation de cet additif en raison des risques qu'il faisait peser sur l'environnement et la santé publique en conséquence de sa possible infiltration dans les eaux souterraines destinées à la consommation humaine.

[1456] Voir ordonnance en réponse à une requête tendant à la participation d'un amicus curiae, 19 mai 2005, CIRDI, ARB/03/19 ; Ordonnance en réponse à une requête présentée par cinq organisations non gouvernementales tendant à l'obtention de l'autorisation de présenter des observations en qualité d'amicus curiae, 12 février 2007, CIRDI, ARB/03/19 ; Ordonnance en réponse à une requête tendant à la participation d'un amicus curiae, 17 mars 2006, CIRDI, ARB/03/17 ; Ordonnance de procédure n° 5 du 2 février 2007, Biwater, CIRDI, ARB/05/22. Le tribunal a fait application de l'article 37 du règlement d'arbitrage révisé aux termes duquel les tribunaux sont libres d'autoriser les mémoires d'*amicus* et exercent leur choix en prenant en compte la manière dont cette participation pourrait apporter « *un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend* ». La soumission doit porter sur une question s'inscrivant dans le cadre du différend et la partie tierce doit porter à l'instance « *un intérêt significatif* ». Constatant que ces conditions étaient réunies, le tribunal a autorisé les *amicus* à fournir des éléments écrits.

[1457] *Aguas del Tunari c. Bolivie*, *op.cit.,* note 1450, para. 17.

[1458] Voir par exemple *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/03/19, soumission en qualité d'*amicus curiae*, 4 avril 2007.

[1459] Voir *Methanex Corp. c. États-Unis, CNUDCI,* sentence du 3 août 2005 ; Voir aussi *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, CIRDI, UNCT/02/1, décision du tribunal à une requête de tierce partie tendant à intervenir en tant qu'*amici curiae*, 17 octobre 2001.

Trois ONG ont demandé d'accéder aux documents présentés par les parties au différend et à l'audience, ainsi que de présenter des arguments écrits et oraux en qualité d'*amicus curiae* en s'appuyant sur l'article 15(1) du règlement d'arbitrage CNUDCI. Le tribunal a appréhendé cette demande comme une question relevant du domaine procédural, régie par l'article 15(1) du règlement d'arbitrage CNUDCI lui octroyant un pouvoir discrétionnaire quant à la conduite de l'arbitrage[1460]. Il a accepté la soumission d'observations, constatant que l'affaire soulevait divers enjeux d'intérêt public[1461]. Il a par ailleurs estimé que l'admission de ces observations n'était pas de nature à violer le traitement égalitaire des parties[1462]. Les tribunaux des différends *Suez Vivendi* et *Suez Interaguas* ont mis en avant l'importance des enjeux d'intérêt public soulevés par les différends[1463]. Les tribunaux se sont appuyés sur l'article 44 de la Convention CIRDI[1464] et en particulier sa dernière phrase les autorisant à trancher les questions de procédure non couvertes par le règlement d'arbitrage ou d'autres règles adoptées par les parties. Le tribunal du différend *Biwater c. Tanzanie* a eu à se prononcer sur les mêmes questions, mais cela postérieurement à la révision du règlement d'arbitrage CIRDI, modification ayant permis d'introduire davantage de transparence dans ce mécanisme de règlement des différends[1465]. Aux termes de l'article 37(2) du règlement révisé, les tribunaux sont libres d'autoriser les mémoires d'*amicus* et exercent ce choix en prenant en compte la manière dont cette participation pourrait apporter « *un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend* »[1466]. La soumission doit porter sur une question s'inscrivant dans le cadre du différend[1467] et la partie tierce doit porter à l'instance « *un intérêt significatif* »[1468]. Constatant que ces conditions étaient réunies, le tribunal a autorisé les amicus à fournir des éléments écrits[1469].

[1460] *Methanex Corp. c. États-Unis, Ibid.,* partie II, chapitre C, paras. 24-26, 31.
[1461] *Ibid.* para. 49.
[1462] *Ibid.,* para. 35.
[1463] Ordonnance en réponse à une requête tendant à la participation d'un *amicus curiae*, 19 mai 2005, CIRDI, ARB/03/19 ; Ordonnance en réponse à une requête présentée par cinq organisations non gouvernementales tendant à l'obtention de l'autorisation de présenter des observations en qualité d'*amicus curiae*, 12 février 2007, CIRDI, ARB/03/19 ; Ordonnance en réponse à une requête tendant à la participation d'un *amicus curiae*, 17 mars 2006, CIRDI, ARB/03/17.
[1464] Convention CIRDI, *op. cit.,* note 760, article 44 : « *Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présent section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal* ».
[1465] Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage), Washington D. C., CIRDI 15 avril 2006, article 37(2). Voir *Biwater Gauff c. Tanzanie*, *op. cit.,* note 1456.
[1466] Convention CIRDI, *op. cit.,* note 760, article 37(2)(a).
[1467] *Ibid.,* article 37(2)(b).
[1468] *Ibid.,* article 37(2)(c).
[1469] *Biwater Gauff c. Tanzanie*, *op. cit.,* note 1456, paras 51-55.

348. En dépit des évolutions apportées aux principaux règlements d'arbitrage[1470], l'accès à la procédure des personnes qui sont en premier chef affectées par l'investissement est limitée. L'arbitrage d'investissement reste résolument centré sur la protection des droits et des intérêts économiques des investisseurs étrangers et on ne trouve, ni dans les accords sur les investissements, ni dans les règlements d'arbitrage, de procédure conférant aux individus le droit « *d'assurer directement leur protection par l'intermédiaire de l'arbitrage international relatifs aux investissements* »[1471].

II. L'exercice conditionné des prérogatives de l'État régulateur des services d'eau

349. Les tribunaux arbitraux ont toujours reconnu la spécificité des prérogatives de l'État en matière de réglementation des services d'eau. La continuité de l'approvisionnement en eau potable des populations figure parmi les objectifs justifiant l'édiction de mesures de police. Pour autant, cela n'exonère pas automatiquement les États de leurs obligations en matière de protection des investissements (A). Par ailleurs, la pertinence du droit de l'homme à l'eau dans la résolution des différends a certes progressivement été reconnue, mais sans que l'obligation de réglementer pesant sur l'État ne soit suffisamment prise en compte (B).

A. La réglementation des services publics en tant que mesures prises dans l'exercice des pouvoirs de police de l'État

350. Dans le contexte d'une délégation de service public à un opérateur privé étranger, l'État est à la fois contractant et souverain. Il est bien établi que les droits contractuels peuvent faire l'objet d'une expropriation[1472], mais toutes les violations contractuelles émanant de l'État ne sont pas toujours constitutives de mesures ou d'actes d'expropriation. On rappellera que les tribunaux arbitraux ont mobilisé la distinction classique entre État prenant un acte de gestion

[1470] Voir aussi le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version révisée du 15 août 2010.
[1471] C. OLARTE-BACARES, « Droits de l'homme et droits des investissements en Amérique latine. Interaction des procédures par la participation des particuliers », dans C. TITI, *Droits de l'homme et droit international économique,* Bruxelles, Larcier, 2019, p. 105.
[1472] Voir Commission mixte des réclamations, *États-Unis c. Venezuela, Affaire Rudolf*, décision sur le fond, *RIAA*, 1959, vol. 9, p. 250 ; Voir aussi *SPP c. Égypte*, CIRDI, ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, para. 164 ; *SD Myers Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 756, para. 281.

(*jure gestionnis*) ou un acte de souveraineté *(jure imperii*)[1473]. Cette différenciation permet de disqualifier « *les aléas inhérents à toute relation contractuelle entre cocontractants privés ordinaires »*[1474] : ils ne sauraient être considérés comme équivalant à une expropriation. Seules les mesures prises par l'État dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique peuvent être constitutives d'expropriation en ce qu'elles sont susceptibles de « *constituer une mesure confiscatoire* »[1475]. À titre d'exemple, le tribunal du différend *Suez Vivendi c. Argentine* avait refusé de qualifier la résiliation du contrat de concession par l'Argentine d'expropriation car elle avait été opérée conformément aux conditions prévues par ledit contrat[1476]. La réclamation de l'investisseur était « *essentiellement de nature contractuelle* »[1477]. Dans le même sens, le tribunal arbitral du différend *Impregilo c. Argentine* a souligné que la résiliation du contrat de concession, intervenue conformément à ce que ses clauses prévoyaient, ne pouvait être qualifiée d'acte d'expropriation. Il s'agissait d'un acte de l'autorité publique agissant en tant que partie au contrat et résultant du non-respect par l'investisseur de ses engagements contractuels en matière d'extension du réseau[1478]. Il faut préciser qu'il était prouvé que ce manquement était en partie lié à la carence de la province, qui s'était engagée à construire une usine de traitement des eaux usées en 2001. Le retard pris dans la construction de cet ouvrage avait affecté la capacité de l'investisseur d'étendre les raccordements dans certaines zones[1479]. Tout en étant conscient de ces éléments de fait, le tribunal a estimé que l'élément déterminant était le fait que la province avait considéré que l'investisseur avait manqué à ses obligations contractuelles et, sur cette base, avait mis fin au contrat de concession[1480].

[1473] Voir à ce propos, P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », dans *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 21-22 ; Voir *Sempra Energy International c. Argentine,* CIRDI, ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, para 247 ; *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878, para. 315 ; *Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine, op. cit.*, note 601, para. 7.5; *Suez Interaguas*, *op. cit.,* note 879, para. 142-144.

[1474] S. NIKIÈMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements,* Paris, PUF, 2012, p. 113.

[1475] P.-M. DUPUY, Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015. Voir *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878, para. 315 ; *Compañia de Aguas del Aconquija op. cit.*, note 601*,* para. 7.5.4 ; *Parkerings Compagniet A. S. c. Lituanie,* CIRDI, ARB/05/8*,* sentence du 11 septembre 2007, para. 443 ; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473*,* para. 281.

[1476] *Suez Vivendi c. Argentine,* note 852, paras. 154-156.

[1477] *Ibid.*, para. 155.

[1478] *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, paras. 272 et 279.

[1479] *Ibid.,* para. 280.

[1480] *Ibid.,* para. 283. Le raisonnement du Tribunal a été critiqué par le Juge Charles N. Brower, qui soulève dans son opinion dissidente l'existence d'éléments prouvant que la province avait mis fin au contrat de concession pour des motifs politiques. Voir Concurring and dissenting opinion of Judge Charles N. Brower, 21 juin 2011, para. 17 et s.

351. Le principe selon lequel « *l'État n'est pas responsable de son action normative en général (...), si elle est menée de bonne foi, même si elle cause un préjudice aux intérêts privés* »[1481] est largement admis dans les droits internes. En droit international des investissements, le traitement des mesures prises de *jure imperii* convoque la problématique du droit de réglementer. Dans le champ des investissements dans les services publics de l'eau, la question se pose en ces termes : dans la mesure où les obligations de service public pesant sur l'investisseur affectent sa liberté commerciale, doivent-elles être appréhendées en tant que mesures d'expropriation indirecte ou en tant que réglementation générale n'appelant pas à indemnisation ?

352. Une première difficulté découle du fait qu'en matière d'expropriation, la finalité d'utilité publique constitue l'une des conditions de licéité de la mesure. Ladite mesure doit en outre satisfaire certains critères liés à sa méthode d'édiction, être non-discriminatoire et donner lieu au paiement d'une indemnisation[1482]. Or, si l'indemnisation est en principe la conséquence de la commission d'un acte illicite, elle constitue dans le contexte de l'expropriation « *la résultante de l'exercice normal d'un droit* »[1483]. L'indemnisation revêt en conséquence une dimension tout à fait particulière dans le cadre de l'expropriation indirecte, puisqu'il est peu probable que l'État puisse « *avant l'édiction de la mesure litigieuse, assumer qu'il s'agit d'une mesure indemnisable* »[1484], tout simplement parce qu'en l'édictant il ne s'estime pas être en train de poser un acte d'expropriation. C'est précisément la menace de l'indemnisation qui restreint la liberté de réglementer de l'État. Quand bien même il n'aurait cherché qu'à réglementer dans l'intérêt général, sa liberté peut se retrouver hypothéquée[1485].

353. La problématique du droit de réglementer en droit international de l'investissement soulève une question éthique parfaitement résumée par Céline Lévesque. Il s'agit de déterminer qui, de la société en général ou de l'investisseur, doit assumer le fardeau d'une mesure portant

---

[1481] C. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », dans C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Paris, Anthemis, LGDJ, 2006, p. 177.
[1482] La plupart des accords d'investissements exigent une indemnisation à la valeur équitable du marché devant être calculée à la date précédant l'expropriation sans pour autant fournir d'élément sur la méthodologie d'évaluation. Voir R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2012.
[1483] S. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1474, p. 17.
[1484] *Ibid.*, p. 19.
[1485] S. ROBERT-CUENDET « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGDIP,* 2016, t. 120, n° 3, p. 549.

atteinte aux droits et aux intérêts de ce dernier[1486]. Les tribunaux arbitraux ont certes reconnu qu'il serait impossible de réglementer dans l'intérêt public à partir du moment où les investisseurs affectés cherchaient systématiquement à obtenir réparation[1487]. Mais, ils ont en de nombreuses occasions ignoré ce principe en focalisant leur analyse sur le seul impact économique des mesures sur l'investissement, cela sans égard pour l'objectif poursuivi par l'État[1488]. Ce parti pris a donné naissance à une crise de légitimité traversée par le droit international des investissements, largement commentée par la doctrine[1489]. Les tribunaux arbitraux ont progressivement intégré des considérations relatives au droit de réglementer des États dans l'appréciation des droits des investisseurs, évolutions codifiées, nous y reviendrons, dans les AII de nouvelle génération[1490].

354. Dans le contentieux de l'expropriation, l'importation de la doctrine des *police powers* a permis de singulariser les mesures qui, en raison de leur nature et de leurs objectifs font échapper l'État à son obligation d'indemniser[1491]. Les *police powers* reposent sur le principe incontesté selon lequel *« l'État n'a pas à supporter les conséquences des mesures qu'il adopte en vertu de ces pouvoirs »*[1492]. Ce principe, qui relève du droit de la responsabilité internationale

---

[1486] C. LÉVESQUE, « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, 2003, vol. 33, n° 1, p. 59.
[1487] *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI, aff. ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, para. 103.
[1488] L'approche de l'effet, orientée exclusivement sur les droits de l'investisseur, a connu sa manifestation la plus extrême à travers la doctrine de l'effet unique. On se réfèrera à la sentence *Tipetts* dans laquelle le tribunal arbitral a concentré son analyse exclusivement sur l'effet de la mesure, sans égard pour les motivations qui justifiaient l'action du gouvernement (voir *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS AFFA*, Tribunal irano américain de réclamations, sentence du 22 juin 1984, pp. 225-226). Des sentences arbitrales symboliques impliquant le droit de réglementer dans le domaine de la protection de l'environnement ont joué un effet détonateur. Dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, face au refus des autorités de lui octroyer un permis d'exploitation pour le retraitement de déchets, l'investisseur étranger avait intenté une action contre cet État, estimant que la mesure équivalait à une expropriation. Dans une sentence du 20 août 2000, sans prendre en compte la finalité environnementale de la mesure, le tribunal a considéré que le Mexique avait exproprié l'investisseur et a demandé à ce que lui soit versé une indemnisation de 17 millions de dollars (*Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000). Pour une critique de la sentence, voir par exemple, *Private Rights, Public Problems. Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights,* Institut International du développement durable, Fonds mondial pour la nature, 2001, pp. 32-33 ; A. PRUJINER, « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metalclad », *International Law Forum,* 2003, vol. 5, n° 3, pp. 205-214.
[1489] Sur ce point, voir les références bibliographiques au Chapitre II, à la note 765.
[1490] Voir infra para. 359 ; Voir Chapitre VI, para. 402 ; Voir Chapitre VII, para. 448.
[1491] Voir G. C. CHRISTIE, « What Constitutes a Taking Under International Law? », *BYBIL*, 1962, vol. 38, p. 388 ; A. PELLET, « Police Powers or the State's Right to Regulate. Chemtura v. Canada», dans M. KINNEAR (dir.), *Building International Investment Law. The first fifty years of ICSID*, La Haye, Kluwer Law International, 2015, p. 441 ; Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, vol. 1, p. 92 ; E. SHENKMAN, « Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence be Helpful in Analyzing Regulatory Expropriation Claims under International Law ? », *New York University Environmental Law Journal*, 2003, vol. 11, n° 1, p. 187.
[1492] S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160, p. 260.

des États[1493], trouve ses origines dans le droit américain[1494]. Plusieurs tribunaux d'investissement se sont référés au *Restatement of Law* de 1987[1495] élaboré par l'*American Law Institute* et qui souligne la pertinence de la doctrine des *police powers* en matière d'expropriation en ces termes :

> « *A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of the states, if not discriminatory* »[1496].

Pour autant, il n'existe pas en droit international de définition précise des intérêts publics visés par les *police powers*. Il est en tout cas certain que les valeurs défendues se situent à un niveau élevé et sont indispensables « *à la pérennité et au fonctionnement de l'État* »[1497]. La littérature juridique internationaliste se réfère aux intérêts publics essentiels, à l'ordre public ou à la moralité publique[1498]. Le champ des valeurs et intérêts publics couverts a évolué de manière à embrasser les mesures de protection de la santé publique[1499], de l'environnement, des consommateurs ou encore des droits sociaux des travailleurs[1500]. Nous reprendrons la formule de Sabrina Robert-Cuendet, selon laquelle les *police powers* désignent « *toute l'action normative générale de l'État, qu'elle se manifeste par la voie législative ou par la voie réglementaire, qu'elle soit d'application individuelle ou d'application générale et qui vise le*

[1493] Voir Projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale des États pour préjudices causés aux étrangers, article 10(5) 1961, dans in L. B. SOHN, R. R. BAXTER, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *AJIL*, 1961, vol. 55, n° 3, pp. 545-584.

[1494] Pour des analyses du droit américain, Voir J. L. SAX, « Taking and the Police power », *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, n° 1, pp. 36-76 ; S. LEGARRE, « The Historical Background of the Police Power », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law,* 2007, vol. 9, n° 3, pp. 745-796.

[1495] *Pope & Talbot Inc., op. cit.,* note 756, para. 99, voir la note de bas de page 72 ; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, *op. cit.,* note 1487, para. 99 ; *Suez Interaguas*, *op. cit.,* note 879, para. 128.

[1496] American Law Institute, *Restatement of the Law, (Third), The foreign Relations Law of the United State*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987, vol. 2, para. 712, Commentaire (g). Le Restatement est une texte qui compile les règles de droit international liant les États-Unis ainsi que les règles de droit américain ayant une incidence sur les relations extérieures américaines.

[1497] S. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1474, p. 178.

[1498] A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev.*, 2005, vol. 20, n° 1, p. 26.

[1499] L'article 10(5) du projet de Convention sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers de 1961 fait sortir du régime de l'expropriation indirecte et de l'obligation d'indemniser les mesures étatiques destinées au maintien de l'ordre public et à la protection de la santé publique. L'article 10(5) se lit comme suit : « *an uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of the tax laws ; from a general change in the value of currency ; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality ; or from the valid exercise of belligerent rights ; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful* » (Projet de Convention sur la responsabilité internationale des États, *op. cit.,* note 1493). Dans le différend *Interaguas*, l'Argentine, s'appuyant sur l'article 10(5) du projet de convention, arguait que les actions de la province de Santa Fe constituaient un exercice légitime de ses pouvoirs de police conformément au droit international et au droit argentin (*Suez Interagua*, *op. cit.,* note 879, para. 146).

[1500] D. CLOUGH, « Regulatory Expropriation and Competition under NAFTA », *JWIT*, 2005, vol. 6, n° 4, p. 563.

bien commun »[1501]. Les tribunaux d'investissement ont mobilisé la doctrine des *police powers* en vue de qualifier des mesures prises pour protéger l'environnement et la santé publique. Les mesures prises à ces fins représentent une « *manifestation essentielle des pouvoirs de police de l'État* »[1502] qui, prises de bonne foi, excluent l'obligation d'indemnisation. On donnera pour exemple l'affaire *Methanex Corp. c. États-Unis* précitée dans laquelle le tribunal arbitral avait jugé que la mesure de prohibition du MTBE, non-discriminatoire, destinée à préserver la qualité et la salubrité de l'eau et par ailleurs conforme aux exigences de *due process of law,* n'appelait pas à indemnisation[1503].

355. Les tribunaux arbitraux amenés à trancher des différends dans le secteur des services publics d'eau ont reconnu que les mesures visant à assurer la continuité de l'approvisionnement en eau de la population relevaient des *police powers* de l'État. Dans la sentence *SAUR c. Argentine*, l'investisseur invoquait une violation des dispositions du TBI entre l'Argentine et la France relatives à l'expropriation. Il contestait les refus successifs de la province de réviser les tarifs, et soutenait que les mesures d'urgence économique et l'intervention administrative de l'Argentine violaient son investissement[1504]. Les effets préjudiciables résultant du défaut de révision tarifaire d'une part, et des mesures d'urgence économique d'autre part, avaient pu être traités et corrigés dans le cadre d'un accord transactionnel entre l'investisseur et la province[1505]. Il restait à déterminer si l'intervention administrative – à savoir le transfert de la gestion de la concession à un administrateur, puis la résiliation de la concession – était constitutive d'une expropriation. L'Argentine soutenait qu'elle n'avait « *rien fait d'autre que d'exercer, légitimement, son pouvoir de police* »[1506]. Elle justifiait son intervention et la résiliation du contrat par des motifs tenant à la mauvaise qualité de l'eau distribuée – en raison de la présence de manganèse dans les raccordements et de l'utilisation de mercure dans le processus de potabilisation – et au non-respect des objectifs de qualité dans les stations d'assainissement[1507]. Elle soutenait que :

[1501] S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160, p. 257. C. LEBEN, *op. cit.,* note 1481.
[1502] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI, ARB/10/7*,* sentence du 8 juillet 2016, para. 291 ; S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160*,* p. 256 ; A. NEWCOMBE, *op. cit.,* note 1498, p. 30 ; T. VOON, A. MITCHELL, *op. cit.,* note 1380.
[1503] *Methanex Corp. c. États-Unis,* CNUDCI, *op. cit.,* note 1459. Dans le même sens, voir *Saluka Investments B. V. c. République Tchèque*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006. Dans le même sens, voir *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.,* note 1502, paras. 290, 292, 301 ; *Quiborax S. A. c. Bolivie,* CIRDI, ARB/06/2, 16 septembre 2015, para. 202.
[1504] *SAUR International c. Argentine,* CIRDI, ARB/04/4, sentence du 6 juin 2012, para. 335.
[1505] *Ibid.* para. 361.
[1506] *Ibid.*, para. 340.
[1507] *Ibid*, para. 342

> « *les agissements des autorités de la Province, en intervenant d'abord administrativement auprès de l'Entreprise concessionnaire puis en résiliant la Concession, étaient conformes aux obligations de garantir un droit fondamental de l'homme, l'approvisionnement en eau* »[1508].

Sur cette base, les actions prises par les autorités provinciales ne pouvaient tout simplement pas être qualifiées d'expropriations[1509]. Sur ce point, le tribunal a effectivement reconnu que :

> « *l'accès à l'eau potable constitue, du point de vue de l'État, un service public de première nécessité et, du point de vue du citoyen, un droit fondamental. Pour ce motif, en cette matière, l'ordre juridique peut et doit réserver à l'Autorité publique des fonctions légitimes de planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général* »[1510].

Le tribunal poursuit en précisant que ces « *pouvoirs spéciaux de réglementation et de police* » autorisaient l'État à « *interférer dans la gestion, voire même dans la propriété, de l'entreprise privée afin de redresser la situation* »[1511].

356. Il reste que, comme le relève Céline Lévesque, « *si la nécessité d'une catégorie de pouvoirs comme celle du pouvoir de police est … évidente, il est tout aussi évident que l'exercice de ce pouvoir ne peut, en toutes circonstances, permettre d'éviter la conclusion qu'une expropriation a eu lieu* »[1512]. Il serait en effet trop simple pour un État « *d'utiliser une mesure de police comme prétexte à une expropriation* »[1513]. C'est au fond ce qu'a rappelé le tribunal arbitral dans la sentence *Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine*, en estimant que la finalité d'intérêt public d'une mesure ne pouvait automatiquement conduire à déqualifier une mesure d'expropriation : si tel était le cas, aucune mesure d'expropriation ne pourrait être indemnisée[1514]. Ces mesures doivent respecter certaines conditions supplémentaires. Et en particulier, comme l'a souligné le tribunal *SAUR*, les prérogatives de l'État doivent être exercées « *de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de l'intérêt général, et sans que l'État ne se soit préalablement soustrait à ses obligations* »[1515]. En l'espèce, la

---

[1508] *Ibid.*
[1509] *Ibid.*
[1510] *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504, para. 328 (notes de bas de page omises).
[1511] *Ibid.* para. 396. Voir aussi, *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para. 140.
[1512] C. LÉVESQUE, *op. cit.,* note 1486, p. 72.
[1513] *Ibid.* Voir en ce sens la sentence *Pope & Talbot Inc., op. cit.,* note 756, para. 99.
[1514] *Compañia de Aguas del Aconquija, op. cit.*, note 601, para. 7.5.21. Rappelons qu'en l'espèce, le tribunal avait constaté l'existence d'une expropriation, les investisseurs ayant été radicalement dépossédés de l'utilisation et de la jouissance de leur investissement (paras. 7.5.29 et 7.5.34).
[1515] *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504*,* para. 401.

province s'était effectivement soustraite à ses obligations consignées dans le protocole relatif à la révision des tarifs d'eau[1516]. Par ce manquement, l'Argentine ne pouvait être considérée comme ayant légitimement usé de ses pouvoirs de police[1517]. Le tribunal a relevé que même si cela avait été le cas, cela n'aurait pas pour autant exonéré l'Argentine de son obligation d'indemnisation, l'article 5.2 du TBI entre la France et l'Argentine conditionnant la licéité des expropriations à l'octroi d'une indemnisation prompte et adéquate[1518]. Ainsi le tribunal conclut qu':

> « *il est indiscutable qu'un État souverain, pour cause d'utilité publique et agissant en défense de ce qu'il estime être l'intérêt général, peut décider à tout moment de nationaliser un service public essentiel comme l'est l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement. Mais, une fois l'investissement appartenant à un investisseur étranger protégé par l'APRI exproprié, l'État ne peut passer outre à son obligation internationale, énoncée par l'APRI lui-même, d'indemniser à leur valeur réelle les actifs dont elle a été privée, en particulier quand l'expropriation a été précédée d'une claire inexécution des engagements pris par la Province vis-à-vis de l'investisseur* »[1519].

En définitive, tout en reconnaissant de manière explicite et détaillée l'existence de prérogatives spécifiques en matière de réglementation des services d'eau, le tribunal de la sentence *SAUR c. Argentine* n'en tire aucune conséquence sur l'obligation d'indemniser. La formulation des clauses d'expropriation dans les accords d'investissement est plus que déterminante. Comme on le verra, certains États sécurisent dans leurs accords récents leur liberté de réglementer en excluant certaines mesures du champ de définition de l'expropriation[1520].

357. Il a été mis en avant le fait qu'une approche absolue des *police powers* – prenant exclusivement en compte la finalité de la mesure – aurait pour effet de créer une lacune importante dans la protection internationale des investisseurs étrangers contre l'expropriation[1521]. Ainsi, tout en reconnaissant la spécificité de la réglementation des fournisseurs de services publics d'eau, les tribunaux ont cherché à équilibrer l'exercice de cette prérogative avec les droits des investisseurs. Ainsi, lorsque l'exercice des prérogatives de l'État donne lieu à des restrictions disproportionnées sur l'investissement, l'investisseur doit être indemnisé[1522]. Sont concernées les atteintes substantielles et permanentes aux droits de

[1516] *Ibid.*, para. 402.
[1517] *Ibid.* para. 405.
[1518] *Ibid.*, paras. 406-407, paras. 412-413.
[1519] *Ibid.*, para. 413
[1520] Voir infra, para. 359.
[1521] Voir en ce sens la sentence *Pope & Talbot Inc., op. cit.,* note 756, para. 99.
[1522] *Técnicas medioambientales Tecmed S. A. c. Mexique, op. cit.,* note 752, para. 122.

l'investisseur qui le dépossèdent, de fait, de son investissement[1523]. En d'autres termes, l'interférence doit être telle que la valeur de l'investissement se trouve annihilée[1524]. De telles mesures sortent, en raison de leurs effets excessifs, de la catégorie des mesures prises dans l'exercice des *police powers* et basculent dans celles des mesures d'expropriation indirecte. Dans le différend *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentine*[1525], l'investisseur invoquait une expropriation indirecte résultant des effets cumulés des actions de la province du début à la fin de la concession, en particulier la modification unilatérale du contrat et l'accumulation des manquements des autorités[1526]. À juste titre, le tribunal s'est concentré sur l'impact de cette série d'actions sur l'investissement[1527]. Elles avaient eu pour conséquence de contraindre l'investisseur à mettre fin au contrat[1528] entraînant une dépossession de l'usage et de la jouissance de son investissement[1529]. Dans le différend *Suez Vivendi c. Argentine*, le tribunal s'est attaché dans un premier temps à qualifier la nature des mesures d'urgence économique et, dans un second temps, à examiner leurs effets sur l'investissement. Énonçant le droit légitime des États de réglementer et d'exercer leur pouvoir de police dans l'intérêt public[1530], il a rappelé que les mesures prises sur ce fondement devaient être différenciées des mesures d'expropriation[1531]. Il s'est ensuite attaché à examiner leur effet sur l'investissement. En l'espèce, bien qu'elles aient rendu la gestion et l'opération de la concession plus difficile en diminuant significativement sa rentabilité[1532], le tribunal a refusé de considérer que ces effets étaient constitutifs d'une expropriation indirecte[1533], cela parce qu'elles n'avaient pas eu pour conséquence de déposséder de manière permanente et substantielle l'investisseur de son investissement[1534]. L'analyse de l'effet apparaît en outre tout aussi pertinente lorsqu'il s'agit d'établir le lien de causalité entre les mesures litigieuses et le préjudice de l'investisseur. Ainsi, le tribunal du différend *Urbaser* a jugé que la situation des investisseurs résultait de facteurs indépendants des mesures prises par l'Argentine. La concession courait à sa perte du fait des

[1523] Voir en ce sens, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, paras 262-263 ; *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880, para. 191.
[1524] *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, paras 284-285.
[1525] *Compañia de Aguas del Aconquija, op. cit.,* note 601.
[1526] *Ibid.,* para. 5.3.17.
[1527] *Ibid.,* para. 7.5.20.
[1528] *Ibid.,* para. 7.5.33.
[1529] *Ibid.,* para. 7.5.34. Le tribunal a constaté que les actions de la province étaient destinées à mettre fin de manière illégitime à la concession et à forcer sa renégociation (para. 7.5.22)
[1530] *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para. 139.
[1531] *Ibid.*
[1532] *Ibid.*
[1533] *Ibid.,* para. 137.
[1534] *Ibid.*

nombreux manquements de l'investisseur, notamment en ce qui concernait ses obligations en matière d'expansion du réseau[1535].

358. La prise en compte de l'effet de la mesure sur l'investissement permet également d'introduire une analyse de proportionnalité dans le contentieux de l'expropriation. Benedict Kingsbury et Stephan Schill estiment qu'il est pertinent à cette fin de prendre en compte « *l'importance du droit affecté d'un côté et du droit et de l'intérêt protégé de l'autre, le degré d'interférence…la durée de l'interférence…la disponibilité de mesures alternatives qui pourraient être moins effectives, mais qui sont proportionnellement moins restrictives pour le droit affecté…* »[1536]. Qualifiant le critère de pouvoir de police de contradictoire et incertain, le tribunal du différend *Azurix* a proposé d'examiner la relation de proportionnalité d'une part entre la mesure et son impact sur l'investissement, d'autre part entre la mesure et l'objectif légitime poursuivi[1537]. Pour autant, le tribunal n'a pas développé une évaluation approfondie de la proportionnalité des mesures au regard de l'intérêt public qu'il s'agissait de protéger. Il s'est en effet limité à examiner les effets des actions de la province sur l'investissement. Et c'est parce que ces effets n'étaient pas suffisamment restrictifs sur l'investissement, que le tribunal a jugé que cela suffisait à conclure à l'absence d'expropriation[1538].

359. Dans leur pratique conventionnelle récente, les États cherchent à répondre au pouvoir « *quasi-prétorien* »[1539] dont les tribunaux arbitraux ont souvent fait preuve en balisant la marge d'interprétation de ces derniers. Dans ce cas, les mesures prises dans l'exercice des pouvoirs de police sont appréhendées en tant qu'exceptions à l'obligation d'indemniser. Autrement dit, les réglementations légitimes exclues de la qualification d'expropriation indirecte sont clairement spécifiées. Les objectifs légitimes admis par les modèles canadien et américain aux fins d'exclusion de la qualification d'expropriation indirecte sont les objectifs de bien-être public

[1535] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 1007-1008. Dans le même sens, voir *Biwater Gauff Limited c. Tanzanie*, *op. cit.,* note 1455.
[1536] B. KINGSBURY, S. W. SCHILL, « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest. The Concept of Proportionality », dans S. W. SCHILL (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law,* Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, p. 87.
[1537] La sentence renvoie à la sentence *Tecmed c. Mexico*, dans laquelle le tribunal s'est longuement attardé sur l'analyse des effets de la mesure sur l'investissement, sans accorder le même niveau de détail à l'examen de la finalité de la mesure et de son adéquation à la réalisation du but poursuivi (*Tecmed c. Mexique, op. cit.,* note 752). Voir C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment Law », dans A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (dir.)., *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2018, p. 333.
[1538] *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878, para. 322.
[1539] S. ROBERT-CUENDET *op. cit.,* note 1485, p. 555.

comme la santé, la sécurité ou l'environnement, ce qui confirme encore le statut spécifique de ces enjeux en droit international des investissements[1540]. Ces mesures non-discriminatoires sont réputées non expropriatrices, « *sauf en de rares circonstances* »[1541]. La référence à de « *rares circonstances* », non précisées par ailleurs, signifie que l'exclusion est loin d'être absolue. Ce type de dispositions ne créent en réalité *« qu'une présomption simple en faveur des règlementations légitimes, qui peut être écartée par les règles de l'expropriation indirecte* »[1542]. Le paragraphe 3 de l'annexe 8-A de l'AECG dédiée à l'expropriation est plus précis en énonçant que :

> « *sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte* »[1543].

Cela signifie qu'*a contrario*, dès lors qu'elles sont manifestement excessives, elles relèvent de la catégorie des expropriations indirectes. Seuls quelques rares accords font de ces réglementations d'intérêt public des exceptions absolues à l'obligation d'indemniser. On citera l'Accord d'investissement du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (ci-après, « Accord d'investissement du COMESA »)[1544], le Code panafricain d'investissements[1545] ainsi que l'Accord global sur l'investissement de l'ASEAN[1546], qui en n'intégrant pas l'expression « *sauf en de rares cas* » ont le mérite de créer « *une barrière hermétique et définitive entre l'expropriation indirecte et certaines règlementations étatiques* »[1547].

[1540] États-Unis, 2012 Model BIT, Annexe B, para. (4) (b) https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (consulté le 24 juin 2021).
[1541] *Ibid.*
[1542] S. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1474, p. 84.
[1543] AECG, *op. cit.,* note 649, annexe 8-A relative à l'expropriation, point 3.
[1544] Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Nairobi, 23 mai 2007, article 20 (8) : « *Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Articl*e ».
[1545] Code panafricain d'investissements, article 11.3 : « *Toute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par un État membre, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte au titre du présent Code* ». Pour une analyse du code panafricain, voir M. M. MBENGUE, S. SCHACHERER, « The 'Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *JWIT,* 2017, vol.18, n° 3, pp. 414-448.
[1546] ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 26 février 2009, annexe 2(4) : « *Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2* ».
[1547] S. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1474, p. 86.

360. Ainsi, les tribunaux arbitraux n'ont eu aucune difficulté à affirmer la spécificité des pouvoirs de l'État en tant que régulateur des services d'eau. Mais ils ont refusé de leur conférer un caractère absolu. Nous retraçons dans le paragraphe suivant la reconnaissance progressive de la pertinence des droits de l'homme dans la résolution des différends relatifs aux investissements dans les services publics de l'eau.

B. Une prise en compte insuffisante de l'obligation internationale de réglementer les fournisseurs de services d'eau

361. La pertinence des droits de l'homme a longtemps été ignorée dans le contentieux de l'investissement ou, au mieux, appréhendée de manière anecdotique[1548]. Il est vrai que les États ont dans un premier temps été réticents à fonder leurs défenses sur leur obligation de réglementer les droits de l'homme. Il s'agissait avant tout, comme le souligne Attila Tanzi, d'éviter de nourrir des réclamations à leur encontre[1549]. Dans le différend l'ayant opposé à *Azurix*, l'Argentine soutenait que l'incompatibilité entre le TBI conclu avec les États-Unis et les traités en matière de droits de l'homme « *protégeant les droits des consommateurs* » devait être réglée au profit de ces derniers[1550]. On remarquera la formulation très prudente de l'Argentine qui se garde bien d'évoquer le droit de l'homme à l'eau. Le tribunal s'est contenté de relever que l'Argentine n'avait pas suffisamment explicité la teneur de l'incompatibilité entre les différentes sources d'obligations[1551]. Dans le même sens, le comité ad hoc saisi de la demande d'annulation de la sentence *Compañía de Aguas del Aconquija S. A et Vivendi Universal S. A.* a ignoré l'argument avancé par ce même État selon lequel le tribunal avait méconnu un enjeu central du différend, à savoir qu'il portait sur le « *droit à l'eau en tant que droit de l'homme essentiel »*[1552]. Il a jugé que seuls les arguments *« fondamentaux* » devaient être traités, laissant entendre que ceux portant sur le droit de l'homme à l'eau ne l'étaient pas[1553].

[1548] O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 565.
[1549] A. TANZI, « On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* 2012, vol. 11, n° 1, p. 52.
[1550] *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878, para. 254, ndbp omises.
[1551] *Ibid.*, para. 261.
[1552] *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. c. Argentine*, CIRDI, ARB/97/3, décision sur la demande d'annulation de la sentence rendue le 20 août 2007 de l'Argentine, 10 août 2010, para. 57.
[1553] *Ibid.*, para. 248.

362. La réticence des tribunaux arbitraux s'explique pour la raison suivante : ils semblent avoir opéré une fusion entre droit applicable et compétence. Il est vrai que la résolution des différends d'investissement s'opère dans le strict cadre du consentement des parties formalisé dans l'accord prévoyant le recours à l'arbitrage et sur la base du droit applicable. Les tribunaux arbitraux semblent avoir craint d'excéder leur compétence en intégrant des considérations relatives aux droits de l'homme à la résolution des différends. Dans ce sens, la formulation de la clause compromissoire définirait le champ de la compétence du tribunal[1554]. Une telle assimilation est entretenue par certains traités qui appréhendent ces deux questions dans une seule et même disposition[1555].

363. Il n'y a pourtant pas d'obstacle *a priori* à ce que les tribunaux arbitraux fassent appel à des règles externes, et en particulier au droit international des droits de l'homme[1556]. L'arbitrage d'investissement se caractérise par la grande liberté laissée aux parties en matière de droit applicable. Les tribunaux arbitraux sont appelés à statuer sur les différends, aux termes de l'article 42(1) de la Convention de Washington, « *conformément aux règles de droit adoptées par les parties* ». Les clauses de droit applicable peuvent désigner le droit interne, le droit international ou les deux. À cet égard, la référence aux « *règles de droit* » introduit une certaine souplesse en ouvrant la possibilité de choisir l'ensemble des règles d'un système juridique donné – partie ou non au litige – le droit international, ou encore « *un assortiment de règles nationales, un panel de règles internationales ou un combiné des deux* »[1557]. La pratique conventionnelle en la matière est hétérogène[1558]. En l'absence de choix des parties, la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention prévoit que le tribunal appliquera « *le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que*

[1554] Voir en ce sens C. REINER, C. SCHREUER, « Human Rights and International Investment Arbitration », dans P.-M. DUPUY, F. FRANCIONI, E.-U. Petersmann (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration,* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 83.
[1555] J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 100. L'auteur donne en exemple l'article 26 du traité sur la charte de l'énergie.
[1556] E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *op. cit.,* note 880, p. 398.
[1557] R. RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », dans S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements. Perspectives croisées*, *op. cit.,* note 531, p. 449. On notera que la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI faisant référence à la « loi » a été révisée en vue d'intégrer le terme de « règles de droit ». On notera néanmoins qu'à défaut de choix des parties, le texte prévoit que le tribunal appliquera la « loi » qu'il estime appropriée au cas d'espèce (CNUDCI, Règlement d'arbitrage, version révisée, 2010, article 35(1) ; Voir CNUDCI Working Group II (Arbitration), note by the Secretariat, Settlement of Commercial Disputes. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, forty-fifth session, Vienne, 11–15 Septembre 2006, A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, para. 30).
[1558] Voir la revue proposée par Z. DOUGLAS, *op. cit.,* note 857, pp. 42-49.

les principes de droit international en la matière »[1559]. Il est aujourd'hui largement admis que cela autorise un tribunal arbitral à appliquer, au-delà du traité bilatéral ou du contrat pertinent, des règles appartenant à un autre sous-système, en particulier le droit international des droits de l'homme[1560]. Ceci est d'ailleurs confirmé par les travaux préparatoires à la Convention CIRDI qui indiquent que le terme « *droit international* » doit être interprété conformément au sens donné par l'article 38(1) du statut de la Cour internationale de Justice[1561]. Certaines sentences récentes reconnaissent que le droit international des investissements ne saurait être lu et interprété de manière cliniquement isolée[1562]. En définitive, la limitation de la compétence des tribunaux internationaux à une catégorie spécifique de différends découlant de traités particuliers n'implique en aucun cas une restriction du champ du droit applicable dans l'interprétation et l'application de tels traités[1563]. Ce raisonnement a été validé dans la jurisprudence arbitrale qui, en de nombreuses occasions, a affirmé que le droit international des investissements n'était pas un régime juridique autonome[1564].

364. Dans la sentence *SAUR c. Argentine*, le tribunal a reconnu que :

> « *les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international »*[1565].

De même dans la sentence *Suez Vivendi c. Argentine,* le tribunal a reconnu l'existence d'obligations en matière de droit de l'homme et d'accès à l'eau pesant sur l'État[1566]. Il reste que ces reconnaissances n'ont pas influencé l'interprétation menée par les tribunaux des clauses des

---

[1559] Est visée l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas d'accord entre les parties ou celle dans laquelle les parties font le choix d'appliquer le droit interne et le droit international. Voir E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *op. cit.,* note 880, p. 375.
[1560] S. KARAMANIA, « The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration », *Lewis & Clark Law Review*, 2013, vol. 17, n° 2, p.433; V. KUBE, E.-U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *Asian Journal of WTO an International Health Law and Policy,* 2016, vol. 11, n° 1, pp. 65-114.
[1561] L'article 38 vise les règles de droit international contenues dans les traités, le droit coutumier et les principes généraux reconnus par les nations civilisées. Voir CIRDI, *History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Volume II-1, Documents 1-43, Washington D. C., CIRDI, 1968, p. 630.
[1562] Voir par exemple, *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 55 ; *National Grid plc. c. Argentine*, sentence CNUDCI du 3 novembre 2008, para. 87 ; *El Paso Energy International Company c. Argentine,* CIRDI, ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, para. 131.
[1563] Commission du droit international, *op. cit.,* note 1422, para. 45.
[1564] Voir par exemple, *Urbaser S. A. c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 55 ; *National Grid plc c. Argentine*, *op. cit.,* note 1562, para. 87 ; *El Paso Energy International Company c. Argentine, op. cit.,* note 1562, para. 131.
[1565] *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504, para. 330 (notes de bas de page omises).
[1566] *Suez Vivendi. op. cit.,* note 852*,* para. 262.

TBI. Dans le différend *Suez Vivendi*, l'Argentine, soutenue par les *amicus curiae*, avançait l'existence d'une incompatibilité entre d'un côté ses obligations en matière de droits de l'homme, et de l'autre ses obligations conventionnelles en matière de protection des investissements, en vue d'être dégagée de sa responsabilité internationale. L'enjeu de continuité de l'approvisionnement des populations en eau potable justifiait la prise de mesures non conformes à ses obligations en matière de protection des investissements[1567]. Dès lors, le conflit entre d'un côté, les dispositions du TBI et, de l'autre, les droits de l'homme que les mesures d'urgence économique contribuaient à protéger, devait être tranché en faveur de ces derniers[1568]. L'Argentine retenait ainsi une approche stricte du conflit selon laquelle elle ne pouvait respecter une obligation internationale « *uniquement en s'abstenant de respecter l'autre* »[1569]. Dans le même sens, elle soutenait dans le différend l'opposant à *SAUR* que ses obligations en matière de droit de l'homme, ayant valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique argentin, devaient guider l'interprétation du TBI[1570]. Sur cette base, les actions prises par les autorités en vue de se conformer à ces obligations ne pouvaient tout simplement pas être considérées comme constitutives d'expropriation[1571]. Les tribunaux arbitraux ont écarté l'existence d'une incompatibilité. Dans la sentence *Suez Vivendi*, il a été considéré que l'Argentine était soumise aux obligations en matière de protection des investissements et de garantie des droits de l'homme et se devait de les respecter de la même manière. Ces deux sources d'obligations n'étant pas contradictoires, l'Argentine aurait pu respecter les deux, simultanément[1572]. Dans la sentence *SAUR*, le tribunal a contourné la question de la positivité du droit de l'homme à l'eau en appréhendant l'accès à l'eau en tant que « *service public de première nécessité* »[1573] et « *droit fondamental* »[1574]. Il s'est refusé à analyser plus avant l'articulation entre droit à l'eau et protection des investissements en se contentant d'énoncer que le « *droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI [opéraient] sur des plans différents* »[1575]. Le tribunal a reconnu que la protection des droits de l'homme faisait partie des objectifs justifiant l'exercice de pouvoirs de police. Mais, il n'en a tiré aucune conséquence opérationnelle, sinon que ces prérogatives

[1567] *Ibid*.
[1568] *Ibid.*, para. 252. Elle a soutenu la même idée dans le différend qui l'a opposé à *Impregilo* (*Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, paras 228, 230).
[1569] Commission du droit international, *op. cit.,* note 1422, para. 24.
[1570] *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504, para. 328.
[1571] *Ibid.*
[1572] *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852*,* para. 262.
[1573] *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504, para. 330.
[1574] *Ibid.*
[1575] *Ibid.*, para. 331.

devaient être conjuguées « *avec le respect des droits et des garanties octroyés à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI* »[1576].

365. Au-delà des différends d'investissements dans le secteur de l'eau, les tribunaux arbitraux confrontés à un conflit n'ont affirmé la priorité d'une norme sur une autre que dans des cas particuliers et limités, notamment lorsque le TBI applicable incluait une règle de conflit spécifique[1577], dans l'hypothèse de violations de « *l'ordre public transnational* »[1578] ou de normes de *jus cogens*[1579]. Nous rejoignons Bruno Simma qui suggère, afin de régler les conflits, de hiérarchiser les motivations politiques qui sous-tendent la protection des droits de l'homme d'un côté et la protection des investissements de l'autre. Si les droits de l'homme sont indispensables à la dignité humaine, les droits des investisseurs, créés et susceptibles d'être modifiés par les États, ont pour objectif la satisfaction d'objectifs économiques et de développement[1580]. Cela plaide en faveur d'une priorité donnée aux obligations de l'État en matière de droits de l'homme, en particulier lorsque les obligations relatives aux obligations fondamentales minimales sont affectées[1581]. Les tribunaux arbitraux *Suez Vivendi* et *SAUR* auraient pu, au moins, reconnaître les tensions entre ces divers corps de normes et faire appel au principe d'intégration systémique logé dans l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour tenter de mieux concilier les deux sources d'obligations. On peut penser qu'en poursuivant cette démarche, ils n'auraient pu ignorer l'importance et la légitimité de l'objectif poursuivi. Mais cela est loin d'être certain, comme en atteste le différend *Compañia Del Desarrollo de Santa Elena* portant sur un investissement dans le secteur du tourisme. Dans cette affaire, le tribunal a considéré que le fait que la mesure de protection de l'environnement en cause avait été prise par le Costa Rica en vue de se conformer à une obligation internationale n'affectait en rien sa nature expropriatrice et l'obligation d'indemniser l'investisseur[1582].

[1576] *Ibid.* (notes de bas de page omises).
[1577] *SD Myers Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 756, para. 214.
[1578] *World Duty Free c. Kenya*, CIRDI, ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, para 157.
[1579] *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, CIRDI, ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, paras. 75-78.
[1580] Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *Human Rights, Trade and Investment,* E/CN/4/Sub.2/2003/9 du 2 juillet 2003, para. 24.
[1581] B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration: a Place for Human Rights ? », *ICLQ,* 2011, vol. 60, n° 3, p. 591. Voir chapitre IV.
[1582] *Compañia Del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, CIRDI, ARB/96/1, 17 février 2000, para. 71.

366. Dans la récente sentence *Urbaser c. Argentine,* le tribunal s'est expressément référé à l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Il est vrai que l'article X (5) du TBI entre l'Espagne et l'Argentine applicable en faisant référence aux « *autres traités en vigueur entre les Parties* » et aux « *principes généraux du droit international* » rejette lui-même toute interprétation isolée[1583]. Le tribunal a insisté sur la nécessité de prendre en compte et d'interpréter le TBI, le droit argentin et le droit international général, y compris le droit international des droits de l'homme conjointement, et cela de manière harmonieuse et de façon à ce qu'aucune source n'annule l'autre[1584]. L'obligation de réglementer pesant sur l'Argentine en matière de droits de l'homme a été reconnue, mais cela dans le contexte de la demande reconventionnelle formée par cet État à l'encontre de l'investisseur. Pour le tribunal, le processus de délégation de service public, à l'origine de l'investissement d'*Urbaser*, s'inscrivait dans l'obligation internationale de l'État de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la santé et à la garantie de l'accès à l'eau[1585]. La sentence a un caractère inédit car, pour la première fois, un tribunal arbitral précise la nature des obligations pesant sur l'État en matière de droits de l'homme, à savoir l'obligation de fournir à toutes personnes se trouvant sur son territoire un accès à une eau salubre et à l'assainissement[1586]. Mais cette analyse est intervenue dans le cadre de la demande reconventionnelle de l'Argentine et, comme nous le verrons en détail dans le chapitre suivant, il s'agissait alors dans ce contexte de déterminer l'existence d'obligations pesant sur l'investisseur en matière de droit international des droits de l'homme. Pour cela, le tribunal ne s'est pas aventuré à analyser plus avant l'articulation entre l'obligation de réglementer de l'État découlant du droit international des droits de l'homme et l'obligation de protéger découlant du droit international des investissements.

367. Les tribunaux arbitraux amenés à trancher des différends relatifs aux investissements dans le secteur des services de distribution d'eau potable et d'assainissement se sont montrés sensibles à la singularité de ces activités, à la fois activités économiques et missions d'intérêt public exigeant à ce titre un certain contrôle de l'État. Il reste que, comme nous nous sommes attachés à le démontrer, l'exercice par l'État de ses pouvoirs spéciaux est encadré par les principes et standards de traitement auxquels il s'est engagé conventionnellement. Les États sont, en outre, autorisés à déroger à leurs obligations internationales en vue de protéger un

[1583] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303*,* para. 1201.
[1584] *Ibid.,* para. 1200.
[1585] *Ibid.*, para. 622.
[1586] *Ibid.,* para. 1205.

intérêt aussi légitime que l'accès de la population à un service public essentiel. Certains différends d'investissements dans le secteur des services d'eau impliquant l'Argentine ont pris naissance dans un contexte de crise politique, économique et sociale, dans lequel la continuité de l'approvisionnement en eau de la population était en jeu. Dans des circonstances aussi exceptionnelles, les garanties offertes par les TBI aux investisseurs étrangers ne sauraient être absolues. Il reste que le droit des États de déroger à leurs obligations en matière de protection des investissements étrangers est encadré par des conditions strictes.

III. Le droit limité des États de déroger à leurs obligations en matière de protection des investissements en vue d'assurer la continuité des services publics d'eau

368. Dans les différends relatifs aux services publics de l'eau, l'Argentine a invoqué l'état de nécessité, défense dont les conditions de validité se sont avérées impossibles à satisfaire dans un contexte de crise économique (A). Les clauses d'exceptions générales inspirées du droit de l'OMC intégrées dans les AII de nouvelle génération ouvrent la porte à une approche plus souple du lien de nécessité requis entre l'intérêt légitime poursuivi et la violation des obligations conventionnelles. On peut s'interroger, de *lege ferenda,* sur la manière dont ces clauses pourraient été interprétées dans les différends d'investissement dans le secteur des services d'eau (B).

A. La difficile validation des défenses fondées sur l'état de nécessité

369. La préservation de l'accessibilité économique des services d'eau constitue un intérêt essentiel de l'État au sens de l'article 25 des projets d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (1). L'exigence de l'exclusivité du moyen utilisé, critère particulièrement rigide, a fait échec aux invocations de l'état de nécessité (2).

1) La préservation de l'accessibilité économique des services d'eau en tant qu'intérêt essentiel de l'État

370. Dans les différends qui l'ont opposé à *Suez Interaguas*, *Suez Vivendi*, *Impregilo* et *Urbaser*, l'Argentine s'appuyait sur les règles du droit international coutumier, en particulier

l'état de nécessité, pour justifier ses mesures d'urgence économique[1587]. Elle soutenait qu'elle n'avait pas d'autre moyen à sa disposition pour préserver ses intérêts essentiels que de violer ses obligations en matière de protection des investissements étrangers. La prise de mesures d'urgence économique était nécessaire à la préservation de sa stabilité politique, économique et sociale[1588]. En particulier, la pesification de l'économie était indispensable à la garantie de l'accessibilité économique des services publics[1589].

371. L'article 25 des projets d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite pose une série de conditions cumulatives devant être satisfaites par l'État invoquant l'état de nécessité[1590]. Ainsi, il ne peut être invoqué que dans la mesure où ce fait constitue « *le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent* » [1591]. L'État ne peut invoquer cette circonstance que dans l'hypothèse où ce fait « *ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble* »[1592]. L'état de nécessité ne peut en outre être convoqué si « *l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité* » ou « *si l'État a contribué à la survenance de cette situation* »[1593]. Alors que les clauses de sauvegarde ou d'exceptions générales font sortir certaines actions de l'État du champ de ses obligations en matière de protection des investissements, l'état de nécessité fournit une excuse à la violation du traité[1594]. L'état de

[1587] Elle a eu recours à cette défense dans d'autres différends relatifs aux services publics. La défense de l'Argentine fondée sur l'état de nécessité a été admise dans les sentences *Continental Casualty Company c. Argentine* (CIRDI, ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008) et *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880). En revanche, il n'a pas été fait droit à l'argumentaire de l'Argentine dans les décisions *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1523 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880) ; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473.

[1588] Voir par exemple *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *Ibid.*, paras. 304-305.

[1589] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 723.

[1590] Résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, 12 décembre 2001 ; J. CRAWFORD, *Les articles de la Commission du Droit International sur la Responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires,* Paris, Pedone, 2001. Les racines historiques de la défense de nécessité sont intimement liées à la doctrine de la force majeure. Il faut les distinguer puisque la nécessité implique une action volontaire de la part de l'État tandis que la force majeure, un évènement externe imprévu et inévitable. S'il a longtemps été fait recours à ces deux défenses de manière interchangeable, les États les utilisent désormais de manière distincte. Voir A. K. BJORKLUND, « Economic Security Defences in International Investment Law », *Yearbook on International Law and Policy 2008-2009*, pp. 481-482

[1591] *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ibid.,* article 25.

[1592] *Ibid*.

[1593] *Ibid.*

[1594] W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times. The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, n° 2, pp. 332-335.

nécessité a pu être qualifié de circonstance excluant l'illicéité[1595], qualification rejetée par une partie de la doctrine qui l'appréhende plutôt comme une circonstance atténuant la responsabilité[1596]. Ce raisonnement est d'ailleurs validé par l'article 27 du projet d'Articles sur la responsabilité de l'État, qui fait subsister l'obligation d'indemniser en cas de validation de la circonstance[1597]. Les sentences arbitrales précitées insistent toutes sur la dimension exceptionnelle d'une situation d'état de nécessité. La sévérité d'une crise, quel que soit son degré, ne suffit pas, en soit, pour valider un moyen fondé sur l'état de nécessité[1598].

372. Les Articles de la CDI ne fournissent pas de liste limitative des intérêts et objectifs légitimes susceptibles d'être protégés. Leur définition est laissée ouverte, ceci pour la simple raison que leur détermination ne peut s'apprécier qu'« *en fonction des conditions dans lesquelles un État se trouve dans les différentes situations concrètes* »[1599]. Des enjeux autres que ceux tenant à la préservation de l'État en matière de sécurité *stricto sensu* ont progressivement été admis en tant qu'intérêts essentiels[1600]. Il en est ainsi de la sauvegarde des intérêts économiques[1601] et écologiques des États[1602]. La lecture des travaux préparatoires aux Articles de la CDI indique que la continuité des services publics fait bien partie de ces intérêts essentiels. En effet, il y est précisé que la sauvegarde de l'intérêt essentiel d'un État implique notamment sa survie économique et politique ainsi que le *« fonctionnement continu de ses services essentiels »*[1603]. Les sentences *Suez Vivendi*, *Suez Interaguas*, *Impregilo* et *Urbaser*

[1595] *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.,* note 921, para. 51 : « *L'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité* ».
[1596] T. CHRISTAKIS, « Les circonstances excluant l'illicéité : une illusion optique ? », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon,* Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 206 et s. ; T. CHRISTAKIS, « Nécessité n'a pas de loi ? La nécessité en droit international », dans *La nécessité en droit international. Colloque de la Société Française pour le Droit International, Grenoble,* Paris, Pedone, 2007, pp. 47-63.
[1597] S. CASSELLA, *L'état de nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Nijhoff, 2011, pp. 445 et s. ; T. CHRISTAKIS, « 'Nécessité n'a pas de loi' ? … », *ibid.*, pp. 51-54.
[1598] *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 344 ; *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, para. 236 ; *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para. 258.
[1599] Documents de la trente-deuxième session, *Ann. CDI,* 1980, vol. II, 2ème Partie, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1, p. 48, para. 32.
[1600] Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale, Document A/CN.4/318/Add.5 à 7, *Ann. CDI*, 1980, vol. II, 1ère Partie, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1); Voir aussi, CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Recueil,* 1986, para 224 : « *Toutefois la notion d'intérêts vitaux en matière de sécurité déborde certainement la notion d'agression armée et a reçu dans l'histoire des interprétations fort extensives* ».
[1601] CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis)*, arrêt du 6 novembre 2003, *CIJ Recueil* 2003, para. 73. En l'espèce, il s'agissait de la sécurité des navires et de la continuité du commerce maritime
[1602] CIJ, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.,* note 921, para. 40. Voir M. VASILJEVIC, M. JOVANOCIC, « Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law », *Annals of the Faculty of Law in Belgrade. International Edition,* vol. 2016, p. 11 ; T. CHRISTAKIS, *op. cit.,* note 1596, p. 24.
[1603] Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, *op. cit.,* note 1600, para. 2.

sont toutes allées en ce sens[1604]. Dans les deux premières sentences, les tribunaux arbitraux se sont attachés au caractère vital pour la santé et le bien-être de la population de la fourniture de services publics d'eau potable et d'assainissement[1605]. Le tribunal *Impregilo* a ainsi interprété l'article 25 des Articles comme embrassant non seulement des intérêts liés à l'existence et l'indépendance de l'État, mais aussi « *des intérêts subsidiaires non moins essentiels, tel que la préservation de la stabilité sociale, économique et environnementale de l'État, ainsi que sa capacité à satisfaire les besoins fondamentaux de sa population* »[1606]. Dans cette affaire, le tribunal arbitral s'est livré à une analyse plus précise que celle conduite dans les sentences *Suez*. Il a cherché à savoir si la situation économique de l'Argentine était de nature à mettre en péril de manière grave et imminente ses intérêts essentiels[1607]. Pour ce faire, il s'est appuyé sur un certain nombre d'éléments factuels, tels que les retraits massifs par les particuliers de leurs économies des banques en 2001 et leurs conséquences – notamment, les restrictions sur les retraits et l'interdiction des transferts de devises à l'étranger –, la crise politique ayant mené à la démission du Président Rua, ainsi que le défaut de l'Argentine sur ses obligations internationales et sa dette publique[1608].

373. La garantie de l'accessibilité économique des services d'eau fait partie des intérêts essentiels qu'un État peut protéger dans le cadre de la défense de nécessité. L'État doit démontrer que cette violation constitue le seul moyen de protéger cet intérêt, et c'est précisément sur ce critère particulièrement rigide et intrusif que les invocations de la défense ont échoué.

2) La rigidité du lien de nécessité : le critère de l'exclusivité du moyen utilisé

374. Le test mené dans le cadre de la défense fondée sur l'état de nécessité est très intrusif car il implique de rechercher l'existence de mesures alternatives permettant de sauvegarder l'intérêt essentiel. Il s'agit avec ce test de limiter le risque d'abus[1609]. L'État invoquant l'état de nécessité doit prouver qu'il n'avait pas d'autre choix que de violer ses obligations

[1604] *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, para. 238 ; *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para 260 ; *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 346 ; *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 709 et s.
[1605] *Suez Interaguas*, *ibid.* para. 238.
[1606] *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 346 (note de bas de page omise).
[1607] *Ibid.*, para. 347.
[1608] *Ibid.*, paras. 348-350
[1609] T. CHRISTAKIS, *op. cit.,* note 1596, p. 27.

internationales. Ce critère est quasiment impossible à satisfaire[1610]. Les contentieux d'investissements relatifs aux services publics argentins montrent surtout que ce critère est bien trop strict et inadapté aux situations de crises économiques graves[1611]. Andreas Bjorklund relève à cet égard que les sentences rendues suggèrent que l'état de nécessité peut simplement et systématiquement être écarté à partir du moment où il peut être démontré que l'État avait à disposition d'autres mesures que celles adoptées[1612]. Dans cette optique, on voit difficilement comment l'Argentine aurait pu voir sa responsabilité atténuée étant donné l'existence d'une pluralité de mesures alternatives, et cela en particulier lorsqu'il s'agit d'assurer l'accessibilité économique des services[1613].

375. Les tribunaux arbitraux ont par ailleurs refusé d'intégrer dans leur appréciation de l'exclusivité de la mesure, des considérations tenant à sa faisabilité, à l'image de l'interprétation que les organes de règlement de l'OMC ont progressivement développé pour ce qui est des exceptions générales du GATT[1614]. Les tribunaux des différends *Suez Interaguas* et *AWG* ont ainsi cherché à déterminer si les autorités argentines auraient pu recourir à une mesure autre que le gel des tarifs de l'eau potable pour préserver l'accessibilité économique de la population à ce service essentiel. Les tribunaux ont estimé que les autorités avaient à disposition des mesures alternatives – comme le recours à un tarif social ou aux subventions – qui auraient moins affecté les intérêts économiques du concessionnaire[1615]. Or, on ne voit pas très bien comment l'Argentine aurait pu recourir à des dispositifs aussi coûteux alors qu'elle affrontait une crise budgétaire particulièrement sévère. Rappelons que dans l'affaire *Suez Vivendi*[1616], l'Argentine et les *amicus* arguaient que le conflit entre obligations découlant du droit international des droits de l'homme et normes de protection des investissements étrangers devait être résolu en faveur des premières. Le tribunal a certes reconnu le caractère vital de l'approvisionnement en eau pour le bien-être et la santé de la population[1617], mais il a refusé de

[1610] G. SACERDOTI, « The Application of BITs in Time of Economic Crisis. Limits to their Coverage, Necessity and the Relevance of WTO Law », dans G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (dir.), *General Interests of Host States in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 12.
[1611] A. REINISCH, « Necessity in Investment Arbitration », *NYIL,* 2010, vol. 41, n° 1, pp. 137-159 ; M. STEVENS, A. BJORKLUND, M. CARLSON, A. DE GRAMONT, « Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law? » dans T. WEILER (dir.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 189-209, p. 198.
[1612] A. BJORKLUND, *op. cit.,* note 1590, p. 485.
[1613] C. HENCKELS, *op. cit.,* note 1377, p. 213.
[1614] Voir supra, para. 333.
[1615] *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, paras 215-228.
[1616] *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852.
[1617] *Ibid.*, para. 260.

considérer l'adoption de mesures violant le droit des investisseurs à un traitement juste et équitable comme étant le seul moyen dont disposait l'Argentine pour assurer la continuité de l'approvisionnement en eau[1618]. Il a jugé que cet intérêt essentiel pouvait être satisfait en recourant à des moyens plus flexibles, tout en se gardant d'en dire davantage sur ces voies alternatives[1619].

376. Ce test s'avère donc particulièrement rigide. L'interférence provoquée dans l'autonomie réglementaire est d'autant plus importante que la validation de la défense de nécessité suppose de l'État l'invoquant qu'il n'ait pas substantiellement contribué à la situation d'urgence. Ce critère illustre encore la quasi-impossibilité de faire prospérer avec succès une argumentation fondée sur l'état de nécessité en vue de justifier des mesures prises dans un contexte de crise économique, ces crises résultant souvent d'une « *négligence contributive* » des États pour reprendre l'expression de Jean Salmon[1620]. Les tribunaux *Suez Vivendi*, *Suez Interaguas* et *Impregilo* ont tous jugé que l'Argentine avait contribué à la survenance de la crise[1621]. Ces tribunaux ont certes introduit un critère tenant à l'importance de la contribution étatique à la situation ; elle doit être substantielle[1622]. Il n'en demeure pas moins qu'ils se sont livrés à des examens intrusifs des choix de politiques économiques de l'Argentine[1623]. Parmi les facteurs imputables à cet État, ont été relevés les dépenses publiques excessives, le recouvrement inefficient de l'impôt, ou encore les délais excessifs pour répondre aux premières manifestations de la crise[1624]. S'ils ont également identifié des causes exogènes[1625], ces tribunaux ont souligné que leur existence ne pouvait exclure automatiquement la responsabilité de l'État dans la survenance de la situation[1626]. Considérant que les politiques économiques menées par le gouvernement argentin avaient largement contribué à la crise[1627], ils ont rejeté la

[1618] *Ibid.*
[1619] *Ibid*., paras. 260, 265.
[1620] J. SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international », dans J. MAKARCZYK (dir.), *Essays in International Law in Honor of Judge Manfred Lachs,* La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 269.
[1621] *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, paras 242-243 ; *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, paras 264-265 ; *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para 358.
[1622] *Suez Interaguas c. Argentine*, *ibid.*, para. 242 ; *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para. 264.
[1623] *Suez Interaguas*, *ibid.*
[1624] *Suez Vivendi,* note 852, para. 264 ; voir aussi *Suez Interaguas*, *ibid.,* para. 241.
[1625] *Ibid.*
[1626] *Ibid.*, para. 264. Dans sa décision sur la demande d'annulation présentée par l'Argentine dans le différend Suez *Interaguas*, le comité ad hoc a considéré que le tribunal n'avait pas manifestement excédé ses pouvoirs dans l'application de la condition de « *non-contribution* ». Le tribunal a établi le standard pertinent, en l'occurrence le point de savoir si la contribution de l'Argentine était suffisamment substantielle pour exclure la défense de nécessité (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua S. A. c. Argentine,* CIRDI, ARB/03/17, comité ad hoc, décision sur la demande d'annulation présentée par l'Argentine, 14 décembre 2018, para. 184.
[1627] *Suez Interaguas c. Argentine*, para. 242.

défense de nécessité[1628]. Dans la sentence *Impregilo c. Argentine*, le tribunal s'est dit convaincu par « *les preuves substantielles fournies par Impregilo que les politiques économiques menées par l'Argentine durant plusieurs années antérieurement à la crise ont rendu l'économie de ce pays vulnérable aux chocs et pressions exogènes* »[1629]. Selon le tribunal, ces politiques économiques « *ont affecté de manière significative la soutenabilité [du] modèle économique [argentin]aux niveau national et local* »[1630]. La majorité du tribunal arbitral a pour cette raison rejeté l'état de nécessité[1631], tandis que l'arbitre Brigitte Stern, pour sa part, fait état dans la sentence de ses doutes quant au caractère substantiel de la contribution étatique à la crise[1632].

377. Sur ce point, la solution retenue dans le différend *Urbaser* se démarque[1633]. Le tribunal s'est en effet attaché à identifier un lien de causalité étroit entre les choix de politique économique de l'Argentine et la survenance de la situation de nécessité[1634]. Il s'agissait de démontrer que les actions et la politique économique de l'État argentin avaient directement conduit à la survenance de la crise. Le tribunal a jugé que l'existence de causes internes à la crise ne suffisait pas à démontrer l'existence d'une contribution de l'État à la situation de nécessité[1635]. L'exigence de contribution substantielle nécessite de prouver un élément intentionnel, autrement dit, que le gouvernement avait pleinement conscience que sa politique économique mènerait à la crise. En l'espèce, le tribunal arbitral a relevé que si les politiques conduites durant les années 1990 ont fragilisé l'économie argentine[1636], elles n'avaient pas directement provoqué la crise de 2001[1637]. Le tribunal reconnaît ainsi que l'Argentine se trouvait dans une situation de nécessité, mais seulement sur une courte période. Se fondant sur l'opinion d'un expert confirmant que l'Argentine n'avait pas d'autre choix que de procéder à la dévaluation, à la suspension du paiement de la dette et à la pesification de l'économie, le tribunal a conclu qu'il existait bien une situation de nécessité justifiant la promulgation des mesures d'urgence de janvier 2002[1638]. Notons que le tribunal a intégré un critère temporel dans l'appréciation de l'exclusivité. Il a en effet relevé que lorsque des mesures étaient justifiées par l'absence de moyens alternatifs, cette justification n'était plus valable à partir du moment où

[1628] *Suez Interaguas*, para. 243.
[1629] *Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 358.
[1630] *Ibid.*
[1631] *Ibid.*, para. 359.
[1632] *Ibid.*, para. 360.
[1633] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303.
[1634] *Ibid.,* para. 710-714.
[1635] *Ibid.*, para. 710-711.
[1636] *Ibid.*, para. 712.
[1637] *Ibid.* para. 713.
[1638] *Ibid.,* paras 717-718.

des mesures alternatives, conformes aux obligations internationales de l'État, devenaient disponibles. Parmi les mesures alternatives, l'investisseur proposait la mise en place de subventions au profit des usagers à faibles revenus[1639]. Le tribunal a, contrairement aux sentences *Suez Interaguas* et *AWG*, jugé que la situation de l'État, en défaut sur sa dette publique, rendait difficile voire impossible l'introduction de ces mécanismes[1640]. Il a en revanche jugé que la renégociation tarifaire, à laquelle la province était contractuellement tenue, constituait un moyen alternatif adéquat permettant à l'Argentine de satisfaire ses objectifs politiques et d'agir en conformité avec ses obligations internationales[1641]. Les mesures d'urgence prises en janvier 2002 étaient justifiées au regard de la situation de nécessité[1642], mais elles ont été appliquées bien après la fin de la crise. En l'absence de péril grave et imminent pesant sur les intérêts essentiels de l'État, elles n'étaient plus justifiées, et l'Argentine avait à disposition des mesures alternatives telle que la renégociation tarifaire de la concession[1643].

378. Le tribunal *Urbaser* a certes introduit davantage de souplesse dans l'examen du critère de l'exclusivité des moyens utilisés, mais la validation d'une situation de nécessité reste difficile. La mobilisation par l'État de clauses conventionnelles destinées à préserver ses intérêts légitimes ménage un espace d'autonomie plus important.

B. La protection des services publics d'eau par le jeu des clauses de sauvegarde et d'exception

379. Dans les AII les plus anciens, les intérêts légitimes étatiques sont protégés par le biais de clauses de sauvegarde dont on trouve l'origine dans les traités d'amitié, de navigation et de commerce conclus par les États-Unis[1644]. Elles autorisent les États à ne pas appliquer certaines règles conventionnelles lorsque leurs intérêts vitaux – à l'origine ciblés sur les enjeux de sécurité nationale – sont menacés[1645]. En limitant l'applicabilité d'un TBI ou de certaines de

[1639] *Ibid.,* para. 724.
[1640] *Ibid.,* para. 725.
[1641] *Ibid.,* para 732.
[1642] *Ibid.,* para. 718.
[1643] *Ibid.*, para. 732
[1644] On trouve les origines de ces clauses dans les traités d'amitié, de navigation et de commerce signés par les États-Unis après la fin de la seconde guerre mondiale. Voir en ce sens le traité signé entre l'Autriche et les États-Unis, article V ou encore le traité entre l'Allemagne et les États-Unis, article II du 29 octobre 1954. La clause de non-préjudice intégrée au traité d'amitié entre le Nicaragua et les États-Unis avait été invoqué devant la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et Paramilitaires dans et contre le Nicaragua, op. cit.,* note 1600.
[1645] O. DANIC, *op. cit.,* note 869 ; Voir aussi K. YANNACA-SMALL, « Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement », *OCDE, Perspectives d'investissement international 2007*, Paris, OCDE

ses dispositions[1646], ces clauses ont pour effet d'exonérer l'État de son obligation d'indemniser et de transférer les coûts des préjudices subis à l'investisseur. La pratique conventionnelle américaine en la matière a exercé une grande influence, comme en atteste le projet de convention de l'OCDE sur la protection de la propriété des étrangers de 1967[1647]. Dans la pratique conventionnelle subséquente, ces clauses ont été remaniées et reformulées de manière à prendre en compte des situations d'urgence nouvelles[1648]. Plusieurs TBI mentionnent ainsi la protection de l'ordre public. C'est le cas de l'article XI du TBI entre l'Argentine et les États-Unis qui prévoit que :

> « *[t]his Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential interests* ».

Cette disposition a été mobilisée par l'Argentine dans le contexte de différends d'investissements dans le secteur des services publics de l'énergie, et non dans ceux relatifs aux services de distribution d'eau, car elle ne figurait pas dans les TBI applicables. L'Argentine soutenait que les mesures d'urgence économique étaient indispensables à la protection de sa sécurité intérieure en raison du climat social particulièrement dégradé régnant dans le pays. Tous les tribunaux arbitraux ont interprété les dispositions de l'article XI du TBI comme

---

2007, pp. 109-130 ; J. KIM, « Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements », *The George Washington International Law Review,* 2018, vol. 50, n° 2, p. 315 ; CNUCED, « La protection de la sécurité nationale dans les Accords Internationaux d'Investissement (AII) », *Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement,* New York, Genève, Nations Unies, 2009.

[1646] Par exemple, les clauses des traités auxquels est partie l'Allemagne ne couvrent que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Voir par ex. TBI entre la Chine et l'Allemagne, 1er juillet 1983, Protocole, para. 4(a), disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3009/download (consulté le 24 juin 2021).

[1647] OCDE, Résolution du Conseil relative au projet de convention sur la protection des biens étrangers, adoptée par le Conseil à la 150ème séance, 12 octobre 1967, article 6 : « *Une Partie ne peut prendre de mesures dérogeant à la présente Convention que dans les cas suivants : i) en cas de guerre, d'hostilités, ou d'autre situation nationale grave due à la force majeure ou à des circonstances imprévisibles, ou menaçant les intérêts essentiels de sa sécurité; ou ii) si lesdites mesures sont prises en exécution des décisions du Conseil de Sécurité des Nations Unies ou des recommandations du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblé générale des Nations Unies concernant le maintien ou le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. La portée et la durée des mesures qui pourraient ainsi être prises seront limitées aux strictes exigences de la situation* ».

[1648] Leur insertion est fréquente dans les accords conclus par le Canada et les États-Unis. Voir, États-Unis, 2012 Model BIT, *op. cit.,* note 1540, article 18 ; Modèle de TBI canadien de 2014, article 18(2) https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf (consulté le 24 juin 2021). Certains États n'intègrent pas ce type de clauses dans leur pratique conventionnelle. C'est par exemple le cas de la France et du Royaume Uni. Voir G. BOTTINI, « Protection of Essential Interests in the BIT Era », dans T. WEILER, *Investment Treaty Arbitration and International Law,* Huntington, JurisNet, 2008, pp. 145-163.

permettant d'inclure des situations de crise économique[1649]. En revanche, ils ont apprécié différemment le niveau de gravité requis. Par exemple, le tribunal du différend *CMS* a estimé que seule une crise mettant en péril l'existence même de l'État argentin aurait pu satisfaire les conditions de l'article XI, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[1650]. Sur la base des mêmes faits, le tribunal du différend *LG&E* est parvenu à une conclusion inverse. Il s'est livré à un examen précis de divers indicateurs économiques pour conclure que la situation était de nature à provoquer l'effondrement de l'État argentin. Il a jugé que les conditions de l'article XI du TBI étaient réunies[1651].

380. Pour l'heure, les tribunaux arbitraux n'ont pas offert une analyse cohérente de la relation de nécessité dans le contexte des clauses de sauvegarde. À l'exception des sentences *LG&E* et *Continental Casualty*, les tribunaux arbitraux appelés à trancher des différends relatifs aux services publics de l'énergie argentin ont opéré une fusion juridiquement critiquable entre l'article XI du TBI américano-argentin et l'état de nécessité[1652]. Les tribunaux arbitraux ont

---

[1649] Voir par exemple *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1523, paras 359-360 ; Voir aussi *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880 ; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1587.

[1650] *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *ibid.,* para. 355. Dans le même sens, voir *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, para. 306 ; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, para. 348.

[1651] *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880, paras. 231-237 ; voir dans le même sens *Continental Casualty Company c. Argentine*, *ibid.*, para. 180.

[1652] Les tribunaux *CMS*, *Sempra* et *Enron* ont interprété la clause de sauvegarde de l'article XI du TBI entre l'Argentine et les États-Unis comme incorporant une référence à la défense de nécessité (*CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1523, para 355 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, paras 333-334; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, paras. 375-376). Il est intéressant d'interroger l'articulation entre état de nécessité et clauses de sauvegarde ou d'exceptions générales. L'état de nécessité ne peut être invoquée lorsque « *l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité* » (article 25(2)(a) des Articles de la CDI). Autrement dit, l'état de nécessité, règle secondaire, ne peut pas être invoqué en vue de justifier la violation d'une obligation primaire excluant cette possibilité (Voir à ce propos H. L. A. HART, *The Concept of Law,* Oxford, 1961). Les règles primaires sont celles prescrivant des interdictions ou des obligations. Les règles secondaires « *procurent à leurs destinataires des directives et des pouvoirs qui leur permettent d'identifier les règles primaires obligatoires, de les modifier le cas échéant, et, enfin d'en assurer l'exécution* » (P. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques,* 2010, vol. 65, n° 2, p. 65). Cette impossibilité a été soulignée par la CDI qui a précisé que l'état de nécessité ne pouvait être « *invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires* » (Voir Rapport de la CDI, A/56/10, 2001, para. 21, p. 220, Commentaire de l'article 25). Il faut donc déterminer si l'inclusion d'une clause de sauvegarde ou d'exceptions générales dans un AII illustre la volonté des parties de régler la question de la nécessité par la voie conventionnelle (T. CHRISTAKIS, *op. cit.,* note 1596, p. 21). Les tribunaux *CMS* et *LG&E* n'ont pas cherché à apporter des éléments de réponse à cette question et se sont contentés d'appliquer conjointement l'article XI du TBI entre l'Argentine et les États-Unis et l'article 25 des Articles sur la responsabilité des États (*CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1523 ; *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880). Le tribunal de l'affaire *Suez Vivendi* a constaté qu'aucun des trois TBI applicables – à savoir les TBI entre l'Argentine et la France entre l'Argentine et l'Espagne, entre l'Argentine et le Royaume-Uni – ne contenait de clause de sauvegarde, ce qui permettait de satisfaire la condition posée par l'article 25 des Articles (*Suez Vivendi, op. cit.,* note 852, para. 262 ; *Suez Interaguas*, *op. cit.,* note 879, para 240). Dans le différend *Impregilo*, l'article 4 du TBI entre l'Argentine et l'Italie, a été interprété comme excluant la défense de nécessité. Cette disposition interdit aux États parties de traiter moins favorablement que ses

interprété l'article XI en s'appuyant sur le critère d'exclusivité du moyen, en arguant l'absence d'éléments d'interprétation fourni par ce traité[1653]. Les tribunaux *CMS*, *Enron* et *Sempra* ont conclu à l'existence de mesures alternatives affectant de manière moindre les investisseurs[1654]. Le comité d'annulation de la sentence *CMS* a critiqué cette assimilation opérée par le tribunal en soulignant l'absence d'identité de conditions entre l'article XI du TBI et l'article 25 des Articles[1655]. Surtout, il a jugé que le tribunal avait commis une erreur de droit, l'état de nécessité étant une règle juridique secondaire qui libère de la responsabilité après les faits. Les clauses de sauvegarde sont en revanche des règles primaires limitant l'applicabilité d'un traité international pour certaines actions spécifiques[1656]. Ainsi, le comité d'annulation a estimé que l'exclusivité impliquait non seulement de rechercher l'existence d'alternatives mais aussi d'analyser leurs effets[1657]. Surtout, il a jugé que le tribunal aurait dû examiner le caractère approprié ainsi que la faisabilité d'appliquer d'autres mesures disponibles[1658].

381. L'insertion dans les TBI de clauses d'exceptions générales inspirées du GATT et/ou de l'AGCS constitue un phénomène plus récent, mais qui reste globalement rare[1659]. Par contraste, de plus en plus d'accords de libre-échange intègrent ce type d'exceptions générales[1660]. Les

---

nationaux ou que les investisseurs d'État tiers, les investisseurs étrangers dans un contexte d'urgence nationale, de guerre ou de conflit armé. Si le tribunal a analysé la crise économique argentine comme une situation nationale d'urgence visée par l'article 4 du TBI, il a relevé que cette disposition ne contenait pas d'exception aux obligations de l'État (*Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 339). Elle confère à l'investisseur le droit au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. C'est pour cette raison que le tribunal a jugé que l'article 4 ne pouvait être interprétée comme excluant l'application du droit international (*Impregilo c. Argentine, op. cit.,* note 1449, para. 343).

[1653] *CMS*, *op. cit.,* note 1523, para 99; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, para 98 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, para 93 ; *LG&E Energy Corp., op. cit.,* note 880, para 202 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1587, para 88.

[1654] *CMS c. Argentine*, *Ibid.,* para 323 ; *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, para 339 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, para 300.

[1655] *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI, ARB/01/08, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par l'Argentine, 25 septembre 2007, paras. 128-131.

[1656] W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, *op. cit.,* note 1594, p. 322.

[1657] *CMS c. Argentine*, *op. cit.,* note 1655, paras 368-378.

[1658] *Ibid.*, paras 371-372.

[1659] C'est par exemple l'approche suivie par le Canada. Voir les articles 18(1) du modèle de 2014, *op. cit.,* note 1648: « *À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires : (a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ; (b) à l'exécution des lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord ; (c) à la conservation des ressources épuisables, biologiques ou non biologiques ».* Pour une revue, voir CNUCED, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, New York, Genève, Nations Unies, 2014, p. 116.

[1660] Notamment ceux conclus par des États asiatiques. Voir par exemple, Agreement for a New Age Economic Partnership, Japon Singapour, 13 janvier 2002, article 83, https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/singapore/jsepa-1.pdf (consulté le 24 juin 2021) ; Accord de libre-échange entre l'Australie et Singapour, 17 février 2003, article 19, https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Pages/default

objectifs légitimes visés sont calqués sur ceux listés par le GATT et l'AGCS, notamment la protection de la vie humaine, de la santé et de la vie végétale[1661]. Peu d'accords se réfèrent explicitement à la protection des droits de l'homme dans les clauses d'exceptions générales, et lorsqu'ils le font, ne sont généralement visés que les droits des travailleurs[1662].

382. L'intérêt de ces clauses en droit des investissements a été discuté, certains mettant en doute leur utilité[1663]. Il a été avancé qu'une liste exhaustive d'objectifs légitimes risquait d'être interprétée de manière stricte par les tribunaux arbitraux alors qu'ils ont déjà à plusieurs reprises intégré des considérations relatives au droit de réglementer, indépendamment de l'existence d'une clause y faisant référence, dans l'examen des principes et standards de traitement et de protection[1664]. Le tribunal du différend *Canfor c. États-Unis* semble confirmer que c'est l'approche qui serait suivie. En se référant à la jurisprudence de l'OMC, il a souligné la nécessité d'interpréter étroitement les exceptions intégrées aux instruments internationaux[1665]. D'autres auteurs insistent sur les incertitudes entourant les effets de telles clauses[1666]. Dans le contexte de l'investissement international, les mesures affectant les investissements sont autorisées dès lors qu'une compensation est payée à l'investisseur à l'instar des mesures d'expropriation. Dès lors, se pose la question de savoir si les clauses d'exceptions générales permettent d'exproprier sans payer de compensation dès lors qu'elles ont été prises dans le cadre de l'un des intérêts légitimes listé[1667].

(consulté le 24 juin 2021). Dans la pratique africaine, voir Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, *op. cit.,* note 1544, article 22.

[1661] On notera que le Canada et l'Union européenne ont introduit dans l'AECG des éléments permettant de guider l'interprétation des clauses d'exceptions générales (AECG, *op. cit.,* note 649, voir l'article 28.3(1)). Ainsi, les exceptions s'appliquent tant à la conservation des ressources vivantes que non vivantes, ce qui représente une référence claire au différend commercial *États-Unis – Crevettes* (rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 661*,* paras. 130-134) dans le cadre duquel, le champ de l'exception de l'article XX du GATT avait été laissée à l'appréciation des organes de règlement des différends de l'OMC.

[1662] Voir par exemple, États-Unis, 2012 Model BIT, *op. cit.,* note 1540, article 13 (4) et (5).

[1663] A. NEWCOMBE, « General Exceptions in International Investment Agreements », dans M.-C. CORDONIER-SEGGER, M. GEHRING, A. NEWCOMBE (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law*, La Haye, Kluwer International Law, 2011, pp. 355, 369-370; J. GRIEBEL, « The New EU Investment Policy Approach », dans M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE (dir.), *International Investment Law. A Handbook,* Baden-Baden München Oxford United Kingdom Portland Or., Nomos C. H. Beck Hart, 2015, pp. 317-318; C. LÉVESQUE, « The Inclusion of GATT XX Exceptions in IIAs. A Potentially Risky Policy », dans R. ECHANDI, P. SAUVÉ (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 364 ; Voir N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, « Non-discrimination in Trade and Investment Treaties. Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? », *AJIL*, 2008, vol. 102, n° 1, pp. 82-83.

[1664] A. NEWCOMBE, *ibid.*

[1665] *Canfor Corporation c. États-Unis ; Terminal Forest Product Ltd c. États-Unis*, CNUDCI, décision sur la question préliminaire, 6 juin 2006, para. 187

[1666] H. MANN, *Investment Agreements and the Regulatory State. Can Exceptions Clauses Create a Safe Haven for Governments?* IISD Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, 2007.

[1667] *Ibid.*

383. L'incertitude quant à la manière dont les tribunaux arbitraux interprèteront les clauses d'exceptions générales est grande. Reconnaissons néanmoins à cette méthode le mérite de poser expressément les valeurs et intérêts non marchands que les États souhaitent protéger. On peut se demander si les tribunaux arbitraux feront preuve d'une attitude aussi déférente vis-à-vis des intérêts que les États cherchent à protéger que celle des organes de règlement des différends de l'OMC. On peut aussi s'interroger sur l'interprétation qui sera faite du lien de nécessité.

384. Dans le différend *Continental Casualty c. Argentine*[1668], l'investisseur étranger invoquait une violation par l'État de ses obligations conventionnelles du fait des restrictions imposées par les mesures d'urgence économique sur les retraits et transferts d'argent notamment. Le tribunal a accepté l'argument de l'Argentine fondé sur l'article XI du TBI conclu avec les États-Unis en se référant à la jurisprudence de l'OMC pour l'interprétation de l'exigence de nécessité[1669]. Procédant à une analyse détaillée des mesures, le tribunal a estimé qu'il était approprié de s'appuyer sur le droit de l'OMC en ce qu'il contient plusieurs éléments permettant d'interpréter la nécessité dans le contexte de mesures économiques dérogeant aux obligations du GATT[1670]. Le tribunal, jugeant ce test plus pertinent que celui de l'exclusivité des moyens utilisés[1671], a conclu à la nécessité des mesures en raison de l'absence d'alternatives raisonnables à disposition de l'Argentine[1672]. Ce raisonnement a fait l'objet de critiques. Aux yeux de Jose Alvarez, les arbitres du tribunal auraient dû interpréter l'article XI en recourant à la Convention de Vienne sur le droit des traités, et analyser le sens ordinaire des mots « *nécessaires à* », « *ordre public* » et « *sécurité essentielle* » à la lumière du contexte, de l'objet et du but du traité[1673]. Il met en avant l'impossibilité de transposer au contexte de l'investissement la méthodologie du GATT, en raison de l'exigence du chapeau de l'article XX interdisant la discrimination arbitraire ou injustifiable[1674]. Il nous semble que comme le soutiennent Andrew Mitchell et Caroline Henckels en réponse à l'argument de Jose Alvarez, la différence de formulation entre TBI et GATT/AGCS ne devrait pas faire obstacle à la possibilité des tribunaux arbitraux de mobiliser certains aspects de l'analyse de nécessité menée dans le

[1668] *Continental Casualty c. Argentine*, *op. cit.,* note 1587.
[1669] *Ibid.*, paras. 193-194.
[1670] *Continental Casualty c. Argentine, op. cit.,* note 1587, para. 192.
[1671] *Ibid.*
[1672] *Ibid.*, paras 197, 201-219.
[1673] J. E. ALVAREZ, « The Public International Law Regime Governing International Investment », *RCADI,* 2011, t. 344, p. 413.
[1674] *Ibid.,* p. 329.

contexte du droit de l'OMC[1675]. Ainsi, dans l'Accord OTC, les prescriptions relatives à l'interdiction des discriminations arbitraires et injustifiables figurent dans le préambule, et non à l'article 2.2, disposition qui autorise les États à élaborer des règlements techniques tant que ces derniers ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international[1676]. En dépit de la différence de formulation, l'Organe d'appel a jugé que la jurisprudence relative aux exceptions générales de l'article XX du GATT était tout à fait pertinente aux fins d'interprétation de la nécessité dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC[1677].

385. Si les tribunaux arbitraux ont admis la spécificité du rôle de l'État régulateur des services d'eau, ils ont refusé de reconnaître un caractère absolu à ses prérogatives. Leur exercice est évalué au regard de leurs effets sur les droits des investisseurs. En cela, le degré d'interférence du droit international des investissements sur le droit des États de réglementer les services d'eau est considérable.

Conclusion du chapitre

386. En l'absence d'engagements de libéralisation souscrits dans le cadre de l'AGCS, on ne peut tirer de conclusions définitives quant au traitement qui serait réservé aux mesures de réglementation des services publics de l'eau. Pour autant, il est possible de dégager de la riche jurisprudence du GATT des enseignements qui pourraient être transposés à notre hypothèse. Ainsi, il est indéniable que le test des mesures alternatives disponibles se révèle particulièrement intrusif, en ce qu'il soumet les choix de politiques sociales des États à un examen s'appuyant exclusivement sur des critères d'efficacité économique. L'insertion d'éléments de proportionnalité dans l'analyse de la nécessité permettrait en revanche de prendre en compte le caractère capital des valeurs et intérêts protégées par la réglementation des services publics de l'eau. Il reste qu'en raison de la structure et de la finalité de l'Accord, la légalité de ces mesures d'intérêt général serait appréciée en fonction de leurs effets sur les échanges

[1675] A. MITCHELL, C. HENCKELS, « Variations on a Theme. Comparing the Concept of Necessity in International Investment law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law,* 2013, vol. 14, n° 1, pp. 158-159.
[1676] Accord sur les obstacles techniques au commerce, *op. cit.,* note 1330. Sur l'appréciation de la nécessité dans le cadre de l'Accord OTC, voir infra, Chapitre VIII, paras. 524-526.
[1677] *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (États-Unis – Thon II, plainte du Mexique)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, para. 318.

commerciaux. C'est précisément cette hiérarchie de valeurs, faisant primer les objectifs commerciaux, qui perturbe l'autonomie de l'État régulateur des services d'eau.

387. Les effets du droit international des investissements sur ces prérogatives étatiques sont plus connus. En matière de réglementation des services publics essentiels, ces prérogatives ne sont pas absolues mais encadrées par les règles auxquelles l'État s'est engagé conventionnellement lesquelles, jusqu'à récemment, ne laissaient qu'une marge de manœuvre réduite pour une singularisation des mesures prises dans intérêt public. En laissant davantage d'espace au droit de l'État de réglementer dans l'intérêt public, les AII de nouvelle génération sont mieux adaptés aux investissements réalisés dans les services publics essentiels. En appréhendant par exemple les mesures environnementales ou de santé publique prises dans l'exercice des pouvoirs de police comme une exception à l'obligation d'indemniser, ces accords traitent objectifs économiques, d'un côté, et non économiques, de l'autre, sur le même pied. Ils ouvrent ainsi l'opportunité de mieux concilier les aspects marchands et non marchands de l'encadrement juridique des investissements dans le secteur des services publics essentiels.

388. On l'a vu, l'État qui fait le choix de déléguer la gestion de ses services publics d'eau potable et d'assainissement à un opérateur privé cherche avant tout à pallier les carences du secteur public en matière de technologies, de ressources et d'expérience. Fondamentalement, ce processus contribue à la réalisation du droit de l'homme à l'eau et à l'objectif d'accès universel aux services publics. C'est pourquoi les investissements réalisés dans ce secteur ne peuvent pas être appréhendés comme n'importe quelle activité économique. Le droit international économique dispose à cet égard de leviers et d'espaces permettant de particulariser les opérateurs privés fournissant des services publics d'eau.

CHAPITRE VI – LE TRAITEMENT DES INVESTISSEURS FOURNISSEURS DE SERVICES PUBLICS D'EAU

389. L'encadrement juridique de la fourniture privée de services d'eau relève de divers systèmes de normes. En droit interne, l'activité consistant à fournir des services publics d'eau se caractérise par l'imposition d'un certain nombre d'obligations à la charge de l'entité responsable de sa gestion. En cas de délégation de service public, ce sont précisément ces obligations qui restreignent la liberté commerciale de l'opérateur privé gestionnaire. Dans le champ du droit international des droits de l'homme, l'on a vu que la simple responsabilité de respecter les droits de l'homme à laquelle sont assujetties les entreprises fournissant des services publics essentiels est particulièrement limitée, alors même que ces dernières peuvent mobiliser les options offertes par les accords internationaux d'investissements afin de protéger leurs droits et leurs intérêts. Reste à analyser comment les règles du droit international économique peuvent, dans une certaine mesure, être interprétées de manière à singulariser les fournisseurs privés de services publics d'eau (*section I*). Dans le champ de l'investissement international, la spécificité de ces investissements a été reconnue. Mais au-delà, le contentieux de l'investissement pourrait participer à la responsabilisation des investisseurs (*section II).*

Section I. La prise en compte de la spécificité de la fourniture de services publics d'eau dans l'appréciation des droits des opérateurs économiques

390. On trouve dans la jurisprudence de l'OMC et dans le contentieux de l'investissement des interprétations de la notion de similarité, à la base du principe de non-discrimination, permettant de singulariser les services publics et les fournisseurs de services publics de l'eau (I). Dans le champ de l'investissement, l'interprétation du standard du traitement juste et équitable peut ouvrir les mêmes perspectives, en particulier lorsque le droit, voire l'obligation, de réglementer les services d'eau sont pris en compte dans l'appréciation des droits des investisseurs étrangers (II).

I. La mobilisation du principe de non-discrimination aux fins de singularisation des services d'eau et des fournisseurs de services d'eau

391. Clé de voute du droit international économique, le principe de non-discrimination impose aux États de ne pas traiter plus favorablement les opérateurs domestiques que les opérateurs étrangers ou d'opérer de distinctions entre opérateurs étrangers. Les motivations qui sous-tendent les réclamations des États dans le cadre de leurs relations commerciales et celles des investisseurs cherchant à protéger leurs droits et intérêts sont les mêmes : la garantie de l'accès au marché et de la possibilité de développer des activités économiques sur la base de conditions de concurrence identiques à celles d'opérateurs domestiques ou étrangers similaires[1678]. L'établissement d'une situation de discrimination suppose ainsi de comparer les acteurs et/ou les activités du marché considéré, puis d'analyser le traitement qui leur est accordé[1679]. On comprend dès lors pourquoi le principe de non-discrimination peut, en fonction de la manière dont il est interprété, faire obstacle à la capacité des États d'adopter des mesures poursuivant des objectifs de politique publique.

392. Dans le secteur des services publics de l'eau, on pense aux perturbations qu'il peut provoquer sur le droit des États de recourir à des mécanismes de subventions, mécanismes qui visent à garantir l'accessibilité économique des services d'eau[1680]. Comme nous l'avons vu, les États peuvent choisir de soutenir financièrement les fournisseurs de services[1681]. Il s'agit dans ce cas d'éviter qu'ils répercutent les coûts engendrés par la gestion et la maintenance de l'infrastructure par exemple sur le prix de l'eau distribuée. Or, les services de distribution d'eau étant gérés à l'échelle locale, les dispositifs de subventionnement peuvent varier selon les municipalités[1682].

[1678] N. F. DIEBOLD, « Standard of Non-Discrimination in International Economic Law », *ICLQ*, 2011, vol. 60, n° 4, p. 832.
[1679] Il s'agit d'un examen cumulatif. Voir *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, para. 100.
[1680] Ces perturbations potentielles ont été mises en exergue par le Haut-Commissaire aux droits de l'homme. Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *op. cit.,* note 1580.
[1681] Voir Chapitre I, para. 147.
[1682] R. ADLUNG, « International Rules Governing Foreign Direct Investment in Services. Investment Treaties versus the GATS », *JWIT*, 2016, vol. 17, n° 1, pp. 47-85 ; A. LANG, « The GATS and Regulatory Autonomy. A Case Study of Social Regulation of the Water Industry », *JIEL,* 2004, vol.7, n° 4, pp. 801-838, p. 808 ; K. CONNOLLY, « Finding Space for Regulatory Autonomy in GATS Article XVII after EC – Seals. Public Services and the 'Likeness' of Public and Private Service Providers », *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, vol. 42, n° 1, pp. 57-83

393. Tout en reconnaissant leur utilité pour les pays en développement, l'AGCS classe les subventions parmi les dispositifs susceptibles de créer des distorsions sur le commerce international de services[1683]. Les États membres sont appelés à engager des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales propres à éviter de tels effets[1684]. Ces négociations n'ont pour l'heure donné que peu de résultats en raison de la difficulté de définir précisément les subventions affectant le commerce international des services[1685]. Les éléments de définition de l'Accord SMC – qui désignent globalement les subventions comme toutes contributions financières émanant des pouvoirs publics et conférant un avantage[1686] – s'avèrent d'un intérêt limité dans le contexte d'aides publiques accordées en contrepartie d'une mission de service public. Il est en effet peu aisé « *de voir en quoi une telle aide avantage un opérateur par rapport aux autres qui ne supportent pas [les] surcoûts* » liés à cette mission[1687]. En tout état de cause, la flexibilité de l'AGCS permet aux États de réserver l'octroi de subventions aux nationaux dans un secteur où ils auraient souscrit des engagements spécifiques[1688]. On rappellera et évoquera, à titre d'exemple, la limitation horizontale de l'Union européenne réservant l'éligibilité aux subventions aux entités établies dans le territoire d'un État membre[1689]. Il reste que, là encore, l'ampleur des conséquences d'un engagement de libéralisation formulé sans limitation sur la possibilité de maintenir et d'octroyer des subventions est difficile à déterminer *a priori*. L'analyse de la jurisprudence de l'OMC fait néanmoins apparaître quelques ouvertures propres à interpréter la non-discrimination – et en premier lieu le critère de similarité – de manière à particulariser les services publics et les fournisseurs de services publics[1690].

394. L'article XVII de l'AGCS relatif au traitement national enjoint les États à accorder un traitement non moins favorable aux « *services* » et « *fournisseurs de services* » similaires, ce

---

[1683] AGCS, *op. cit.,* note 147, article XV :1.
[1684] *Ibid.*, article XV.
[1685] Contrairement à ce qui existe dans le champ du commerce des marchandises, dans le contexte duquel a été conclu l'Accord SMC, *op. cit.,* note 684. Voir Rapport du Président du Groupe de travail des règles de l'AGCS, S/WPGR/21, 14 avril 2011.
[1686] Accord SMC, *op. cit.,* note 684, article 1.
[1687] H. RUIZ FABRI, J.-P. CRONTIRAS, *op. cit.,* note 802, p. 44.
[1688] Les commentaires aux lignes directrices relatives à l'établissement des listes d'engagement spécifiques précisent en effet que « *toute subvention qui constitue une mesure discriminatoire au sens de l'article XVII devra soit être inscrite dans la liste à titre de limitation concernant le traitement national, soit être mise en conformité avec cet article »*. Il est précisé que les *« subventions ne sont pas non plus exclues du champ d'application de l'article II (traitement NPF*) » (Conseil du Commerce de Services, *Commentaires aux Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord Général sur le Commerce des services* 23 mars 2001, S/L/92, para. 16).
[1689] Liste d'engagements spécifiques des Communautés européennes et leurs États membres, GATS/SC/31, 15 avril 1994.
[1690] K. CONNOLLY, *op. cit.,* note 1682*,* p. 61 ; R. E. HUDEC*, Essay on the Nature of International Trade Law,* Cameron May, 1999, p. 359.

qui soulève un certain nombre de difficultés étrangères au commerce de marchandises, le GATT ne s'appliquant qu'aux produits et non aux producteurs[1691]. L'une des questions qui se pose est de savoir s'il peut être conclu à la similarité de services en raison de la similarité des fournisseurs de services et/ou *vice et versa*. Autrement dit, il s'agit de déterminer ce sur quoi porte le test de la similarité de l'article XVII : les services, les fournisseurs de services ou les deux ? La réponse à cette question est évidemment décisive dans le cadre des services publics d'eau et d'assainissement puisque dans un contexte national qui compterait des prestataires privés et publics, c'est bien l'examen des caractéristiques de ces entités qui serait susceptible de faire apparaître des dissemblances. Sur ce point, le Groupe spécial du rapport *Communautés européennes – Bananes III* avait retenu une solution particulièrement restrictive : il a conclu à la similarité des fournisseurs de services nationaux et étrangers exclusivement sur la base de la similarité des services. Puisque les entités concernées fournissaient des services similaires, elles devaient être considérées comme étant des fournisseurs de services similaires[1692]. Les rapports plus récents se sont éloignés de cette approche sans doute trop simpliste[1693].

395. Le différend *Argentine – Services financiers* est riche d'enseignements à cet égard[1694]. Concernant l'interprétation de l'expression « *services similaires et fournisseurs de services similaires* », l'Organe d'appel a tout d'abord rappelé que la similarité devait être appréciée par

[1691] La solution retenue dans l'AGCS est ancrée dans la réalité de la prestation internationale de service dans la mesure où, bien souvent, les services ne peuvent être définis qu'en prenant en considération les caractéristiques du fournisseur. Il reste que cet effet direct de l'AGCS n'a pas reçu de traduction opérationnelle dans la mesure où les administrations internes conservent « *la maîtrise de l'inviolabilité des disciplines mondiales* », si bien que les fournisseurs de services doivent se « *contenter de défendre leurs intérêts auprès de leur État d'origine en espérant qu'il convoque le juge de l'OMC* » (D. CARREAU, L. DUBIN, *op. cit.,* note 801, para. 48). À cet égard, les investisseurs étrangers ont bien compris qu'ils pouvaient transformer des différends commerciaux en différends relatifs aux investissements et se voir allouer des compensations. Voir C. A. HAMILTON, P. I. ROCHWERGER, « Trade and Investment. Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties », *New York International Law Review,* 2005, vol. 18, n° 1, pp. 1-59 ; G. VERHOOSEL, « The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law », *JIEL,* 2003, vol. 6, n° 2, pp. 493-506 ; N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 1663, pp. 48-89.

[1692] *Communautés européennes – Bananes III, op. cit.,* note 1420, para. 7.322. Voir la même approche dans *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, rapports du Groupe spécial, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 février 2000, para. 10.307.

[1693] Voir par exemple, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, WT/DS363/R, 12 août 2009, para. 7.95; *Chine – Certaines mesures affectant les services de paiement électronique*, rapport du Groupe spécial, WT/DS413/R, 16 juillet 2012, para. 7.695. Pour une critique du raisonnement du Groupe spécial, voir G. VERHOOSEL, *National Treatment and WTO Dispute Settlement. Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2002, p. 61 ; W. J. DAVEY, J. PAUWELYN, « MFN Unconditionality. A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO Jurisprudence and with Particular Reference to the Issue of 'Like Product », dans P. BLATTER, T. COTTIER, P. MAVROIDIS (dir.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, p. 36.

[1694] *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS453/AB/R, 14 avril 2016

rapport aux possibilités de concurrence pour les services similaires et fournisseurs de services similaires[1695]. Comme cela ressort de l'article XVII :3 de l'AGCS[1696], le traitement national doit s'entendre comme étant destiné à offrir des opportunités de concurrence similaires aux services et fournisseurs de services étrangers et domestiques[1697]. Les critères utilisés en matière de commerce de marchandises peuvent certes être transposés aux services, mais « *à condition qu'ils soient adaptés de façon appropriée pour tenir compte des caractéristiques spécifiques du commerce des services* »[1698]. En l'espèce, les caractéristiques du service ou encore la description de l'activité donnée par les fournisseurs étaient des critères pertinents pouvant « *être appliqués tant au service qu'au fournisseur de services dans une analyse globale* »[1699]. Ensuite, l'Organe d'appel a souligné que la référence aux « *services et fournisseurs de services* » indiquait que tant les considérations relatives aux services que celles portant sur les fournisseurs devaient être prises en compte aux fins de détermination de la similarité[1700]. En d'autres termes, l'évaluation de la similarité des services ne saurait être opérée « *isolément des considérations concernant les fournisseurs de services, et inversement, l'évaluation de la similarité des*

[1695] *Ibid.*, para. 6.22. Cela correspond aux constatations du Groupe spécial dans son rapport *Chine – Services de paiement électronique*. Le Groupe spécial a estimé que la finalité de l'article XVII était de garantir des possibilités de concurrence égales pour les services similaires. Il a constaté que les services étaient similaires dès lors qu'ils se trouvaient dans un rapport de concurrence les uns par rapport aux autres (*Chine – Certaines mesures affectant les services de paiement électronique*, rapport du Groupe spécial, WT/DS413/R, 16 juillet 2012, para 7.700).

[1696] AGCS, *op. cit.,* note 147, article XVII : 3: « *Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre* ».

[1697] Dans cette affaire, l'Organe d'appel s'inspire notamment des constatations du Groupe spécial dans son rapport *États-Unis – Article 337* dans lequel l'article III:4 du GATT a été interprété comme requérant une égalité des opportunités effectives pour produits importés, l'objectif de la mesure étant de protéger les attentes en matière des relation de concurrence entre produits importés et produits domestiques (*États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*, *op. cit.,* note 1397,voir paras. 5.11, 5.13).

[1698] *Argentine – Services financiers*, *op. cit.,* note 1694, para. 6.31. Les Groupes spéciaux du GATT de 1947 ont interprété la similarité sur la base de critères formels et objectifs sans véritablement prendre en compte les facteurs tenant à la relation de concurrence (Voir par exemple le rapport, *Allemagne – Sardines*, G/26, 31 octobre 1952, BISD 1S/53, para. 13). On rappellera que le concept de similarité n'est pas défini par le GATT de 1947. Il faudra attendre 1970 et la publication d'un rapport du Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, pour trouver des lignes directrices permettant d'en déterminer le contenu. (Voir le Rapport du Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, L/3464, 20 novembre 1970). La similarité de produits doit être déterminée au cas par cas en ayant recours à un faisceau d'indices, en particulier les propriétés physiques du produit, ses utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs. Les organes de règlement des différends de l'OMC ont peu à peu repris ces critères et les ont étayés.

[1699] *Argentine – Services financiers*, *ibid.,* para 6.31-6.33. Tout en reconnaissant que : *« Nous notons en outre que les différents modes de fourniture définis à l'article I:2 existent uniquement dans le commerce des services dans le cadre de l'AGCS, et non dans le commerce des marchandises dans le cadre du GATT de 1994, et, par conséquent, l'analyse de la "similarité" des services et fournisseurs de services peut exiger des considérations additionnelles concernant la question de savoir si ou comment cette analyse est affectée par le ou les mode(s) de fourniture des services. Cela dit, nous notons aussi qu'il ne nous est pas demandé de nous prononcer dans le présent appel sur la pertinence et le poids de critères spécifiques permettant de déterminer si les fournisseurs de services et les services fournis sont "similaires"* » (para. 6.33, ndbp omise).

[1700] *Ibid.,* para 6.29

fournisseurs de services ne devrait pas être effectuée isolément des considérations concernant la similarité des services qu'ils fournissent »[1701]. Il convient au contraire d'opter pour une approche intégrée[1702].

396. Cette solution s'avère tout à fait précieuse en matière de fourniture de services publics. À défaut d'éléments dans la jurisprudence, la doctrine a mis en exergue des critères permettant de différencier opérateurs publics et opérateurs privés. Il est par exemple pertinent de s'attacher à des caractéristiques telles que leurs sources de financement, qui peuvent être d'origine publique ou privée[1703], la structure de la propriété ou encore le point de savoir si ces entités sont redevables à l'égard des contribuables ou d'actionnaires[1704]. L'État qui souhaite déléguer la gestion d'un service public, peut en outre être assimilé à un consommateur devant opérer un choix entre opérateur public ou opérateur privé[1705]. Dans cette optique, fournisseurs privés et fournisseurs publics ne peuvent être considérés comme interchangeables, la préférence de l'État étant profondément dépendante de sa situation économique, sociale et politique. La nature publique ou privée de l'entité constitue donc un élément décisif du choix.

397. Dans le contexte de l'investissement international, la multiplication de différends dans lesquels des atteintes au principe de non-discrimination sont invoquées est un phénomène relativement nouveau. Certains auteurs arguent en faveur d'une interprétation uniforme du principe de non-discrimination, applicable tant aux branches commerce qu'investissement du droit international économique[1706]. D'autres insistent sur la nécessité de les distinguer en raison de la différence des finalités des deux régimes[1707]. Joost Pauwelyn et Nicholas Di Mascio rappellent que si les racines du droit international du commerce et du droit international des

---

[1701] *Ibid.*
[1702] Selon l'Organe d'appel l'expression « *services similaires et fournisseurs de services similaires* » constitue « *un élément intégré pour l'analyse de la similarité au titre des articles II :1 et XVII :1, respectivement* » (*ibid.).*
[1703] K. CONNOLLY, *op. cit.,* note 1682, p. 75-76 ; M. KRAJEWSKI, *op. cit.,* note 778, p. 105.
[1704] K. CONNOLLY, *ibid.* p. 76.
[1705] *Ibid.,* p. 75. Dans le cadre de l'examen de la similarité de marchandises, les préférences des consommateurs peuvent être prises en compte. Voir Chapitre VIII, paras. 511 et 513.
[1706] T. WEILER, « NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law », *Columbia Journal of Transnational Law,* 2003, vol. 42, n° 1, pp. 35-85. Plus généralement, pour une comparaison du traitement national et de la similarité en droit international des investissements et en droit international du commerce, voir notamment N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 1663, pp. 48-89 ; R. ADLUNG, *op. cit.,* note 1682, p. 54 ; E. TRUJILLO, « Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection. Lessons from the Trade Regime », *Boston College Law Review,* 2018, vol. 59, n° 8, pp. 2735-2764.
[1707] Voir J. TRACHTMAN, « FDI and the Right to Regulate: Lessons from Trade Law », dans *UN Conference on Trade & Development, The Development Dimensions of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002, UNCTAD/ITE/IA2003/4, 2003, https://unctad.org/system/files/official-document/iteiia20034_en.pdf (consulté le 24 juin 2021).

investissements – à savoir le traitement des étrangers – sont communes, politiques économiques commerciales, d'une part, et traités relatifs aux investissements étrangers, d'autre part, poursuivent des finalités différentes[1708] ; les premiers sont ciblés sur l'objectif de libéralisation des flux commerciaux, les seconds, sur la protection et la promotion des investissements étrangers. Autrement dit, le régime commercial a une dimension macro-économique et n'a pas vocation à s'intéresser aux droits individuels comme c'est le cas du régime de l'investissement[1709]. Il reste que le droit de l'OMC peut trouver à s'appliquer à certaines formes d'investissements, comme c'est le cas dans le cadre de l'AGCS qui couvre la présence commerciale dans un autre pays[1710]. La différence de logiques entre droit de l'OMC et droit des investissements, rendant la proposition d'interprétation uniforme finalement peu pertinente, apparaît manifestement lorsque l'on s'attache à la nature des mesures susceptibles d'être contestées. Dans le champ de l'investissement, sont mises en cause des mesures visant l'investisseur ou l'affectant directement, tandis que dans les contentieux commerciaux interétatiques, ce sont des mesures générales s'appliquant à tous les opérateurs, ou à une catégorie, sur un marché de référence donné qui sont contestées[1711].

398. Pour l'heure, l'analyse des sentences arbitrales ne permet pas de faire émerger une approche cohérente. Les tribunaux arbitraux mènent, dans leur interprétation de la discrimination, un examen à trois niveaux[1712]. Ils s'attachent à déterminer si l'investisseur ou l'investissement se trouvent dans des circonstances similaires aux autres opérateurs économiques, s'ils font l'objet d'un traitement moins favorable et enfin, si ce traitement différencié se justifie pour une raison spécifique[1713].

399. Les questionnements portent essentiellement sur le comparateur à prendre en compte aux fins d'identification d'une similarité entre investissements et investisseurs étrangers et nationaux. Les tribunaux arbitraux se sont, dans un premier temps, largement inspirés du droit de l'OMC en important l'analyse fondée sur la relation de concurrence. L'examen se borne dans ce cas à une comparaison des activités ou des secteurs d'activité[1714]. Ainsi, dans la

[1708] N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 1663, p. 53 et s.
[1709] *Ibid.*, p. 54. Dans le même sens, voir J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1555, pp. 324-325.
[1710] N. F. DIEBOLD, *op. cit.,* note 1678, pp. 844-845.
[1711] *Ibid.,* p. 846.
[1712] A. K. BJORKLUND, « National Treatment », dans A. REINISCH (dir.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 29 et s.
[1713] J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1555, pp. 318-319.
[1714] Dans plusieurs sentences, les tribunaux arbitraux ont retenu une approche stricte de la similarité des secteurs. Voir par exemple, *Pope &Talbot c. Canada*, CNUDCI, sentence du 10 avril 2001, para. 78.

sentence *Occidental c. Équateur,* des entreprises opérant pourtant dans des secteurs différents ont été considérées comme se trouvant dans des circonstances similaires[1715]. L'investisseur américain, exportateur de pétrole, alléguait que le refus de rembourser la TVA aux exportateurs de pétrole domestiques et étrangers, alors même que des exportateurs domestiques et étrangers opérant dans d'autres secteurs bénéficiaient de cette mesure, constituait une violation de l'obligation de non-discrimination. L'investisseur soutenait que le critère de « *situation similaire* » visé par le TBI entre les États-Unis et l'Équateur visait non pas les entreprises opérant dans le même secteur, mais toutes les entreprises engagées dans l'exportation de biens, cela quel que soit le secteur d'activité. Le tribunal arbitral a validé cette interprétation particulièrement extensive et a confirmé que l'opération d'exportation était le paramètre pertinent à prendre en compte aux fins de détermination de la non-discrimination[1716]. Une lecture aussi large de la similarité, se concentrant sur une opération aussi courante que l'exportation, fait échec à toute tentative de singularisation d'opérateurs économiques à raison de leurs caractéristiques. Cette sentence a évidemment fait l'objet de critiques doctrinales[1717].

400. Il se peut aussi que les tribunaux d'arbitrage refusent d'appliquer les critères mobilisés par les organes de règlement de l'OMC pour établir la similarité de produits et activer sur cette base leur analyse de la portée discriminatoire de mesures nationales. On trouve dans le contexte de l'ALENA des approches plus mesurées s'expliquant d'abord par le fait que l'article 1102 relatif au traitement national fait référence à des « *circonstances analogues* ». Ainsi, le tribunal arbitral de la sentence *Methanex c. États-Unis* a considéré que l'investisseur canadien, producteur de méthanol, ne pouvait être comparé qu'à des producteurs de méthanol, et non pas à des producteurs d'autres additifs pour essence[1718]. Surtout, certains tribunaux se sont attachés à prendre en compte la finalité de la mesure supposément discriminatoire dans la détermination des circonstances analogues. Ainsi en est-il dans la fameuse sentence *SD Myers c. Canada*. Le tribunal a mis en exergue les finalités environnementales de la mesure canadienne, objectif justifiant de traiter de manière différenciée des opérateurs économiques[1719].

[1715] *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, LCIA Arbitral Tribunal, sentence arbitrale, LCIA, UN3467, 1er juillet 2004.
[1716] *Ibid.* paras. 168, 173, 176 et s.
[1717] Voir par exemple, J. KURTZ, « The Use and abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration. Competition and its Discontents », *EJIL*, 2005, vol. 20, p. 769; S. D. FRANCK, « Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador. Final Award. London Court of International Arbitration Administered Case n° UN 3467 », *AJIL*, 2005, vol. 99, pp. 675 et 679.
[1718] *Methanex Corp.*, *op. cit.,* note 1459, partie IV, chapitre B partie IV, paras. 33-34.
[1719] *SD Myers Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 756; Voir aussi, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, *op. cit.,* note 1487, para. 171.

401. L'intégration dans l'analyse de la similarité des circonstances d'intérêt public justifiant un traitement différencié ouvre indéniablement la porte à une singularisation des investisseurs privés fournisseurs de services essentiels en droit des investissements[1720]. Le différend *UPS c. Canada* est à cet égard le seul, à notre connaissance, dans lequel la spécificité des services publics a été prise en compte dans l'interprétation de l'article 1102 de l'ALENA[1721]. Dans cette affaire, il a été jugé que la société *UPS* ne pouvait être considérée comme se trouvant dans des circonstances analogues à celles de l'opérateur public national, *Canada Post*. Ce dernier bénéficiait d'une subvention pour la distribution de journaux canadiens mais avait également à sa charge des obligations en matière de service public postal. Il s'agissait, par cette subvention, de favoriser une distribution la plus large possible de journaux et périodiques canadiens à un prix abordable aux consommateurs canadien, en vue de promouvoir la culture canadienne[1722]. Le tribunal arbitral a jugé qu'en raison des obligations de service public pesant sur *Canada Post*, ce dernier et *UPS* ne se trouvaient pas dans des circonstances similaires, telles que requises par l'article 1102 de l'ALENA. Le Canada était en droit de traiter l'entité publique plus favorablement[1723]. Ce sont ainsi les obligations de service public pesant sur *Canada Post* qui, aux yeux du tribunal, distinguaient cet opérateur des autres entités.

402. Certains accords récents intègrent cette approche permettant de prendre en considération dans l'appréciation de la discrimination les buts poursuivis par la mesure[1724]. On citera l'article 14(4) de l'ACEUM qui prévoit que :

> « *la question de savoir si le traitement est accordé dans des 'circonstances similaires' aux termes du présent article dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la question de savoir si le traitement en cause établit une distinction entre les investisseurs ou les investissements en fonction d'objectifs légitimes de bien-être public* »[1725].

[1720] T. WEILER, « Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11 », dans T. WEILER (dir.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Ardsley, Transnational Publishers, 2004, pp. 37 et s.
[1721] *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, CIRDI, UNCT/02/1, sentence du 24 mai 2007.
[1722] *Ibid.* para. 175.
[1723] *Ibid.*
[1724] Voir par exemple le modèle de TBI norvégien de 2015 https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download (consulté le 24 juin 2021) ; SADC Model BIT Template with Commentary, juillet 2012, https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf (consulté le 24 juin 2021), article 4.2 ; Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, *op. cit.,* note 1544, article 17.
[1725] ACEUM, *op. cit.,* note 699, article 14.4.

On peut encore citer l'exemple de l'article 17(2) de l'Accord d'investissement du COMESA énonçant que le critère de « *circonstances similaires* » requiert un examen, au cas par cas, de l'ensemble des circonstances de l'investissement, ce qui inclut notamment « *ses effets sur les tierces parties et la communauté locale »* ou encore *« le but de la mesure concernée ».*

403. Ainsi, on trouve tant dans le cadre de l'AGCS que dans le champ de l'investissement international des interstices qui peuvent permettre à l'État de prendre des mesures d'intérêt public isolant, à raison de la spécificité de leur activité, les investisseurs étrangers fournissant des services publics essentiels. Dans le champ de l'investissement, il faudra être attentif à la manière dont les tribunaux arbitraux interprèteront les clauses des AII de nouvelle génération qui balisent leur marge d'interprétation.

404. Le standard du traitement juste et équitable occupe une place tout autant centrale dans le débat sur le droit de réglementer des États[1726]. Les sentences arbitrales récentes contiennent des interprétations du standard plus équilibrées qu'elles ne l'étaient jusqu'alors. Il a ainsi été jugé que les attentes légitimes d'un opérateur étranger fournisseur de services publics d'eau ne sauraient être appréhendées isolément des objectifs tout aussi légitimes de l'État en matière d'accès à l'eau de la population, objectifs dont la réalisation constitue un élément central de la délégation de service public.

[1726] On retrouve dans la Charte de La Havane de 1948 l'une des premières références au traitement juste et équitable. Ainsi, l'article 11(2) prévoyait que l'Organisation Internationale du Commerce, qui ne vit jamais le jour, pourrait faire des recommandations en vue de promouvoir des accords bilatéraux ou multilatéraux contenant des mesures destinées à assurer un traitement juste et équitable aux entreprises, aux compétences, aux capitaux, notamment, apportés par un État membre à un autre. On retrouve des références au traitement juste et équitable dans les traités de navigation et d'amitié conclus par les États-Unis après 1948. Une clause de traitement juste et équitable a également été intégrée au projet de convention OCDE sur la protection des avoirs étrangers de 1967. Cette convention, qui n'est jamais entrée en vigueur, a néanmoins exercé une influence significative sur la pratique conventionnelle subséquente. On citera enfin la Convention portant création de l'Agence multilatérale de Garantie des investissements (AMGI) qui cite l'existence d'un traitement juste et équitable et d'une protection juridique de l'investissement parmi les conditions requises pour bénéficier de la garantie de l'Agence (Convention portant création de l'Agence multilatérale de Garantie des investissements, Séoul,11 octobre 1985, *RTNU*, vol. 1508, p. 99). Voir M. VALENTI, « The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard », dans G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (dir.), *General Interests of Host States in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 26-28.

II. Vers une prise en compte des attentes légitimes de l'État délégataire dans l'appréciation des droits des investisseurs fournisseurs de service public d'eau

405. La formulation imprécise du standard du traitement juste et équitable telle qu'elle apparaît dans les TBI confère une marge d'appréciation non négligeable aux tribunaux arbitraux dont les investisseurs ont largement tiré parti[1727]. Les tribunaux arbitraux ont éprouvé une certaine difficulté à le définir en s'appuyant sur les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le sens ordinaire des mots « *juste* » et « *équitable* » ne permettant guère d'en clarifier le sens[1728]. Standard global couvrant plusieurs obligations spécifiques[1729], sa signification dépend du contexte dans lequel il est invoqué[1730]. Ses composantes traditionnelles, identifiées dans la très connue sentence *Neer c. Mexique*[1731], incluent assurément l'interdiction du déni de justice, du harcèlement, des mesures arbitraires ou discriminatoires. Le standard intègre également le respect de la bonne foi et des procédures légales. Le standard est ainsi utile à l'identification de comportements déraisonnables de l'État, et c'est souvent pour de tels motifs que des violations ont été constatées dans les différends relatifs à des investissements dans la distribution d'eau.

406. La portée du standard du traitement juste et équitable soulève des questionnements lorsque la clause qui l'énonce fait référence au droit international, comme cela est le cas à l'article 1105 de l'ALENA. Cette disposition intitulée « *standard minimum de traitement* », requiert des États qu'ils accordent « *aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales* »[1732]. La question s'est posée de savoir si la norme minimale de traitement se limitait à l'interprétation donnée dans la sentence *Neer*[1733]. L'interprétation officielle publiée en 2001 par la Commission du libre-échange de l'ALENA a permis d'en clarifier le sens et de limiter la portée de sentences précédentes

[1727] K. YANNACA-SMALL, « Fair and Equitable Treatment Standard. Recent Developments », dans A. REINISCH (dir.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 111-112.
[1728] *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, CIRDI, ARB/06/18, sentence du 14 janvier 2010, para. 258.
[1729] L. PARADELL « The BIT experience of the Fair and Equitable Treatment Standard », dans F. ORTINO, L. LIBERTY, A. SHEPPARDS (dir.), *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 127.
[1730] *Ibid.,* p. 125.
[1731] *L. F. H. Neer and Pauline Neer (États-Unis) c. Mexique, RSA,* 15 octobre 1926, vol. IV, pp. 60-66.
[1732] On retrouve cette formulation dans les modèles de TBI américain et canadien ainsi que dans les accords de libre-échange conclus par ces États. K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 1727, p. 113.
[1733] *L. F. H. Neer and Pauline Neer (États-Unis) c. Mexique, op. cit.,* note 1731.

particulièrement critiquées. Il y est précisé que le traitement juste et équitable ne doit pas être compris comme prévoyant un « *traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers* »[1734]. Cette interprétation a été suivie par la plupart des tribunaux ALENA, qui ont opté pour une lecture évolutive du standard, incorporant le droit international actuel formé notamment par les nombreux TBI[1735]. C'est l'approche qui a été suivie dans les différends relatifs à la distribution d'eau potable. Dans le différend *Azurix c. Argentine* le manquement de la province à ses obligations contractuelles en matière d'entretien du réseau était à l'origine de la prolifération d'une algue altérant la qualité de l'eau. La province avait rejeté la responsabilité de la dégradation de la qualité de l'eau sur l'investisseur et encouragé les usagers à ne plus payer leurs factures. Après avoir refusé les multiples demandes du concessionnaire visant à mettre fin à la concession par accord mutuel, la province avait finalement résilié le contrat[1736]. Le tribunal arbitral a conclu à la violation du standard en raison des actions de la province et de son insistance pour mettre fin, elle-même au contrat de concession[1737]. Il a constaté que ces agissements étaient en deçà des standards internationaux, standards ayant évolué depuis la sentence *Neer*[1738]. Dans le différend *Compañia de Aguas del Aconquija*[1739], les autorités de la province avaient adopté une mesure d'interdiction du recouvrement des factures d'eau. Le tribunal a estimé que la province avait usé de ses pouvoirs souverains dans le but précis de nuire à l'investissement en violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable[1740]. L'Argentine arguait que le standard était limité au standard minimum de traitement, l'article 3 du TBI faisant exclusivement référence aux principes du droit international[1741]. Constatant qu'il n'existait pas de fondement en soutien d'une telle proposition, le tribunal a aussi souligné que dans l'hypothèse où il aurait accepté l'interprétation donnée par l'Argentine, les omissions et les actes cumulés étaient d'une telle gravité qu'ils auraient violé le standard coutumier tel qu'établi dans la sentence *Neer*[1742]. Dans le même ordre d'idées, le tribunal du différend *SAUR* a qualifié la problématique de l'articulation du standard du traitement juste et équitable avec un

[1734] Commission du libre-échange de l'ALENA*, Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de l'ALENA*, 31 juillet 2010.
[1735] Voir notamment, *Mondev International Ltd c. États-Unis,* CIRDI, ARB(AF)99/2, sentence du 11 octobre 2002, paras. 116 et 125.
[1736] *Azurix Corp. c. Argentine*, *op. cit.,* note 878, para. 374.
[1737] *Ibid.*
[1738] *Ibid.*, paras. 372-374. Le tribunal a rappelé la sentence *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1523, para. 280.
[1739] *Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine, op. cit.,* note 601.
[1740] *Ibid.,* para. 7.4.45.
[1741] *Ibid.*, para. 7.4.5.
[1742] *Ibid*., para. 7.4.46.

standard minimum de traitement de « *dogmatique et conceptualiste* »[1743]. Il a conclu à sa violation en raison du refus répété des autorités de réviser les tarifs. Ce refus a été interprété comme étant destiné à aggraver la situation financière du concessionnaire ainsi qu'à justifier l'intervention administrative et à mettre fin au contrat de concession[1744].

407. L'utilité du standard du traitement juste et équitable dans des différends ayant une forte coloration politique est indéniable. Le différend *Biwater c. Tanzanie* l'illustre bien. Le différend est le point culminant d'une série de tensions entre l'investisseur et les autorités liées aux obligations de performance du premier[1745]. À l'occasion d'une conférence de presse, le Ministre en charge de l'eau avait annoncé la fin de la concession, comportement qualifié par le tribunal de perturbation déraisonnable du contrat[1746]. Cette annonce avait manifestement influencé la perception et le comportement de l'opinion publique. S'en est suivie une série de mesures et d'actions jugées arbitraires et injustifiées[1747], comme l'annulation de l'exonération sur la taxe sur la valeur ajoutée dont bénéficiait l'investisseur[1748], la nomination à titre intérimaire du ministre de l'eau à la tête de l'autorité de régulation[1749], l'occupation des locaux de l'entreprise, la prise de contrôle des opérations et l'expulsion de l'équipe dirigeante[1750]. La violation du traitement juste et équitable était clairement établie. Le tribunal a toutefois jugé qu'aucune de ces actions n'était à l'origine du dommage subi par l'investisseur. La dépréciation de la valeur de l'investissement résultait des erreurs de calculs de *Biwater*, qui n'avait pas pris en compte les ajustements nécessaires et les restrictions quant à sa possibilité d'augmenter les tarifs de l'eau[1751]. La concession se trouvait en réalité dans une situation dans laquelle la résiliation du contrat était inévitable[1752].

408. Le standard du traitement juste et équitable a peu à peu évolué vers une sorte de fourre-tout embrassant un champ extrêmement large de mesures gouvernementales[1753]. Le tribunal du différend *Sempra c. Argentine* est allé jusqu'à affirmer qu'en l'absence d'éléments permettant

---

[1743] L. PARADELL, *op. cit.,* note 1729, pp. 125 et s. *SAUR International c. Argentine*, *op. cit.,* note 1504, para. 491.
[1744] *Ibid.,* para. 506.
[1745] *Biwater Gauff Limited c. Tanzanie*, *op. cit.,* note 1455.
[1746] *Ibid.,* para. 500.
[1747] *Ibid.,* para. 503.
[1748] *Ibid.,* para. 502.
[1749] *Ibid.* para. 615.
[1750] *Ibid.,* para. 503.
[1751] *Ibid.,* para. 805.
[1752] *Ibid.,* para. 807.
[1753] R. DOLZER, « Fair and Equitable Treatment. A Key Standard in Investment Treaties », *International Lawyer,* 2005, vol. 39, n° 1, pp. 87-106.

de constater une expropriation, le traitement juste et équitable pouvait être mobilisé en vue de réparer des dommages qui seraient autrement passés inaperçus[1754]. Il n'y a pas de doute sur le fait que l'obligation de garantir un régime juridique stable et de protéger les attentes des investisseurs relatives à cette stabilité réglementaire constituent des composantes du traitement juste et équitable[1755]. Force est de constater que la satisfaction des attentes légitimes de l'investisseur est aujourd'hui devenue l'aspect dominant du traitement juste et équitable[1756]. Les tribunaux arbitraux ont pu souscrire à des interprétations strictes tendant à faire du standard une clause de stabilisation offrant une garantie à l'investisseur contre tout changement réglementaire[1757]. Ainsi en est-il du tribunal du différend *Occidental c. Équateur,* concluant à une frustration des attentes légitimes de l'investisseur, et par conséquent à une violation du standard, en raison de la modification de l'environnement juridique dans lequel l'investissement avait été réalisé[1758]. Or, une interprétation du standard en tant qu'assurance contre toute modification réglementaire entre en parfaite opposition avec la spécificité de la réglementation des services publics et en particulier avec la figure de l'État régulateur soumis à l'obligation de réaliser de manière progressive les droits de l'homme associés à leur fourniture. Dans sa sentence *Saluka c. République tchèque*, le tribunal arbitral a considéré que les attentes de l'investisseur devaient être légitimes et raisonnables au regard des circonstances, ce qui supposait de prendre en compte le droit de l'État de réglementer dans l'intérêt public[1759]. Dans le même sens, le tribunal arbitral de la sentence *Philip Morris c. Uruguay* a rappelé que les exigences liées à la satisfaction des attentes légitimes de l'investisseur et à la stabilité réglementaire n'affectaient pas le droit de l'État d'exercer son droit souverain de légiférer et d'adapter son système juridique aux changements de circonstances, dès lors qu'il n'outrepassait pas l'exercice normal de son pouvoir réglementaire dans l'intérêt public et qu'il ne modifiait pas le cadre juridique sur lequel s'était appuyé l'investisseur au moment où il a réalisé son investissement au-delà de la marge de changement acceptable[1760].

[1754] *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, paras 300-301.
[1755] L. PARADELL, *op. cit.,* note 1729, pp. 125 et s.
[1756] La jurisprudence a progressivement envisagé la frustration de ces attentes légitimes comme une conséquence de ce standard d'abord en s'appuyant sur les préambules des TBI, qui insistent souvent sur l'importance de maintenir un cadre environnemental stable pour les investissements (voir par exemple, le TBI entre les États-Unis et Argentine, 14 novembre 1991). Voir *EDF c. Roumanie*, aff. CIRDI ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, para 216 ; *Saluka c. République Tchèque, op. cit.,* note 1503, para 301.
[1757] Sur ce point, voir J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE,* 2009, t. XXIII, n° 1, pp. 5-32 ; J. FOURET, D. HAYAT, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *RQDI,* 2007, vol. 20, n° 1, pp. 309-426.
[1758] *Occidental c. Équateur I*, *op. cit.,* note 1715, para. 191.
[1759] *Saluka c. République tchèque*, *op. cit.,* note 1503, para. 304-306.
[1760] *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.,* note 1502, paras. 422-423.

409. Dans le cas des différends d'investissements relatifs à des services publics, les sentences les plus anciennes se sont exclusivement concentrées sur les attentes légitimes des investisseurs[1761]. Les plus récentes ont cherché à mieux équilibrer ces attentes avec les objectifs légitimes de l'État hôte[1762]. Les tribunaux arbitraux ont tout d'abord précisé que les engagements pris vis-à-vis des investisseurs, constituant la source de leurs attentes légitimes, pouvaient être formulés dans un contrat, une lettre d'intention, ou oralement[1763]. Dans les sentences *Suez Interaguas* et *Suez Vivendi*, les tribunaux se sont largement appuyés sur les contrats de concession en tant que « *document[s] reflétant de manière détaillé les attentes légitimes de l'investisseur, ainsi que celles de la province* »[1764]. Ces contrats établissaient les conditions offertes par les autorités publiques au moment où les investisseurs ont réalisé leurs investissements[1765]. Ces derniers ont chiffré leur bénéfice potentiel sur la base du régime tarifaire défini dans le contrat[1766]. Le tribunal a considéré que leurs attentes légitimes avaient été frustrées en raison du refus des autorités de procéder à la révision des tarifs conformément aux conditions posées dans les contrats de concession[1767]. Le tribunal n'a donné que peu de poids à l'argument de l'Argentine qui invoquait la crise financière et budgétaire à laquelle elle était confrontée pour justifier la raison pour laquelle la province ne s'était pas conformée à ses obligations contractuelles[1768]. Il a certes reconnu que la continuité de l'approvisionnement en eau représentait un intérêt essentiel, mais il a estimé que cet objectif aurait pu être réalisé en respectant le droit de l'investisseur à un traitement juste et équitable[1769].

410. La sentence *Urbaser c. Argentine* marque une évolution. Tout d'abord, le tribunal a insisté sur l'importance d'appréhender le traitement juste et équitable comme un standard « *objectif, non basé sur les opinions personnelles des arbitres ou les attentes légitimes d'une partie* » [1770]. Il doit au contraire représenter « *une source de droit de caractère normatif sur*

[1761] *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, para 304 ; *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, para. 268. Dans ces sentences, les tribunaux ont considéré que quand bien même l'État serait guidé par les meilleures intentions, la violation des attentes légitimes de l'investisseur est constitutive d'une violation du standard du traitement juste et équitable.
[1762] Voir par exemple *Electrabel S. A. c. Hongrie*, CIRDI, ARB/07/19, décision sur la compétence du 30 novembre 2012, para. 7.77; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, *op. cit.,* note 1475, para. 332.
[1763] *El Paso*, *op. cit.,* note 1562, para. 372.
[1764] *Suez Interaguas*, *op. cit.,* note 879, para. 212 ; *Suez c. Argentine. op. cit.,* note 852, para. 231.
[1765] *Suez Interaguas*, *op. cit.,* note 879, para. 212.
[1766] Voir sentence *Suez Vivendi c. Argentine, op. cit.,* note 852, para. 231.
[1767] *Suez Interaguas c. Argentine*, *op. cit.,* note 879, para 218 ; *Suez Vivendi, op. cit.,* note 852, para. 238.
[1768] *Suez Interaguas*, *ibid.* ; *Suez Vivendi*, *ibid.* para. 238.
[1769] *Suez Vivendi*, *ibid.,* para. 260.
[1770] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 613

laquelle les Parties et le tribunal peuvent s'appuyer »[1771]. Ensuite, le tribunal est allé plus loin que les sentences précédentes en précisant le cadre normatif sur lequel les investisseurs pouvaient fonder des attentes légitimes. Il a estimé que ce cadre ne pouvait être limité aux droits contractuels, dans la mesure où ceux-ci s'inscrivaient dans un environnement juridique embrassant les droits et les obligations de l'État d'accueil[1772]. Le tribunal a ainsi accordé une attention aux attentes tout aussi légitimes de l'État : lorsqu'il délègue la gestion des services public d'eau à un opérateur privé, c'est précisément dans le but que ce dernier contribue à l'amélioration de l'accès au service. Le tribunal a établi une hiérarchie entre les intérêts en relevant que les obligations spécifiques à la charge de l'État hôte prévalaient sur le contrat de concession et faisaient partie du droit applicable à l'investissement, conformément au TBI désignant le droit applicable. Ces obligations spécifiques qui trouvent leur source dans la Constitution et qui ont trait à l'accès à l'eau de la population, nécessitent de l'État qu'il prenne toute mesure appropriée à cet effet[1773]. L'investisseur ne pouvait ignorer ces obligations, en ce qu'elles constituaient l'un des objectifs fondamentaux du processus de privatisation des services d'eau[1774]. Par conséquent, toutes les mesures prises concourant à la réalisation de ce droit fondamental protégé par la Constitution, ne pouvaient être constitutives de violations du traitement juste et équitable. En réalité, l'investisseur fournisseur de services d'eau est réputé avoir accepté ces mesures au moment où il a constitué l'investissement[1775]. Ces mesures demeurent toutefois soumises au traitement juste et équitable, l'État devant exercer sa responsabilité d'une manière compatible avec le standard[1776]. Ce qui est important est que l'investisseur ne saurait invoquer la protection de ses propres intérêts comme devant prévaloir, car ces intérêts font partie d'un environnement juridique qui couvre également les intérêts de l'État d'accueil[1777]. On notera qu'il n'y a pas de référence au droit international des droits de l'homme dans le raisonnement du tribunal. Il est dès lors légitime de se demander si ses conclusions auraient été les mêmes en l'absence de fondement constitutionnel. Il nous semble qu'il conviendrait de répondre par l'affirmative, le raisonnement du tribunal *Urbaser* étant marquée par une démarche intégrationniste déjà décrite dans nos développements précédents et que nous préciserons encore par la suite[1778]. Il a en effet reconnu que le droit international

[1771] *Ibid.* Voir dans le même sens *El Paso Energy International Company c. Argentine*, *op. cit.,* note 1562, para. 356.
[1772] *Ibid.,* paras. 618-619
[1773] *Ibid.,* para. 622.
[1774] *Ibid.*
[1775] *Ibid.*
[1776] *Ibid.*
[1777] *Ibid.*
[1778] Voir infra*,* paras. 413 et s.

des droits de l'homme faisait partie du droit applicable à l'opération d'investissement en vertu du TBI[1779]. En définitive, le tribunal a considéré que l'Argentine avait échoué à accorder à l'investisseur un traitement transparent durant la période de renégociation du contrat s'étalant de 2003 à 2005[1780], ce qui constituait une violation du standard du traitement juste et équitable[1781]. Toutefois, il a jugé que les pertes subies n'étaient pas attribuables au comportement de la province mais résultait des manquements de l'investisseur. Il a par conséquent, rejeté la demande de réparation[1782].

411. Pour conclure, il est utile de revenir sur les innovations intégrées aux AII de nouvelle génération qui tentent de limiter la marge interprétative des tribunaux arbitraux en précisant le contenu normatif du standard du traitement juste et équitable. Ainsi, l'article 8.10.2 de l'AECG liste les mesures susceptibles de constituer une violation du traitement juste et équitable[1783]. L'article 8.10.4 prévoit que :

> « *Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite* ».

Il s'agit à notre connaissance de la seule référence directe au concept « *d'attentes légitimes* » dans le cadre conventionnel. Le tribunal arbitral peut rechercher si des engagements spécifiques ont été formulés à l'endroit de l'investisseur. Il ne s'agit que d'une possibilité et non d'une obligation pesant sur le tribunal, qui peut, plus généralement, prendre en compte ou non ces attentes légitimes dans la détermination d'une violation du standard du traitement juste et équitable. La formulation de cette disposition est en tout cas suffisamment claire : le non-respect des attentes légitimes de l'investisseur ne suffit pas à établir une violation du traitement juste et équitable.

[1779] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 1200-1203.
[1780] *Ibid.*, para. 843-845.
[1781] *Ibid.,* para. 845.
[1782] *Ibid.,* para. 847.
[1783] On y retrouve les composantes traditionnelles du standard, par exemple, le « *déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives* » ou encore la « *violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives* ». La disposition vise encore les mesures constitutives *« d'un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les parties conformément au paragraphe 3 du présent article* ». Ces autres manquements font l'objet, aux termes du paragraphe 3, d'un examen des parties, sur une base régulière ou à la demande d'une Partie, qui pourront compléter la liste de l'article 8.10(2) de l'Accord. La liste de situation constitutive d'une violation du standard n'est donc pas exhaustive puisqu'elle est susceptible d'évoluer dans le futur (AECG, *op. cit.,* note 649).

412. Il existe ainsi des espaces pour une singularisation de l'activité d'investisseurs opérant dans le secteur des services publics de l'eau. Premièrement, il est possible de s'attacher aux objectifs légitimes poursuivis par la mesure établissant une différenciation. Deuxièmement, l'intégralité de l'environnement juridique encadrant la concession, ce compris l'obligation de réglementer pesant sur l'État, peut être pris en compte dans l'appréciation des droits des investisseurs. La sentence *Urbaser c. Argentine* est novatrice à bien des égards. Le tribunal a insisté sur le caractère non absolu des droits des investisseurs : ils ne peuvent être appréhendées isolément des objectifs légitimes de l'État régulateur. En outre, en affirmant que l'objet des investissements dans le secteur de la distribution d'eau potable est la réalisation d'un droit de l'homme, la sentence ouvre la porte à une réflexion bienvenue sur la teneur des obligations à la charge des investisseurs en droit international.

Section II. La responsabilisation des investisseurs étrangers fournisseurs de services publics d'eau

413. La question de l'identification des obligations mises à la charge des investisseurs fournisseurs de services d'eau a été soulevée dans le contexte de la demande reconventionnelle formulée par l'Argentine dans le différend *Urbaser*. L'admission de ces demandes favorise une responsabilisation des investisseurs étrangers, les tribunaux arbitraux étant dans ce cadre amenés à examiner la légalité de leur comportement (I). La sentence *Urbaser* contribue indéniablement à l'affirmation de la personnalité internationale des investisseurs étrangers, dans son volet passif, quand bien même en l'espèce, aucune obligation internationale ne leur a concrètement été imposée (II).

I. Un recours facilité aux demandes reconventionnelles par l'État régulateur à l'encontre des opérateurs exploitant des services d'eau

414. Dans le différend qui l'a opposé à *Urbaser*, l'État argentin a adopté une démarche inédite en introduisant une demande reconventionnelle à l'encontre de l'investisseur fondée sur

le TBI entre l'Argentine et l'Espagne[1784]. L'Argentine arguait que l'investisseur n'avait pas réalisé les investissements indispensables au bon déroulement de la concession ce qui, selon elle, contrevenait aux obligations auxquelles il était tenu au regard du droit international des droits de l'homme[1785].

415. En plaçant les États en position de demandeurs, les demandes reconventionnelles participent au rééquilibrage de l'arbitrage d'investissement[1786]. Mais elles ne remettent nullement en cause sa dimension unilatérale. En effet, la possibilité pour l'État d'introduire une telle demande dépend de la demande d'arbitrage initiale qui demeure *« exclusivement à la libre discrétion de l'investisseur* »[1787]. Ces derniers n'ont pas manqué de contester la compétence des tribunaux arbitraux pour se prononcer sur des demandes reconventionnelles en invoquant leur absence de consentement et le défaut de connexité entre demandes initiale et reconventionnelle. Ces arguments mettent en lumière les difficultés propres à l'arbitrage d'investissement soulevées par ces demandes[1788]. Ces obstacles ont été dépassés par le tribunal *Urbaser c. Argentine,* raison pour laquelle la sentence est novatrice. On reprendra les mots de Sophie Lemaire qui estime qu'il existe aujourd'hui, à la suite d'*Urbaser,* « *une faveur nouvelle envers les demandes reconventionnelles de l'État »*[1789].

[1784] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303. La demande reconventionnelle est une « *demande incidente par laquelle une partie à une instance prétend obtenir, en sus du rejet de la demande introduite contre elle, la satisfaction par la partie adverse d'une prétention entretenant un lien de connexité avec l'objet de la demande de cette partie* ». J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 316. On se référera également à la définition donnée par la CIJ : « *Considérant qu'il est constant qu'une demande reconventionnelle présente, au regard de la demande de la partie adverse, un double caractère ; qu'elle en est indépendante dans la mesure où elle constitue une «demande» distincte, c'est-à-dire un acte juridique autonome ayant pour objet de soumettre une prétention nouvelle au juge, et, qu'en même temps, elle s'y rattache, dans la mesure où, formulée à titre reconventionnel, elle riposte à la demande principale; que le propre d'une demande reconventionnelle est ainsi d'élargir l'objet initial du litige en poursuivant des avantages autres que le simple rejet de la prétention du demandeur à l'action - par exemple, la condamnation de celui-ci; et que, à ce titre, la demande reconventionnelle se distingue d'un moyen de défense au fond* », *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie),* Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 17 décembre 1997, *CIJ Recueil* 1997, para. 27

[1785] *Ibid*., para. 36

[1786] F. LATTY, « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *Gymkhana* de la réaffirmation de l'État », dans T. EK GHADBAN, C.-M. MAZUY, A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?* Paris, Pedone, 2017, p. 161 ; M. THORAL, T. SCHULTZ, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration ? Some Unorthodox Considerations », dans M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.-H. L. CHUNG, C. BALCHIN (dir.), *The Backlash against Investment Arbitration? Perceptions and Reality,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, pp. 578 et s. ; A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law,* Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 70.

[1787] W. BEN HAMIDA, *op. cit.,* note 870, p. 263 ; L. DUBIN, *op. cit.,* note 1276, p. 881.

[1788] A. DE NANTEUIL, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* 2018, vol. 17, n° 2, p. 375.

[1789] S. LEMAIRE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. Les demandes reconventionnelles de l'État », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2, p. 692.

416. Tout d'abord, le tribunal arbitral a interprété le TBI entre l'Argentine et l'Espagne comme manifestant le consentement des parties à soumettre les demandes reconventionnelles à l'arbitrage CIRDI. On rappellera que l'article 46 de la Convention de Washington admet les demandes « *se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre* ». La clause d'arbitrage du TBI entre l'Argentine et l'Espagne, applicable dans le différend *Urbaser,* prévoit la compétence du tribunal pour « *les différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie en lien avec un investissement* »[1790]. Cette formulation est suffisamment large pour valider l'existence d'un consentement. En effet, elle est neutre quant au point de savoir qui des parties au différend peut se voir reconnaître la qualité de requérant ou de défendeur[1791]. *A contrario*, les clauses qui limitent la compétence des tribunaux arbitraux aux différends relatifs aux obligations des États excluent, de fait, la possibilité d'introduire des demandes reconventionnelles. C'est cette formulation et l'interprétation qui en a été faite qui ont fait échec à l'admissibilité de la demande reconventionnelle formée par la Roumanie dans le différend *Spyridon Roussalis*[1792]. Le TBI entre la Grèce et la Roumanie applicable au différend a été interprété comme interdisant implicitement à l'État de présenter une demande reconventionnelle. Son article 9 ne couvre en effet que les « *obligations au titre du présent accord* » et ledit accord fait peser des obligations exclusivement à la charge des États. Le tribunal a interprété cette disposition comme une offre d'arbitrage couvrant uniquement les requêtes formées à l'initiative des investisseurs.

417. Au-delà de la formulation de la clause d'arbitrage, le tribunal *Urbaser c. Argentine* a tenu à souligner qu'aucune disposition du TBI ne permettait de considérer que les États hôtes d'investissements étrangers ne bénéficiaient pas de droits garantis par ce traité[1793]. Cela laisse entendre que même dans l'hypothèse où la clause d'arbitrage aurait été rédigée en des termes stricts, il aurait admis sa compétence, à l'image du raisonnement développé par le tribunal arbitral du différend *Goetz c. Burundi*. Dans cette affaire, c'est l'article 8(1)(b) du TBI entre la Belgique et le Burundi qui était applicable. Cette disposition couvre « *les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investir octroyée par les autorités de*

[1790] TBI entre l'Argentine et l'Espagne, article X.1.
[1791] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 1143.
[1792] *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, CIRDI, ARB/06/1.
[1793] *Urbaser*, *op. cit.,* note 1303, para. 1183 : « *Nevertheless, there is no provision stating that the investment's host State would not have any right under the BIT* »

l'État d'accueil »[1794]. Le tribunal a estimé qu'en donnant en ces termes leur consentement à la compétence du tribunal, les parties avaient manifesté de manière générale leur consentement à l'application des règles de procédures du CIRDI, lesquelles couvrent les demandes reconventionnelles[1795]. Cette interprétation, allant bien au-delà de la formulation pourtant univoque de la clause d'arbitrage, a été critiquée[1796]. Il a été souligné que le consentement des parties se devait d'être déterminé « *en référence aux instruments externes à la convention, comme par exemple la clause de règlement des différends contenue dans le TBI* »[1797]. L'approche *Goetz c. Burundi* fait de la ratification de la Convention de Washington un élément suffisant pour établir l'existence d'un consentement à la compétence d'un tribunal CIRDI pour tout type de différend. À notre sens, cette interprétation contribue avant tout à remédier à l'asymétrie provoquée par le phénomène de consentement dissocié dans le contexte des demandes initiales.

418. Ensuite, la sentence Urbaser « *fait preuve de la plus grande souplesse s'agissant de l'exigence d'un lien entre les demandes reconventionnelles et l'objet du différend* »[1798]. Les arbitres se sont davantage focalisés sur une approche factuelle du lien de connexité, en reléguant l'approche juridique du lien de connexité à une étape secondaire. Ce raisonnement permet ainsi de faciliter le recours aux demandes reconventionnelles par les États d'accueil et de développer une approche moins asymétrique des différends qui peuvent opposer, dans le secteur de l'eau, les États d'accueil régulateurs aux investisseurs étrangers fournisseurs du service public. La condition de connexité, posée aux articles 46 de la Convention de Washington[1799] et 40(1) du règlement d'arbitrage CIRDI[1800], se justifie en raison du caractère accessoire des demandes reconventionnelles. Le point de savoir si ce lien doit porter sur l'investissement ou sur l'objet

[1794] J. E. KALICKI, « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », IISD, *Investment Treaty News,* 2013, vol. 3, n° 2, p. 5.
[1795] *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, CIRDI, ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, paras. 277-278. On notera que dans son opinion dissidente à la sentence *Spyridon Roussalis*, le Professeur Reisman, dans le même sens de ce qui a été tranché par le tribunal de l'affaire *Goetz*, estime que le consentement de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI est suffisant pour considérer qu'il y existe également un consentement aux demandes reconventionnelles.
[1796] A. DE NANTEUIL, *op. cit.,* note 1788, p. 380, p. 379.
[1797] J. E. KALICKI, *op. cit.,* note 1794, p. 4.
[1798] S. LEMAIRE, *op. cit.,* note 1789, p. 690.
[1799] Convention CIRDI, *op. cit.,* note 760, article 46 : « *Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre* ».
[1800] Règlement d'arbitrage CIRDI, *op., cit,* note 1465, article 40(1) : « *Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre* ».

du litige n'est pas résolue[1801]. Dans *Urbaser,* le tribunal a relevé le caractère manifeste du lien de connexité du simple fait que les deux demandes étaient basées sur un même investissement, en relation avec la même concession. Cette interprétation permet d'établir, de manière automatique, une relation de connexité dès lors qu'une demande reconventionnelle est liée au même investissement que celui dont il est question dans la demande initiale, ce qui est généralement le cas[1802]. Au-delà, le lien de connexité juridique doit porter sur « *l'instrument dont la violation est invoqué*e »[1803] dans la requête initiale, ce qui n'est pas sans poser de difficulté[1804]. À cet égard, le tribunal *Urbaser* a estimé que la connexité était établie dans la mesure où la demande reconventionnelle s'appuyait non pas sur le droit interne, mais sur le droit international tout comme la réclamation initiale[1805]. La démarche de l'Argentine dans ce différend s'inscrit dans une tendance émergente dans le contentieux de l'investissement, à savoir la multiplication des demandes reconventionnelles fondées sur des violations de TBI[1806]. Il reste, comme il convient de l'analyser, qu'aucune obligation internationale n'a été concrètement imposée aux investisseurs étrangers.

II. L'absence d'obligation internationale pesant sur l'investisseur étranger gestionnaire de services publics d'eau

419. Dans une démarche intégrationniste, le tribunal *Urbaser* a contourné l'absence d'obligations mises à la charge des investisseurs étrangers dans le TBI entre l'Argentine et l'Espagne en refusant une interprétation isolée dudit traité et en prenant en compte le droit international des droits de l'homme[1807]. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la clause de droit applicable de l'article X (5) du TBI faisant référence au droit interne de l'État hôte ainsi qu'aux principes généraux du droit international[1808]. Il s'est surtout reposé – et c'est en cela que la sentence arbitrale est novatrice – sur l'article 42(1) de la Convention CIRDI pour justifier cette

[1801] P. LALIVE, L. HALONEN, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Czech Yearbook of international Law*, 2011, vol. 2, pp. 141-156
[1802] *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, CIRDI, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles du 7 février 2017, para. 62.
[1803] F. LATTY, *op. cit.,* note 1786, p. 172.
[1804] S. LEMAIRE, *op. cit.,* note 1789, p. 691.
[1805] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 1151
[1806] *Ibid.*; *Burlington Resources Inc., op. cit.,* note 1802 ; *Roruso c. Venezuela*, CIRDI, ARB(AF)12/5, sentence du 22 août 2016 ; *Oxus Gold c. Ouzbékistan*, CNUDCI, sentence finale du 17 décembre 2015.
[1807] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 1186-1188, 1200.
[1808] *Ibid.*, para. 1188.

lecture intégrée[1809]. Comme le met en exergue Sophie Lemaire, cette référence emporte des conséquences importantes dans la mesure où :

> « *la seconde partie de l'article 42(1) permettrait à l'État défendeur, "faute d'accord entre les parties", de fonder sa demande reconventionnelle sur le "droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi "que sur les" principes de droit international en la matière", ce qui constituerait une avancée majeure pour les États défendeurs »*[1810].

C'est en tout cas sur cette base que le tribunal a accepté que le droit international des droits de l'homme soit invoqué à l'appui de la réclamation reconventionnelle[1811]. La sentence montre à cet égard l'intention du tribunal arbitral d'équilibrer les droits et obligations de l'État d'un côté, et de l'investisseur étranger de l'autre.

420. Le tribunal a d'abord rappelé la dimension incontestée du droit de l'homme à l'eau, en se référant à l'observation générale n° 15 et à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 juillet 2010[1812]. Le tribunal a exprimé sa réticence à accepter le postulat selon lequel la garantie du droit de l'homme à l'eau serait une responsabilité qui pèserait exclusivement sur l'État, et absolument pas sur les entreprises privées qui fournissent pourtant le service[1813]. Il a inféré de divers instruments – précisément, de l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais aussi d'instruments de *soft law* tels que les standards de responsabilité sociale des entreprises, les principes de Ruggie et l'observation générale n°15 – l'existence d'une obligation à la charge des investisseurs privés de ne pas s'engager dans des activités visant à nuire aux droits de l'homme[1814]. S'il a reconnu qu'investisseurs et État ont en matière de droit de l'homme à l'eau des responsabilités partagées, le tribunal a confirmé qu'elles devaient être différenciées : l'obligation de réaliser le droit de l'homme à l'eau découlant du droit international des droits de l'homme vise les États et non les investisseurs[1815]. L'obligation d'assurer l'accès à l'eau des populations ne peut, en ce qui concerne un opérateur privé, que découler de l'environnement juridique et réglementaire du pays dans lequel il opère[1816]. Si le

[1809] *Ibid.* para. 1202.
[1810] S. LEMAIRE, *op. cit.,* note 1789, pp. 694-695.
[1811] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303*,* 1200-1203.
[1812] *Ibid.,* paras. 1197, 1205
[1813] *Ibid.,* para. 1193.
[1814] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 1196, paras. 1197-1199.
[1815] *Ibid.*, para. 1210.
[1816] *Ibid.* para. 1209.

droit de l'homme à l'eau implique une obligation de conformité pesant sur l'État, il n'existe pas d'obligations de performance à la charge de l'entreprise fournissant le service qui trouveraient leur source dans le droit international des droits de l'homme[1817]. C'est la raison pour laquelle il n'a pas été fait droit à la demande reconventionnelle de l'Argentine[1818]. De telles obligations ne peuvent découler que d'un contrat ou d'une loi[1819]. Par conséquent c'est à l'État qu'il revient au premier chef de donner effet aux obligations en matière de droit de l'homme à l'eau en imposant un certain nombre d'obligations de performance aux concessionnaires dans le cadre du contrat de concession ou de la loi[1820]. Le tribunal n'a ainsi identifié aucune disposition du TBI ayant pour effet de transférer sur l'investisseur étranger l'obligation de fournir le service en conformité avec le droit de l'homme à l'eau[1821]. Si une telle obligation était consacrée dans un autre traité ou représentait un principe général de droit international, elle ferait partie intégrante du cadre juridique applicable à l'investissement, conformément aux dispositions de l'article X (5) du TBI[1822]. La faiblesse du droit international des droits de l'homme, statocentré et n'ayant que peu d'emprise sur les entreprises, rejaillit ainsi dans le champ de l'investissement international. Pour autant, il est possible de considérer que la sentence *Urbaser c. Argentine* « *participe à l'affirmation de la personnalité internationale des personnes privées et en particulier à la soumission des entreprises à des obligations internationales* »[1823].

421. On peut se demander s'il n'aurait pas été plus pertinent pour l'Argentine de fonder sa demande reconventionnelle sur les obligations de service public découlant de son droit interne, ce qui aurait supposé au préalable de passer avec succès l'étape de l'admissibilité de la demande. Le raisonnement du tribunal arbitral dans la sentence *Saluka c. République tchèque*, laisse entendre que cette étape peut, dans ce contexte, s'avérer presque impossible à franchir. En effet, ce tribunal s'est déclaré incompétent en raison de l'absence de connexité entre demandes reconventionnelle et initiale, la première portant sur une violation du droit interne et la seconde sur une violation du TBI[1824]. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le droit applicable au

[1817] *Ibid*.
[1818] *Ibid.*, paras. 1211-1221.
[1819] *Ibid.*
[1820] *Ibid.* paras. 1204-1210.
[1821] *Ibid.,* para. 1207.
[1822] *Ibid.*
[1823] P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, 2017, p. 645.
[1824] *Saluka Investments B. V. c. République Tchèque*, CNUDCI, sentence sur la compétence du 7 mai 2004. On donnera aussi pour exemple la sentence *Ruroso c. Venezuela* dans laquelle le Venezuela invoquait dans sa demande reconventionnelle une violation du droit interne, l'investisseur n'ayant pas adhéré à son plan minier. Le tribunal

différend ne couvre pas le droit interne, les clauses de règlement des différends peuvent être interprétées comme excluant les demandes reconventionnelles, les obligations des investisseurs étrangers ancrées dans le contrat ou le droit interne sortant ainsi de « *l'orbite du traité* »[1825]. En revanche, une clause de droit applicable incluant le droit interne permettrait à l'État de fonder sa demande reconventionnelle sur une violation du droit interne[1826]. On peut croire que le tribunal *Urbaser*, s'appuyant sur l'article X (5) du TBI – qui mentionne le droit interne de l'État hôte et les principes généraux du droit international[1827] – et la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention de Washington[1828], aurait admis la recevabilité d'une demande fondée sur une violation du droit interne. C'est par exemple l'approche qui a été suivie dans le différend *Perenco c. Équateur* dans lequel le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour examiner la demande reconventionnelle de l'Équateur fondée sur une violation du droit environnemental équatorien en s'appuyant sur la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI. L'investisseur a d'ailleurs été condamné pour atteintes portées à l'environnement[1829]. Par ailleurs, les clauses de conformité à la loi peuvent aussi être mobilisées comme outil de responsabilisation des investisseurs étrangers. Rappelons que les clauses de conformité opèrent « *de jure un renvoi au droit interne de l'État hôte* »[1830]. La non-conformité avec la clause entraîne une violation du droit interne de l'État impliquant « *à son tour un effet juridique international, en ce sens que la violation du droit interne équivaut à une violation du droit*

s'est jugé incompétent, rappelant que sa compétence était limitée aux différends découlant du TBI (*Ruroso Mining Ltd. c. Venezuela*, *op. cit.,* note 1806, para. 628).

[1825] F. LATTY, *op. cit.,* note 1786, p. 166.

[1826] P. LALIVE, L. HALONEN, *op. cit.,* note 1801.

[1827] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 1188.

[1828] *Ibid.,* para. 1202.

[1829] *Ibid.* para. 74. Voir aussi *Perenco Ecuador Limited c. Équateur* CIRDI, ARB/08/6, sentence intérimaire sur la demande reconventionnelle, 11 août 2015, paras. 44 et s. La question de la nature du régime de responsabilité applicable aux opérateurs privés en droit international continue à se poser en l'absence de régime international de responsabilité leur étant applicable. À cet égard, il a été proposé de « *dégager, à partir de la comparaison des différents mécanismes de responsabilité civile à l'œuvre dans la plupart des systèmes juridiques, des principes communs aptes à être transposés dans l'ordre juridique international sous la forme de principes généraux de droit* » (P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL*, op. cit.,* note 1823, p. 606). Quelques rares TBI contiennent des clauses établissant une responsabilité de l'investisseur dans son État d'origine. Ainsi en est-il du modèle de TBI néerlandais de 2019 qui prévoie une responsabilité des investisseurs « *conformément aux règles relatives à la compétence de leur État d'origine pour les actes ou décisions pris en relation avec l'investissement lorsque ces actes ou décisions entraînent des dommages importants, des blessures corporelles ou la mort dans l'État d'accueil* ». Pour ce qui est concrètement du régime de réparation, plusieurs formules sont envisageables. Dans le différend *Al Warraq c. Indonésie*, cet État avait demandé une indemnisation de 360 millions de dollars. La condamnation de l'investisseur pourrait également prendre la forme d'une réparation intégrale, par exemple sous la forme d'une remise en l'état d'un site ayant fait l'objet d'un dommage environnemental (L. DUBIN, *op. cit.,* note 1276, p. 888).

[1830] M. M. MBENGUE, « Les obligations de l'investisseur », dans *Société française pour le droit international, Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis*, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 308

international »[1831]. Par conséquent, les investissements constitués en violation de cette clause peuvent être réputés avoir été réalisés de manière illégale et ne peuvent de ce fait bénéficier de la protection du TBI, ni du mécanisme d'arbitrage[1832]. Les clauses de conformité peuvent ainsi représenter un levier efficace de responsabilisation des investisseurs étrangers, comme c'est le cas dans de très rares accords[1833], lorsqu'elles sont rédigées en des termes suffisamment larges et embrassent l'ensemble du droit de l'État hôte, et non pas seulement le droit relatif à l'admission des investissements étrangers. La clause de conformité intégrée à l'article II (2) du TBI entre l'Espagne et l'Argentine est de portée limitée puisqu'elle se rapporte exclusivement à la définition des investissements protégés aux fins de détermination du champ d'application du TBI[1834]. À l'inverse, l'article 9 de l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique prévoit que l'« *investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites* ». Dans le différend *Al-Warraq c. Indonésie*[1835], le tribunal a interprété cette disposition comme imposant des obligations positives à la charge des investisseurs, pouvant servir de fondement à une demande reconventionnelle[1836].

422. Malgré son dénouement, la sentence *Urbaser c. Argentine* s'inscrit dans un mouvement positif visant à rééquilibrer le contentieux de l'investissement en faveur d'une responsabilisation des investisseurs étrangers. L'intégration de plus en plus fréquente de cet enjeu dans le champ conventionnel peut sans aucun doute contribuer à la validation plus fréquente de demandes reconventionnelles en arbitrage d'investissement.

[1831] *Ibid.*
[1832] Voir par exemple, *Saba Fakes c. Turquie*, CIRDI, ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, para. 115.
[1833] M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 1830, pp. 316 et s. Voir par ex., Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, *op. cit.,* note 1544.
[1834] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, para. 1185.
[1835] *Hesham T. M. Al Warraq c. Indonésie*, CNUDCI, sentence du 15 décembre 2014, paras. 662 et s.
[1836] A. DE NANTEUIL, *op. cit.,* note 1788, p. 380, p. 382. L'auteur relève que le tribunal a ici eu recours à des éléments de fond pour déterminer sa compétence.

Conclusion du chapitre

423. L'analyse de la jurisprudence en matière commerciale et de protection des investissements montre que les règles du droit international économique pourraient être interprétées de manière à singulariser les opérateurs privés fournissant des services publics d'eau. On ne dispose pas d'éléments dans la jurisprudence de l'OMC relative à l'AGCS permettant de déterminer la manière dont cette potentialité pourrait être mise en pratique. Mais l'on peut penser que, dans leur interprétation du principe de non-discrimination, les organes de règlement pourraient établir une distinction légitime entre, d'un côté, entreprises étrangères ou multinationales et, de l'autre, opérateurs publics, cela dans un contexte où la préférence pour un mode de gestion pour les services publics essentiels s'inscrit dans un choix de modèle de société. Le mouvement de remunicipalisation des services publics d'eau concernant plusieurs collectivités du monde en atteste[1837]. En matière d'investissements étrangers, c'est dans le contexte du contentieux de l'ALENA que l'on trouve une interprétation ouverte et favorable à la légalité de mesures établissant une différenciation fondée sur des objectifs d'intérêt public. Ainsi, le tribunal du différend *UPS c. Canada* a jugé qu'une entité soumise à des obligations de service public et une entité ne l'étant pas ne pouvaient être considérées comme se trouvant dans des circonstances similaires. La tendance à l'insertion dans les AII d'une nouvelle génération de clauses intégrant de tels objectifs d'intérêt public dans l'appréciation de la similarité est un développement positif en faveur d'une sanctuarisation des investissements réalisés dans les services publics essentiels. Parallèlement à ce mouvement ouvrant la voie à des infléchissements dans l'interprétation des droits des investisseurs étrangers, l'évolution de la jurisprudence arbitrale montre combien le contentieux de l'investissement peut être mobilisé à des fins de responsabilisation des investisseurs, même si son objectif initial est de garantir leur protection. La sentence *Urbaser* est à cet égard symbolique en ce qu'elle contribue indéniablement à l'affirmation de la personnalité juridique internationale des investisseurs étrangers, au sens où ils peuvent être soumis à des obligations. Mais elle ne permet pas pour autant de dépasser les lacunes du droit international des droits de l'homme. Le tribunal *Urbaser* ne fait que confirmer, d'une part, que le droit de l'homme à l'eau implique une obligation de conformité pesant sur l'État et, d'autre part, qu'il n'existe pas d'obligations de performance à la charge de l'entreprise fournissant le service qui trouveraient leur source dans le droit international des droits de l'homme.

[1837] Voir Chapitre I, para. 134.

CONCLUSION DU TITRE III

424. Le droit international économique, en particulier ses règles relatives à la protection des investissements étrangers, est omniprésent dans la gestion des services publics de l'eau. Il intervient dans la définition des droits et des obligations des acteurs impliqués dans la délégation de service public, l'État d'accueil d'un côté et l'investisseur étranger de l'autre. La marge de manœuvre régulatrice de l'État, dont les mesures prises à ce titre sont appréhendées en tant qu'objectifs légitimes, est à cet égard particulièrement contrainte.

425. On ne dispose pas de précédents, dans le champ commercial, permettant de mesurer précisément l'impact des règles de l'échange sur le droit de l'État de réglementer les services publics de l'eau. Il est en revanche certain que la « légalité » de mesures d'intérêt public prises en ce domaine serait évaluée au regard de leurs effets sur les échanges commerciaux. On a aussi pu mettre en lumière que l'appréciation de la nécessité de ce type de mesures serait susceptible de donner lieu à une différence de traitement entre celles prises en vue d'assurer l'accessibilité économique des services d'eau, d'une part, et celles plus directement rattachables à un enjeu immédiat de santé publique (par exemple, les normes de qualité de l'eau), d'autre part.

426. Dans le champ de l'investissement, nous disposons d'une « jurisprudence » beaucoup plus riche. Il en ressort que les tribunaux d'investissement ont, de manière constante, reconnu l'intérêt public attaché à la fourniture de services de l'eau potable et d'assainissement. Il reste que l'exercice des pouvoirs réglementaires de l'État est soupesé avec les droits des investisseurs et, de la sorte, apprécié relativement à la protection de leur propriété. Cette conception majoritairement endossée par les tribunaux arbitraux, au-delà des différends relatifs aux services publics d'eau, a incontestablement contribué à la crise de légitimité traversée par le droit des investissements. Cette crise est à l'origine d'une tendance observable tant dans les champs conventionnels que contentieux : le droit international des investissements n'est plus dominé par une unique finalité, à savoir la protection – voire la surprotection – de la propriété des investisseurs étrangers. Davantage de place est laissée aux considérations d'intérêt public. Les TBI d'ancienne génération, notamment ceux qui étaient applicables dans les contentieux impliquant les services publics de l'eau argentins, ont été conclus avant les années 1980 et l'avènement des stratégies de développement ayant mené à la multiplication des PPP. Ils

apparaissent peu adaptés pour saisir la pluralité des dimensions – à la fois sociales et économiques – des investissements réalisés dans des services publics essentiels. Les AII de nouvelle génération apparaissent davantage comme des « *instruments au service du développement économique* »[1838], développement qui ne peut plus aujourd'hui être compris comme étant détaché des contraintes tant sociales qu'écologiques. Ces accords intègrent ainsi un certain nombre de clauses destinées à restaurer le droit des États de réglementer, par exemple le droit de soumettre des investisseurs à un traitement différencié sur la base de considérations d'intérêt public ouvrant ainsi la possibilité de singulariser ceux d'entre eux opérant dans des secteurs aussi sensibles que la distribution d'eau potable ou l'assainissement. Certains AII contiennent en outre des d'obligations opposables aux investisseurs étrangers[1839]. Le dénouement de la sentence *Urbaser c. Argentine,* intimement lié aux carences du droit international des droits de l'homme, illustre la nécessité d'intégrer systématiquement l'enjeu de responsabilisation dans le champ conventionnel à travers l'incorporation d'obligations à la charge des investisseurs dans les AII.

427. Si nous avons vu que le contentieux de l'investissement peut, *a minima,* limiter la protection de l'investisseur et, de manière réflexe, les obligations de l'État dues au titre de leur droit à une « *propriété lucrative* », il convient maintenant d'analyser les règles matérielles du droit des investissements et des échanges qui pourraient, plus directement, responsabiliser les investisseurs. Nous nous intéressons dans le titre suivant à l'exploitation de l'eau en tant que facteur de production, manifestation incontestable de la dimension globale de l'eau, et à sa prise en charge, par le droit international économique.

[1838] *Ibid*.
[1839] M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 1830, p. 299.

TITRE IV – L'ENCADREMENT DE L'EXPLOITATION DE L'EAU PAR LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

428. L'exploitation de l'eau dans les procédés et méthodes de production de biens génère des externalités négatives d'ordre social et environnemental. Les effets sur les ressources en eau locales d'investissements étrangers dans la production, aux fins d'exportation, de denrées agricoles ou de produits énergétiques en sont une parfaite illustration. Cette exploitation de l'eau pour la production de marchandises destinées à l'exportation montre que l'eau est d'ores et déjà une ressource intégrée aux échanges économiques internationaux. Nous n'approfondirons pas, dans les développements qui suivent, la question des transferts d'eau « réelle » à grande échelle, ceux-ci n'ayant lieu pour l'heure que sporadiquement[1840]. Les transferts d'eau virtuelle sont en revanche l'une des manifestations les plus éclairantes de la dimension globale de l'eau. Ces transferts pourraient s'inscrire dans une stratégie visant à redresser les déséquilibres régionaux et mondiaux en matière de disponibilité de l'eau. Une telle stratégie peut être source d'avantages pour les pays dont les ressources sont abondantes. Mais ces transferts peuvent également générer des inconvénients lorsque les investisseurs étrangers exploitent et exportent les ressources en eau de pays où elle est rare et où les droits d'accès et d'utilisation sont mal définis. La problématique de l'eau virtuelle illustre ainsi la relation entre investissements dans les secteurs intensifs en eau et droit international du commerce.

429. L'exploitation de l'eau en tant que facteur de production par des investisseurs étrangers, parfois dans le cadre de procédés de fabrication de produits destinés à l'exportation, affecte la figure de l'État gardien des ressources en eau situées sur son territoire, à la fois hôte d'investissements étrangers et exportateur de marchandises intensives en eau (*chapitre VII*). Les enjeux de protection et de conservation de l'eau devraient représenter une préoccupation d'intérêt international, partagée par tous les États, qu'ils soient exportateurs ou importateurs de marchandises intensives en eau. Si l'on envisage que le droit des échanges constitue un corps de normes sinon pertinent tout au moins indispensable pour saisir l'eau en tant que ressource de dimension globale, il convient, dans ce cadre, d'analyser la manière dont les États importateurs pourraient mobiliser les règles de l'accès au marché à cette fin (*chapitre VIII*). Par

[1840] Voir Chapitre II, paras. 162-163 ; Chapitre III, para. 229.

manque de pratique contentieuse sur ces questions, nous raisonnerons par analogie en nous appuyant sur des différends commerciaux et d'investissements ayant donné lieu à une confrontation entre valeurs marchande et non-marchandes. Il reste qu'une telle approche bute sur les limites inhérentes à la particularité de l'eau, ressource naturelle comparable à aucune autre. Il conviendra donc d'analyser, en mobilisant des éléments de *lege ferenda*, dans quelle mesure le droit international économique, appréhendé à travers ses grandes disciplines, fait obstacle ou, à l'inverse, préserve le droit des États de réglementer les externalités négatives générées par l'investissement étranger et le commerce international de marchandises intensives en eau. Il s'agira aussi d'évaluer la capacité de ces règles à participer au mouvement de responsabilisation des opérateurs étrangers.

CHAPITRE VII – L'ÉTAT GARDIEN DE LA RESSOURCE NATIONALE

430. La protection de l'exploitation de l'eau, utilisée en tant que ressource productive par des investisseurs étrangers, interfère avec la figure de l'État responsable de la ressource nationale, qui doit en outre composer avec le pouvoir de négociation de ces opérateurs économiques qu'il cherche à attirer. L'État responsable de la ressource nationale mais aussi hôte d'investissements étrangers peut se trouver contrarié dans sa mission, déjà complexe au niveau interne, de protection des valeurs sociales et environnementales liées à l'eau (*section I).* En outre, une part importante du prélèvement et de l'utilisation de l'eau dans le monde est destinée à la production de marchandises destinées à l'exportation. Ces transferts d'eau virtuelle créent une pression supplémentaire sur l'État qui apparaît alors sous la figure d'un exportateur de marchandises intensives en eau. Pour autant, il apparaît que l'État dispose tant aux niveaux micro-économique que macro-économique de leviers lui permettant de limiter les externalités générées par les activités économiques impliquant une utilisation de l'eau (*section II)*.

Section I. L'État hôte d'investissements intensifs en eau

431. Le droit international des investissements interfère avec l'autonomie des États en matière d'encadrement de l'exploitation des eaux situées sur son territoire (I). Les droits d'accès et d'utilisation privilégiés dont bénéficient les investisseurs étrangers relativement à l'eau illustrent l'urgente nécessité de rééquilibrer le droit des investissements en faveur d'une plus grande responsabilisation de ces derniers (II).

I. L'État libre de déterminer les conditions d'utilisation de l'eau par les investisseurs étrangers

432. Le faible niveau de mise en œuvre du droit de l'eau dans certains pays et la protection étendue dont jouissent les investisseurs étrangers introduit un certain déséquilibre et confère à ces derniers un accès privilégié aux ressources en eau (A). La figure de l'État garant de l'utilisation collective de l'eau se trouve fortement contrainte (B).

A. L'accès privilégié à l'eau des investisseurs étrangers

433. On le sait, l'entrée et le développement sur le territoire étatique d'un investissement étranger convoquent certains aspects de droit administratif[1841]. Comme nous l'avons vu, l'utilisation de l'eau dans le cadre d'activités commerciales et industrielles – impliquant par exemple, la réalisation de forages dans les aquifères, la construction d'ouvrages de dérivation, de pompage, ou d'infrastructures destinées à l'utilisation d'eaux usées – nécessite une autorisation préalable, l'obtention d'un permis, d'une licence ou encore d'une concession délivrée par l'autorité publique[1842]. Les enjeux de conservation et de répartition équitable de l'eau, auxquels les réformes du droit de l'eau ont tenté de répondre[1843], exigeaient de poser le principe de primauté de l'utilisation collective de la ressource sur les droits individuels. Pour ce faire, la distribution des droits d'accès à l'eau a été centralisée en amont aux mains d'autorités administratives chargées de conditionner le droit de prélever ou de rejeter les eaux par des considérations tenant à la finalité de l'utilisation, au volume d'eau possible de prélever, à la durée du droit ou bien encore au régime de tarification.

434. Les AII sont orientés vers la protection des droits économiques des investisseurs, ce inclus leur droit d'exploiter des ressources naturelles. Ils ne réservent aucun statut spécifique aux droits d'exploitation portant sur une ressource aussi singulière que l'eau : ces droits entrent dans la vaste catégorie des investissements protégés[1844]. Ainsi, au stade de l'opération de qualification, le droit conventionnel tend à gommer la spécificité du régime juridique de l'utilisation de l'eau tel qu'il existe en droit interne. Ce régime se caractérise par le refoulement de l'appropriation privée exclusive et implique, en principe, que le droit de prélever l'eau n'emporte pas le droit d'en disposer librement[1845]. C'est dans le champ du contentieux que la spécificité de la ressource et des droits d'utilisation dont elle fait généralement l'objet a été reconnue et mise en exergue. Ainsi, on rappellera que dans le différend d'investissement *Bayview Irrigation District c. Mexique*[1846], le tribunal avait certes relevé que des droits d'irrigation étaient susceptibles de tomber dans la catégorie des « *biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels* » visés à l'article 1139 (g) de l'ALENA, mais il avait jugé en

[1841] M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 96.
[1842] Voir Chapitre I, paras. 101-105.
[1843] Voir Chapitre I, paras. 82 et s.
[1844] Voir Chapitre II, para. 173.
[1845] Voir Chapitre I.
[1846] *Bayview Irrigation District c. Mexique*, *op. cit.,* note 708. Voir Chapitre II, paras. 174-175.

l'espèce que les droits détenus par les requérants texans n'entraient pas dans le champ des investissements couverts par l'Accord car ils n'avaient pas été obtenus au Mexique et n'étaient pas gouvernés par le droit mexicain. Le tribunal avait surtout souligné que, dans la mesure où le droit mexicain ne reconnaît que des droits d'utilisation non exclusifs sur l'eau, les requérants ne pouvaient invoquer des droits de propriété sur les ressources mexicaines[1847]. Il a ainsi rejeté l'idée que les agriculteurs texans puissent exploiter le régime protecteur de l'ALENA dans le but de faire reconnaître et protéger des droits non reconnus par le droit interne mexicain. Il s'agit de la seule sentence arbitrale portant spécifiquement sur le statut des droits d'utilisation d'eau ; il est donc difficile d'en tirer des conclusions générales. Elle est néanmoins illustrative d'une tendance générale des tribunaux arbitraux à s'appuyer sur le droit interne en vue de déterminer l'existence de droits de propriété[1848].

435. Les investisseurs étrangers peuvent en outre sécuriser leur accès à l'eau dans un cadre contractuel. La teneur des droits et obligations des États d'une part, et des investisseurs étrangers d'autre part, illustre de manière criante le déséquilibre de pouvoir de négociation entre ces cocontractants. Cette asymétrie est manifeste dans le contexte des investissements dans le secteur de l'agro-industrie, en plein essor depuis la crise alimentaire de 2008[1849]. On rappellera que la volatilité des prix des marchandises agricoles ainsi que la fusion entre les marchés de marchandises agricoles et de l'énergie à partir de 2008 ont contribué au phénomène d'acquisition ou de location de terres arables dans les pays en développement, situation inédite en raison de la taille des surfaces de terres acquises[1850]. L'investissement dans la production est vu comme un moyen permettant de réduire significativement les coûts et d'assurer la viabilité à long terme de l'approvisionnement[1851]. Ces investissements qui délocalisent le processus de production en aval sont un moyen de contourner les restrictions à l'exportation ciblant les ressources naturelles[1852]. Dans le cadre de contrats d'achat ou de location de terres pour la production de denrées agricoles et de biocarburants destinées à l'exportation, l'accès à l'eau est une question centrale[1853]. En effet, l'acquisition de terres n'a que peu de valeur si elle n'est pas

[1847] *Bayview Irrigation District c. Mexique, ibid.*, para. 118.
[1848] Cette approche est particulièrement bien ancrée dans le contentieux de l'expropriation. Les tribunaux arbitraux s'assurent que le droit prétendument affecté existe bel et bien dans l'ordre juridique supposé le créer. Voir au Chapitre II, les sentences arbitrales citées à titre illustratif à la note 750.
[1849] Cette crise a provoqué une augmentation des prix de céréales, soja ou riz sur les marchés internationaux. Voir sur ce point C. GOLAY, *op. cit.,* note 126.
[1850] Ces investissements sont le fait d'investisseurs privés européens, japonais et nord-américains d'une part, et d'investisseurs étatiques de Chine ou de Corée du Sud notamment.
[1851] CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2009, op. cit.,* note 127, p. 111.
[1852] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010, op.cit.,* note 131, p. 117.
[1853] Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, *op. cit.,* note 128.

complétée par le droit d'accéder à la ressource en eau. Les cultures utilisées pour la production de biocarburants – comme la canne à sucre, le palmier à huile et le maïs – nécessitent des volumes d'eau importants. À titre d'exemple, il faut près de 2.500 litres d'eau pour produire un litre de biocarburant[1854]. Il est évident que leur production intensive peut localement menacer la disponibilité en eau et la qualité des ressources[1855]. L'État à la fois responsable des ressources en eau sur son territoire et hôte d'investissements étrangers se retrouve dans une position complexe dans la mesure où il cherche à la fois à attirer ces investissements sources de revenus considérables[1856], et doit dans le même temps veiller à la protection environnementale de la ressource ainsi qu'à la satisfaction des besoins des populations locales. Force est de constater que lorsque l'État accueille sur son territoire des investissements de grande ampleur impliquant une utilisation massive d'eau il ne parvient guère à honorer une gestion intégrée des ressources en eau qui, on le rappelle, est devenu le principe clé des politiques de gestion de l'eau[1857]. L'exemple de l'Éthiopie est à cet égard illustratif. Cet État est devenu l'un des pays les plus ciblés en matière d'investissements privés dans le secteur horticole, secteur particulièrement gourmand en eau. Les investissements, largement promus par le gouvernement éthiopien, dans ce domaine représentent près de 32% des entrées globales d'investissement direct étranger[1858]. Or, cette orientation économique a un coût social et écologique élevé. Le pays est particulièrement vulnérable à la variabilité de la disponibilité en eau, phénomène aggravé par ces investissements. Cette situation contribue à l'insécurité alimentaire, dans un pays où l'agriculture de subsistance des petits exploitants représente 85% de l'emploi global[1859].

436. Parmi les contrats d'achat et de location de terres que nous avons pu consulter[1860], l'asymétrie de pouvoir de négociation entre États et investisseurs étrangers est flagrante. Un nombre important de contrats aborde la question des droits d'utilisation de l'eau de manière

[1854] UNESCO, Programme mondial pour l'évaluation des ressources en eau, faits et chiffres, disponible sur http://www.unesco.org/new/fr/natural-sciences/environment/water/wwap/facts-and-figures/all-facts-wwdr3/fact-22-water-biofuels/ (consulté le 29 juin 2020).
[1855] Par exemple, la transformation de forêts ou de pâturages en champs pour la culture de maïs exacerbe l'érosion des sols et le ruissellement dans les eaux d'éléments nutritifs, comme l'azote et le phosphore, ainsi que l'infiltration de substances chimiques dans les nappes phréatique résultant de l'apport d'engrais. FAO, *Les biocarburants : perspectives, risques et opportunités,* Rome, FAO, 2008, p. 63 ; Woods Institute for the Environment, *op. cit.,* note 423.
[1856] L. COTULA, *Property Rights, Negotiating Power and Foreign Investment: An International and Comparative Law Study on Africa,* Thèse de doctorat, Université d'Édimbourg, 2009.
[1857] Voir Chapitre I.
[1858] A. BUES, I. THEESFELD, « Water Grabbing and the Role of Power: Shifting Water Governance in the Light of Agricultural Foreign Direct Investment », *Water Alternatives*, 2012, vol. 5, n° 2, pp. 266-283.
[1859] *Ibid*.
[1860] On renvoie au travail de suivi et de collecte d'un certain nombre de contrats réalisé par l'ONG espagnole GRAIN, sur la plateforme https://www.farmlandgrab.org/ (consulté le 29 juin 2021).

lacunaire, lorsqu'ils ne sont pas tout simplement silencieux sur la question[1861]. On donnera l'exemple d'un contrat conclu en 2007 entre le Mali et une société chinoise, par lequel l'État malien octroie à cette dernière 20 000 hectares de terres pour la production de canne à sucre[1862]. Les parcelles ont été attribuées soit par cession directe à titre onéreux en toute propriété, soit par bail emphytéotique de cinquante ans. Le contrat est muet sur les droits d'utilisation de l'eau, ce qui signifie que l'acquisition de terres emporte le droit d'utiliser la ressource de manière illimitée. Dans d'autres contrats, il n'est pas rare que l'État d'accueil accorde expressément à l'investisseur le droit d'utiliser autant d'eau que nécessaire. C'était le cas dans le cadre du projet, finalement annulé, de la société britannique *ProCana* au Mozambique. En 2006, *ProCana* avait acquis 30 000 hectares de terres pour la production de canne à sucre dans une région limitrophe du Parc Naturel International du Limpopo. Elle souhaitait investir massivement dans l'irrigation au goutte à goutte[1863], ce qui aurait impliqué la consommation de près de 108 milliards de gallons d'eau par an prélevés sur le barrage voisin de Massingir. *ProCana* avait reçu l'assurance du gouvernement mozambicain que ses besoins d'eau d'irrigation seraient protégés à tout moment. Plus précisément, l'investisseur avait obtenu une garantie du gouvernement mozambicain l'autorisant à utiliser jusqu'à 750 millions de mètres cubes par an. Comme on peut s'en douter, des études ont montré que l'utilisation projetée de l'eau aurait confronté les utilisateurs d'aval, agriculteurs de subsistance, à de fréquentes pénuries d'eau[1864].

437. À l'analyse des contrats, il apparaît que la question de la tarification de l'eau est souvent éludée, ou soldée par l'exigence de paiement d'une redevance symbolique[1865]. On donnera l'exemple du contrat d'exclusivité pour l'utilisation de terres signé en mars 2008 entre *AgroAfrica AS*, société norvégienne, et la communauté rurale de Kounkane au Sénégal. Dans

---

[1861] H. H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN, *op. cit.,* note 187 ; L. COTULA, *op. cit.,* note 434.
[1862] Convention particulière sur les conditions de cession et de bail des terres au nouveau complexe sucrier du Kala Supérieur entre le Gouvernement de la République du Mali et China Light Industrial Corporation for Foreign Economic and Technical Cooperation, 3 avril 2007, https://www.farmlandgrab.org/post/view/14152-convention-sur-les-conditions-de-cession-et-de-bail-des-terres-entre-le-mali-et-china-light-industrial-corporation-2007 (consulté le 29 juin 2021).
[1863] « *En irrigation par goutte-à-goutte, l'eau est appliquée séparément à chaque plante en quantités réduites, précises et fréquentes au moyen d'un distributeur appelé goutteur. Il s'agit de la méthode d'irrigation la plus avancée, avec l'efficience d'application la plus élevée. L'eau est distribuée en continu au même endroit sous forme de gouttes et s'infiltre dans le sol en humectant la zone racinaire, verticalement par gravité et latéralement par effet de capillarité. La zone plantée n'est que partiellement humidifiée* ». FAO, *Manuel des techniques d'irrigation sous pression,* Rome, FAO, 2008, p. 14.1. http://www.fao.org/3/a1336f/a1336f06.pdf (consulté le 29 juin 2021)
[1864] S. BORRAS, D. FIG, S. MONSALVE, « The Politics of Agrofuels and Mega-land and Water Deals: Insights from the ProCana case, Mozambique », *Review of African Political Economy*, 2011, vol. 38, pp. 215-234.
[1865] H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN, *op. cit.,* note 187 ; L. COTULA, *op. cit.,* note 434.

ce contrat, cette communauté a accepté d'accorder à *AgroAfrica* le droit exclusif d'utiliser la terre pour la culture de plantes oléagineuses destinées à la production de biocarburants. Ont été mis à disposition 10 000 hectares de terres assortis d'un droit d'utilisation exclusif pour une période de 99 ans. Une clause prévoit que l'accès à l'eau d'*AgroAfrica* sera assuré, autant que de besoin, aux fins d'irrigation. Il est, en outre, expressément prévu qu'*AgroAfrica* ne paye aucune redevance d'utilisation d'eau[1866]. Dans cet exemple, la valorisation économique de l'eau fait singulièrement défaut. Cette absence de valorisation, faisant obstacle à l'internalisation des externalités générées par l'utilisation de l'eau d'irrigation, confère un avantage aux irrigants pouvant à ce titre être considéré comme une subvention[1867]. Ces incitations bénéficient à l'agro-industrie et peu aux agriculteurs de subsistance alors qu'ils ont la capacité de contribuer à une utilisation de l'eau plus durable[1868].

438. Il est évident que le cadre juridique interne tend à favoriser les investisseurs étrangers au détriment des communautés locales particulièrement vulnérables en raison de leur absence de droits formels et d'une application défaillante de la législation nationale[1869]. Les projets d'investissements sont, de surcroît, souvent situés dans des zones où se développe une agriculture à petite échelle, où l'eau est gérée et utilisée sur la base d'arrangements coutumiers[1870]. Il en résulte une forte inégalité juridique entre investisseurs étrangers et agriculteurs locaux, inégalité qui se traduit dans les droits d'utilisation d'eau dont bénéficient les premiers, emportant le droit de prélever, d'exclure et d'aliéner. Les droits d'utilisation coutumiers des populations locales sont en revanche rarement enregistrés ; quant aux droits fonciers, ils ne sont généralement pas traduits en titres de propriété[1871]. L'opacité et la culture du secret entourant la négociation et le contenu des contrats d'achat ou de location de terres contribuent à déposséder les populations locales de leur droit de regard légitime sur la gestion

[1866] Contrat d'exclusivité pour l'utilisation de terre, article 1 (f) https://www.farmlandgrab.org/wp-content/uploads/2010/07/Agroafrica-contrat-senegal-.pdf (consulté le 29 juin 2020).
[1867] OCDE, « Les subventions dommageables à l'environnement. Problèmes et défis », *op. cit.,* note 466, p. 51 ; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Water, Agriculture, and Subsidies in the International Trading System », *op. cit.,* note 467, pp. 207-235.
[1868] Cela vaut également pour les pays industrialisés. Par exemple aux États Unis, 5% des agriculteurs reçoivent près de 50% des subventions à l'irrigation. Voir R. REPETTO, *op. cit.,* note 468, p. 18.
[1869] M. M. MBENGUE, S. WALTMAN, *op. cit.,* note 435, p. 20 ; V. J. VAPNEK, B. AYLWARD, C. POPP, J. BARTRAM, *op. cit.,* note 93.
[1870] A. BUES, I. THEESFELD, *op. cit.,* note 1858.
[1871] H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN, *op. cit.,* note 187 ; M. M. MBENGUE, S. WALTMAN, *op. cit.,* note 435.

de l'eau[1872]. Non détentrices de droits d'utilisation formels, elles sont systématiquement exclues des processus de négociation[1873].

439. Les contrats d'investissement pourraient pourtant représenter un outil de responsabilisation des investisseurs. On a déjà fait état des évolutions du droit international des droits de l'homme, qui s'intéresse de plus en plus à l'outil contractuel comme l'illustrent les Principes onusiens sur les contrats responsables de 2011[1874]. La préoccupation infiltre également le champ du droit de l'investissement. Ainsi, conscient de la problématique et de la nécessité de contrebalancer les « *garanties légales relatives à l'eau offertes à l'investisseur (…) par des réglementations adéquates visant à préserver l'accès et les droits à l'eau d'autres utilisateurs* », l'IISD inclut dans son guide pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau une disposition spécifique relative aux permis d'utilisation d'eau et aux redevances [1875].

440. Si l'État garant de l'utilisation collective de la ressource sur son territoire est en droit de refuser que s'établissent des activités économiques susceptibles d'affecter négativement la

---

[1872] H. MANN, C. SMALLER, *Une soif de terres lointaines. L'investissement étranger dans les terres agricoles et l'eau,* Londres, IIED, 2011, p. 4.

[1873] H. MANN, C. SMALLER, *Foreign Land Purchases for Agriculture: What Impact on Sustainable Development?* United of Economic and Social Affairs Division for Sustainable Development, Sustainable Development Innovation Briefs, Janvier 2010, n° 8.

[1874] Voir Chapitre IV, para. 292. Voir les *Principes pour des contrats responsables, op. cit.,* note 1277.

[1875] C. SMALLER, *Le guide de l'IISD pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau,* Londres, IISD, 2014, p. 43 : « (a) *L'entreprise fera une demande de permis d'utilisation de l'eau auprès du [nom du ministère compètent], dont l'approbation ne devrait pas être refusée sans motif raisonnable. Le permis d'utilisation de l'eau inclura les droits de puiser des quantités spécifiées d'eau des cours d'eau en surface et de puiser et d'utiliser des quantités spécifiées d'eau souterraine. L'entreprise aura le droit, après avoir reçu l'approbation écrite du gouvernement, conformément au droit applicable, de construire des infrastructures pour l'eau telles que des conduites et canalisations, et d'altérer le cours naturel de l'eau en construisant des digues, des barrages et des réservoirs.*
(b) L'entreprise devra faire annuellement un rapport de la quantité d'eau utilisée et d'eau rejetée. L'entreprise devra faire annuellement un rapport de la qualité et de la disponibilité de l'eau sur et autour de la zone du projet, ainsi que des incidences des activités de l'entreprise sur la qualité et de la disponibilité de l'eau pour les populations locales. La qualité de l'eau pourra être testée conformément au droit applicable et vérifiée par une tierce partie indépendante.
(c) L'État s'engage à octroyer à l'entreprise un permis d'utilisation de l'eau, soumis aux conditions suivantes :
(i) L'entreprise n'utilisera pas l'eau de manière à renier, interdire ou empêcher l'accès à l'eau des utilisateurs existants, qu'ils soient titulaires ou non d'un permis ; et
(ii) L'entreprise ne devra pas mettre en danger les écosystèmes aquatiques ou terrestres sur ou autour de la zone du projet.
(d) L'État examinera les permis d'utilisation de l'eau tous les cinq ans. L'État se réserve le droit de restreindre ou d'annuler le permis d'utilisation de l'eau en cas de circonstances exceptionnelles telles que les pénuries sévères d'eau, les inondations ou les sècheresses, en vue de tenir compte ou d'atténuer les effets des changements climatiques, ou en cas de circonstances imprévues.
(e) L'État facturera une redevance de [X] par décamètre cube d'eau. (f) Tous ces droits sont sous réserve du droit applicable ».

ressource en eau et les droits des autres utilisateurs, cette figure est évidemment concurrencée par celle de l'État hôte désireux d'attirer sur son territoire des investissements étrangers. L'évaluation des impacts environnementaux et sociaux des investissements projetés lui permet de mettre en balance ces intérêts contradictoires et de s'assurer de la prise en compte par les opérateurs économiques de considérations liées à la qualité ou la disponibilité de l'eau[1876]. Ces évaluations doivent évidemment être menées avant que ne soit accordé le droit de conduire des opérations d'investissement[1877]. Lorsque les résultats de l'évaluation conduisent à refuser le permis d'exploitation, tout le projet d'investissement se trouve compromis. Or, la pratique contentieuse montre que les opérateurs privés n'hésitent pas à exploiter l'arme de l'arbitrage d'investissement en vue de contester ces mécanismes s'inscrivant dans une démarche de prévention et de démocratie environnementale.

441. Dans le différend *Pacific Rim c. Salvador*, l'investisseur avait formulé en décembre 2004 une demande en vue de transformer sa licence d'exploitation minière – qui expirait en janvier 2005 – en concession d'exploitation. Le dossier transmis ne mentionnait pas l'ensemble des informations requises par le droit minier salvadorien. Faisaient défaut le permis environnemental et la preuve du consentement des communautés et propriétaires fonciers situés dans les zones environnantes. Pour ces raisons, et au vu des effets potentiellement néfastes du projet sur la qualité et la disponibilité des eaux souterraines, la demande de concession avait légitimement été rejetée. A la suite de ce refus, l'investisseur a initié une procédure arbitrale à l'encontre du Salvador en soutenant que le retard pris par les autorités pour approuver l'étude d'impact environnemental (EIE) et lui délivrer son permis environnemental était constitutif d'une violation de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (CAFTA) et du droit interne salvadorien. Le tribunal ne lui a pas donné raison[1878]. Le tribunal avait retenu sa compétence au

[1876] L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ? », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2017, n° 10, p. 389. La problématique des évaluations d'impact environnemental s'inscrit dans la problématique de la relation entre protection des investissements et protection de l'environnement largement documentée durant la décennie précédente. On citera par exemple K. MILES, *The Origins of International Investment Law, Empire, Environment and the Safeguard of Capital,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1555 ; S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.,* note 160 ; M.-C. CORDONIER-SEGGER, M. W. GEHRING, A. NEWCOMBE (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

[1877] On rappellera qu'elles impliquent généralement plusieurs étapes : la détermination de la nécessité d'une EIE ; l'étape du cadrage permettant de décider les aspects de l'investissements qui feront l'objet d'une évaluation ; l'analyse des effets potentiels de l'investissement ; la phase de participation du public et des parties prenantes au processus d'évaluation ; l'identification des mesures et actions d'atténuation et de gestion ; l'approbation de l'investissement et la délivrance des permis; le suivi de la conformité. Voir J. HOLDER, *op. cit.,* note 403.

[1878] Il a condamné les entreprises australienne et canadienne détenant *Pac Rim* à payer 8 millions de dollars américains en vue de couvrir les frais juridiques engagés par le Salvador (*Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador,* CIRDI, ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016).

titre de l'article 15.2 du code de l'investissement du Salvador, exprimant le consentement de ce dernier à l'arbitrage CIRDI[1879]. Faute d'accord entre les parties sur le droit applicable, le tribunal a conclu, sur la base de l'article 42 (1) de la Convention CIRDI, à l'applicabilité du code minier salvadorien. Les arbitres n'ont pu que constater que le refus du Salvador était conforme à son droit minier exigeant l'autorisation préalable ou le titre de propriété des biens accordés par le propriétaire[1880].

442. La controversée sentence *Bilcon c. Canada* interroge quant à elle sur la capacité des États de réglementer les questions environnementales en toute autonomie[1881]. Le différend concernait des investisseurs américains envisageant de construire une carrière et un terminal maritimes dans la province canadienne de Nouvelle-Écosse. Le droit canadien conditionne l'octroi du permis nécessaire à la conduite d'une telle opération à une évaluation préalable de son impact environnemental. Le projet de construction était en effet susceptible d'affecter la vie marine, et en particulier la qualité des habitats de plusieurs espèces de poisson localisées dans une zone protégée de l'UNESCO depuis 2001[1882]. Le droit canadien soumet les projets d'une telle ampleur à une évaluation intégrale conduite par une Commission d'examen conjoint (ci-après, « CEC »). Pour ce qui concerne le projet des investisseurs américains, les conclusions de l'évaluation de la CEC mettaient le doigt sur les effets potentiellement néfastes sur l'environnement physique, biologique et humain. Sur la base de ce rapport d'évaluation, la province a rejeté le projet, en arguant de son incompatibilité avec les « *valeurs fondamentales de la collectivité* »[1883]. Les investisseurs contestaient le fait d'être soumis à cette procédure d'évaluation et invoquaient notamment une violation de la norme minimale de traitement de l'ALENA, ce que le tribunal a confirmé. On relèvera, pour ce qui est de la norme minimale de traitement, que le tribunal a noté que la province avait une politique incitative à l'égard des investissements miniers et que des encouragements spécifiques avaient été formulés à l'endroit

[1879] *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador,* CIRDI*,* ARB/09/12, Decision on the respondent's jurisdictional objections, 1er juin 2012, paras. 5-27–5-48. Le tribunal a refusé à l'investisseur la protection du traité d'investissement en mobilisant la clause de déni des avantages insérée à l'article 10.12(2) du CAFTA qui permet d'éviter le *treaty shopping*. En l'espèce, l'investisseur ne menait pas d'activités substantielles sur le territoire de l'État partie. *Pac Rim* était originalement une Holding des Iles Caïman, qui a été incorporé par une entreprise américaine en 2007, dans le but de bénéficier du CAFTA

[1880] *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador, ibid.*, paras. 8.59 et s

[1881] *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada,* CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015

[1882] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada,* CNUDCI, statement of defence, 4 mai 2009, para. 10

[1883] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada,* CNUDCI, notice of arbitration, 26 mai 2008, para. 66.

des opérateurs privés en vue de les inciter à investir[1884]. Il en a ainsi retenu une interprétation très favorable à l'investisseur, s'attachant à la seule prise en compte de ses attentes légitimes. Sur ce point, nous rejoignons la position de Donald McRae qui, dans son opinion dissidente, précise que le fait que les autorités de la province de Nouvelle-Écosse aient encouragé l'investissement et fait naître des attentes légitimes n'est tout simplement pas pertinent pour déterminer si la procédure d'évaluation avait respecté les exigences de l'article 1105 de l'ALENA[1885]. En revanche, un investisseur ne peut que raisonnablement s'attendre à ce que le droit interne de l'État – en l'occurrence, l'évaluation environnementale – dans lequel il opère lui soit appliqué, indépendamment de garanties ou d'encouragements formulés par les autorités provinciales[1886]. Autrement dit, c'est là affirmer qu'un investisseur étranger ne peut formuler d'attentes légitimes sans prise en compte de l'environnement juridique et réglementaire de l'État l'accueillant. La majorité du tribunal a jugé que la procédure d'évaluation menée par la CEC n'avait pas respecté les exigences d'équité procédurale requises par le droit administratif canadien[1887]. La Commission a adopté sans préavis la norme d'évaluation fondée sur les « *valeurs fondamentales de la collectivité* » alors qu'elle aurait dû s'appuyer sur le critère « *des effets négatifs importants sur l'environnement après la mise en place de mesures d'atténuation* »[1888]. Le tribunal arbitral a considéré que ce faisant, la CEC avait outrepassé son mandat et agit de manière arbitraire. Il a jugé que le projet avait été évalué de manière non conforme au droit canadien[1889]. On ne peut que constater le caractère particulièrement intrusif de cet examen de la légalité de procédures administratives internes[1890]. Comme le relève Donald McRae dans son opinion dissidente, la posture du tribunal est problématique dans la mesure où il est parvenu à sa conclusion sans que les juridictions canadiennes n'aient été saisies[1891]. Par ailleurs, il est généralement considéré qu'une simple violation du droit interne ne constitue pas, en soi, une violation de l'article 1105 de l'ALENA[1892]. Le Canada a formulé, sans succès, une

[1884] *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, op. cit.,* note 1881, paras. 456-470).
[1885] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada,* CNUDCI, Opinion dissidente du Professeur Donald McRae, 10 mars 2015, para. 5.
[1886] *Ibid*.
[1887] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, op. cit.,* note 1881.
[1888] *Ibid.,* para. 452 (traduction IISD, *Investment Treaty News*, mai 2015, vol. 6, n° 20, p. 20).
[1889] *Ibid.,* para. 602.
[1890] D. BEHN, L. LÉTOURNEAU-TREMBLAY, « Judging the Misapplication of a State's Own Environmental Regulations: Bilcon v. Canada », *JWIT*, 2016, vol. 17, n° 5, p. 824.
[1891] *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada,* CNUDCI, Opinion dissidente du Professeur Donald McRae, 10 mars 2015, para. 52.
[1892] *Ibid*., para. 40.

demande d'annulation de cette sentence devant la Cour fédérale du Canada, invoquant une « *usurpation de compétence* »[1893].

443. En centralisant aux mains d'autorités publiques la distribution des droits d'accès à l'eau, les États cherchent à contrôler l'utilisation privative de la ressource et prévenir en amont les conflits. La mise en place de mécanismes d'allocation centralisés de l'eau constitue l'un des aspects essentiels des réformes menées dans la plupart des pays du monde à partir des années 1980. Ces mécanismes administratifs, venus remplacer des régimes juridiques reposant sur une approche des problèmes d'utilisation typique du droit privé, s'inscrivent dans un objectif de conservation de l'eau et d'utilisation rationnelle de la ressource. Or, les politiques de promotion des investissements étrangers et le régime juridique de protection de ces investissements étrangers peuvent localement anéantir ces efforts, cela aussi bien dans les pays en développement que développés. Le droit de l'État de vouloir faire cesser des activités impliquant une exploitation intensive de l'eau, dès lors qu'elles affectent la disponibilité et la qualité des ressources, est l'une de ses prérogatives essentielles en tant que garant de l'utilisation collective. Cette figure de l'État explique que l'utilisation de la ressource naturelle soit envisagée comme une propriété relative soumise à la supervision continue de l'autorité publique dès lors qu'il en va de l'intérêt public. Or, cette figure de l'État semble particulièrement malmenée par celle de l'État hôte d'investissements étrangers.

B. Une supervision complexe de l'État sur ses ressources en eau.

444. L'État peut modifier les conditions du droit d'utilisation de l'eau lorsque cela s'avère nécessaire à la protection environnementale de la ressource, en cas de menace à la sécurité

[1893] *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, PCA, n° 2009-04, Jugement de la Cour Fédérale du Canada, 2 mai 2018, paras. 199-200 : « *Bien qu'il puisse y avoir de nombreuses raisons de critiquer la décision de la majorité du Tribunal, sa décision découle, au final, de sa conclusion que, vu les lacunes constatées dans le processus de la CEC, le Canada n'avait pas respecté son obligation d'assurer aux investisseurs un traitement juste et équitable au sens de l'article 1105 de l'ALENA et de sa conclusion portant que le traitement accordé aux investisseurs par le Canada était discriminatoire et différait du traitement qui serait accordé aux investisseurs canadiens dans des conditions similaires, et que nul justification de ce traitement différencié n'avait été rapportée. Soit que ces conclusions sont de nature factuelle, soit qu'elles donnent lieu à l'application de la loi aux faits tels qu'ils ont été constatés par la majorité du Tribunal. Plus important encore, elles relèvent sans équivoque du litige défini par les parties et soumis à l'arbitrage. Elles ne portent toutefois pas sur des questions de compétence. Le Canada n'a donc pas établi que la décision du Tribunal à la majorité « porte sur un différend qui n'est pas envisagé par le litige soumis à l'arbitrage ou qui ne relève pas du litige soumis à l'arbitrage, ou qui contient des décisions sur des questions qui vont au-delà du litige soumis à l'arbitrage », au sens du sous-alinéa 34(2)(a)(iii) du Code. Par conséquent, la demande d'annulation de la décision du Tribunal à la majorité doit être rejetée* ».

publique ou à la santé publique. Des restrictions peuvent être imposées sur les volumes d'eau pouvant être prélevés, par exemple en cas de pollution ou en vue d'endiguer les effets d'une sécheresse[1894].

445. Le traitement des mesures de limitation des prélèvements d'eau justifiées pour des motifs d'intérêt public soulève un certain nombre de questions au regard du droit international des investissements. Ce sont précisément ces mesures qui peuvent être remises en cause par les investisseurs étrangers en ce qu'elles sont susceptibles d'affecter la valeur de leurs investissements. Le différend *Vattenfall c. Allemagne* est révélateur de cette tension. La municipalité de Hambourg avait accordé en 2007 une licence provisoire à *Vattenfall*, investisseur suédois, pour la construction d'une centrale électrique au charbon située sur les rives de l'Elbe. Ce projet avait pris place dans un contexte de forte opposition de la société civile, en raison des impacts environnementaux potentiels du projet. Les opérations projetées par *Vattenfall* impliquaient le déversement dans l'Elbe d'eaux d'une température élevée. Cela n'avait pas empêché qu'un permis de prélèvement et de rejet des eaux lui soit accordé. Alors que l'approbation finale du projet était prévue pour 2008, la municipalité de Hambourg a finalement imposé, pour des motifs environnementaux, des restrictions supplémentaires sur l'utilisation de l'eau[1895]. Ce sont donc les modifications et les restrictions imposées par la municipalité sur l'utilisation de l'eau qui ont conduit l'investisseur à initier un différend. L'investisseur invoquait un dommage de 1,4 milliards d'euros. Cette affaire a été réglée sans que les arguments juridiques des parties aient pu être examinés. En 2010, elles sont parvenues à un accord et l'Allemagne a délivré de nouveaux droits d'utilisation de l'eau conformes aux permis initiaux[1896].

446. L'affaire *Vattenfall* illustre l'emprise du contentieux de l'investissement sur les politiques internes de gestion de l'eau. Elles peuvent faire l'objet d'un examen par un tribunal arbitral dès lors qu'elles affectent le droit d'usage et de jouissance de l'investisseur. Et c'est précisément dans ce cas de figure qu'apparaît tout le potentiel d'interférence des règles de protection des investissements étrangers avec la figure de l'État garant de l'utilisation collective de l'eau. Ce potentiel perturbateur est apparu nettement au début des années 2000,

[1894] Voir Chapitre I, para. 106.
[1895] *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI, ARB/09/6, Request for Arbitration, 30 mars 2009, paras. 37-40
[1896] *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI, ARB/09/6, sentence du 11 mars 2011, p. 17.

particulièrement marquées par la multiplication des réclamations d'investisseurs à l'encontre de mesures étatiques prises à des fins de protection environnementale. On retiendra que les tribunaux arbitraux ont dans un premier temps fait preuve d'une certaine suspicion à l'égard de ces mesures[1897]. Dans la sentence *Metalclad c. Mexique*, l'investisseur américain invoquait l'existence d'une expropriation indirecte résultant selon lui du refus des autorités locales de lui octroyer un permis de construction d'usine de retraitement de déchets. Dans la très critiquée sentence du 20 août 2000[1898], le tribunal avait donné droit à la réclamation de l'investisseur et évalué son préjudice à 17 millions de dollars. Le gouvernement fédéral et le gouvernement de l'État de San Luis Potosi avaient préalablement délivré un permis d'exploitation après audit environnemental. À la suite de l'obtention de ce permis, et après que Metalclad ait commencé la construction de son usine de décharge de déchets dangereux, le permis de construction lui a été refusé par le gouvernement local[1899]. La difficulté dans ce différend était liée au manque de cohérence des procédures entre les divers échelons administratifs. Le tribunal s'est refusé à examiner et prendre en compte l'intention motivant la mesure gouvernementale et s'est exclusivement concentré sur les interférences provoquées sur les droits de l'investisseur en convoquant le critère de « *dépossession des bénéfices économiques espérés* »[1900]. Pourtant, le tribunal avait constaté que l'investisseur était responsable d'un certain nombre de déficiences susceptibles de soulever des risques pour l'environnement et la santé, mais il n'a pas estimé que ces risques suffisaient à justifier le non renouvellement du permis[1901].

447. La mobilisation de la doctrine des *police powers* est plus favorable à l'autonomie réglementaire des États, comme l'ont illustré les sentences relatives à des mesures environnementales dans le cadre d'arbitrages fondés sur le Chapitre 11 de l'ALENA[1902]. On

---

[1897] Ainsi, on rappellera que dans la sentence *Compañia del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica,* évoquée dans le Chapitre V (para. 365), le tribunal arbitral a certes admis que des considérations liées à la protection de l'environnement entraient dans le champ des motifs d'intérêt public susceptibles de justifier une mesure d'expropriation. En revanche, il a écarté l'idée que la finalité environnementale puisse de quelque manière avoir une incidence sur l'obligation d'indemniser l'investisseur (*Compañia del Desarrollo de Santa Elena S. A. c. Costa Rica*, *op. cit.,* note 1582, paras. 71-72).

[1898] Voir notamment, IISD, WWF-US, *Private rights, public problems. Guide to NAFTA's Controversial chapter on investor rights,* Winnipeg, IISD, 2001, pp. 32-33; A. PRUJINER, *op. cit.,* note 1488, p. 350.

[1899] *Metalclad Corporation c. Mexique*, *op. cit.,* note 1488, voir para 50.

[1900] *Ibid.*, para. 103. Il s'agit d'une mise en en œuvre du critère de l'effet, critère qui a connu sa manifestation la plus extrême à travers la doctrine de l'effet unique. On se réfèrera à la sentence Tipetts dans laquelle le tribunal arbitral a concentré son analyse exclusivement sur l'effet de la mesure, sans égard pour les motivations qui justifiaient l'action du gouvernement (*Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton*, *op. cit.,* note 1488, pp. 225-226). Voir R. DOLZER, « Indirect Expropriation: New Developments? »*, New York University Environmental Law Journal,* 2003, vol. 11, n° 1, pp. 64-93.

[1901] *Metalclad Corporation c. Mexique*, *op. cit.,* note 1488, para. 127.

[1902] Voir Chapitre V, paras. 353-359.

rappellera qu'il a été reconnu que ces réglementations représentent une « *manifestation essentielle des pouvoirs de police de l'État* » qui prises de bonne foi, excluent l'obligation d'indemnisation[1903]. Le tribunal arbitral du différend *Methanex c. États-Unis* a estimé qu'une mesure générale poursuivant une finalité d'intérêt public pouvait échapper à la qualification d'expropriation – et n'entraînait pas l'obligation d'indemniser – dès lors que cette mesure était conforme aux exigences du *due process* et de non-discrimination[1904]. On peut encore évoquer le différend *Chemtura c. Canada*, dans lequel était en cause une mesure canadienne annulant l'autorisation de commercialisation de l'investisseur d'un pesticide agricole[1905]. Constatant que l'interdiction, motivée par les dangers présentés par le produit pour la santé humaine et l'environnement, s'inscrivait dans le cadre de l'exercice légitime des pouvoirs de police de l'État, exercés de manière non discriminatoire, le tribunal a écarté la qualification d'expropriation[1906]. À la lumière de ces sentences consacrant, dans une certaine mesure, l'existence d'une exception environnementale, on peut se demander quelles seront les conclusions du différend *Lone Pine Resources Inc. c. Canada* relatif à un investissement américain dans le secteur pétrolier et gazier au Canada[1907]. Une loi canadienne de 2011 interdit l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures sous le fleuve Saint-Laurent dans le but de protéger ce cours d'eau – servant de réservoir d'eau potable et comprenant plusieurs aires protégées et réserves naturelles – des impacts environnementaux inhérents à l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures. L'entrée en vigueur de cette loi a logiquement entraîné la révocation de plusieurs permis d'exploration, dont ceux de l'investisseur américain invoquant une expropriation et une violation du standard minimum de traitement. Le Canada met en avant la dimension d'intérêt public des eaux du Saint-Laurent et soutient que cette loi a été adoptée dans l'exercice de ses pouvoirs de police et conformément aux principes de prévention et de précaution, au regard de l'incertitude scientifique entourant les effets de la fracturation hydraulique sur un environnement aussi sensible que l'eau[1908].

448. Nous avons déjà fait état de l'évolution de la pratique conventionnelle qui intègre de plus en plus et sous des formes variées des clauses permettant de mieux concilier la protection,

[1903] *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.,* note 1502, para. 291; A. NEWCOMBE, *op. cit.,* note 1498, p. 30; T. VOON, A. MITCHELL, *op. cit.,* note 1380.
[1904] *Methanex Corp. c. États-Unis*, *op. cit.,* note 1459, partie IV, chapitre D, para. 7, para. 15.
[1905] *Chemtura Corp. c. Canada*, CNUDCI, sentence du 2 août 2010.
[1906] *Ibid.,* paras. 265-266
[1907] *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 426.
[1908] *Lone Pine c. Canada*, CIRDI, UNCT/15/2, contre-mémoire du Canada, 24 juillet 2015, paras. 509-533.

d'un côté, des droits des investisseurs et, de l'autre, des valeurs et intérêts non-économiques[1909]. Comme le relève Laurence Boisson de Chazournes, les accords d'investissements récents tendent à conférer davantage de latitude aux États, ce qui les placent « *dans le cadre plus large des réseaux des accords environnementaux multilatéraux* »[1910]. On retrouve ainsi dans la pratique des clauses interdisant l'abaissement de la réglementation environnementale[1911], reconnaissant le droit légitime des États d'établir leur propre niveau de protection environnementale[1912], ou faisant sortir du champ du domaine de l'arbitrage les mesures relatives à la protection de l'environnement[1913]. La protection de l'environnement et des valeurs non marchandes peut encore être appréhendée dans le cadre de clauses d'exceptions générales calquées, comme nous l'avons vu, sur le modèle du GATT et/ou de l'AGCS[1914]. Ce phénomène récent, et qui reste globalement assez rare, concerne principalement les accords de libre-échange[1915]. Pour ce qui est de l'expropriation, les AII de nouvelle génération comportent des clauses destinées à guider l'interprétation des tribunaux arbitraux. En précisant le poids à donner à la protection des droits des investisseurs et en indiquant la manière dont il convient de l'articuler avec le droit légitime de réglementer, les États cherchent par l'insertion de ces clauses à neutraliser le pouvoir quasi-prétorien des tribunaux arbitraux[1916]. Surtout, certains accords appréhendent les mesures étatiques prises dans l'exercice des pouvoirs de police comme de véritables exceptions échappant à la qualification de mesures expropriatrices et, par conséquent, à l'obligation d'indemniser. Ainsi, l'on a vu que dans les modèles canadien et américain, les mesures non-discriminatoires poursuivant une finalité de bien-être public sont réputées ne pas être expropriatrices « *sauf en de rares circonstances* »[1917], cette précision indiquant que l'exclusion n'est pas absolue et que l'on se trouve davantage face à une « *présomption simple en faveur des règlementations légitimes »*[1918]. Nous renvoyons aux développements du Chapitre V sur ce point[1919], et rappelons que certains accords retiennent une approche absolue de l'exception, par laquelle les mesures prises de bonne foi et appliquées de manière à protéger un

[1909] Voir supra, paras. 359, 402.
[1910] L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.,* note 1876, p. 384. Voir Chapitre VI de cette thèse.
[1911] Voir par exemple l'Accord de partenariat économique CARIFORUM – UE, *op. cit.,* note 770.
[1912] Voir par exemple l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée, 10 février 2011, article 20.2.
[1913] Voir J. ZHAN, « Investment policies for Sustainable Development: Addressing Policy challenges in a New Investment Landscape », dans R. ECHANDI, P. SAUVÉ (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 26.
[1914] Voir supra Chapitre V, paras. 381-383.
[1915] Voir les accords cités supra Chapitre V, à la note de bas de page n° 1660.
[1916] S. ROBERT-CUENDET *op. cit.,* note 1485, p. 555.
[1917] Voir États-Unis, 2004 Model BIT, Annexe B, para. 4 (b) ; Accord de libre-échange entre les États-Unis, la République dominicaine et les États d'Amérique Centrale, *op. cit.,* note 841, annexe 10-C.
[1918] S. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1474, p. 84.
[1919] Chapitre V, para. 359.

but légitime d'intérêt public, tel que la protection de l'environnement, n'entrent pas dans la catégorie des mesures d'expropriation indirecte[1920].

449. Au regard de ces évolutions conventionnelles, on peut se demander de quelle manière seront tranchés les différends en cours et à venir impliquant l'utilisation de l'eau en tant que ressource productive. Dans l'affaire pendante *Eco Oro Minerals Corp c. Colombie*[1921], l'investisseur canadien invoque une mesure d'expropriation prise à son égard ainsi qu'une violation du traitement juste et équitable. Le différend résulte d'une décision de la Cour constitutionnelle de Colombie déclarant inconstitutionnelle une loi posant un certain nombre d'exceptions à l'interdiction d'exploiter les mines de la région des Páramos. Cette décision visant à protéger des ressources en eau douce alimentant près de 2 millions de personnes a donné lieu à la suspension de plus de quatre cent cinquante licences d'exploration minière. On peut légitimement penser qu'il sera donné droit à la Colombie sur ce point. L'Accord de libre-échange conclu entre le Canada et la Colombie en 2008, applicable à l'affaire, fait en effet sortir de la qualification d'expropriation indirecte les mesures non-discriminatoires « *conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et la protection de l'environnement* »[1922]. Cependant, l'Accord retient l'approche de la présomption puisque certaines mesures sont, « *dans de rares cas* » susceptibles d'intégrer la qualification d'expropriation indirecte, notamment celles qui sont « *si rigour[euses] au regard de [leur] objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'[elles ont été] adopté [es] de bonne foi* »[1923].

450. L'intégration progressive de l'enjeu de responsabilisation des investisseurs, tant dans les accords que dans le contentieux d'investissement, est une autre tendance participant indéniablement au rééquilibrage du droit international des investissements. Elle offre de nombreuses opportunités dans le contexte spécifique des investissements reposant sur une exploitation intensive de l'eau.

[1920] Voir par exemple, Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, *op. cit.,* note 1544, article 20(8).
[1921] *Eco oro Minerals Corp c. Colombie,* CIRDI, ARB/16/4.
[1922] Accord de libre-échange Canada-Colombie, 21 novembre 2008, annexe 811, para 2 (b), https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/fta-ale/index.aspx?lang=eng (consulté le 24 juin 2021)
[1923] *Ibid.*

II. La diversité des mécanismes de responsabilisation des investisseurs étrangers consommateurs d'eau

451. Les accords internationaux d'investissement restent, dans leur grande majorité, gouvernés par une logique de protection, mais l'enjeu de responsabilisation s'y infiltre progressivement. Dans le cas de l'exploitation commerciale et industrielle de l'eau par des investisseurs étrangers, il s'agit de déterminer la manière dont ce corps de normes appréhende, d'une part, les outils de responsabilisation qu'on pourrait qualifier de « classiques » (A) et, d'autre part, des mécanismes de responsabilisation reposant sur l'incitation (B).

A. Les obligations pesant sur l'investisseur étranger consommateur d'eau

452. L'obligation de mener une étude d'impact environnemental est désormais bien établie aussi bien dans les droits internes qu'en droit international[1924]. Près d'une centaine de pays en développement ont adopté dans les années 1990 des législations environnementales imposant la conduite d'évaluations environnementales et sociales (ci-après « EIES »). Il reste que ces pays ont généralement des niveaux de performance plus faibles que ceux des pays développés[1925]. Une étude de la Banque mondiale s'appuyant sur une vingtaine d'études de cas d'investissements dans les terres agricoles illustre le faible niveau de mise en œuvre de cette pratique[1926]. Même lorsque le droit interne l'exige, les évaluations d'impact ne sont pas systématiquement réalisées[1927]. Lorsqu'elles sont conduites, l'étape de mise en conformité est rarement contrôlée[1928]. Il apparaît donc que, bien souvent, l'EIES sert uniquement *« de légitimité formelle à des projets [alors que] son statut dans le processus de décision mériterait un renforcement substantiel »*[1929]. L'intégration systématique dans les AII de l'obligation de mener une EIES présente ainsi une autre vertu : celle d'insuffler davantage de démocratie dans

[1924] Voir Chapitre I, para. 104 ; Chapitre III, paras. 218, 257.
[1925] C. WOOD, *Environment Impact Assessments in Developing Countries: An Overview*, Conference on New Directions in Impact Assessment for Development: Methods and Practice, 24-25 November 2003.
[1926] K. DEININGER, D. BYERLEE, J. LINDSAY, A. NORTON, H. SELOD, M. STICKLER, *Rising Global Interest in Farmland: Can it Yield Equitable and Sustainable benefits?* Washington D.C., Banque mondiale, 2011. Seul 15% des projets inventoriés intègrent une telle évaluation.
[1927] *Ibid.,* p. 57. Par exemple, en Éthiopie très peu d'investissements dans les terres agricoles font l'objet d'une étude d'impact environnemental, comme l'exige pourtant le droit interne (Voir Éthiopie, *Environmental Impact Assessment Proclamation,* proclamation n° 229, 2002).
[1928] *Ibid.*; H. MIRZA, W. SPELLER, G. DIXIE, Z. GOODMAN*, op. cit.,* note 187.
[1929] M. PRIEUR, *op. cit.,* note 404, p. 7.

le processus d'admission des investissements étrangers[1930]. Certains auteurs plaident pour une généralisation de cette approche[1931], lorsque d'autres estiment que la question dépasse le champ de ce que sont censés couvrir les AII[1932]. Force est de constater que les références aux études d'impact environnemental sont pour l'heure rares dans les accords. Le modèle de TBI de la SADC, particulièrement détaillé en la matière, fait preuve d'innovation. L'obligation de mener une EIE y est appréhendée en tant qu'obligation de résultat pesant sur les investisseurs[1933]. Ainsi, il est prévu que :

> « *Investors or their Investments shall comply with environmental and social assessment screening criteria and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the Host State for such an investment [[or the laws of the Home State for such an investment][or the International Finance Corporation's performance standards on Environmental and Social Impact Assessment], whichever is more rigorous in relation to the Investment in question* »[1934].

Ces évaluations menées conformément au droit de l'État d'accueil, et dont ils ont l'obligation de divulguer les résultats au public, embrassent des aspects relatifs aux droits de l'homme des personnes potentiellement affectées par leur investissement[1935]. Par ailleurs, investisseurs étrangers et États hôtes sont appelées à mettre en œuvre le principe de précaution, défini par renvoi au principe n°15 de la Déclaration de Rio, dans le cadre de leur évaluation de l'impact environnemental[1936]. Il ne fait aucun doute que la responsabilisation des investisseurs se trouve renforcée dans les accords contenant des clauses invitant *« directement les investisseurs à respecter les droits de l'homme ou l'environnement »*[1937] à l'image du modèle de TBI de la SADC. De plus, l'intégration de clauses responsabilisant les investisseurs crée une dynamique nouvelle dans le champ du contentieux de l'investissement : les investisseurs étrangers sont envisagés en tant que *« créanciers de droits mais aussi débiteurs d'obligations*

[1930] D. COLLINS, « Environment Impact Statements and Public Participation in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law,* 2010, vol. 7, n° 2, pp. 4-23

[1931] G. MAYEDA, « Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements: Global Administrative Law and Transnational Cooperation », *Journal of Water Investment and Trade*, 2017, vol. 18, n° 1, pp. 131-162.

[1932] P. MUCHLINSKI, « Negotiating New Generation International Investment Agreements: New Sustainable Development Oriented Initiatives », dans S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (dir.) *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 61.

[1933] M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 1839, p. 329.

[1934] SADC Model BIT, *op. cit.,* note 1724, article 13.1.

[1935] *Ibid.,* article 13.2.

[1936] *Ibid.,* article 13.4. Le TBI entre le Nigeria et le Maroc suit la même approche (Voir TBI entre le Nigeria et le Maroc, 2016, article 14). Le modèle d'AII proposé par l'IISD retient la même approche, voir l'article 12. H. MANN, K. VON MOLTKE, L. E. PETERSON, A. COSBEY, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development,* Winnipeg, IISD, 2005.

[1937] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1276, p. 870.

internationales »[1938]. Elle ouvre en outre la porte à une multiplication des demandes reconventionnelles[1939]. Cela étant dit, l'inclusion de considérations relatives à la responsabilisation des investisseurs dans les AII reste encore marginale et ne concerne tout au plus qu'une trentaine d'accords[1940].

453. Au-delà de ces innovations conventionnelles, la responsabilité de respecter les droits de l'homme pesant sur les entreprises offre des potentialités du même ordre en matière d'investissements étrangers intensifs en eau. Nous avons rendu compte des limites de cette obligation lorsqu'elle s'applique à des opérateurs privés fournisseurs de services publics essentiels[1941]. Le tribunal du différend *Urbaser c. Argentine* avait inféré de l'observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'existence d'une obligation négative pesant directement et immédiatement sur l'investisseur de ne pas commettre d'actes violant les droits de l'homme[1942]. Dans le contexte de ce différend, où il était question de déterminer la nature des obligations d'une entreprise délégataire de service public, ce constat du tribunal arbitral ne fait au fond que refléter la faiblesse du droit international des droits de l'homme qui ne reconnaît aucune spécificité à ces entreprises dont l'activité est pourtant précisément de contribuer à la réalisation du droit de l'homme à l'eau[1943]. En revanche, cette obligation négative prend une autre ampleur dans le contexte de l'exploitation de l'eau en tant que ressource productive[1944]. Le droit international des droits de l'homme impose en effet aux entreprises consommatrices d'eau d'« *exercer leur devoir de due diligence pour s'informer de toute incidence potentiellement néfaste de leurs activités sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement et pour y remédier* »[1945]. Elles doivent en outre intégrer « *les droits de l'homme dans les études d'impact, le cas échéant, afin de détecter les problèmes liés aux droits de*

[1938] *Ibid*.
[1939] Sur ce point, nous renvoyons aux développements du Chapitre VI.
[1940] N. MONEBHURRUN, « Mapping the Duties of Private companies in International Investment Law », *Brazilian Journal of International Law*, 2017, vol. 14, n° 2, pp. 50-71; N. MONEBHURRUN, « Novelty International Investment Law: the Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model », *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, vol. 8, n° 1, pp. 79-100.
[1941] Voir Chapitre IV, paras. 294-296 ; Chapitre VI, paras. 419-420.
[1942] *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 1210 (voir la note de bas de page n° 447 renvoyant à l'Observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels). Voir P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL*, op. cit.,* note 1823, p. 599.
[1943] Ainsi, le tribunal arbitral ne pouvait que constater que l'obligation des entreprises d'assurer l'accès à l'eau des populations ne découle pas du droit international, mais de l'environnement légal et réglementaire dans lequel l'investisseur est autorisé à opérer son investissement sur la base du TBI et du droit de l'État d'accueil. *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.,* note 1303, paras. 1209-1210.
[1944] Voir Chapitre IV.
[1945] Conseil des droits de l'homme, rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, *op. cit.,* note 1251, para. 22

l'homme et de contribuer à les surmonter »[1946]. Une violation de ces obligations, qui s'imposent directement et immédiatement, pourrait être constatée dans le cadre d'une demande reconventionnelle formée par un État hôte. La responsabilisation indirecte des entreprises induite par l'obligation de réglementer pesant sur les États[1947] pourrait en outre être rendue opérationnelle, comme en appelle Philippe Sands dans son opinion dissidente à la sentence *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*[1948], par exemple en la prenant en considération dans le montant de l'indemnité due à l'investisseur étranger. Le tribunal majoritaire avait interprété l'obligation de consultation consacrée à la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail comme ne pesant directement que sur les États. Capitalisant sur la sentence *Urbaser c. Argentine*, Philippe Sands relève que le fait que la Convention n'impose pas cette obligation directement sur les entreprises, ne signifie pas pour autant qu'elle ne produit aucun effet juridique sur elles[1949].

454. Lorsque l'enjeu de responsabilisation est incorporé dans les AII de manière indirecte[1950], les obligations pesant sur l'investisseur en matière de RSE relèvent « *soit de l'ordre juridique spontané de la STN, soit de l'ordre juridique interne de l'État d'accueil* »[1951]. Dans la même optique, lorsqu'elle prend place dans le cadre de mécanismes d'autorégulation volontaires, la responsabilisation offre des potentialités qui ne doivent pas être sous-estimées. Nous avons déjà évoqué les effets juridiques que ces mécanismes peuvent produire dans l'ordre interne[1952]. Dans le champ de l'investissement, on pourrait par exemple imaginer que les tribunaux arbitraux accepteraient de conférer un certain poids à ces engagements dans l'examen de la légitimité des attentes d'un investisseur[1953]. Les entreprises adhérentes au *CEO Water Mandate* se verraient ainsi opposé, lorsqu'elles investissent en pays étranger, les engagements qu'elles ont

[1946] Résolution 15/9 du Conseil des droits de l'homme, *op. cit.,* note 1194, para 9.
[1947] Voir Chapitre IV, para. 291. Voir aussi K. MARTIN-CHENUT, C. PERRUSO, *op. cit.,* note 1272, p. 661 ; H. ASCENSIO, « Le Pacte Mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte Mondial dix ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 176-177.
[1948] *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou,* CIRDI, ARB/14/21, Opinion dissidente partielle du Professeur Philippe Sands, 30 novembre 2017.
[1949] *Ibid.*, para. 10
[1950] L. DUBIN, *op. cit.,* note 1276, p. 870.
[1951] *Ibid*. Voir par exemple le modèle conventionnel Canadien de 2012, article 16 ; Voir Accord Économique et Commercial Global, *op. cit.,* note 649, Préambule : « *Encourageant les entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et à adopter des pratiques exemplaires en matière de conduite responsable des entreprise*s » ; Voir l'ACEUM, *op. cit.,* note 699, article 14.17.
[1952] Voir Chapitre IV, para. 301.
[1953] S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD, *op. cit.,* note 1274, 2013, p. 191.

volontairement souscrits. Rappelons que ces entreprises adhérentes acceptent de prendre toutes mesures en vue d'adapter leurs pratiques et de limiter l'impact de leurs activités sur les ressources en eau, de renforcer leurs liens avec les parties prenantes, d'évaluer leur utilisation globale d'eau dans toute la chaîne de valeur ou encore de se fixer des objectifs précis en matière de conservation de l'eau et de traitement des eaux usées[1954].

455. Comme nous l'avons évoqué, l'appréhension du rôle du secteur privé dans la protection de l'environnement a évolué[1955]. L'investissement privé est aujourd'hui pensé comme un levier du développement durable et les entreprises, comme actrices incontournables de ce développement. L'accent est porté sur la promotion de la croissance verte, ce qui suppose « *d'exploiter la force financière et technologique du secteur privé* »[1956]. Cette approche est largement endossée par les Objectifs du développement durable qui, tout en promouvant l'investissement, réaffirment la nécessité de respecter l'autonomie réglementaire des États ainsi que d'établir et mettre en place des politiques d'éradication de la pauvreté[1957]. On rappellera que la déclaration d'Addis-Abeba insiste sur la nécessité de « *libérer le potentiel transformateur de la société et du secteur privé et ...promouvoir des changements dans les domaines du financement et aussi des modes de consommation et de production en vue de favoriser le développement durable* »[1958]. Les entreprises sont appelées à « *investir dans les domaines critiques pour le développement durable et à passer à des modes de production et de consommation plus viables à terme* »[1959]. Les États sont dans cette optique encouragés à élaborer des politiques et renforcer leur réglementation en vue de « *mieux faire converger les incitations adressées au secteur privé et les objectifs publics, notamment les mesures qui incitent le secteur privé à adopter des pratiques viables à terme, et des politiques qui encouragent des investissements de qualité réalisés pour le long terme* »[1960]. Il s'agit donc de rendre mutuellement complémentaires les objectifs des politiques d'investissement et d'environnement en recourant à des mécanismes d'incitation. Il reste que ces outils sont susceptibles de se heurter aux règles de protection des investissements étrangers, en particulier au principe de non-discrimination.

[1954] Voir Chapitre IV, para. 302. M. TIGNINO, *op. cit.,* note 300, pp. 468-498.
[1955] Voir Chapitre IV, para. 299.
[1956] J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1308, p. 12.
[1957] Résolution 70/1, *op. cit.,* note 46, voir les cibles 7 (a) 10 (b) et 17.5.
[1958] Document final de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement, *op. cit.,* note 1260, para. 5.
[1959] *Ibid.*, para. 35.
[1960] *Ibid.*, para. 36.

B. La responsabilisation par l'incitation : l'octroi d'avantages aux investisseurs étrangers conditionné à leur efficacité ou leur empreinte hydrique

456. Les États ont de plus en plus recours à l'incitation et à la différenciation comme mode de responsabilisation des opérateurs privés[1961]. La question s'inscrit dans un enjeu de responsabilisation, puisqu'il s'agit précisément d'octroyer des avantages aux opérateurs, nationaux et étrangers, en fonction de leur utilisation plus ou moins responsable des ressources naturelles dans le cadre de leurs activités commerciales et industrielles.

457. L'octroi d'avantages fondés sur l'empreinte hydrique suppose de se concentrer sur les procédés et méthodes de production des entreprises, c'est-à-dire sur « *la manière dont les produits sont fabriqués ou transformés et dont les ressources naturelles sont prélevées ou récoltées* »[1962]. Les États peuvent recourir à des prescriptions « positives » énumérant les méthodes de production devant obligatoirement être utilisés – en indiquant par exemple, selon quelle technologie un produit doit être fabriqué – ou à des prescriptions « négatives » interdisant le recours à certains procédés ou technologies néfastes[1963]. On peut évoquer les prescriptions enjoignant les producteurs à utiliser des matières recyclées ou, dans le secteur de la pêche, celles encourageant le recours à des filets protecteurs d'espèces marines en voie de disparition, comme cela était le cas dans les différends commerciaux *Thon* portés dans le cadre du mécanisme de règlement des différends du système commercial multilatéral[1964]. On peut encore

---

[1961] Voir en ce sens, K. MILES, « Sustainable Development, National Treatment and Like Circumstances in Investment Law », dans M.-C. CORDONIER-SEGGER, M. W. GEHRING, A. NEWCOMBE (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 279 ; Y. ZHU, « Environmental Discrimination in International Investment Law », *New York University Journal of International Law and Policy,* 2019, vol. 51, n° 4, p. 404.

[1962] OCDE, Programme de travail sur le commerce et l'environnement, *Procédés et méthodes de production (PMP) : cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP*, Paris, OCDE, OCDE/GD(97)137,1997, p. 7 ; N. BERNASCONI OSTERWALDER, *Environment and Trade : A guide to WTO Jurisprudence,* Earthscan, London, 2006.

[1963] M. A. CALLE SALDARRIAGA, « Sustainable Production and Trade Discrimination: an Analysis of the WTO Jurisprudence », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, vol. 11, p. 225 ; OCDE, *ibid.*, p. 9.

[1964] *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* (*États-Unis – Thon II (Mexique*), DS381, rapport du Groupe spécial WT/DS381/R, 15 septembre 2011 ; rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1677. On peut aussi citer le régime communautaire de protection des phoques à l'origine du différend commercial *Communautés européennes – Produits à base de phoques* (Voir les rapports de l'Organe d'appel, WT/DS400/AB/R ; WT/DS401/AB/R, 22 mai 2014). Plusieurs textes organisent ce régime. Une Directive du 28 mars 1983 83/129 appelle les États membres à adopter toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer que les peaux de bébés phoques d'une certaine espèce (les phoques harpés) ne fassent plus l'objet d'importations à des fins commerciales. Le Règlement 1007/2009 du 16 septembre 2009 du Parlement européen et du Conseil a un champ d'application plus large et s'applique à toutes les espèces pinnipèdes. Ce Règlement a pour effet d'interdire l'importation et la mise sur le marché de produits dérivés du phoque. Seuls les produits rapportés par les voyageurs ou les produits provenant de la chasse traditionnelle des Inuits et de la chasse pratiquée en vue de la gestion durable des ressources marines ne sont pas frappés par cette interdiction. En 2010, la

citer l'exemple des normes de durabilité des biocarburants. Le dispositif suisse d'exonération de taxe sur les carburants concerne la taxe sur les huiles minérales pour les carburants produits à partir de matières premières renouvelables. Pour bénéficier de l'exonération, les producteurs doivent démontrer que leurs procédés de production satisfont à des conditions sociales acceptables et que leur bilan écologique global est positif. Les biocarburants concernés – le bio gaz, l'éthanol, le bio méthanol ou encore le bio hydrogène – doivent émettre au minimum 40% de GES de moins que les carburants fossiles sur l'ensemble du cycle de vie. Les producteurs et importateurs doivent fournir un certain nombre d'informations portant sur l'ensemble du processus de production, ainsi que sur le transport et la distribution du produit, à l'Office fédéral de l'environnement, à l'administration fédérale des douanes ainsi qu'au Secrétariat à l'économie qui établiront sur cette base le bilan écologique global en analysant le cycle de vie[1965].

458. L'incitation peut prendre la forme d'instruments fiscaux (comme des écotaxes) ou de programmes de certification environnementale[1966]. Dans le secteur de l'eau, les États peuvent opter pour l'échelonnement du paiement des redevances ou encore utiliser des subventions au bénéfice d'opérateurs utilisant des technologies innovantes[1967]. Ces mécanismes incitatifs sont fréquemment utilisés en vue de promouvoir les énergies renouvelables[1968]. Dans ce secteur, il s'agit précisément de permettre aux producteurs d'énergie verte de « survivre » dans un marché mondial largement dominé par les producteurs d'énergie conventionnelle[1969]. Ainsi, en imposant une taxe carbone augmentant les prix des carburants les plus nocifs[1970], il s'agit pour

Commission a adopté le règlement 737/2010 établissant les règles de modalités de mise sur le marché des produits autorisés. Voir sur cette question M. MORIN, « Bien-être animal et commerce international : l'affaire des produits dérivés du phoque devant l'OMC », *RJE*, 2015, vol. 40, n° 2, pp. 282-297.

[1965] Voir la Loi suisse n° 641.61 du 21 juin 1996, telle qu'amendée le 23 mars 2007 ; la Loi suisse n° 641.611 du 20 novembre 1996, telle qu'amendée le 30 janvier 2008, loi n° 641.611.21 du 3 avril 2009.

[1966] OCDE, *op. cit.,* note 1962 ; J. POTTS, *The Legality of PPMs under the GATT. Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, Manitoba, IISD, 2007, p. 8.

[1967] UNESCO, *Programme mondial de l'UNESCO pour l'évaluation des ressources en eau. L'eau : une responsabilité partagée*, Paris, UNESCO, 2006.

[1968] OCDE, *Environmentally Related Taxes in OECD Countries, Issues and Strategies*, Paris, OCDE, 2001.

[1969] M. SATTOROVA, « International Investment Law, Renewable Energy, and National Policy-Making : on 'Green' Discrimination, Double Regulatory Squeeze, and the Law of Exceptions », dans A. BJORKLUND (dir.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012-2013*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 416 ; L. TAMIOTTI, V. KULAÇOĞLU, « National Climate Change Mitigation Measures and their Implications for the Multilateral Trading System: Key Findings of the WTO/UNEP Report on Trade and Climate Change », *JWT*, 2009, vol. 43, n° 5, p. 1116.

[1970] Voir R. HOWSE, A. L. ELIASON, « Domestic and International Strategies to Address Climate Change: An Overview of the WTO Legal Issues », dans T. COTTIER, O. NARTOVA, S. BIGDELI (dir.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 60.

les États d'encourager le recours à des alternatives plus vertes[1971]. Toutefois, il est peu aisé de déterminer si ces instruments poursuivent dans tous les cas des objectifs purement environnementaux, dans la mesure où il n'est pas rare que le taux de ces taxes ne reflète que partiellement le contenu carbone du carburant[1972].

459. Au regard du droit international économique, il faut donc déterminer si les traitements préférentiels accordés aux producteurs « verts » sont discriminatoires. Dans l'affirmative, le principe de non-discrimination aurait pour effet de décourager les efforts des États cherchant à promouvoir et soutenir les procédés de production respectueux de l'environnement[1973]. Cette question, qui fait l'objet de riches débats dans le cadre de la branche commerciale du droit international économique[1974], commence à être davantage discutée en droit international de l'investissement[1975]. On précisera que, bien qu'elles aient pour effet de modifier de manière significative les conditions économiques dans lesquelles l'investisseur opère, les mesures incitatives n'induisent que très rarement une dépossession de l'investisseur ; par conséquent, elles ne convoquent pas les règles relatives à l'expropriation[1976]. Il est en revanche certain que l'approche restrictive selon laquelle une modification de la législation interne entraînerait *ipso facto* une violation des attentes légitimes de l'investisseur limite sérieusement l'autonomie des États en matière de politiques environnementales incitatives[1977]. Pour autant, dès lors qu'on admet que l'appréciation du caractère légitime de ces attentes se doit d'être opérée en équilibrant la nécessaire stabilité du droit interne et le droit légitime de l'État de réglementer, le standard du traitement juste et équitable n'apparaît plus comme une entrave à la prise de mesures incitatives. Ces mesures portent, en réalité, avant tout le risque d'être remises en cause

[1971] Voir Directive 2009/28/CE du Parlement et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, JO L 140, 5 juin 2009, p. 16-62, article 17.
[1972] Voir S. ZARRILLI, « Domestic Taxation of Energy Products and Multilateral Trade Rules: Is This a Case of Unlawful Discrimination? », *JWT,* 2003, vol. 37, n° 2, pp. 359-394.
[1973] X. FENG, « On Whether Renewable and Fossil Fuel Sourced Electricity Are like Products: A Rethinking of NPR-PPMS under Article III:4 GATT 1994 », *LSU Journal of Energy Law and Resources*, 2019, vol. 7, n° 2, pp. 344-381.
[1974] Voir Chapitre VIII
[1975] Voir K. GORDON, *Green Investment Protectionism : What Is It and How Prevalent is it?*, Paris, OCDE, 2011 ; K. MILES, *op. cit.,* note 1961, pp. 265-291 ; L. CHOUKROUNE, « The National Treatment in International Investment Law and Arbitration », dans A. K. SANDERS (dir.), *The National Treatment in International Economic Law,* Edward Elgar, 2014 ; Y. ZHU, *op. cit.,* note 1961, pp. 385-435 ; N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 1663.
[1976] J. A. VAN DUZER « The Complex Relationship between International Investment Law and Climate Change Initiatives. Exploring the Tension », dans P. DELIMATSIS (dir.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 439.
[1977] Voir par exemple, *Enron Corporation c. Argentine*, *op. cit.,* note 880, paras. 164-168.

en tant que violations des clauses des AII relatives à l'interdiction des prescriptions de résultat, au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée.

460. Tout d'abord, des mesures prescrivant certains critères de performance en matière hydrique courent le risque de violer des dispositions conventionnelles interdisant les contraintes d'exploitation[1978]. Par contraintes d'exploitation, il faut comprendre toutes les mesures par lesquelles un État oblige, d'une manière ou d'une autre, une entreprise à utiliser des produits locaux, à employer un pourcentage déterminé de main d'œuvre locale, ou à transférer la technologie à l'État d'accueil. Elles peuvent aussi contraindre les investisseurs à exporter un volume prédéfini de production. Certaines de ces contraintes sont appréhendées par l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (ci-après, « Accord sur les MIC ») issu des négociations du cycle de l'Uruguay[1979]. Cet Accord interdit les prescriptions affectant le commerce international et qui prescrivent à l'entreprise « *certains objectifs qui infléchissent sa politique commerciale, à l'importation ou à l'exportation ; ou qui l'obligent à privilégier, dans sa politique d'approvisionnement, les producteurs nationaux par rapport aux producteurs étrangers* »[1980]. La pratique conventionnelle dans le champ de l'investissement est hétérogène en la matière[1981]. La majorité des TBI ne les interdit pas, mais de plus en plus d'accords de libre-échange – en particulier ceux comptant un État nord-américain[1982] –

[1978] On trouve peu d'éléments sur ces contraintes dans la littérature juridique. Voir B. LEGUM, « Understanding Performance Requirement Prohibitions in Investment Treaties », dans A. W. ROVINE (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 53-64; A. COSBEY, « Everyone's Doing It. The Acceptance, Effectiveness and Legality of Performance Requirements », *Investment Treaty News* (IISD), 2015, vol. 6, n° 1, pp. 9-11; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, « Transfer Rights, Performance Requirements and Transparency », dans *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment,* Kluwer Law International, 2009, pp. 416-429; S. H. NIKIÈMA, « Performance Requirements in Investment Treaties », *IISD Best Practices Series,* 30 December 2014; CNUCED, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements. New Evidence from Selected Countries*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7 (2003) pp. 4-5; J. A. VAN DUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators,* Commonwealth Secretariat, Mai 2013 ; D. COLLINS, *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2015 ; B. LEGUM, M. MEDZMARIASHVILI, « Chapter 30: Performance Requirements », dans M. N. KINNEAR, G. R. FISCHER (dir.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID,* Kluwer Law International, 2015, pp. 415-430.

[1979] Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 165.

[1980] P. JUILLARD, *op. cit.,* note 733, p. 25 , p. 193 ; W. E. COUGHLIN, « The U.S. Bilateral Investment Treaty: An Answer to Performance Requirements? », dans B. S. FISHER, J. TURNER (dir.), *Regulating the Multinational Enterprise: National and International Challenges*, New York, Praeger, 1983, p. 140.

[1981] CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule making*, Genève, Nations Unies, 2007, pp. 66 et s.

[1982] On rappellera l'opposition traditionnelle des États-Unis aux contraintes d'exploitation et leur influence dans le processus d'adoption, dans le contexte de l'OMC, de l'Accord sur les MIC (M. SORNARAJAH, *op.cit.,* note 1841, p. 137). Les États-Unis intègrent une clause relative aux prescriptions de résultat dans tous leurs TBI depuis le modèle de 1981 et dans tous leurs AII. Voir l'article 1106 de ALENA (ALENA, *op. cit.,* note 388), dont les accords de libre-échange conclus par le Canada et des États-Unis après 1994 s'inspirent.

incorporent cette interdiction dans des clauses dites de libre-exploitation[1983]. Leur champ peut, selon les instruments, se calquer sur l'Accord sur les MIC[1984] ou aller au-delà[1985]. Le contrôle de l'interdiction des contraintes est, dans le champ de l'investissement, assuré par des tribunaux arbitraux[1986], avec le risque que l'arbitrage d'investissement se superposent au mécanisme de règlement des différends de l'OMC[1987]. Comme le résume Franck Latty, ces AII « *offrent aux investisseurs une voie de recours arbitral dont ils ne disposent pas dans le cadre de l'OMC* »[1988]. L'auteur ajoute par ailleurs :

> « *qu'au vu du tronc commun que constitue l'interdiction des prescriptions de résultat relatives au commerce dans le droit de l'OMC et les traités d'investissement, le risque est accru que des contentieux parallèles ou successifs se développent devant le juge du commerce international et l'arbitre du droit des investissements étrangers* »[1989].

461. L'imposition de contraintes d'exploitation par un État s'inscrit dans une stratégie de maximisation des effets bénéfiques de la présence d'investissements étrangers sur son économie[1990]. Il s'agit en effet de faire contribuer ces derniers à ses objectifs et priorités en matière de développement industriel ou technologique[1991]. Les pays en développement y ont eu

---

[1983] Il s'agit de clauses par lesquelles « *les États parties s'interdisent de soumettre les investisseurs étrangers couverts par le traité à des prescriptions de résultat déterminées* ». F. LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, 2015, t. 119, n° 1, p. 179 ; CNUCED, *op. cit.,* note 1978, pp. 119-120. La clause d'interdiction est par exemple absente de la pratique conventionnelle de la Chine, du Royaume Uni, de l'Inde, de la Suisse ou de la Colombie.

[1984] Voir par exemple l'Accord de libre-échange entre la Chine, la Corée et le Japon, 2012, article 7(1).

[1985] C'est par exemple le cas de l'ALENA et de l'ACEUM.

[1986] W. BEN HAMIDA, *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements*, UNCTAD, Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, 28-29 juin 2007, p. 12.

[1987] *Ibid.*

[1988] F. LATTY, *op. cit.,* note 1983, p. 188. Voir aussi C. A. HAMILTON, P. I. ROCHWERGER, « Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties », *New York International Law Review,* 2005, vol. 18, n° 1, pp. 36-38; G. VERHOORSEL, *op. cit.,* note 1691, pp. 493-496.

[1989] F. LATTY, *ibid.*, p. 192. L'auteur ajoute que l'« *on peut craindre que la dualité des procédures alimente le débat fort classique de la fragmentation du droit international - par exemple si le juge de l'OMC constatait la compatibilité de telle mesure étatique avec l'accord MIC quand un tribunal CIRDI identifierait au bénéfice de l'investisseur une violation de la clause de libre exploitation. La contradiction pourrait survenir si un État en désaccord avec les conclusions d'une sentence arbitrale examinant une clause de libre exploitation intégrant ou renvoyant à l'accord MIC décidait de saisir un groupe spécial de l'OMC pour qu'il livre sa propre appréciation* ». Voir par exemple le différend commercial *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, (*op. cit.,* note 677) portant sur les exigences de contenu local auquel sont soumises les installations de production d'électricité utilisant l'énergie solaire et éolienne dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis adopté par l'Ontario. Ces mesures ont fait l'objet d'une contestation au titre du chapitre 11 de l'ALENA dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. L'investisseur estimait que ses projets en matière d'énergie éolienne souffraient d'un dommage économique en raison de l'imposition d'une obligation de contenu local. Voir *Mesa Power Group LLC c. Canada*, CNUDCI, PCA Case No. 2012-17.

[1990] P. JUILLARD, *op. cit.,* note 733, p. 192.

[1991] Voir P. MUCHLINSKI, « Policy Issues », dans P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 31 et s.

largement recours pour soutenir le développement de leurs économies[1992]. Ils cherchent désormais dans le contexte de leurs relations préférentielles à préserver leur droit d'imposer de telles contraintes[1993]. Les pays industrialisés mobilisent tout autant ces outils comme moyen de promotion et de soutien au développement d'industries vertes[1994].

462. Il reste que, du point de vue de l'investisseur, les contraintes d'exploitation ont pour effet de limiter significativement son autonomie de gestion[1995]. Lorsqu'elles sont imposées dans la phase précédent l'établissement, elles constituent une condition d'admission sur le territoire de l'État hôte[1996]. En revanche, lorsqu'elles s'appliquent à la phase post-établissement, elles conditionnent nécessairement l'accès des investisseurs étrangers à certains avantages même si elles sont en théorie non obligatoires, l'investisseur ayant la possibilité de ne pas s'y soumettre. En pratique, la distinction entre prescriptions obligatoires et non obligatoires n'est pas si tranchée puisque leur caractère incitatif « *ne [laisse] pas réellement à l'investisseur la possibilité de renoncer à cette option, en raison de l'attractivité des avantages octroyés* »[1997]. C'est pour cette raison qu'elles peuvent représenter un redoutable levier de responsabilisation des investisseurs étrangers. Pour l'heure, la doctrine a accordé peu d'attention à leur potentiel en tant que moyen de faire avancer des objectifs non économiques. On observe tout de même un certain regain d'intérêt à leur égard tenant à l'urgence de mieux appréhender les externalités négatives générées par les investissements dans les industries extractives[1998].

[1992] Les résolutions onusiennes relatives au nouvel ordre économique international reconnaissent la possibilité de recourir à ce type de contraintes (Voir par exemple Assemblée générale, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, 3201 (S-VI), 1er mai 1974). Pour un argumentaire en faveur des prescriptions de résultats comme levier de développement voir H.-J. CHANG, « *Kicking Away the Ladder: Development strategy in Historical Perspective », Revista Brasileira de Inovação,* 2002, vol. 1, n° 1, pp. 189-197.

[1993] Ainsi, les États du CARICOM, sont appelés à ne pas accepter les clauses prohibant les prescriptions de résultats : « *(i) CARICOM countries should not accept any restrictions on their freedom to impose performance obligations; (ii) performance obligations, which should include but not limited to, export performance, employment, conformity with national laws and with trade union practices, and transfer of technology, should be linked to the benefits to be derived and in this context provision should be made for such obligations to be reviewed periodically* », *CARICOM Guidelines for Use in the Negotiation of Bilateral Treaties*, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2879/download (consulté le 30 juin 2021).

[1994] F. BAETENS, « Combating Climate Change Through the Promotion of Green Investment: from Kyoto to Paris without Regime-specific Dispute Settlement », dans K. MILES (dir.), *Research Handbook on Environment and Investment Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 119.

[1995] W. BEN HAMIDA, *op. cit.,* note 1986, p. 11.

[1996] C'est le cas des modèles de TBI canadien et américain qui prévoient des limitations au droit des États d'imposer des prescriptions de résultats en tant que condition d'accès au marché.

[1997] S. H. NIKIÈMA, *op. cit.,* note 1978, p. 2.

[1998] D. COLLINS, *op. cit.,* note 1978, p. 15

463. Les accords contenant des clauses de libre-exploitation reconnaissent, selon des modalités diverses, le droit des États d'imposer des prescriptions poursuivant une finalité environnementale[1999]. Ainsi, le TBI entre l'Inde et le Koweït de 2001 préserve le droit des États d'imposer des prescriptions de résultats supplémentaires lorsque celles-ci sont « *essentielles pour des raisons d'ordre public, de santé publique ou liées à l'environnement* » et qu'elles sont « *exécutées par une loi d'application générale* »[2000]. Dans le cadre de l'ALENA[2001], les États conservent le droit de contraindre l'investisseur à employer « *une technologie pour répondre à des prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement* », dès lors que ces prescriptions ne sont pas appliquées de manière arbitraire et sont conformes aux obligations de traitement national et de la nation la plus favorisée[2002]. L'ACEUM retient une logique similaire en optant pour une formulation plus large, les mesures acceptées étant celles visant à « *atteindre des objectifs légitimes de protection du bien-être public* »[2003]. Les clauses de libre-exploitation préservent ainsi l'autonomie réglementaire des États qui souhaiteraient adopter des mesures conditionnant l'octroi d'avantages s'inscrivant dans un but de protection de certains motifs d'intérêt public comme la protection de la santé ou la préservation des ressources naturelles, ce qui, à notre sens, permettrait d'intégrer des mesures d'incitation à la performance hydrique[2004].

464. Le nœud du problème tient à l'identification des contraintes d'exploitation, qui peut s'avérer complexe comme cela est illustré par diverses sentences arbitrales. On illustrera notre propos avec la sentence *Archer Daniels Midland Company c. Mexique* dans laquelle le tribunal

---

[1999] CNUCED, *Host Country Operational Measures*, Genève CNUCED, IIA series, UNCTAD/ITE/IIT/26, 2001, p. 55

[2000] Voir le TBI entre l'Inde et le Koweït, 27 novembre 2001, article 4.4, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1569/download (consulté le 24 juin 2021).

[2001] Les exceptions dont la portée est la plus large concernent les contraintes en matière de contenu local et d'achat de produits et de services. Elles sont autorisées lorsqu'elles poursuivent un but environnemental, « *de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de préservation des végétaux, ou en vue de conserver des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques* ». Ces mesures ne doivent pas être appliquées « *de manière arbitraire ou injustifiée, ni constituer une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement* » (Voir les article 1106(1) b) et c), 1106(3) a) et b), article 1106(6)). Voir dans le même sens, l'ACEUM, *op. cit.,* note 699, article 14.10.3 (c).

[2002] ALENA, *op. cit.,* note 388, article 1106 (2).

[2003] ACEUM, *op. cit.,* note 699, article 14.10.3 (g).

[2004] On relèvera que les parties à l'AECG ont opté pour une approche différente en faisant tout simplement sortir les contraintes d'exploitation du champ « arbitrable » (AECG, *op. cit.,* note 649, article 8.18 : « *Sans préjudice des droits et obligations des parties au titre du chapitre Vingt-neuf (Règlement des différends), un investisseur d'une Partie peut déposer devant le Tribunal institué en vertu de la présente section une plainte selon laquelle l'autre Partie a violé une obligation prévue, selon le cas : à la section C, en ce qui concerne l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition de son investissement visé; à la section D* » ; F. LATTY, *op. cit.,* note 1983, p. 192.

arbitral avait conclu à l'existence d'une prescription de résultat interdite par l'article 1106 de l'ALENA. Dans cette affaire, l'avantage prenait la forme d'une exemption de taxe au bénéfice d'entreprises d'embouteillage utilisant du sucre de canne d'origine mexicaine. Le tribunal a relevé l'existence d'une discrimination à l'encontre de la société et d'une prescription de résultat violant les dispositions de l'article 1106[2005]. Dans le différend *SD Myers c. Canada*, la majorité du tribunal a interprété cette disposition comme excluant les contraintes de *jure*[2006]. L'investisseur soutenait qu'une interdiction des exportations avait pour effet de le contraindre à utiliser des biens et services canadiens. Dans le différend *Corn Products c. Mexique*, les activités de l'investisseur exploitant de maïs aux fins de production de sirop à haute teneur en fructose, avaient provoqué une forte pression sur la production domestique traditionnelle de sucre dérivé du sucre de canne[2007]. Cette situation avait poussé le Mexique à adopter une loi augmentant les taxes sur les sodas non issus de canne à sucre de 20%[2008]. Il faut préciser que le Mexique avait fini par retirer cette loi, à la suite de pressions internationales, et plus particulièrement d'une plainte devant l'ORD de l'Organisation mondiale du commerce. Cela n'a pas empêché *Corn Product* d'introduire une demande en arbitrage en vue d'obtenir une indemnisation de ses pertes au titre de l'article 1106 de l'ALENA. Le tribunal a rejeté la réclamation de l'investisseur en considérant que la mesure mexicaine n'entrait pas dans le champ des prescriptions de résultat. Il a jugé que la loi mexicaine n'imposait nullement le recours à une certaine quantité de contenu local[2009]. En revanche, il a relevé une violation de l'obligation d'accorder le traitement national, les producteurs concernés opérant dans le même secteur et ayant la même activité[2010].

465. Les mesures incitatives peuvent en effet être saisies à travers le principe de non-discrimination. Il est certain qu'une différenciation fondée sur l'empreinte hydrique aurait peu de chance d'être acceptée si les tribunaux interprètent la similarité en se fondant sur des considérations d'ordre strictement commercial. L'on a vu que la multiplication de différends dans lesquels des atteintes au principe de non-discrimination sont invoquées est un phénomène

---

[2005] *Archer Daniels Midland Company, Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, paras. 221-227. Dans le même sens, voir *Cargill, Inc. c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, paras. 312 et s.
[2006] *SD Myers Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 756, paras. 275-276
[2007] *Corn Products International Inc. c. Mexique*, CIRDI, ARB(AF)/04/1, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, para. 80
[2008] Le Mexique l'a finalement retiré quelques années plus tard à la suite d'un différend dans le cadre de l'OMC, voir *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R, 24 mars 2006.
[2009] *Corn Products International Inc. c. Mexique*, *op. cit.,* note 2007, para. 80.
[2010] *Ibid.,* para. 119.

nouveau dans le contentieux de l'investissement[2011]. Il ne ressort pas de la jurisprudence arbitrale d'approche cohérente en matière d'interprétation de la non-discrimination. Mais nous avons aussi vu que les tribunaux arbitraux avaient, à plusieurs reprises, intégré dans leur interprétation de la similarité des considérations d'ordre non-économique. La sentence *SD Myers c. Canada* offre une approche particulièrement ouverte en faveur d'une différenciation fondée sur des considérations environnementales[2012]. Dans cette sentence bien connue et largement commentée, *SD Myers*, investisseur américain, contestait le refus des autorités canadiennes de lui délivrer les autorisations nécessaires à l'importation vers les États-Unis depuis le Canada de produits et équipements électriques contenant des déchets de polychlorobiphényle (PCB), composant toxique. Le tribunal a estimé que la finalité poursuivie par la mesure discriminatoire devait être prise en compte[2013], autrement dit, qu'il fallait rechercher l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant un traitement différencié[2014]. Il reste que l'existence d'un objectif de politique publique ne suffit pas, à elle seule, à justifier la différenciation. Les tribunaux intègrent dans leurs analyses un examen de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure en recherchant une relation raisonnable entre l'intérêt défendu et la mesure gouvernementale contestée. Ainsi, dans le différend *SD Myers*, le Canada soutenait que la mesure d'interdiction totale des exportations était nécessaire à la réalisation de ses obligations découlant de la Convention de Bâle. Tout en rappelant le droit des États de choisir leur propre niveau de protection, le tribunal a jugé qu'en l'espèce le Canada aurait pu réaliser son objectif en ayant recours à des mesures moins restrictives pour les investissements[2015]. En somme, le tribunal a refusé de considérer qu'il existait une incompatibilité entre la Convention de Bâle et les dispositions de l'ALENA. Rappelons que l'article 104 de l'ALENA précise qu'en cas d'incompatibilité entre l'Accord et certains accords multilatéraux sur l'environnement, dont la convention de Bâle, ces derniers doivent prévaloir. Le tribunal a estimé que le Canada aurait dû chercher à réconcilier ces intérêts divergents.

466. Dans le contexte de mesures étatiques singularisant, par l'octroi d'avantages, les opérateurs économiques utilisant l'eau de manière responsable, il est évident que la référence à des « *circonstances* » similaires ou analogues que l'on trouve dans les TBI, ouvre la porte à un champ de comparaison large, autorisant la prise en compte des procédés et méthodes de

[2011] Voir Chapitre VI, para. 397.
[2012] *SD Myers Inc. c. Canada*, *op. cit.,* note 756.
[2013] *Ibid.*, para. 250.
[2014] W. BEN HAMIDA, *op. cit.,* note 1995, p. 16.
[2015] *SD Myers Inc c. Canada*, *op. cit.,* note 756, para. 214.

production[2016] et, plus largement, à des considérations d'intérêt général. La formulation retenue autorise davantage de souplesse que les dispositions du GATT renvoyant aux « produits » similaires, et qui dans ce champ, on le verra, restreignent les chances de voir une mesure restrictive fondée sur l'empreinte hydrique des produits passer le test de la non-discrimination[2017]. Dans le contexte de l'investissement, ces procédés représentent précisément les « circonstances » devant être prises en compte dans l'analyse de la similarité. Comme le souligne Jorge Viñuales, « *les procédés et méthodes de production constituent une préoccupation principale dans l'analyse d'une discrimination* »[2018]. L'on songe ici à la fameuse sentence *Methanex c. États-Unis*[2019], dans laquelle la mesure en cause – affectant l'utilisation d'un additif à l'essence en fonction de son potentiel de pollution des ressources en eau – portait précisément sur les méthodes et procédés de production utilisés par l'investisseur[2020]. Ce dernier, producteur de méthanol, ne pouvait être comparé qu'à des producteurs de méthanol, et non pas à des producteurs d'autres additifs pour essence[2021]. Pour le tribunal, il fallait donc confronter l'investisseur aux opérateurs ayant l'activité la plus proche. On peut, dans le même ordre d'idée, évoquer la sentence arbitrale *Parkerings c. Lituanie*, dans laquelle deux investisseurs étrangers conduisant la même activité ont été considérés comme dissemblables en raison de l'impact environnemental de leurs projets[2022]. La Lituanie avait rejeté le projet de construction de *BP*, en raison de sa proximité avec un site protégé de l'UNESCO, mais autorisé le projet identique d'un autre investisseur. Le tribunal arbitral a jugé que le traitement différencié était justifié, cela en raison de l'impact potentiellement plus dommageable du projet de *BP*, en raison de sa taille et de sa proximité avec le site protégé[2023].

467. Ces approches intégrant dans l'examen de la similarité des considérations non marchandes ouvrent la possibilité pour les États de différencier légitimement les investissements intensifs en eau de ceux ne l'étant pas. De manière générale, l'évolution de la pratique conventionnelle qui intègre de plus en plus et sous des formes variées des clauses permettant de mieux concilier la protection, d'un côté, des droits des investisseurs et, de l'autre, des valeurs et intérêts non-économiques est une tendance qui doit être renforcée et systématisée,

[2016] M. SATTOROVA, *op. cit.,* note 1969, p. 432.
[2017] Voir Chapitre VIII, paras. 510 et s. ; N. DI MASCIO, J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 1663.
[2018] J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1555, p. 325.
[2019] *Methanex Corp. c. États-Unis*, *op. cit.,* note 1459, partie IV, chapitre B, para. 28.
[2020] J. E. VIÑUALES, *op. cit.,* note 1555, p. 325. Dans la sentence Methanex, le tribunal a relevé que l'ALENA n'utilise pas l'expression produits similaires (*Methanex Corp. c. États-Unis*, *ibid.*, part IV, chap. B, paras. 29-30).
[2021] *Methanex, ibid.*, partie IV, paras 33-34.
[2022] *Parkerings-Compagniet A. S. c. Lituanie*, *op. cit.,* note 1475, para. 392.
[2023] *Ibid.*, paras 363-365, 392-396.

ce qui est pour l'heure loin d'être le cas. L'État à la fois responsable de la ressource nationale et hôte d'investissements étrangers se trouve particulièrement contrarié dans sa mission de protection des valeurs sociales et environnementales liées à l'eau. Il faut ajouter à cela qu'une part importante du prélèvement et de l'utilisation de l'eau dans le monde est destinée à la production de marchandises destinées à être exportées. Ces transferts d'eau « virtuelle », impliquant principalement le secteur agricole, créent une pression additionnelle sur les États sur le territoire desquels sont produites des marchandises intensives en eau pour l'exportation.

Section II. L'État exportateur de marchandises intensives en eau

468. La question qui nous intéresse est de déterminer la mesure dans laquelle le droit international du commerce affecte le droit des États de gérer en toute autonomie leurs ressources en eau nationales. Les États ont la possibilité de taxer l'exportation de produits intensifs en eau de manière à valoriser économiquement l'eau incorporée au produit final (I) ou d'opter pour des restrictions quantitatives destinées à protéger l'eau en tant que ressource naturelle essentielle (II).

I. L'indispensable valorisation économique de l'eau virtuelle

469. On cible les transferts d'eau virtuelle – c'est-à-dire, l'eau utilisée dans les procédés de production et qui se trouve incorporée, ou non, dans le produit final – les transferts d'eau « réelle » à grande échelle n'ayant lieu pour l'heure que de manière sporadique et ne faisant pas l'objet d'une libéralisation[2024]. En revanche, le commerce de produits ayant une forte empreinte hydrique – c'est typiquement le cas des denrées agricoles et des biocarburants[2025], mais on peut aussi y ajouter les produits de l'industrie du prêt-à-porter – est d'ores et déjà une réalité.

470. L'on a vu que la production aux fins d'exportation de ces marchandises peut contribuer localement à la raréfaction de l'eau. Le mandat de négociation du cycle de Doha intègre la question de la levée des obstacles au commerce de produits agricoles. Selon les projections, la

[2024] Voir Chapitre II, paras. 162-163 ; Chapitre III, para. 229. Voir sur cette question, voir E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 702; F. TEMMERMAN, *op. cit.,* note 154.
[2025] A. Y. HOEKSTRA*, The Relation between International Trade and Freshwater Scarcity,* OMC*,* Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2010-05, janvier 2010.

suppression des barrières à la libéralisation augmenterait les transferts d'eau virtuelle, ce qui est de nature à affecter davantage les ressources en eau nationales[2026]. Les subventions à l'irrigation contribuent par ailleurs à une utilisation inefficace de l'eau. L'absence de tarification ou le faible prix de l'eau d'irrigation – avantages bénéficiant surtout à l'agro-industrie et peu aux agriculteurs de subsistance – implique une non-internalisation des externalités générées par l'utilisation de la ressource. Ces mesures de soutien ne relèvent pas des mécanismes de contrôle prévus par l'Accord sur l'agriculture et l'Accord SMC. Dans le contexte des subventions de l'eau d'irrigation, l'existence d'un préjudice porté à une branche de production nationale d'un État importateur peut être difficile à démontrer[2027]. Les subventions à l'irrigation sont notifiées dans le cadre de l'annexe 2 de l'Accord sur les subventions (boite verte) qui vise les mesures de soutien interne considérées comme ayant les effets les moins importants sur la production, et sont de ce fait exemptées d'engagement de réduction. On relèvera que ces subventions sont rarement notifiées[2028].

471. Dans un contexte général dans lequel les États ont de plus en plus fréquemment recours aux restrictions à l'exportation[2029], il est intéressant de déterminer la marge d'autonomie laissée aux États qui souhaitent, en vue de préserver leurs ressources locales en eau, imposer des taxes sur l'exportation de marchandises dont les procédés et méthodes de production reposent sur une utilisation intensive de l'eau. Durant les crises alimentaires des années 2008 et 2010, des restrictions aux exportations de denrées de base ont été imposées par une trentaine d'États, cherchant par cette voie à garantir l'approvisionnement de leur marché domestique et limiter l'augmentation des prix[2030]. Les taxes à l'exportation peuvent également poursuivre des

---

[2026] J. RAMIREZ-VALLEJO, P. ROGERS, « Virtual Water Flows and Trade Liberalization », *Water Science and Technology,* 2004, vol. 49, n° 7, pp. 25-32 ; I. NIEMEYER, A. GARRIDO, *Latin American Agricultural Trade: The Role of the WTO in Sustainable Virtual Water Flows*, European Association of Agricultural Economists, International Congress, 30 août - 2 septembre 2011 Zurich ; E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, pp. 723-726.

[2027] E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, p. 727.

[2028] OMC, Comité de l'Agriculture, *Compliance with Notification Obligations,* note du Secrétariat, G/AG/GEN/86/Rev.17, 11 mars 2014.

[2029] Ils ont, en particulier recours aux taxes pour réduire la volatilité des revenus à l'exportation ou limiter l'augmentation des prix mondiaux sur le marché domestique. Sur la période 2013-2018, 19% de ces restrictions consistait en des taxes à l'exportation, 5% en des restrictions concernant le point de dédouanement des exportations ; 22% des prescription en matière de licences ; 17% des prix de référence minimal ; 19% des contingents d'exportation et 18% des interdiction d'exporter. Comité de l'Agriculture de l'OMC, *Communication présentée par le Japon, Israël, la République de Corée, La Suisse, Taiwan, Penghu, Kinme et Matsu, Aperçu des mesures de restriction à l'exportation - analyses de cas réels au cours des dernières années*, JOB/AG/175, 16 décembre 2019. Voir pour ce qui est des restrictions au commerce de produits agricoles les nombreuses données du Agricultural Market Information System, plateforme lancée en 2011 par les Ministres de l'Agriculture du G20 à la suite des crises alimentaires de 2007-2008 et de 2010 http://www.amis-outlook.org/amis-about/en/ (consulté le 30 juin 2021).

[2030] B. KARAPINAR, « Export Restrictions and the WTO Law; Regulatory Deficiency or Unintended Policy

objectifs non économiques tels que la conservation des ressources naturelles épuisables et la protection de l'environnement. L'imposition de taxe à l'exportation de produits intensifs en eau pourrait être un moyen de rééquilibrer le coût environnemental de production entre pays exportateur et importateur, dans un contexte où, comme nous l'avons vu, l'utilisation de l'eau industrielle ou agricole dans les pays en développement fait rarement l'objet de tarification, ou tout au plus symbolique[2031]. Or, dans cette hypothèse, le prix du produit final ne reflète pas le coût réel de production, ce qui est certes avantageux pour les consommateurs du marché d'importation, mais particulièrement coûteux pour le pays producteur qui absorbe seul les externalités environnementales générées par l'utilisation de l'eau.

472. Pour l'heure, le régime international des taxes à l'exportation est fragmenté. Ceci résulte, d'une part, de la teneur des engagements contractés par les États accédant à l'OMC dans le cadre de leurs protocoles d'accession et, d'autre part, de la prolifération des accords préférentiels dans le cadre desquels les États importateurs parviennent à sécuriser leur accès aux ressources naturelles. Le régime commercial multilatéral s'est principalement intéressé à l'accès aux marchés et très peu aux restrictions aux exportations[2032]. Le GATT préserve la liberté des États de recourir aux taxes à l'exportation[2033]. Les rédacteurs du GATT 1947 avaient

---

Space », Berne, World Trade Institute, *NCCR Trade Regulation Working Paper*, 2010 n° 11 ; R. HOWSE, T. JOSLING, *Agricultural Export Restrictions and International Trade Law. A Way Forward,* International Food and Agriculture Trade Policy Council, 2012; J. KORINEK, J. KIM, « Export Restrictions on Strategic Raw Materials and their Impact on Trade », Paris, OCDE*, Trade Policy Paper* 2010, n° 95.

[2031] Voir Chapitre I, para. 117.

[2032] B. KARAPINAR, « Defining the Legal Boundaries of Export Restrictions. A Case Law Analysis », *JIEL*, 2012, vol. 15, n° 2, p. 444.

[2033] On rappellera que l'article II :1 (a) du GATT relatif aux listes de concession ne mentionne pas les exportations mais utilise largement l'expression de « matière commerciale ». S'est posée la question de savoir si la réduction ou l'abolition des taxes à l'exportation entre deux ou plusieurs États membres de l'OMC constituait une concession au sens de l'article II :1 (a) du GATT. John Jackson considère que l'article II :1 (a) ne vise que les importations. Par conséquent, la réduction des taxes à l'exportation entre plusieurs membres de l'OMC ne serait pas une concession au sens de l'article II :1 (a), la seule discipline susceptible de s'appliquer dans cette hypothèse étant le traitement de la nation la plus favorisée (Voir J. H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the GATT,* Indianapolis, Bobbs-Merrill*,* 1969, p.499). À l'inverse, Roessler estime que les taxes à l'exportation sont sujettes aux listes de concession, car de telles taxes visent à protéger les industries et l'économie domestiques (F. ROESSLER, « GATT and Access to Supplies », *JWT*, 1975, vol. 9, n° 1, p. 28 ; voir dans le même sens, M. MATSUSHITA, « Export Controls of Natural Resources and the WTO/GATT Disciplines », *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy,* 2011, vol. 6, n° 2, pp. 281-312). L'article XXVIII bis (1) du GATT rappelle l'importance des négociations tarifaires tant pour les importations que pour les exportations (article XXVIII bis (1)) : « *Les parties contractantes reconnaissent que les droits de douane constituent souvent de sérieux obstacles au commerce; c'est pourquoi les négociations visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle du niveau général des droits de douane et des autres impositions perçues à l'importation et à l'exportation, en particulier à la réduction des droits élevés qui entravent les importations de marchandises même en quantités minimes, présentent, lorsqu'elles sont menées en tenant dûment compte des objectifs du présent Accord et des besoins différents de chaque partie contractante, une grande importance pour l'expansion du commerce international. En conséquence, les parties contractantes peuvent organiser périodiquement de telles négociations* »). Le Secrétariat de l'OMC a précisé que la référence à la « matière commerciale » devait être interprétée comme « *permettant la codification des concessions à l'exportation dans les*

bien envisagé une abolition totale des restrictions à l'exportation, mais ont finalement rejeté l'idée[2034]. Durant le cycle de l'Uruguay, les États-Unis avaient proposé d'inclure dans l'Accord final des disciplines relatives aux restrictions à l'exportation de certaines ressources naturelles. Cette proposition fut rejetée par les pays en développement plaidant pour un traitement des questions relatives à l'accès aux ressources naturelles dans un cadre extérieur au GATT[2035]. L'Accord de Marrakech fut conclu sans référence supplémentaire aux ressources naturelles. Les cycles de négociations de l'OMC se sont soldés par des réductions substantielles des barrières tarifaires et non tarifaires en matière d'importation. Les taxes à l'exportation font, elles, très rarement l'objet d'engagements[2036] bien qu'elles soient fréquentes et d'un niveau particulièrement élevé dans le secteur des ressources naturelles[2037]. L'investissement direct étranger dans les terres arables apparaît dans ce contexte comme un moyen de contourner ces taxes et autres restrictions[2038].

473. La divergence d'intérêts entre pays exportateurs et pays importateurs apparaît avec force dans le contexte actuel marqué par l'augmentation des besoins en matières premières et en ressources naturelles[2039]. Les premiers avancent leur besoin et leur droit légitimes de planifier sur le long terme et en toute autonomie leurs politiques de gestion des ressources naturelles[2040]. Les seconds, en situation de dépendance vis-à-vis de ces importations, mettent en avant le

listes de concessions » (Note documentaire du Secrétariat, *Restrictions et impositions à l'exportation,* MTN.GNG/NG2/W/40, 8 août 1989*,* p. 5 ; l'approche est partagée par la CNUCED, *Trade Agreements, Petroleum and Supply Policies,* UNCTAD/ITCD/TSB/9, New York, Genève, Nations Unies, 2000, pp. 2-3). En revanche, le reste des dispositions de l'article II est interprété comme ne protégeant que les concessions à l'importation et ne s'appliquent donc pas aux concessions à l'exportation.

[2034] F. ROESSLER, *ibid.* ; Voir UN Conference on Trade and Employment, Preparatory Committee, 1st session, Londres 1946, E/PC/T/C.II/PV/1, p. 11 ; voir Note du Secrétariat du GATT, *GATT and Export Restrictions*, MTN/3B/9, 1er mai 1974, Groupe de négociation sur les produits basés sur les ressources naturelles, Réunion du 29 avril 1987, note du Secrétariat, MTN.GNG/NG3/2, para. 6

[2035] Voir sur ce point V. HUGHES, G. MARCEAU, « WTO and Trade in Natural Resources », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. LEB, M. TIGNINO (dir.), *International Law and Fresh Water: the Multiple Challenges,* Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 269 ; Déclaration du groupe informel de pays en développement au Comité des négociations commerciales de l'Uruguay Round, Genève, 9-10 avril 1990, GATT MTN.TNC/W/19 p. 3

[2036] M. COSSY, *op. cit.,* note 647, pp. 183-184.

[2037] OMC, *Rapport sur le Commerce Mondial*, *op. cit.,* note 1852, pp. 114-116.

[2038] *Ibid.*, p. 117

[2039] M. BRONKERS, K. E. MASKUS, « China – Raw Materials: A Controversial Step towards Evenhanded Exploitation of Natural Resources », *WTR,* 2014, vol. 13, n° 2, p.395; G. MARCEAU, « WTO and Export Restrictions », *JWT*, 2016, vol. 50, n° 4, p. 564. Voir Rapport OMC, *op. cit.,* note 1852.

[2040] M. COSSY, « Energy Trade and WTO Rules: Reflexions on Sovereignty over Natural Resources, Export Restrictions and Freedom of Transit », *European Yearbook of International Economic Law,* 2012, p. 292. Pour une revue des diverses restrictions susceptibles d'être prises par les États, voir T. J. SCHOENBAUM, « Fashioning a New Regime for Agricultural Trade: New Issues and the Global Food Crisis », *JIEL*, 2011, vol. 14, n° 3, pp.593-611 ; FAO, « Policy Measures Taken by Governments to Reduce the Impact of Soaring Prices », *Crop Prospects and Food Situation*, FAO, Rome, 2008 ; J. KORINEK, J. KIM, « Export Restrictions on Strategic Raw Materials and Their Impact on Trade and Global Supply », *JWT*, 2011, vol. 45, n° 2, pp. 255-281.

caractère protectionniste des restrictions aux exportations en raison des avantages qu'elles procurent aux entreprises du pays exportateur en matière d'accès, moins coûteux, aux matières premières, comparativement aux entreprises étrangères[2041]. Dans le contexte des négociations du Cycle de Doha, l'Union européenne avait formulé en 2006 une proposition ayant suscité une vive opposition[2042]. Elle proposait le principe d'interdiction générale – sauf pour un nombre limité de produits – des taxes à l'exportation[2043]. L'Union a dû revoir ses objectifs à la baisse : sa proposition révisée de 2008 ne contient plus aucune référence à la mise au point éventuelle de nouvelles disciplines substantielles. Elle se contente de mettre l'accent sur le renforcement de la transparence à travers l'introduction d'une obligation de notification des mesures introduisant de nouvelles taxes ou les modifiant[2044]. L'Union européenne, tout comme d'autres États importateurs de ressources naturelles[2045], déploie sa stratégie dans le contexte préférentiel[2046].

474. C'est en outre à travers les engagements souscrits par les États accédant à l'OMC – dont certains sont des producteurs et exportateurs importants de matières premières et de ressources

---

[2041] M. COSSY, *ibid.*, p. 291.

[2042] Communication des communautés européennes, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles*, Proposition de négociation sur les taxes à l'exportation, TN/MA/W/11/Add.6, 27 avril 2006

[2043] *Ibid.,* voir article 3 (1) « *Des taxes à l'exportation pourront être maintenues et inscrites dans les listes des Membres pour un nombre limité de produits, à des niveaux peu élevés et seulement pour autant :*
a) qu'elles soient nécessaires, conjointement avec des mesures internes, pour maintenir la stabilité financière, pour répondre à des besoins d'ordre budgétaire, ou pour faciliter la diversification de l'économie et éviter une dépendance excessive à l'égard des exportations de produits primaires ; et
b) qu'elles n'aient pas d'effet négatif sur le commerce international en limitant la quantité de marchandises disponibles pour les Membres de l'OMC en général ou en faisant augmenter les prix sur le marché mondial de toute marchandise au-delà des prix qui seraient pratiqués en l'absence de telles mesures, ni ne causeront d'une autre manière un préjudice grave aux intérêts des pays en développement Membres ».

[2044] Communication des communautés européennes, Proposition révisée sur les taxes à l'exportation, TN/MA/W/101, 17 janvier 2008, para. 7. Il est en outre proposé que les taxes à l'exportation soient listées et consolidées dans les listes de concession (para. 8).

[2045] Côté nord-américain, l'ALENA pose le principe de leur interdiction ; voir l'article 314 : « *Sous réserve de l'annexe 314, aucune des Parties ne pourra adopter ou maintenir des droits, taxes ou frais relativement à l'exportation d'un produit vers le territoire d'une autre Partie, à moins que ces droits, taxes ou frais ne soient adoptés ou maintenus : a) relativement aux exportations de ce produit vers le territoire de toutes les autres Parties; et b) à l'égard de ce produit lorsqu'il est destiné à la consommation intérieure* » (ALENA, *op. cit.,* note 388). Voir également l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, *op. cit.,* note 767, article 2 (11).

[2046] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Relever les défis posés par les marchés des produits de base et les matières premières*, COM (2011)25 final, 2 février 2011. Par exemple, les accords de libre-échange conclus avec la Corée du Sud et Singapour posent le principe d'interdiction des taxes à l'exportation. Voir l'Accord de libre-échange UE – Corée du Sud, JOUE L 127 du 14 mai 2011, article 2 (11) : « *Les parties ne peuvent maintenir ou instituer des droits, taxes ou autres redevances et impositions perçus à l'exportation ou à l'occasion de l'exportation de marchandises vers l'autre partie, ni des taxes, redevances et impositions intérieures sur les marchandises exportées vers l'autre partie qui excèdent celles qui sont appliquées aux marchandises similaires destinées à être vendues sur le marché intérieur* ». Voir aussi l'Accord de libre-échange UE – Singapour, *op. cit.,* note 809, article 2 (7)

naturelles – que transparaît la volonté de renforcer les disciplines commerciales multilatérales en la matière. Leur teneur met incontestablement en lumière la logique de fonctionnement de l'OMC qui s'apparente à celle d'un « *club auquel il est nécessaire de payer un ticket d'entrée* »[2047]. En matière de restrictions aux exportations, force est de constater que ce prix est particulièrement élevé, un auteur allant jusqu'à comparer le protocole d'accession signé par la Chine aux traités inégaux auxquels elle était partie dans la seconde moitié du XIX[ème] siècle[2048]. Son accession a été conditionnée à la souscription d'engagements en matière de restrictions quantitatives, de taxes à l'exportation et de licences d'exportation. Les restrictions maintenues font l'objet d'une justification[2049] et les mesures visant à leur élimination future sont précisées[2050]. La Chine s'est engagée à éliminer « *toutes les taxes et impositions appliquées à l'exportation, sauf dispositions contraires de l'annexe 6 du présent protocole ou si ces taxes et impositions sont appliquées en conformité avec les dispositions de l'article VIII du GATT de 1994* »[2051]. Ce type d'engagements revient à renoncer au droit de mobiliser les taxes à l'exportation comme outil de gestion des externalités négatives. Dans le différend *Chine – Matières premières*, la Chine a d'ailleurs soutenu, sans succès, que l'imposition de taxes à l'exportation était une mesure visant à compenser les coûts sociaux et environnementaux générés par la production de « *produits à forte intensité énergétique, très polluants, provenant de ressources naturelles* » (dits « produits EPR »)[2052] et l'insuffisance de la réglementation environnementale[2053]. Il semble de surcroît que les États accédant à l'OMC n'aient pas la

---

[2047] M. ABBAS, *Le processus d'accession à l'OMC : une alaise d'économie politique appliquée à l'Algérie,* Journée d'études internationale – Regards croisés sur l'accession de l'Algérie à l'OMC, Laboratoire Grand Maghreb, Université Mentouri, LEPII, Université Pierre Mendès-France, Constantine, 22 novembre 2008, consultable sur https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00340534/document (consultation le 29 juin 2021).

[2048] S. CHARNOVITZ, « Mapping the Law of WTO Accession », dans M. E. JANOW, V. DONALDSON, A. YANOVICH (dir.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Huntington, New York, Juris Publishing, 2008, pp. 855-920.

[2049] Par exemple, le Cambodge justifie des restrictions aux exportations de riz sur la base des articles XI :2 (a) et XX (g) ; voir WTO Working Party on the Accession of Cambodia, Report of the Working Party on the Accession of Cambodia, WT/ACC/KHM/21, 15 août 2003.

[2050] Voir les rapports des Groupes de travail pour l'accession de la Chine, de la Mongolie et de l'Ukraine. WTO Working Party on the Accession of Mongolia, Report of the Working Party on the Accession of Mongolia, WT/ACC/MNG/9, 27 juin 1996; WTO Working Party on the Accession of Ukraine, Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization, WT/ACC/UKR/152, 25 janvier 2008.

[2051] Voir Protocole d'Accession de la République Populaire de Chine, WT/L/432, 23 novembre 2001 ; Rapport du Groupe de travail de l'Accession de la Chine, WT/ACC/CHN/49, 1[er] octobre 2001, para. 11.3

[2052] *Chine – Matières premières,* rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1402, abréviations p. xxxv.

[2053] *Ibid.*, para. 7.585. On rappellera que dans le différend *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières* trouve ses origines dans une plainte des États-Unis, de l'Union européenne et du Mexique à l'encontre de mesures chinoises introduisant des quotas et des taxes à l'exportation de certaines matières premières, notamment la bauxite, le magnésium et le phosphore blanc. Les plaignants reprochaient à la Chine d'avoir violé son Protocole d'accession, en particulier la section 11(3) par laquelle la Chine s'est engagée à éliminer toutes les taxes et charges appliquées aux exportations sauf exemptions expresses de l'annexe 6 du protocole. Voir J. YA QIN, « Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources,

possibilité d'invoquer les dispositions de l'article XX du GATT en vue de justifier des mesures contraires à leurs engagements découlant de leur protocole d'accession[2054], ce qui laisse entrevoir un risque de fragmentation de l'unité du droit de l'OMC[2055] et réduit bien sûr la marge de manœuvre de l'État membre exportateur.

475. Au-delà de l'arme tarifaire, on peut imaginer l'hypothèse d'un État qui, en vue de juguler les effets d'une sécheresse sur les ressources en eau, imposerait une interdiction temporaire d'exporter certains produits, en raison de leurs procédés de fabrication reposant sur une utilisation de volumes d'eau trop importants. Une telle mesure relèverait des disciplines relatives à l'interdiction des restrictions quantitatives, susceptible par ailleurs d'être justifiée dans le cadre des exceptions générales de l'article XX du GATT.

II. La protection de l'eau ressource productive et ressource naturelle essentielle

476. L'article XI du GATT autorise, sous des conditions strictes, l'imposition de restrictions temporaires à l'exportation de marchandises (A). L'exception ne permet pas de justifier des mesures s'inscrivant plus globalement dans une démarche de conservation. Il faut dans ce cas s'en remettre aux exceptions générales de l'article XX (B).

Economic Development and Environmental Protection », *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series*, 28 mars 2012, n° 2012-04.

[2054] Dans le différend, *Chine – Matières premières*, la Chine s'appuyait sur les paragraphes (b) et (g) de l'article XX du GATT. Se posait la question de savoir si ces exceptions étaient applicables à la section 11(3) de son protocole d'accession, qui pose l'obligation d'élimination des axes et impositions appliquées à l'exportation. La Chine invoquait son droit inhérent de réglementer lui permettant d'invoquer les dispositions de l'article XX du GATT. L'Organe d'appel a estimé que la Chine ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article XX du GATT en raison du silence de la section 11(3) sur cette question (*Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières,* rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 668, paras. 291, 299-300). Dans le différend *Chine – Terres rares*, la majorité du Groupe spécial a estimé que l'absence d'exception générale dans la section 11(3) du protocole d'accession, pouvait être « *interprété(e) comme une renonciation implicite au droit de règlement, tel qu'il est énoncé à l'article XX du GATT* » (S. EL BOUDOUHI, S. ROBERT-CUENDET, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2014) », *AFDI,* 2014, pp. 636-637). Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont refusé de reconnaître le droit de réglementer de la Chine « *en dehors de l'habilitation conventionnelle de l'article XX du GATT* » (*ibid.)*; voir *Chine — Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, rapports du Groupe spécial, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 mars 2014 ; rapports de l'Organe d'appel, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014. Sur la question de l'articulation entre protocoles d'accession et GATT, voir I. ESPA, « The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity ? », *JWT*, 2012, vol. 46, n° 6, pp. 1399-1423.

[2055] S. CHARNOVITZ, *op. cit.,* note 2048.

A. L'imposition de restrictions temporaires à l'exportation de produits intensifs en eau

477. Au sein du régime commercial multilatéral, les dispositions pertinentes en matière de restrictions aux exportations se trouvent à l'article XI du GATT et à l'article 12 de l'Accord sur l'agriculture, compris comme *lex specialis.* Aux termes de l'Accord sur l'Agriculture, l'État instituant une nouvelle prohibition à l'exportation de produits alimentaires, doit prendre en compte les effets d'une telle restriction sur la sécurité alimentaire des membres importateurs[2056] et doit préalablement informer le Comité de l'agriculture de sa nature et sa durée[2057]. Il est tenu, sur demande de tout membre importateur ayant un intérêt substantiel, de procéder à des consultations et fournir tout renseignement utile[2058]. Ces dispositions, qui ne s'appliquent pas aux pays en développement[2059], s'apparentent à des obligations de *due diligence*, ayant de fait une portée relativement limitée[2060]. L'article XI : 1 du GATT, quant à lui, prohibe la mise en place ou le maintien « *à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé* ». L'article XI :2 (a) autorise les États membres à adopter des restrictions à l'exportation dès lors qu'elles sont « *appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation* ». Le texte ne fournit pas d'éléments de précision quant à la manière dont il convient d'appliquer et d'articuler ces critères.

478. Des restrictions temporaires à l'exportation de produits fondées sur des considérations tenant à la protection de la ressource en eau pourraient être justifiées. Tout d'abord, l'article XI :2 (a) vise les pénuries de « *produits alimentaires ou d'autres produits essentiels* ». Le texte vise donc les « produits ». Nous avons identifié, dans le Chapitre II, le prélèvement comme critère de transformation de l'eau, ressource naturelle, en produit[2061]. Ainsi, on peut se

[2056] Accord sur l'agriculture, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 436, article 12. 1. a).
[2057] *Ibid.,* article 12 (1) (b) de l'Accord sur l'Agriculture.
[2058] *Ibid.*
[2059] *Ibid.,* article 12 (2) : « « *à moins que la mesure ne soit prise par un pays en développement Membre qui est exportateur net du produit alimentaire spécifique considéré* ».
[2060] R. HOWSE, T. JOSLING, *op. cit.,* note 2030, p. 15.
[2061] Chapitre II, paras. 160-161.

demander si l'exception de l'article XI :2 (a) permettrait de couvrir les ressources en eau se trouvant à l'état naturel ou si elle ne trouverait à s'appliquer qu'à la préservation de l'eau prélevée et affectée à des besoins particuliers comme l'alimentation en eau des populations ou l'agriculture de subsistance. Dans cette hypothèse, les mesures générales de protection de l'eau se trouvant à l'état naturel relèveraient de l'article XX (g) du GATT relatif à la protection des ressources naturelles épuisables. Dans le différend *Chine – Matières premières*, la Chine soutenait qu'elle était autorisée à déterminer elle-même le champ des produits essentiels concernés, incluant selon elle aussi bien les matières premières agricoles ou non agricoles que les produits transformés[2062]. Le Groupe spécial a jugé « *qu'un produit peut être "essentiel" au sens de l'article XI :2 a) lorsqu'il est "important", "nécessaire" ou "indispensable" pour un Membre donné* »[2063]. L'eau entre bien évidemment dans cette catégorie[2064]. Surtout, le Groupe spécial a reconnu que la mesure restrictive pouvait viser « *un "intrant" destiné à un produit important ou à une branche de production importante* »[2065]. Cette interprétation permet de couvrir l'eau affectée aux besoins agricoles, industriels et à l'approvisionnement en eau des populations. Par ailleurs, l'eau affectée à la production agricole de subsistance pourrait très bien être appréhendée en tant que produit alimentaire, approche faisant écho à la proposition du Rapporteur spécial pour le droit à l'alimentation en faveur d'une appréhension de l'eau en tant que « *nourriture liquide* »[2066].

479. Deuxièmement, la mesure en cause doit permettre de prévenir ou remédier à une « *situation critique due à une pénurie* ». Ces situations doivent être analysées au cas par cas. Le Groupe spécial du différend *Chine – Matières premières* a interprété cette condition comme faisant référence à un niveau d'importance décisive, une crise ou une catastrophe[2067]. Il a confirmé qu'une situation de pénurie impliquait une « *insuffisance de la quantité de produits* »

[2062] *Chine – Matières premières,* rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1402, paras. 7.261-7.263.
[2063] *Ibid.* para 7.282
[2064] P. SZWEDO, *Cross-border Water Trade: Legal and Interdisciplinary Perspectives,* Leiden, Brill, 2019, p. 112.
[2065] *Chine – Matières premières,* rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1402, para. 7.282.
[2066] Jean Ziegler, Rapporteur spécial de 2000 à 2008, note qu'*« il tombe sous le sens que le droit à l'alimentation comprend non seulement le droit à la nourriture solide, mais aussi le droit à la nourriture liquide, à l'eau potable. D'ailleurs, nulle part dans les textes cités (résolutions, textes conventionnels, etc.) le terme de "nourriture" n'est défini restrictivement. S'agit-il uniquement de nourriture solide ? L'alimentation implique-t-elle aussi la nourriture liquide, semi-liquide, etc. ? La question est absurde. Il est évident que le droit à l'alimentation comprend, consubstantiellement, le droit à l'eau potable* ». Commission des droits de l'homme, *Le droit à l'alimentation*, rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Mr. Jean Ziegler, 7 février 2001, E/CN.4/2001/53, para. 32. Voir en ce sens, A. HILDERING, « The Right to Access Freshwater Resources », dans N. SCHRIJVER, F. WEISS, B. SIMMA (dir.), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 405-431.
[2067] *Chine – Matières premières,* rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1402, para. 7.294.

et que le terme « *critique* » renvoyait à une certaine gravité pouvant « *s'élever au niveau d'une crise ou d'une catastrophe* »[2068]. Les situations de pénurie d'eau, résultant d'une sécheresse ou d'un assèchement des nappes phréatiques, relèvent bien de ces hypothèses. Par ailleurs, le Groupe spécial a souligné que le fait que l'article XI :2 (a) impose aux États d'appliquer ces mesures temporairement éclaire « *sur le plan contextuel, la notion de "situation critique due à une pénurie*" »[2069]. La situation critique doit ainsi avoir un caractère soudain, ce qui est corroboré par le fait que le Groupe spécial convoque la notion de « *catastrophe* ».

480. Enfin, les restrictions doivent être temporaires, ce qui réduit significativement la portée de l'exception de l'article XI :2 (a). Ce critère temporaire semble en effet faire échec à la justification de « *mesures conservatoires [de] long terme* »[2070]. Il est en revanche possible que des mesures d'interdiction générale cherchant à limiter les exportations de produits ayant une forte empreinte hydrique aux fins de conservation de la ressource puissent être justifiées au titre des exceptions générales, notamment celle de l'article XX (g) du GATT qui couvre les mesures « *se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables* ».

B. La conservation des ressources en eau au regard de l'article XX du GATT

481. Des mesures de restrictions d'exportation de produits intensifs en eau pourraient *a priori* être justifiées au titre des paragraphes (b) et (g) de l'article XX du GATT.

482. Nous avons évoqué les besoins massifs en eau d'irrigation qu'impliquent la production de biocarburants, besoins affectant la qualité et la disponibilité de l'eau destinée aux populations. Des mesures restreignant l'exportation de ces marchandises, justifiées par la nécessité de préserver la qualité et la disponibilité de l'eau, tomberaient à l'évidence dans le champ des objectifs légitimes admis par l'article XX (b), précisément la protection de la santé et de la vie des personnes. On rappellera que les organes de règlement des différends observent un haut degré de déférence à l'égard des objectifs poursuivis par les États en matière de protection de la santé publique[2071]. En revanche, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel se livrent à un examen précis de la nécessité de la mesure[2072]. À cet égard, le recours à un examen

[2068] *Ibid.*, para. 7.296
[2069] *Ibid.,* para. 7.297
[2070] M. COSSY, *op. cit.,* note 647, p. 185.
[2071] Chapitre V, para. 325.
[2072] Voir Chapitre V*,* paras. 331-336.

des mesures alternatives disponibles serait une limite sérieuse à la justification de mesures de restrictions poursuivant cette finalité. Fort heureusement, les organes de règlement ont progressivement assoupli leur interprétation du lien de nécessité, en acceptant de reconnaître l'existence d'un lien suffisant lorsqu'une mesure contribue de manière significative à la réalisation de l'objectif invoqué[2073]. C'est surtout l'intégration de considérations liées à la proportionnalité de la mesure qui permettrait de valider sa nécessité. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont évidemment plus enclins à accepter la nécessité de mesures protégeant des intérêts communs d'une haute importance[2074]. Depuis les années 1970, la conservation de l'eau est régulièrement affirmée comme une valeur fondamentale sur la scène politique internationale, ce qui amène même à interroger le statut de cet enjeu en tant que préoccupation commune de l'humanité[2075]. On est loin d'une telle reconnaissance, même si plusieurs instruments internationaux intègrent cet enjeu. On citera en exemple le programme d'action Agenda 21, le projet d'Articles sur les aquifères transfrontaliers, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que de navigation, la Convention sur les zones humides d'importance internationale, la Convention des Nations Unies contre la désertification, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ou encore la Convention sur la diversité biologique[2076].

483. L'article XX (g) du GATT autorise la prise de mesures « *se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables »* dès lors que ces mesures *« sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales* ». En premier lieu, il faut rappeler que seule l'eau contenue dans des aquifères souterrains fossiles entre *stricto sensu* dans la catégorie des ressources naturelles épuisables. À l'état naturel, elle est à la fois une ressource naturelle limitée et renouvelable à travers le cycle de l'eau qui comprend l'évaporation et la transpiration des végétaux, la condensation et les précipitations, le ruissellement et l'infiltration. Lorsque l'on parle de surexploitation de l'eau provenant de

[2073] *Brésil – Pneumatiques rechapés*, *op. cit.,* note 77, paras. 141, 150, 161, 210. Ce critère a été développé dans la jurisprudence ultérieure notamment dans le rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, dans le contexte de l'article XX (a) (voir *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, para. 294). Dans le même sens, *Chine – Matières premières,* rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1402, paras 7.518-7.617

[2074] Voir *Communautés européennes — Amiante* (*op. cit.,* note 1380, para. 172) dans lequel l'Organe d'appel a reconnu que plus l'enjeu de santé publique protégé était vital et important et plus il était aisé d'accepter la nécessité de mesures destinées à parvenir à ces fins. Voir aussi *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, rapports du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1404, para. 7.482.

[2075] Voir Chapitre III, para. 264.

[2076] *Ibid*.

nappes souterraines, on fait référence au fait qu'elle est utilisée à un rythme dépassant son renouvellement. Aujourd'hui, les effets des changements climatiques et de la surexploitation sur la disponibilité en eau ne peuvent plus être ignorés[2077]. Il semble donc tout à fait justifié de considérer l'eau, dans sa globalité, comme une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX (g) du GATT[2078]. Les organes de règlement des différends retiennent d'ailleurs une interprétation évolutive des ressources concernées par cette exception. Des ressources renouvelables, telles que les tortues marines, ont ainsi été incluses dans son champ[2079].

484. Le lien entre la mesure et l'objectif légitime – « se rapportant à » – a dans un premier temps été interprété comme devant « viser principalement » le but d'intérêt public. Ainsi, dans son rapport *États-Unis – Essence,* l'Organe d'appel a tiré de ce critère qu'une « *mesure "ne visant qu'incidemment ou qu'accidentellement" la conservation ne pouvait pas satisfaire à la prescription "se rapportant à" énoncée à l'article XX g)* »[2080]. Ce degré de nécessité pour le moins strict a été assoupli dans la jurisprudence ultérieure, les organes de règlement des différends exigeant un « *lien opérationnel entre la mesure et l'objectif qu'elle vise* »[2081]. Dans cette optique, c'est donc « *le lien entre la structure et la conception générale de la mesure en cause* »[2082] d'une part, et « *l'objectif qu'elle est censée permettre d'atteindre* »[2083], d'autre part qu'il convient d'examiner.

485. L'article XX (g) pose une condition d'impartialité entre la restriction imposée sur les producteurs domestiques et étrangers[2084], les mesures de restriction devant être appliquées « *conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales* ». En effet, comme l'a souligné l'Organe d'appel dans son rapport *États-Unis – Essence* :

> « *si aucune restriction n'est imposée sur les produits similaires d'origine nationale et que toutes les limitations frappent les produits importés uniquement, on ne peut admettre que la mesure est destinée principalement ou même de manière substantielle à la réalisation d'objectifs de conservation »*[2085].

[2077] Voir par exemple, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Le changement climatique et l'eau, op. cit.,* note 30.
[2078] M. COSSY, *op. cit.,* note 647, p. 192
[2079] Voir *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 661*,* paras. 130-134.
[2080] *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667, p. 20.
[2081] M. COSSY, *op. cit.,* note 647, p. 193
[2082] *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661, para. 137.
[2083] *Ibid*.
[2084] *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 667.
[2085] *Ibid*., p. 23.

Il est difficile de voir dans cette hypothèse autre chose qu'une « *discrimination destinée à protéger les produits d'origine locale* »[2086]. La position de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence* soulève des interrogations. L'exigence d'impartialité, supposant d'imposer des restrictions tant sur les produits étrangers que similaires, autorise-t-elle à différencier les produits en fonction de leur empreinte hydrique ? La question est fondamentale puisque dans notre hypothèse, l'objet même de la mesure de restriction serait de limiter l'exportation de produits intensifs en eau, autrement dit, de produits dont les procédés et méthodes de production sont néfastes pour la conservation des ressources en eau locales.

486. Dans l'hypothèse où une mesure passerait avec succès ces étapes, il faudrait encore qu'elle satisfasse les conditions posées par le chapeau de l'article XX du GATT. On rappellera que ces exigences expriment un principe de bonne foi : il s'agit d'écarter un recours abusif aux exceptions générales en limitant la possibilité des États de contourner leurs obligations[2087]. Cet examen est décisif, et c'est souvent à cette étape finale que les États ont échoué à justifier leurs réglementations. Il revient à l'État invoquant l'exception de prouver que sa mesure n'est pas abusive, ce qui s'avère peu aisé en raison de l'interprétation extensive des conditions de bonne foi et d'absence d'abus de droit pratiquée par les organes de règlement de l'OMC, interprétation ayant pour effet de réduire le champ d'application des exceptions[2088]. Il nous semble qu'il existe un espace pour que des mesures de restrictions d'exportation de produits intensifs en eau passent avec succès l'examen du chapeau. En effet, l'analyse de la discrimination doit prendre en compte dans ce contexte la similarité des conditions entre les pays considérés, sans qu'aucun élément de précision ne soit fourni quant aux « *conditions* » pertinentes devant être prises en considération. S'agit-il par exemple de critères liés au niveau de développement des pays ou à des facteurs non économiques comme l'environnement ou les conditions hydriques[2089] ? L'Organe d'appel a ouvert une brèche en faveur de la prise en compte des facteurs non économiques, puisqu'il a eu l'occasion de préciser que les « '*conditions' concernant l'objectif de politique générale particulier visé à l'alinéa applicable sont pertinentes pour l'analyse au titre du texte introductif* »[2090]. Cette interprétation s'avère particulièrement précieuse dans le

[2086] *Ibid.*
[2087] Voir Chapitre V, paras 334-335.
[2088] É. ROBERT, *op. cit.,* note 1410, pp.133-134.
[2089] G. MARCEAU, C. MARQUET, *op. cit.,* note 1408, p. 138.
[2090] *Communautés européennes – Produits dérivés du phoque,* rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1964, para. 5.300.

contexte de mesures de conservation de l'eau, chaque pays ayant des conditions hydriques et climatiques qui lui sont propres[2091].

Conclusion du chapitre

487. Tant qu'un différend relatif à des restrictions commerciales concernant l'eau n'aura pas été porté devant les organes de règlement des différends, il sera difficile d'évaluer l'impact des disciplines de l'OMC sur la protection des ressources en eau. Pour autant, on peut tirer certains enseignements de différends survenus dans d'autres domaines et les transposer, dans une certaine mesure, à notre problématique. Il est ainsi évident que les États exportateurs d'eau virtuelle ne disposent que d'espaces limités pour répondre, en toute autonomie, à des situations ponctuelles de crises, et même plus largement mener des politiques de conservation de l'eau. La problématique de l'eau virtuelle rend compte de la relation entre investissements dans les secteurs intensifs en eau – et plus largement dans le secteur des ressources naturelles – et droit international du commerce. À cet égard, des mesures de restrictions des exportations justifiées au regard du droit international du commerce, courent le risque d'être contestées dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. L'investissement direct étranger dans les ressources naturelles a tendance à être mobilisé comme moyen de contournement des restrictions aux exportations, les investisseurs étrangers ayant pleinement conscience qu'ils peuvent transformer des différends commerciaux en différends d'investissements et se voir allouer des compensations. La construction du droit de l'OMC et de ses disciplines pensées en isolation avec le droit des investissements s'avère donc particulièrement problématique, dès lors qu'est impliquée l'exploitation de ressources naturelles. Dans le champ de l'investissement, conventionnel et contentieux, le rééquilibrage, en faveur d'une responsabilisation des investisseurs étrangers représente une ouverture supplémentaire. La responsabilité de respecter les droits de l'homme, inopérante dans le contexte d'investissements dans les services publics essentiels, prend une autre ampleur en matière d'investissements intensifs en eau. L'intégration de critères non marchands dans l'appréciation de la discrimination est une autre voie ouvrant la possibilité de responsabiliser les opérateurs économiques en fonction de leur utilisation de l'eau. Il reste qu'en l'état actuel du droit et de l'approche encore trop peu cohérente des tribunaux arbitraux, les

[2091] E. BROWN WEISS, *op. cit.,* note 702, p. 266.

mécanismes de responsabilisation reposant sur l'incitation risquent de se heurter aux règles de protection des investissements étrangers.

488. Dans le champ du droit international du commerce, se pose la question de savoir si de tels dispositifs pourraient être mobilisés par les États importateurs de produits intensifs en eau dans le but de promouvoir, à l'échelle globale, des procédés de production plus respectueux de la ressource. Il est avancé que le régime juridique de l'OMC devrait tenir compte de l'empreinte hydrique des produits aux fins de favoriser une utilisation plus soutenable de l'eau à l'échelle globale.

CHAPITRE VIII – L'ÉTAT RESPONSABLE DE LA PROTECTION DE L'EAU, BIEN COMMUN GLOBAL

489. On attribue aux transferts d'eau virtuelle – donc, au commerce international de produits intensifs en eau d'une région riche en ressource hydrique vers une région pauvre – le potentiel de répondre aux pénuries locales, de pallier la distribution inégale de l'eau entre les différents pays et de permettre des économies d'eau à l'échelle globale. Toutefois, il y a autant d'avantages que d'inconvénients potentiels. Des risques existent en effet, dès lors que l'eau exploitée provient de pays où les droits d'accès et d'utilisation sont mal définis et où l'eau ne fait pas l'objet d'une tarification. La libéralisation du commerce ne peut donc à elle seule contribuer à des transferts optimaux d'eau virtuelle.

490. Nous avons évoqué les outils à disposition de l'État hôte d'investissements étrangers ou exportateur de marchandises intensives en eau. Du point de vue de l'État importateur, se pose la question de savoir si ce dernier peut mobiliser les disciplines relatives à l'accès au marché en vue de servir l'objectif de conservation de la ressource en eau envisagée, cette fois, comme un bien commun global. On pense ici aux mesures commerciales organisant l'accès au marché des produits en les différenciant en fonction de l'empreinte hydrique de leurs procédés et méthodes de production (*section I*). Ces mesures influençant l'accès au marché produisent à l'évidence des conséquences sur les échanges entre partenaires commerciaux, les États y ayant recours pouvant imposer qu'un produit soit fabriqué sur la base de procédés et méthodes de production (ci-après, « PMP ») spécifiques et limiter l'accès au marché des produits ne respectant pas ces prescriptions. La question du statut des prescriptions fondées sur les PMP imposées par les États importateurs s'insère plus globalement dans la problématique de la prise en compte et du traitement des externalités négatives par le droit international des échanges. Il existe pour l'heure un espace très mince en faveur de leur légalité au regard du droit de l'OMC (*section II*).

Section I. Les prescriptions relatives à l'empreinte hydrique des procédés et méthodes de production : des mesures restreignant l'accès au marché

491. Les prescriptions fondées sur les PMP environnementaux soulèvent dans le cadre du GATT des enjeux de qualification pour l'heure non tranchés, ce qui révèle, au moins, une certaine hostilité du système commercial à leur égard sinon une inadaptation de ce dernier à une certaine conception de l'économie réelle (I). L'Accord OTC retient, en raison de ses finalités, une approche pragmatique. Le rattachement des PMP à telle ou telle catégorie d'obstacle technique est intimement lié à leurs effets sur l'accès au marché (II).

I. Des enjeux cruciaux de qualification au regard du GATT

492. Les prescriptions relatives aux PMP ont traditionnellement été appréhendées en tant que restrictions quantitatives, ce qui ferme presque complètement la porte à leur compatibilité avec le droit de l'OMC (A). Ce rattachement découle d'une distinction pour le moins artificielle entre PMP se rapportant aux produits, dits encore PMP incorporés, et PMP connexes (B).

A. Les prescriptions fondées sur les PMP environnementaux appréhendés en tant que restrictions quantitatives : une approche pénalisante

493. Il est aujourd'hui incontesté que la protection de l'environnement nécessite de s'affranchir de la limite de la territorialité. La problématique des dérèglements climatiques le montre parfaitement. En ce domaine, les États ont de plus en plus recours à des réglementations visant à limiter les émissions de gaz à effet de serre se produisant en dehors de leur territoire[2092]. En conditionnant l'accès au marché à l'utilisation de procédés et méthodes de production spécifiques, les États importateurs imposent leurs propres valeurs et standards environnementaux aux États exportateurs[2093]. C'est la raison pour laquelle ce type de prescriptions est traité avec suspicion. En raison de leur dimension unilatérale, elles sont

[2092] N. L. DOBSON, « The EU's Conditioning of the Extraterritorial Carbon Footprint: A Call for an Integrated Approach in Trade Law Discourse », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2018, vol. 17, n° 1, pp. 75-89; P. DELIMATSIS (dir.), *op. cit.,* note 1976.
[2093] Voir en ce sens, S. CHARNOVITZ, « The Law of Environmental "PPMs*"* in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », *Yale Journal of International Law*, 2002, vol. 2, n° 1, pp. 59-110, p. 62.

porteuses d'un risque de protectionnisme vert[2094]. Elles émanent pour l'heure exclusivement de pays du nord et visent principalement des marchandises fabriquées dans les pays du sud[2095]. L'accès au marché est ainsi plus difficile et coûteux pour les producteurs de ces pays, la mise en conformité avec des prescriptions et des normes techniques strictes nécessitant des investissements importants. La protection de l'environnement à travers la normalisation et la régulation technique devient dans ce cas un facteur susceptible de brimer leur développement économique, lorsqu'elle n'est pas accompagnée des dispositifs de soutien tels que l'assistance technique[2096]. On citera à cet égard, dans le domaine sanitaire et phytosanitaire, le Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce – initiative de la FAO, l'OMS, l'OMC et l'OIE et appuyée par des donateurs – ayant pour mission le renforcement des capacités des producteurs des pays en développement en matière de respect de prescriptions techniques relatives à la sécurité sanitaire des produits alimentaires, à la santé animale et à la préservation des végétaux[2097].

494. Les prescriptions en matière de PMP s'intéressent précisément à la manière dont les produits sont fabriqués et dont les ressources naturelles sont prélevées puis utilisées. Il n'est pas surprenant que le GATT de 1994, qui hérite du GATT de 1947 et de sa conception de l'économie datée d'après-guerre, ne comporte pas de dispositions spécifiquement dédiées à l'utilisation de ressources naturelles en tant qu'intrants. Ce n'est pas le cas de l'AGCS dont l'article XVI :2 (c) relatif à l'accès au marché, interdit aux États membres de maintenir ou recourir à des « *limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques* ». Une note de bas de page vient préciser que les mesures limitant « *les intrants servant à la fourniture de services* » ne sont pas concernées. Cela couvre à notre sens les ressources en eau, pouvant très bien être considérées comme un intrant servant à la fourniture de services de distribution d'eau potable. Cela correspond d'ailleurs à la vision des Communautés européennes. Elles ont délimité la

[2094] OMC, « Prescriptions environnementales et accès aux marchés : prévention du "protectionnisme vert" », https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envir_req_f.htm (consulté le 20 juin 2021)
[2095] S. CHARNOVITZ, *op. cit.,* note 2093, pp. 59-110
[2096] Voir à ce propos, S. VAUGHAN, « Trade and Environment. Some North-South Considerations », *Cornell International Law Journal*, 1994, vol. 27, n° 3, pp. 591-606 ; K. MICKELSON, « South, North, International Environmental Law and International Environmental Lawyers », *Yearbook of International Environmental Law*, 2000, vol. 11, n° 1, pp. 52-81.
[2097] http://www.standardsfacility.org/fr (consulté le 30 juin 2021).

portée de leurs engagements souscrits dans le secteur des services environnementaux en énonçant qu' :

> « *il est entendu que l'AGCS ne s'applique pas aux mesures d'un Membre qui limitent les intrants servant à la fourniture de services. En conséquence, un engagement pris dans le présent sous-secteur n'empêche pas un Membre de réguler l'offre et la demande de ressources naturelles* »[2098].

La branche du droit international du commerce visible appréhende les intrants sous l'angle des subventions dont ils peuvent faire l'objet[2099] ainsi que des règles relatives aux ajustements fiscaux à la frontière (ci-après, « AFF »). Les AFF permettent de compenser les différences de taxation entre États importateurs et exportateurs[2100]. L'article II :2 (a) du GATT autorise ainsi les États membres à « *percevoir à tout moment, à l'importation d'un produit : a) une imposition équivalant à une taxe intérieure frappant, en conformité du paragraphe 2 de l'article III, un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé* ». Se pose la question de savoir si les intrants utilisés durant le processus de fabrication peuvent être considérés comme des marchandises incorporées dans le produit final importé. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la notion de « *marchandise (…) incorporée dans l'article importé* » peut être interprétée largement de manière à inclure dans le champ de l'article II :2 (a) les taxes ciblant les processus de production. Ce point non tranché continue à faire l'objet de débats[2101].

495. Il est fort probable qu'une mesure non tarifaire prescrivant certaines techniques d'utilisation de l'eau en tant que ressource productive sera interprétée comme relevant de l'article XI du GATT. Les organes de règlement des différends retiennent en effet une conception extensive des restrictions quantitatives[2102] et ils ont à plusieurs reprises fait entrer

---

[2098] Communication des Communautés européennes et de leurs États membres, *AGCS 2000 : Services concernant l'environnement*, S/CSS/W/38, 22 décembre 2000, p. 2, voir la note de bas de page n° 5.
[2099] Voir Chapitre VII.
[2100] Sur les mesures d'ajustement fiscaux à la frontière dans le contexte carbone, voir K. HOLZER, « Proposals on Carbon-related Border Adjustments: Prospects for WTO Compliance », *Carbon and Climate Law Review*, 2010, vol. 4, n° 1, pp. 51-64.
[2101] Dans un sens favorable aux ajustements fiscaux à la frontière portant sur des intrants non incorporés physiquement dans les produits, *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, rapport du Groupe spécial, L/6175 - 34S/154, adopté le 17 juin 1987, para. 3.2.5.
[2102] On citera à cet égard le rapport *Argentine – Peaux et cuirs* dans lequel le Groupe spécial a précisé qu'une mesure n'impactant pas directement les exportations mais pouvant être utilisée de manière à affecter les exportations pouvait constituer une violation des disciplines du GATT (*Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, rapport du Groupe spécial, WT/DS155/R, 19 décembre 2000). Était en cause une mesure prise par l'Argentine autorisant la participation de représentants de l'industrie domestique de tannerie dans le processus d'exportation de peaux de bovins. Les Communautés européennes, à l'origine de la plainte, ont mis en avant que l'intérêt de l'industrie étant de réduire les exportations, sa présence et sa participation dans le processus d'inspection conduisait à une prohibition ou une restriction d'exportation de peaux à destination de pays étrangers et constituait une violation des articles XI :1, X :3 (a), III et XI du GATT.

dans cette catégorie des prescriptions relatives aux PMP. La qualification de ces mesures au regard du GATT est cruciale car il est plus simple de constater une violation de l'article XI que de l'article III. Dans le contexte de l'article III, les membres sont en droit d'adopter des réglementations affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits tant que celles-ci n'introduisent pas de discrimination entre produits importés et produits domestiques similaires[2103]. Les restrictions quantitatives sont quant à elles *prima facie* interdites. Le rattachement des mesures fondées sur les PMP à la catégorie des restrictions quantitatives doit globalement être comprise comme reflétant une certaine hostilité à l'égard de mesures nationales cherchant à les réguler[2104].

496. Dans leurs rapports *États-Unis – Thon (Mexique)* de 1991[2105] et *États-Unis – Thon (CEE)* de 1994[2106], les Groupes spéciaux ont jugé que les réglementations techniques américaines prescrivant le recours à certains procédés pour la pêche de thon étaient constitutives de restrictions quantitatives prohibées par l'article XI :1[2107]. Ces deux affaires sont absolument décisives dans la formulation de la « politique » jurisprudentielle de l'OMC à l'égard de la régulation des PMP. Dans la première affaire, le Mexique contestait la compatibilité de la loi américaine sur la protection des mammifères marins au regard du droit de l'OMC [2108]. Cette loi interdisait les importations de produits de la pêche capturés à l'aide de techniques provoquant la capture et la mort accidentelles de dauphins. Pour accéder au marché américain, il fallait apporter la preuve que les méthodes de pêche utilisées limitaient la capture de dauphins dans

---

Le Groupe spécial a considéré que la seule présence de l'industrie dans le processus ne constituait pas une restriction aux exportations à moins qu'il ne soit démontré que des mesures avaient été prises pour réduire les exportations. Le Groupe spécial a cependant conclu à une violation de l'article X :3 (a) du GATT. La participation au processus permet à l'industrie d'avoir accès à des informations confidentielles et stratégiques et il n'est pas exclu dans ce contexte que l'industrie domestique s'engage dans des activités lui permettant de restreindre l'exportation de peaux. Voir aussi le rapport *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, rapport du Groupe spécial, WT/DS90/R, 22 septembre 1999, para. 5.128.

[2103] J. PAUWELYN, « Rien ne va plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS », *WTR*, 2005, vol. 4, n° 2, pp. 131-170

[2104] Voir en ce sens R. E. HUMES, « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an Aim and Effects Test », *The International Lawyer*, 1998, vol. 32, n° 3, pp. 619-649.

[2105] *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)*, rapport du Groupe spécial (non adopté), GATT DS21/R (3 septembre 1991).

[2106] *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plaintes de la Communauté économique européenne)*, rapport du Groupe spécial (non adopté et non publié), GATT DS29/R (16 juin 1994).

[2107] Ces rapports n'ont pas été adoptés ce qui ne doit pas remettre en cause leur valeur, leur force de persuasion. Comme l'a rappelé l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, « *a panel could nevertheless find useful guidance in the reasoning of an unadopted panel report that it considered to be relevant* » (*Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 667, pp. 14-15).

[2108] Section 101 (a)(2) US Marine Mammal Protection Act, 1972.

des quantités correspondant à celles des États-Unis[2109]. Il s'agissait donc assez clairement pour les États-Unis d'imposer leurs normes environnementales aux pays importateurs[2110]. Le thon importé devait en outre être accompagné d'un formulaire de certification d'origine prouvant qu'il n'avait pas été pêché dans la zone tropicale orientale de l'océan Pacifique et par des bateaux en provenance du Mexique, du Venezuela ou du Vanuatu, ces pays utilisant les méthodes de pêche incriminées[2111]. Les États-Unis arguaient que leur dispositif réglementaire relevait de l'article III du GATT. Ils avançaient que l'article XI n'était pas applicable car les réglementations en question étaient des « *lois, réglementations (…) affectant la vente (…)* »[2112]. Ils soutenaient ainsi qu'il s'agissait, au sens de la note ajoutée à l'article III, d'une réglementation appliquée aux produits importés et nationaux similaires et imposée au moment de l'importation, devant de ce fait être examinée au regard de l'article III[2113]. Le Groupe spécial a éludé l'épineuse question de l'articulation entre les articles III et XI[2114]. Il a interprété l'article III et la note Ad. article III comme ne visant que les réglementations internes relatives aux produits en tant que tels[2115]. En cela, la réglementation américaine, ayant pour objectif de limiter la capture accidentelle de dauphins et n'affectant pas le thon et les produits à base de thon en tant que tels[2116], devait être analysée en tant que restriction quantitative[2117]. Le Groupe spécial a eu recours à la même qualification des mesures fondées sur des PMP environnementaux en tant que restrictions quantitatives, dans d'autres différends. Cela dit, il ne s'est pas appuyé sur le même raisonnement, car dans ces autres affaires il n'était plaidé qu'une violation de l'article

[2109] Pour être admis sur le marché américain, les pays exportateurs doivent prouver que le taux moyen de capture accidentelle de mammifères marins n'est pas supérieur à 1,25 fois la moyenne de prise accidentelle par les navires marins américains opérant dans la zone tropicale orientale de l'océan Pacifique durant la même période. Voir *États-Unis – Thon (Mexique)*, *op. cit.,* note 2105, para. 5.2.

[2110] E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 149.

[2111] *États-Unis – Thon (Mexique)*, *op. cit.,* note 2105, para. 2.8 et 2.10.

[2112] *Ibid.*, para. 3.11.

[2113] *Ibid.*, para. 3.19.

[2114] La question de savoir si l'application de l'article III est exclusive de celle de l'article XI n'est pas résolue. Joost Pauwelyn propose de distinguer les restrictions portant sur l'accès au marché affectant les produits à la frontière des réglementations internes affectant les produits une fois qu'ils ont passé la douane. Les premières relèvent de l'article XI, les secondes de l'article III. Pour Robert Howse les mesures qui s'appliquent tant aux produits domestiques qu'aux produits importés tombent dans le champ de l'article III sans que l'article XI ne trouve à s'appliquer. Voir J. PAUWELYN, *op. cit.,* note 2103; R. HOWSE, J. LANGILLE, K. SYKES, *Written submission of non-party Amici Curiae. European Communities – Measures prohibiting the importation and marketing of Seal products* (WT/DS400, WT/DS401, WT/DS369), OMC, 2013, p. 28 ; R. HOWSE, D. REGAN, « The Product / Process Distinction – An Illusory Basis for Discipling 'Unilateralism' in Trade Policy », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 2, pp. 249-289.

[2115] *États-Unis – Thon (Mexique)*, *op. cit.,* note 2105, para. 5.14.

[2116] *Ibid.* para. 5.11.

[2117] *Ibid.* para. 5.14.

XI du GATT. C'est le cas dans le différend *États-Unis – Thon (CEE)*[2118] – dont les faits sont en grande partie identiques à ceux de l'affaire *États-Unis – Thon (Mexique)* – et dans le rapport *États-Unis– Crevettes*[2119].

497. Cela dit, comme le relèvent Robert Howse et Donald Regan, la référence aux « *lois, règlements et prescriptions affectant la vente (…) de produits* » dans l'article III n'implique pas *ipso facto* l'exclusion des mesures portant sur les procédés de production[2120].

B. La dichotomie entre PMP se rapportant aux produits et PMP environnementaux

498. Jusqu'à présent, la validité de mesures prescrivant le recours à des procédés et méthodes de production ne se rapportant pas aux produits n'a pas été acceptée de manière explicite. L'illégalité apparente de cette catégorie de mesures résulte, on l'a vu, du rapport *Thon (Mexique*) qui a introduit une distinction entre PMP environnementaux et PMP se rapportant aux produits[2121]. Cette distinction n'apparaît pourtant nullement dans le droit de l'OMC[2122]. Le Groupe spécial a tenu à souligner que même dans l'hypothèse où il aurait examiné les mesures américaines à la lumière de l'article III du GATT, il aurait conclu à l'existence d'une discrimination en raison des différences de traitement introduites entre des produits pourtant similaires[2123]. La fermeture du droit international du commerce à l'égard des mesures prises pour gérer les externalités négatives est reconnue par l'OMC elle-même qui, dans son rapport de 2010 consacré au commerce de ressources naturelles souligne les limites induites par le principe de non-discrimination sur la capacité des États membres à appliquer des mesures

[2118] *États-Unis – Thon (CEE)*, *op. cit.,* note 2106. Le groupe spécial a considéré que l'article III n'était pas applicable, en adoptant le même raisonnement que dans l'affaire *Thon I.*
[2119] Était en cause une mesure américaine relative à la préservation des tortues marines dans le cadre de la pêche au chalut. La mesure américaine prohibe l'importation de crevettes et de produits à base de crevettes en provenance d'États non certifiés. L'obtention de la certification est conditionnée à l'existence dans l'État d'un programme de conservation des tortues comparable à celui des États-Unis. Le Groupe spécial a jugé que l'interdiction imposée par les États-Unis devait être analysée en tant que restriction quantitative et que cette mesure violait l'article XI :1 du GATT. *États-Unis — Crevettes*, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998, para. 7.16.
[2120] R. HOWSE, D. REGAN, *op. cit.,* note 2114, p. 254.
[2121] OCDE, Les perspectives de l'environnement de l'OCDE, 2001, p. 55. OCDE, *op. cit.,* note 1962, p. 7.
[2122] D. A. IRWIN, *Free Trade Under Fire*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 247.
[2123] *États-Unis – Thon (Mexique)*, *op. cit.,* note 2105, para. 5.15. La jurisprudence *GATT 1947* compte plusieurs rapports ayant analysé des mesures commerciales fondées sur des PMP sous l'angle de la discrimination. Voir notamment *Belgian Family Allowances*, rapport adopté par les parties contractantes, G/32 - 1S/59, 7 novembre 1952 ; *États-Unis – Mesures affectant les boissons à base de malt*, rapport du Groupe spécial, DS23/R - 39S/233, 19 juin 1992.

destinées à gérer ces externalités[2124]. C'est là rappeler que la finalité du droit international du commerce telle que majoritairement conçue est véritablement et exclusivement « *la libre concurrence entre des produits émanant de pays différents* »[2125].

499. Dans leur interprétation du principe de non-discrimination et de la notion de similarité, les organes de règlement des différends ont traditionnellement accordé un poids prépondérant aux critères fonctionnels, portant précisément sur les caractéristiques physiques et les utilisations finales du produit. Ils ont relégué au second plan les éléments d'ordre subjectif comme les goûts et les habitudes des consommateurs. Les facteurs permettant de prendre en compte le comportement des consommateurs ont rarement reçu un poids prépondérant dans l'analyse de la similarité, ce qui n'a pas manqué d'être critiqué par la doctrine[2126]. Les PMP se rapportant aux produits désignent des prescriptions techniques permettant d'assurer la fonctionnalité du produit et ont pour effet de changer ses caractéristiques physiques, ce qui n'est pas le cas des procédés poursuivant une finalité environnementale, qui ne laissent aucune trace visible, identifiable dans le produit final. Cette dichotomie entre PMP se rapportant aux produits et PMP connexes a été critiquée[2127], Steve Charnovitz relevant que par définition, les PMP sont toujours utilisés en référence à un produit[2128].

500. Les mesures commerciales fondées sur les PMP peuvent prendre la forme de mesures tarifaires – telles que des taxes environnementales –, de restrictions quantitatives – telles que des interdictions ou des quotas – ou encore de prescriptions techniques, comme des systèmes d'étiquetage écologique[2129]. Les programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité hydrique de produits sont susceptibles de relever de l'Accord OTC dans le cadre duquel se pose, tout comme dans le GATT, plusieurs enjeux de qualification.

[2124] OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, *op. cit.,* note 1852, p. 169.
[2125] E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *op. cit.,* note 2110, p.142
[2126] Voir notamment *Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, rapport du Groupe spécial, L/6216 - 34S/92, 10 novembre 1987, paras. 5.6-5.7. E. BARRETT LYDGATE, « Consumer Preferences and the National Treatment Principle : Emerging Environmental Regulations Prompt a New Look at an Old Problem », *WTR,* 2010, vol. 11, n° 2, pp. 165-188 ; C. NOIVILLE, « Brèves réflexions sur la reconnaissance d'un « droit à la différence alimentaire » dans le commerce international », *Sociologie du travail,* 2003, vol. 45, n° 1, p. 75.
[2127] S. CHARNOVITZ, J. PAUWELYN, « Tuna: The End of the PPM Distinction? The Rise of International Standards? », *International Economic Law and Policy Blog*, 2012; R. HOWSE, P. I. LEVY, « The TBT panels: US - Cloves, US - Tuna, US-COOL », *WTR*, 2013, vol. 12 n° 2, pp. 327-375.
[2128] S. CHARNOVITZ, *op. cit.,* note 2093, p. 66 ; Voir dans le même sens, R. HOWSE, D. REGAN, *op. cit.,* note 2114*,* p. 260.
[2129] J. POTTS, *op. cit.,* note 1966, p. 8.

II. Les PMP hydriques en tant qu'obstacles techniques au commerce

501. Comme nous l'avons expliqué, les programmes d'étiquetage hydrique ont pour but de rendre disponible des informations relatives à l'efficacité ou l'empreinte hydrique de produits et de leurs procédés et méthodes de production[2130]. L'information peut, par exemple, porter sur le volume d'eau utilisée pour fabriquer le produit ou encore sur les caractéristiques de l'eau utilisée (plus précisément, s'il s'agit d'eau grise, verte ou bleue)[2131]. L'étiquetage environnemental rend ainsi visible des considérations n'affectant pas les caractéristiques physiques du produit. Il s'agit par cette stratégie de contribuer à la limitation des externalités négatives du commerce international en s'appuyant sur la consommation éthique. L'éco-étiquetage repose donc sur l'idée que le consommateur choisira le produit pour lequel *« les externalités négatives sont les mieux gérées, obligeant ainsi les producteurs peu soucieux de l'environnement à adapter leurs produits et leurs procédés et méthodes de production de manière à mieux tenir compte de ces externalités »*[2132].

502. Dès lors qu'elles visent à influencer le comportement des consommateurs, les certifications environnementales sont susceptibles d'affecter la relation de concurrence entre produits[2133]. La question de leur statut au regard du droit de l'OMC fait l'objet de riches débats au sein de l'organisation[2134], notamment au regard de l'Accord OTC, *lex specialis*[2135] visant l'harmonisation des normes techniques affectant le commerce international. L'Accord OTC encadre l'élaboration, l'adoption, et l'application des règlements techniques et normes des

---

[2130] Voir Chapitre IV, paras. 304-305.

[2131] On rappellera que l'empreinte hydrique peut être calculée en prenant en compte l'eau « bleue », c'est-à-dire, le volume d'eau de surface et d'eau souterraine captée tout au long de la chaine de production ; l'eau « verte », qui couvre le volume d'eau de pluie, et enfin l'eau « grise » désignant les volumes d'eau douce nécessaire à la dilution des polluants. Voir Chapitre IV; E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, pp. 731-732.

[2132] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010, op.cit.,* note 131, p.170

[2133] S. LEE, « Compatibility of Eco-Labeling Scheme with WTO and Its Potentially Conflicting Impacts », dans D.-Y. PARK (dir.) *Legal Issues on Climate Change and International Trade Law*, New York, Springer, 2016, p. 48 ; E. VRANES, « Climate Labeling and the WTO: the 2010 EU Eco-labeling Programme as a Test Case under WTO law », dans C. HERMANN, J. P. TERHECHTE (dir.), *European Yearbook of International Economic Law 2011*, Heidelberg, Springer, 2011, vol 2, pp 205–237

[2134] La question est débattue aussi bien au sein du Comité du commerce et de l'environnement qu'au sein du Comité sur les obstacles techniques au commerce. M. JOSHI, « Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements? », *JWT*, 2004, vol. 38, n° 1, pp. 69-92.

[2135] L'article III :4 du GATT peut trouver à s'appliquer lorsque des prescriptions en matière d'étiquetage sont susceptibles d'affecter la vente de produits. En tant que *lex specialis*, l'application de l'Accord OTC prévaut. Pour des raisons d'économie judiciaire, l'Organe d'appel et les groupes spéciaux s'abstiennent d'examiner les mêmes mesures au regard du GATT. Mais une mesure satisfaisant les exigences de l'Accord OTC peut très bien être incompatible avec le GATT, impliquant une analyse distincte. Voir *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, para. 69.

offices de normalisation[2136]. Le droit légitime des États de réglementer est posé en tant que principe. Ils doivent cependant veiller « *à désorganiser le moins possible le commerce* »[2137] lorsqu'ils poursuivent, au moyen de normes et règlements techniques, des objectifs non commerciaux.

503. La normalisation technique a connu au cours des trois dernières décennies un essor considérable, principalement dans les secteurs de l'agriculture biologique, des forêts[2138], de l'énergie et du commerce équitable[2139]. Dans ces secteurs, les programmes d'étiquetage qui se développement depuis les années 1990 émanent des gouvernements, de l'industrie ou encore des ONG. Les programmes gouvernementaux se distinguent de ceux mis en place par des acteurs privés par leur caractère obligatoire et sont appréhendés par l'Accord OTC en tant que règlements techniques. L'Accord les désigne comme visant tout document énonçant « *les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire* »[2140]. Ils peuvent également « *traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés* »[2141]. La définition des règlements techniques et des normes a soulevé des interrogations quant à l'inclusion ou l'exclusion de cette catégorie des programmes d'étiquetage renseignant sur des PMP environnementaux[2142]. Était ainsi en cause dans le différend *Communautés européennes – Sardines* opposant le Pérou aux Communautés européennes, le règlement CEE n° 2136/89 définissant les normes de commercialisation des sardines en conserves et précisant l'appellation sous laquelle des espèces de poissons peuvent être commercialisées dans les Communautés européennes[2143]. L'Organe d'appel a souligné que sous la dénomination de règlements techniques étaient aussi visés les

[2136] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 1.5. Les normes sanitaires et phytosanitaires sont, elles, visées par l'Accord SPS et appréhende ainsi les mesures qui touchent à la sécurité alimentaire. (Voir Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, annexe A, para. 1). Surtout, les mesures entrant dans le champ de l'Accord SPS sont destinées à prévenir les dommages susceptibles de se produire sur le territoire de l'État importateur.
[2137] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2005 : analyse des liens entre le commerce, les normes commerciales et l'OMC,* Genève, OMC, 2005
[2138] Voir par exemple le *Forest Stewardship Council Label* ; https://www.fsc.org/en/fsc-labels (consultation le 30 juin 2021)
[2139] Voir par exemple le label *Fair Trade* ; https://www.maxhavelaar.ch/fr/quest-ce-que-fairtrade/labels-fairtrade.html (consultation le 30 juin 2021)
[2140] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, annexe 1, point 1.
[2141] *Ibid.*
[2142] A. BANERJEE, B. D. SOLOMON, « Ecolabeling for Energy Efficiency and Sustainability: a Meta Evaluation of US Programs », *Energy Policy,* 2003, vol. 31, n° 2, p. 115
[2143] *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

documents énonçant les caractéristiques connexes d'un produit, en particulier ses moyens d'identification[2144]. Les étiquettes fournissant aux consommateurs des informations sur les conditions environnementales et sociales dans lesquelles des produits ont été fabriqués entrent bien dans le champ des obstacles techniques au commerce.

504. Les programmes d'étiquetage restreignent l'accès au marché des producteurs des pays en développement. Les prescriptions en matière d'inspection, de certification et d'accréditation sont particulièrement coûteuses. Dans le contexte de la stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre, ces États ont fait valoir la dimension pour le moins injuste de ces mécanismes, qui ne prennent pas en compte la responsabilité historique des pays développés en matière de réchauffement climatique et d'augmentation des émissions de gaz à effet de serre[2145]. L'Accord OTC reconnaît la situation spécifique des producteurs des pays en développement, en posant dans son article 12 le principe de traitement spécial et différencié en matière de règlements et normes techniques. Les États membres sont encouragés à organiser leurs réglementations techniques et leurs procédures de normalisation de manière à faciliter les exportations de ces pays[2146]. Ils doivent en outre faire preuve de tolérance à l'égard des règles techniques, normes et procédures établies par les pays en développement qui ne seraient pas fondées sur des normes internationales ou qui viseraient à préserver des procédés ou des techniques de productions autochtones[2147].

505. Nous avons précédemment fait état de la diversité des programmes de certification intégrant des considérations relatives à l'empreinte hydrique[2148]. Coexistent initiatives gouvernementales, initiatives purement privées ou hybrides. Rares sont les programmes d'étiquetage de portée obligatoire émanant d'autorités publiques. On citera à cet égard le programme *Water Efficiency Labelling and Standards* (WELS) australien, qui a fait l'objet d'une notification au Comité des obstacles techniques au commerce[2149]. Ce programme conditionne l'accès au marché australien de produits électroménagers à certaines exigences minimales en matière d'efficacité hydrique. Le respect de ces normes minimales autorise l'enregistrement au programme *WELS* et l'octroi d'une certification attestant des performances

[2144] *Ibid.*, para.176
[2145] Comité du Commerce et de l'environnement, Compte-rendu de la réunion du 10 juillet 2009, WT/CTE/M/47, 31 août 2009, para. 3.
[2146] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 12.
[2147] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 12.4.
[2148] Voir Chapitre IV, para.304.
[2149] Comité des obstacles techniques au commerce, Notification de l'Australie, G/TBT/N/AUS/68, 23 juin 2011.

des produits et de leurs procédés de production en matière de préservation des ressources en eau. La plupart des programmes de certification s'intéressant à l'empreinte hydrique des produits et de leurs procédés de production sont le fait d'acteurs privés ou de structures multipartenariales. Pour ce qui est des initiatives multipartenariales, on citera l'*International Water Stewardship Standard* mis au point par l'*Alliance for Water Stewardship*[2150]. Le standard définit un ensemble d'indicateurs pour une gestion de l'eau bénéfique aux plans environnemental, social et économique. Un organisme tiers veille à la conformité avec la norme des pratiques des entreprises et délivre la certification *AWS International Water Stewardship Standard* [2151]. Parmi les initiatives purement privées, on rappellera à titre d'exemple l'initiative de *Raisio*, première entreprise à apposer sur ses produits un label d'efficacité hydrique, faisant apparaître la quantité d'eau utilisée pour la production de céréales[2152]. À moins d'être reconnues en tant que tels, les entités privées ne tombent pas dans la catégorie des organes de normalisation non gouvernementaux à activité normative visés à l'article 4.1 de l'Accord OTC, et ne sont donc pas saisies par cet Accord. Il n'en demeure pas moins que les normes non volontaires d'origine privée, souvent plus strictes que les normes internationales, peuvent avoir des effets aussi restrictifs en matière d'accès au marché que des prescriptions obligatoires. On rappellera la plainte de Saint-Vincent et les Grenadines déposée auprès du Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires (ci-après, « Comité SPS ») au sujet de l'effet restrictif de normes sanitaires imposées par des entreprises du secteur de la grande distribution sur le marché britannique[2153]. Le Comité SPS qui, depuis 2005, examine le statut de ces normes relativement à l'Accord SPS reconnaît qu'elles « *jouent déjà et continueront à jouer un rôle de plus en plus important dans le commerce international et qu'elles constituent de nouveaux défis ainsi que*

[2150] Voir Chapitre IV, para. 303. L'AWS réunit des organisations internationales, des ONG et des entreprises en vue de promouvoir une utilisation durable de l'eau douce. Voir Alliance for Water Stewardship, *International Water Stewardship Standard,* version 2.0, 22 mars 2009.

[2151] Voir Chapitre IV, para. 303. La norme contient un certain nombre de critères et d'indicateurs en matière de gouvernance de l'eau, de sa qualité, et d'équilibre entre les diverses utilisations. Sont traités aussi bien les aspects frontaliers que nationaux de la gestion de l'eau. Les opérateurs sont appelés à respecter les droits coutumiers locaux et se conformer aux cadres réglementaires applicables. Un critère appelle les opérateurs à équilibrer utilisation de l'eau et volumes d'eau disponibles. Le débit d'eau entrant et sortant doit être équilibré. La qualité de l'eau doit être préservée. Les entreprises doivent définir une politique interne de gestion de l'eau et la rendre disponible aux autres utilisateurs d'eau. Cette approche ciblée sur la transparence est destinée à favoriser une meilleure anticipation des impacts des utilisations de l'eau.

[2152] Voir Chapitre IV, para. 304.

[2153] H. ASCENSIO, *op. cit.,* note 1310, p. 267.

de nouvelles possibilités pour les producteurs et les exportateurs »[2154]. Les débats engagés sur cette question n'ont à ce jour guère avancé[2155].

506. Lorsqu'elles sont volontaires, les normes techniques peuvent rendre plus complexe l'accès des producteurs à des marchés au sein desquels existe une forte conscience environnementale[2156]. Le rattachement à telle ou telle catégorie – règlement technique ou norme – est crucial, les obligations des États étant sensiblement différentes selon que l'on se trouve en présence d'un règlement technique ou d'une norme. Pour ce qui est des règlements techniques, les États doivent faire en sorte que leur élaboration, adoption ou application *« n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international* »[2157]. Pour ce faire, les États ne doivent pas avoir recours à des règlements techniques « *plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime* »[2158]. L'Accord OTC impose en outre une obligation de non-discrimination[2159]. La normalisation fait en revanche l'objet d'un encadrement plus souple. L'élaboration, l'adoption et l'application de normes sont soumises au Code de pratique annexé à l'Accord, contenant des dispositions substantielles comparables à celles applicables aux règlements techniques. Mais les États sont dans ce contexte simplement appelés à prendre « *toutes les mesures raisonnables* » permettant de faire en sorte que les organismes à activités normatives respectent les dispositions du Code. Le nœud du problème réside dans l'interprétation qu'ont pu donner les organes de règlement des différends du caractère obligatoire d'une prescription permettant de départir un « règlement technique » de la catégorie « norme technique ». Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, les États-Unis arguaient que le respect de leurs prescriptions pour la délivrance du label « *Dolphin Safe* » n'était pas obligatoire puisqu'il demeurait possible pour les produits à base de

---

[2154] Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, Actions relatives aux normes SPS Privées, décision du Comité, G/SPS/55, 6 avril 2011, para. 5.

[2155] Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, Effets des normes privées liées aux mesures SPS - compilation des réponses, Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/932/Rev.1, 10 décembre 2009 ; Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, résumé de la réunion des 26 et 27 mars 2015, G/SPS/R/78, 21 mai 2015, para. 11.13. Voir à ce propos H. ASCENSIO, *op. cit.,* note 1310, p. 267 ; P. WOUTERS, D. GERAETS, « Private food standards and the World Trade Organization: Some Legal Considerations », *WTR*, 2012, vol. 11, n° 3, pp. 479-489; S. HENSON, J. HUMPHREY, *Les impacts des normes privées de sécurité alimentaire des aliments sur la chaine alimentaire*, Rome, FAO/OMS, mai 2019 ; M. SARROUF, *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse de doctorat en droit, 2012, Université Paris II, Panthéon – Assas.

[2156] E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, p. 732 ; E. BROSSET, È. TRUILHE-MARENGO, *Les enjeux de la normalisation internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, pp.199-231, 2006.

[2157] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 2.2.

[2158] *Ibid.*

[2159] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 2.1.

thon provenant du Mexique d'accéder au marché américain et d'y être vendus. L'Organe d'appel a considéré qu'il s'agissait d'un règlement technique au sens de l'Accord OTC. Il a constaté que la réglementation américaine prescrivait « *une définition unique et prescrite juridiquement d'un produit du thon Dolphin Safe et prohib[ait] l'utilisation d'autres labels sur les produits du thon qui ne répondent pas à cette définition »*[2160]. Ces certifications devaient donc être qualifiées de règlementations techniques, car même si les producteurs pouvaient vendre ces produits sans certification, ils n'étaient en revanche pas autorisés à utiliser d'autres labels, ce qui limitait leur avantage concurrentiel sur un marché comprenant des consommateurs particulièrement sensibles aux enjeux environnementaux[2161].

507. Les difficultés liées à la qualification des prescriptions relatives aux PMP révèle déjà le caractère peu adapté du droit de l'OMC pour appréhender les externalités négatives générées par le commerce international de marchandises. Pourtant, il existe des interstices qui peuvent permettre aux États de faire des règles du commerce international un outil en faveur du développement durable.

Section II. Les mesures fondées sur l'empreinte hydrique des procédés et méthodes de production : opportunités de compatibilité avec le droit de l'OMC

508. Les disciplines du GATT n'ont pas été pensées en vue de permettre aux États de limiter les externalités négatives générées par le commerce international de marchandises (I). L'Accord OTC qui repose sur le droit des États de réglementer leurs échanges en ayant recours à des prescriptions techniques ouvre cependant quelques opportunités (II).

[2160] *États-Unis – Thon II (Mexique),* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1677, para. 199.
[2161] Pour une critique de l'approche de l'Organe d'appel, voir M. N. MOODY, « Warning: May Cause Warming, Potential Trade Challenges to Private Environmental Labels », *Vanderbilt Law Review,* 2012, vol. 65, n° 5, pp. 1401-1446.

I. Le GATT en tant qu'instrument peu adapté à la gestion des externalités générées par le commerce international de produits intensifs en eau

509. Les possibilités de considérer des produits comme dissemblables en raison de leur empreinte hydrique sont, à l'analyse de la jurisprudence, relativement minces (A). Il n'y a en effet guère de chances que des restrictions commerciales fondées sur l'empreinte hydrique des produits soient considérées comme étant non-discriminatoires. Par suite, il ne reste que le cadre des exceptions générales de l'article XX du GATT pour permettre aux États d'adopter de telles mesures (B).

A. L'empreinte hydrique en tant qu'élément de disqualification de la similarité des produits

510. L'appréhension de mesures affectant le commerce de marchandises et fondées sur l'empreinte hydrique des produits sous l'angle de la non-discrimination ouvre incontestablement davantage de potentialités que leur traitement en tant que restrictions quantitatives. Dans cette hypothèse, la question de la similarité est décisive. Si des produits importés et domestiques venaient à être reconnus comme étant dissemblables en raison des différences de leurs procédés de production, la question d'un traitement différencié ne se poserait tout simplement pas, ce qui ouvrirait la possibilité aux États de neutraliser en amont l'application des disciplines relatives à la non-discrimination. La jurisprudence des organes de règlement des différends laisse entrevoir quelques interstices permettant de faire des PMP fondés sur l'empreinte hydrique un facteur de disqualification de la similarité.

511. Dans son rapport *Communautés européennes – Amiante*, l'Organe d'appel a souligné que la détermination de la similarité au sens de l'article III :4 GATT était « *essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits* »[2162]. C'est sur cette base qu'il a jugé indispensable d'intégrer les risques pour la santé des fibres d'amiante de type chrysolite dans l'examen du rapport de concurrence entre ce

[2162] *Communautés européennes – Amiante*, *op. cit.,* note 1380, para. 92. On rappellera que le rapport *Philippines – Spiritueux* a contribué à une dilution des critères de similarité, l'Organe d'appel ayant intégré dans l'analyse de la première phrase de l'article III :2 du GATT des considérations tenant au rapport de concurrence, alors que la prise en compte de ce facteur était jusqu'à présent limitée à l'interprétation de l'article III :4 (*Philippines - Taxes sur les spiritueux distillés*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R, 21 décembre 2011, para. 121).

produit et d'autres produits de construction utilisés à des fins identiques[2163]. Il a constaté que les goûts et les habitudes des consommateurs concernant les fibres étaient « *très probablement définis par les risques pour la santé d'un produit réputé pour être hautement cancérigène* »[2164]. Ce faisant, l'Organe d'appel a accepté de donner un poids important à l'analyse des préférences des consommateurs et a admis que celles-ci pouvaient être influencées par des considérations liées aux procédés de fabrication d'un produit. Il est important de souligner ici que les procédés de production dont il était question dans cette affaire se rapportaient au produit, pour reprendre la distinction des rapports *Thon*, dans la mesure où ils affectaient les caractéristiques physiques du produit. L'Organe d'appel a invalidé le raisonnement du Groupe spécial qui avait jugé que l'intégration dans l'analyse de la similarité de critères tenant aux risques pour la santé revenait à priver l'article XX (b) du GATT de son utilité[2165]. L'Organe d'appel a conclu à la non-similarité des produits à base de fibres de chrysolite contenant des fibres d'amiante et des produits en fibre de ciment n'en contenant pas[2166]. Certes, le différend n'impliquait pas de PMP environnementaux, mais l'accent porté sur les goûts et préférences des consommateurs dans l'analyse de la relation de concurrence ouvre un espace pour une appréhension de PMP reposant sur des considérations environnementales en tant qu'élément de distinction entre des produits ayant des caractéristiques physiques semblables. Cela est important dans un contexte marqué par la montée en puissance de la consommation verte pour laquelle se développe un véritable marché[2167]. Les consommateurs accordent davantage d'importance aux modes de production éthiques et responsables. Ainsi, des produits ayant les mêmes caractéristiques physiques et utilisations finales peuvent être perçus par ces derniers comme étant différents en raison de leurs procédés de production. Autrement dit, « *les externalités liées à la consommation d'un produit [deviennent] des éléments pertinents dans l'analyse du rapport concurrentie*l »[2168].

[2163] *Communautés européennes – Amiante*, *ibid.*, paras. 115-116.
[2164] *Ibid.,* para. 122.
[2165] L'Organe d'appel ajoute que « *les mêmes éléments de preuve, ou des éléments de preuve semblables, ont un objectif différent au titre de l'article XX (b), à savoir évaluer si un Membre a un fondement suffisant pour "adopter et appliquer", afin de protéger la santé des personnes, une mesure incompatible avec les règles de l'OMC* ». Le Groupe spécial avait « *négligé le fait que les "propriétés, la nature et la qualité" des fibres d'amiante chrysolite et d'ACV étaient tout à fait différentes ainsi que le fait que leur classement tarifaire était différent; il n'a examiné aucun élément de preuve relatif aux goûts et habitudes des consommateurs; et il a constaté que, pour une "faible partie" de bon nombre de leurs applications, ces fibres étaient substituables, sans toutefois considérer les nombreuses autres utilisations finales des fibres qui sont différentes* » (*ibid*. para. 125).
[2166] *Ibid.,* para. 115
[2167] E. FREEMAN, « White Hats or Don Quixote? Human Rights Vigilantes in the Global Economy », Cambridge, Marymount University Centre for Ethical Concerns, *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, 2001, n° 8102.
[2168] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 412

512. Il reste que l'espace entrouvert par le rapport *Communautés européennes – Amiante* est particulièrement étroit. Il faut tout d'abord être en mesure de prouver que les consommateurs établissent une différence entre les produits en fonction de leurs PMP[2169]. Surtout, les conclusions du différend *États-Unis – Thon II (Mexique)* ont grandement privé de leur intérêt celles du rapport *Communautés européennes – Amiante*[2170]. Dans cette affaire, le Mexique soutenait que le label « *dolphin-safe* » exigé pour la vente de thon aux États-Unis restreignait l'accès au marché de sa production de thon et était constitutif d'une violation des articles I :1 et III :4 du GATT. Il fallait donc déterminer si le thon pêché sans satisfaire aux conditions du label d'une part, et le thon les respectant d'autre part, étaient des produits similaires. L'Union européenne, tierce partie au différend, soutenait que les préférences des consommateurs devaient être prises en compte, dans la droite ligne de la jurisprudence *Communautés européennes – Amiante*[2171]. Le Groupe spécial a reconnu que ces préférences étaient *a priori* pertinentes dans l'évaluation de la similarité[2172]. En revanche, pour ce qui est du comparateur devant être pris en compte, il a jugé que l'examen de la similarité devait porter sur les produits à base de thon mexicain et les produits à base de thon américain, et non pas sur les produits labellisés et les produits non labellisés. À son sens, un examen fondé sur le deuxième comparateur reviendrait à « *présumer que le thon mexicain ne pourrait par définition pas respecter les conditions lui permettant d'être certifié dolphin-safe* ». Par conséquent le Groupe spécial a conclu à la similarité des produits à base de thon mexicain et des produits à base de thon américain, ce que l'Organe d'appel n'a pas remis en question[2173].

513. Le récent rapport de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable* change la donne et ouvre la voie à une reconnaissance de la légalité des mesures de discrimination environnementale[2174]. Il témoigne de l'ouverture progressive du régime du commerce international sur la nécessité de rendre complémentaires d'un côté, les règles encadrant les échanges et de l'autre, les initiatives des États en matière de promotion et de soutien aux énergies vertes. Il s'agissait dans ce différend de déterminer si l'électricité fournie à partir de sources d'énergies renouvelables pouvait être considérée comme similaire à l'électricité

[2169] Voir pour ce qui concerne empreinte carbone des produits, T. EPPS, A. GREEN, *Reconciling Trade and Climate Change, How the WTO Can Help Address Climate Change,* Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 75.
[2170] *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, rapport du Groupe spécial, WT/DS381/R, 15 septembre 2011.
[2171] *Ibid.*, paras. 5.101-5.102.
[2172] *Ibid.* para. 7.249
[2173] *Ibid.*, para. 103.
[2174] *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable,* rapports de l'Organe d'appel, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013.

produite à partir d'énergies fossiles. La question est cruciale dans ce secteur, car si on les considère comme similaires, tout traitement préférentiel accordé à l'électricité produite à partir de sources renouvelables porterait le risque d'être qualifié de discriminatoire, ce qui est de nature à décourager les efforts des États en matière de transition énergétique[2175]. Le rapport de l'Organe d'appel semble conclure que l'électricité « verte » devrait, au regard des règles du droit de l'OMC relatives aux subventions, être différenciée de l'électricité conventionnelle produite à partir de sources intensives en carbone. Les organes de règlement cherchaient à déterminer si le prix d'achat de l'électricité renouvelable, particulièrement élevé, payé aux producteurs de la province de l'Ontario était constitutif d'une subvention. L'Organe d'appel ne s'est pas appuyé sur le prix de gros en tant que prix de référence, mais sur celui des marchés des énergies éolienne et solaire. Il a retenu ce comparatif en se fondant sur les préférences du gouvernement en tant qu'acheteur[2176]. Il a ainsi souligné que cette préférence :

> « *peut refléter le fait que les consommateurs sont prêts à acheter de l'électricité qui résulte de la combinaison de différentes technologies de production, même si elle est plus chère que l'électricité produite exclusivement à partir de sources de production classiques* »[2177].

L'Organe d'appel a interprété l'expression « *produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics* » de l'article III :8 du GATT – qui introduit une exception au traitement national pour les achats publics – comme visant des produits en situation de concurrence. Il a, dans ce contexte très particulier, estimé qu'il était indispensable d'« *examiner les intrants et les procédés de production utilisés pour produire le produit* » en vue de déterminer un rapport de concurrence entre des produits[2178].

514. La prise en compte de la finalité environnementale de la mesure dans l'appréciation de la similarité est une autre voie permettant de faire sortir des prescriptions techniques fondées sur l'empreinte hydrique des produits du spectre des discriminations incompatibles avec le droit de l'OMC. Le test du but et des effets a été mobilisé dans la jurisprudence du GATT 1947[2179],

---

[2175] G. DE LASSUS SAINT-GENIÈS, *Droit international du climat et aspect économique du défi climatique,* Paris, Pedone, 2017, p. 7. X. FENG, *op. cit.,* note 1973.
[2176] S. CHARNOVITZ, C. FISCHER, « Canada - Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-so-green Subsidies », *WTR*, 2015, vol. 14, n° 2, p.202.
[2177] *Canada – Énergie renouvelable,* rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 677, para. 5.177
[2178] *Ibid.*, para. 5.63
[2179] *États-Unis - Mesures affectant les boissons à base de malt*, *op. cit.,* note 2123, paras. 5.70-5.77 ; *États-Unis - Taxes sur les automobiles*, rapport du 11 octobre 1994, non adopté, DS31/3, para. 5.10. Voir R. E. HUDEC, « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an « Aim and Effects » Test », *International Lawyer,* 1998, vol. 32, n°3, p. 619, p. 627.

pour être ensuite rejeté dans la jurisprudence ultérieure[2180]. On rappellera que le Groupe spécial du différend *États-Unis – Boissons à base de malt* avait jugé que des bières à haute quantité d'alcool d'une part, et à faible teneur d'autre part, n'étaient pas des produits similaires au sens de l'article III :4 du GATT, en s'appuyant sur les buts légitimes de la mesure destinée à encourager la consommation de bières à faible teneur en alcool[2181]. Il s'agit du premier cas dans lequel un Groupe spécial a pris en considération l'objectif général posé à l'article III :1[2182], ce qui lui a permis d'aller au-delà d'une analyse de « *la similarité théorique de deux produits en concurrence sur un marché par une application mécanique des quatre critères dégagés dans les précédentes affaires* »[2183]. Ainsi, dans la conception du Groupe spécial, il convenait d'analyser si la différenciation établie entre les produits était réalisée en vue d'accorder une protection à la production nationale[2184]. Pour ce faire, il a estimé qu'il était indispensable de rechercher l'intention du gouvernement. L'accent porté à la finalité environnementale d'une mesure ouvre la porte à la validation de différenciations fondées sur les procédés et méthodes de production. Le test du rapport *États-Unis – Boissons à base de malt* introduit un équilibre entre régulation environnementale et protectionnisme dans le cadre du GATT[2185]. Véronique Guèvremont note que le rapport :

> « *témoigne ainsi de l'attention particulière accordée par le groupe spécial au pouvoir réglementaire des membres et du lien tissé entre le sens attribué au concept de similarité de l'article III et les conséquences que cette définition peut engendrer à l'égard du pouvoir réglementaire. Le groupe spécial a semblé particulièrement soucieux d'en arriver à un juste équilibre entre le respect de la souveraineté et l'autonomie réglementaire des États, d'une part, l'élimination des mesures ayant pour effet de protéger la production nationale d'autre part* »[2186].

Il reste que l'approche des buts et effets a été rejetée dans la jurisprudence ultérieure, en particulier dans le différend *Japon – Boissons alcooliques II*, tant par le Groupe spécial que l'Organe d'appel[2187]. Ce dernier a souligné que l'objectif de l'article III était de « *veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale* »[2188]. À cette fin, l'article III impose aux État de

---

[2180] Voir par exemple, *Japon – Boissons alcooliques*, rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 667, para. 8.
[2181] *États-Unis – Mesures affectant les boissons à base de malt, op. cit.,* note 2123, paras. 5.70-5.75.
[2182] *Ibid.,* para. 5.24
[2183] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 382.
[2184] *États-Unis – Mesures affectant les boissons à base de malt, op. cit.,* note 2123, para. 5.24.
[2185] *Ibid.*
[2186] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372.
[2187] *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques II*, rapports du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juillet 1996 paras. 6.14 et s. ; Rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 667, pp 18-19.
[2188] Rapport de l'Organe d'appel, *ibid.*, p. 19.

« *garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux* »[2189]. Le marché redevient le critère fondamental d'examen de la relation de substituabilité entre produits. Dès lors, à partir du moment où une mesure est appliquée de manière à protéger la production nationale, il importe peu « *qu'il n'y ait peut-être pas eu dans l'esprit des législateurs ou des autorités réglementaires qui ont imposé la mesure une volonté de protectionnisme* »[2190].

515. Même si les produits sont considérés comme similaires, une différence de traitement n'est pas *ipso facto* synonyme de discrimination. Encore faut-il établir l'existence d'un traitement moins favorable frappant le produit, par rapport aux produits nationaux ou étrangers. Or, le concept de « *traitement moins favorable* » du GATT a souvent été interprété par les organes de règlement de l'OMC comme ciblant avant tout l'impact négatif sur les opportunités de concurrence. Dans le contexte du GATT, la jurisprudence des organes de règlement est claire : des mesures neutres quant à l'origine peuvent violer le principe de non-discrimination. Il y a traitement moins favorable dès lors qu'une mesure modifie les opportunités et conditions de concurrence sur un marché donné au détriment des produits importés[2191]. Cette approche extensive de la discrimination a pour effet de rendre un grand nombre de mesures incompatibles avec le droit de l'OMC[2192]. On comprend dès lors pourquoi les discriminations *de facto* constituent l'un des enjeux les plus importants pour la légalité des PMP environnementaux au regard du droit de l'OMC[2193]. Des PMP fondés sur l'empreinte hydrique des produits peuvent, de fait, défavoriser des marchandises provenant de pays dans lesquels les conditions hydrologiques et climatiques sont peu favorables[2194]. Le volume d'eau nécessaire à la production d'un bien dépend évidemment de ces conditions[2195].

[2189] *Ibid.*, p. 18
[2190] *Ibid.*, p. 32
[2191] *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche*, *op. cit.,* note 1401, para. 137 ; *Communautés européennes – Produits dérivés du phoque,* rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1964, para. 5.336.
[2192] L. EHRING, « De facto Discrimination in WTO Law: National and Most Favored Nation Treatment - or Equal Treatment », The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice, *Jean Monnet Working Paper*, 2001.
[2193] M. A. CALLE SALDARRIAGA, *op. cit.,* note 1963, p. 236 ; G. MOON, « Fair in Form, but Discriminatory in Operation – WTO Law's Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries », *JIEL*, 2011, vol. 14, n° 3, pp. 553-592.
[2194] F. TEMMERMAN, *op. cit.,* note 154, p. 201
[2195] A. Y. HOEKSTRA, A. K. CHAPAGAIN, *Globalization of Water: Sharing the Planet's Freshwater Resources*, Oxford, Blackwell Publishing, 2008, p. 110

516. Au vu de ces éléments, les chances de voir une mesure restrictive fondée sur l'empreinte hydrique des produits passer le test de la non-discrimination nous semblent bien minces. Même si la conservation et la préservation des ressources en eau représentent une préoccupation commune, on est loin, en la matière, du consensus international en faveur de la lutte contre le changement climatique, consensus se matérialisant par les obligations internationales mises à la charge des États en matière d'atténuation[2196]. Le GATT n'a pas été élaboré de manière à prendre en compte les externalités négatives générées par les processus et méthodes de production. Cela apparaît clairement lorsqu'on regarde le statut des mesures discriminatoires fondées sur les procédés et méthodes de production. Il faut donc déterminer si des prescriptions en matière de PMP fondés sur l'empreinte hydrique des produits pourraient être justifiées au titre des exceptions de l'article XX du GATT.

B. La mobilisation des exceptions de l'article XX du GATT en tant qu'outils de protection de l'eau, bien commun global

517. Le premier rapport du Secrétariat du GATT consacré à la relation entre commerce et pollution en 1971 validait la possibilité offerte aux États importateurs d'imposer des mesures commerciales restrictives fondées sur les PMP causant des pollutions, dans le cas précis des ressources naturelles situées sur le territoire de plusieurs États, telles que les ressources en eau partagée. Il est indiqué que :

> « *A shared resource, such as a lake or the atmosphere, which is being polluted by foreign producers may give rise to restrictions on trade in the product of that process justifiable on grounds of the public interest in the importing country of control over a process carried out in an adjacent or nearby country* »[2197].

Autrement dit, le rapport admet que les procédés de production susceptibles de polluer ces ressources peuvent donner lieu à des restrictions au commerce de la part de l'État importateur. Ici, il semble que si une telle hypothèse est envisagée c'est parce qu'elle porte sur une ressource partagée. Une distinction est opérée entre, d'une part, les procédés de production qui provoquent une pollution dans les limites de l'État de production et, d'autre part, ceux qui

[2196] G. MARCEAU, P. LOW, J. REINAUD, « The Interface Between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues », *JWT,* 2012, vol. 46, n °3, pp. 485-544.
[2197] GATT, *Industrial pollution control and international trade*, GATT studies in international trade 1971, cité par S. CHARNOVITZ, « GATT and the Environment: Examining the Issues », *International Environmental Affairs,* 1992, vol. 4, n° 3, p. 204.

causent des pollutions transfrontières ou globales[2198]. De la même manière que l'Organe d'appel a su avoir une lecture évolutive des ressources naturelles épuisables[2199], il semble nécessaire de repenser ce que couvrent la notion de ressources naturelles partagées dans un contexte où les répercussions de la détérioration de ressources naturelles dans un endroit donné sont tous les jours plus évidentes. L'on rappellera que l'Organe d'appel, dans son rapport *États-Unis – Crevettes*, a souligné que :

> « *l'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement* »[2200].

518. Le rapport de 1971 semble être tombé dans les oubliettes de l'OMC. Le rejet de l'unilatéralisme a par la suite été explicitement affirmé. Dans un rapport de 1991, le Secrétariat énonce le principe selon lequel, aux termes des règles du GATT, un État ne peut conditionner l'accès à son marché à l'existence de politiques et pratiques environnementales spécifiques dans le pays exportateur[2201]. Cette approche stricte est insuffisante, dans un contexte politique où il est urgent d'articuler et concilier davantage règles commerciales et politiques environnementales[2202]. Il s'agissait en tout cas d'un message fort négatif adressé à la société civile et qui a largement contribué à la réputation anti-environnement du GATT[2203].

519. La préservation des valeurs et des intérêts listés par l'article XX du GATT « *peut nécessiter une action dont l'objet ou les bénéficiaires de la protection se situent au-delà des frontières de l'État qui adopte ces mesures, c'est-à-dire soit sur le territoire d'un autre État, soit au sein d'un espace partagé* »[2204]. Se pose ainsi la question de la portée territoriale des

---

[2198] D. BRACK, « Balancing Trade and the Environment », *International Affairs*, 1995, vol. 71, n° 3, p. 506.
[2199] Dans le différend *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial a considéré que l'air propre pouvait être considéré comme une « *ressource naturelle épuisable* » au sens de l'Article XX(g) du GATT. *États-Unis – Essence*, rapport du Groupe spécial, *op. cit.,* note 1381, para. 6.37.
[2200] *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661, para. 129.
[2201] Secrétariat du GATT, « Trade and the Environment », *International Trade 1990-1991*, vol. 1, Part III, 1992, Genève, GATT, p. 23. Le rejet des approches unilatérales y est rappelé plusieurs fois. On citera la position de Renato Ruggiero, Directeur Général de l'OMC de 1995 à 1999, «*What a country cannot do under WTO rules, however, is apply trade restrictions to attempt to change the process and production methods – or other policies of its trading partners. Why? Basically because the issue of production and process methods lies within the sovereign jurisdiction of each country* » (*A shared responsibility: global policy coherence for our global age, Address to the conference on 'globalization as a challenge for German business: export opportunities for SME companies in the environmental field*', discours de Renato Ruggiero, Bonn, 9 December 1997).
[2202] S. CHARNOVITZ, « Trade and Climate Change: a Report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization by UNEP and the WTO », *WTR,* 2010, vol. 9, n° 1, p. 280.
[2203] S. CHARNOVITZ, *ibid.* p. 281.
[2204] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 46.

mesures qu'un État est susceptible de justifier par le jeu des exceptions générales de l'article XX du GATT. Le GATT valide-t-il les mesures protégeant les éléments de l'environnement situés sur le territoire de l'État à l'origine de la mesure ou autorise-t-il aussi les mesures visant un autre territoire ? À l'analyse de la jurisprudence des organes de règlement des différends, c'est précisément la dimension extraterritoriale qui s'est heurtée au test de nécessité de l'article XX du GATT. Les rapports *Thon* ont fermé la porte à la validité de mesures unilatérales de protection de l'environnement au regard de l'article XX[2205]. Selon cette approche, l'article XX ne permettrait pas de justifier de telles mesures en raison de leur portée extraterritoriale[2206]. L'interprétation donnée de l'exigence de nécessité fait sérieusement obstacle à la justification de mesures prises en vue de protéger les communs.

520. Dans le différend *Thon I (Mexique)*, les États-Unis arguaient que leur réglementation en matière de protection des mammifères marins étaient principalement destinée à la conservation des dauphins ainsi qu'à rendre effectives des restrictions sur la production et la consommation domestiques de thon. Le Mexique contestait cette approche en considérant que l'exception de l'article XX (b) ne pouvait être mobilisée en vue de protéger la vie et la santé des animaux en dehors du territoire de l'État qui l'adopte et soulignait la disponibilité de mesures alternatives comme la coopération entre États concernés[2207]. Autrement dit, il s'agissait de déterminer si l'exception de l'article XX pouvaient être invoquée en vue de protéger des intérêts se situant en dehors de la juridiction de l'État membre imposant la restriction. Constatant que le texte de l'article XX ne répond pas clairement à la question de la validité des mesures extraterritoriales, le Groupe spécial a souligné que de tels effets extraterritoriaux n'avaient pas été envisagés lors de la rédaction de la Charte de la Havane[2208]. Il a jugé que l'article XX (b) permet à chaque État d'établir ses propres standards de protection, sans que cela n'emporte le droit de déterminer unilatéralement les politiques de protection de la vie et de la santé humaine d'autres États parties[2209]. Le Groupe spécial a par ailleurs relevé que les États-Unis n'avaient pas démontré qu'ils avaient recherché d'autres mesures disponibles compatibles avec le GATT en vue de protéger les dauphins[2210]. Par conséquent, les mesures américaines ne remplissaient pas la

[2205] R. HOWSE, D. REGAN, *op. cit.,* note 2114, p. 269.
[2206] A. OXLEY, « Environmental Trade Sanctions: What is at Stake? », *Policy*, 2002, vol. 18, n° 4, pp. 18-19.
[2207] *États-Unis – Thon (Mexique)*, *op. cit.,* note 2105, para 5.24.
[2208] *Ibid.* para. 5.26
[2209] *Ibid.* para. 5.27: « *The General Agreement would then no longer constitute a multilateral framework for trade among all contracting parties but would provide legal security only in respect of trade between a limited number of contracting parties with identical internal regulations* ».
[2210] *Ibid.,* para. 5.28.

condition de nécessité exigée par l'article XX (b)[2211]. Il a retenu le même raisonnement pour ce qui est de de la justification des mesures au titre de l'article XX (g)[2212]. Même si cette disposition était interprétée comme ouvrant la possibilité d'adopter des mesures extraterritoriales, la restriction américaine ne remplissait pas le test de nécessité, exigeant de la mesure qu'elle « *se rapporte* » à la conservation de ressources naturelles. Dans le même sens, dans son rapport affaire *Thon (CEE)*, le Groupe spécial a jugé que des mesures prises en vue de contraindre d'autres pays à modifier leur politique environnementale ne pouvaient être considérées comme principalement destinées à la conservation des dauphins[2213]. Le Groupe spécial a estimé que ce type de mesures, qui ne seraient effectives que si ces changements avaient lieu, ne pouvaient être considérées comme nécessaires pour la protection de la vie animale ou de la santé au sens de l'article XX(b)[2214].

521. Le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes* laisse *a priori* entendre que les PMP environnementaux de portée extraterritoriale pourraient dans une certaine mesure être justifiés dans le cadre des exceptions listées à l'article XX en vue de protéger des biens communs globaux[2215]. Les États-Unis avaient introduit une prohibition à l'importation de crevettes pêchées sur la base de procédés et méthodes de production nocifs pour les tortues. L'accès au marché américain de crevettes et de produits à base de crevettes était conditionné à une certification attestant du recours à des méthodes de pêche préservant les tortues. Le Groupe spécial constatant une violation de l'article XI du GATT a de plus jugé que cette restriction ne pouvait être justifiée au titre de l'article XX. L'Organe d'appel a estimé que le raisonnement du Groupe spécial avait pour effet de priver l'article XX de son utilité[2216]. Il a souligné que :

> *« l'assujettissement de l'accès au marché intérieur d'un Membre au respect ou à l'adoption par les Membres exportateurs d'une politique ou de politiques prescrites unilatéralement par le Membre importateur peut, jusqu'à un certain point, être un élément commun aux mesures relevant de l'une ou l'autre des exceptions a) à j) prévues à l'article XX. Les paragraphes a) à j) comprennent les mesures qui sont reconnues comme étant des exceptions aux obligations de fond établies par le GATT de 1994, parce que les politiques internes incorporées dans ces mesures ont été reconnues comme ayant un caractère important et légitime. Il n'est pas nécessaire de tenir pour établi que le*

[2211] *Ibid.*
[2212] *Ibid.* para. 5.32 : « *The Panel considered that if the extra jurisdictional interpretation of Article XX(g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement* »).
[2213] *États-Unis – Thon (CEE), op. cit.,* note 2106, para. 5.27.
[2214] *Ibid.,* para. 5.39.
[2215] *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661.
[2216] *Ibid.* para. 106-107.

fait d'exiger des pays exportateurs qu'ils respectent ou adoptent certaines politiques (même si elles sont couvertes en principe par telle ou telle exception) prescrites par le pays importateur a pour résultat qu'une mesure n'est pas susceptible a priori de justification au titre de l'article XX. Une telle interprétation rend inutile la plupart des exceptions spécifiques prévues à l'article XX, sinon toutes, résultat qui est incompatible avec les principes d'interprétation que nous sommes tenus d'appliquer »[2217].

Surtout, l'Organe d'appel a estimé que les mesures ayant des effets extraterritoriaux pouvaient être admises dès lors qu'existe un lien suffisant entre la finalité et l'objet de la mesure d'une part, et le pays qui la met en œuvre, d'autre part. Ce qui était le cas en l'espèce. Il existait en effet un « *lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX g)* »[2218]. Les tortues marines que la mesure américaine cherchait à protéger migraient dans les eaux de plusieurs pays, dont celles relevant de la compétence des États-Unis. C'est pour cette raison que l'Organe d'appel a estimé qu'ils étaient fondés à invoquer l'article XX (g)[2219]. En revanche, il a considéré que la mesure ne répondait pas aux exigences du chapeau. Ainsi, comme le relève Olivier de Schutter, il ne fait guère de doute que des mesures extraterritoriales se rapportant à la protection de l'air et limitant les émissions de gaz à effet de serre pourraient passer les deux premières étapes du test de l'article XX (g)[2220]. Il reste que l'Organe d'appel n'a pas précisé les critères permettant de déterminer ce qui constitue un lien suffisant. Cela implique-t-il nécessairement et uniquement un lien territorial ? Dans cette hypothèse, il y a fort à parier que seules les mesures se rapportant à la conservation de ressources en eau situées sur le territoire de deux ou plusieurs États seraient susceptibles d'être éventuellement justifiées, possibilité envisagée par le rapport de 1971 précité du Secrétariat du GATT consacré à la relation entre commerce et pollution[2221]. Il nous semble que retenir une telle interprétation reviendrait à nier la réalité et l'urgence de la crise de l'eau. Bien que les États n'appréhendent pas, d'un point de vue normatif, la question de la conservation de l'eau comme un enjeu d'intérêt global, il est évident qu'ils ont tous un intérêt à ce que cette ressource à tous points de vue singulière fasse l'objet d'une gestion et d'une utilisation plus durables. Les organes de règlement ont déjà eu l'occasion d'opter pour une interprétation souple de la notion de « ressources naturelles épuisables ». Il serait souhaitable qu'ils aient une interprétation tout aussi évolutive des moyens nécessaires à leur conservation,

[2217] *Ibid.,* para. 121.
[2218] *Ibid.,* para. 133.
[2219] *Ibid.*
[2220] O. DE SCHUTTER, *Trade in the Service of Sustainable Development Linking Trade to Labour Rights and Environmental Standards,* Oxford, Portland, Hart Publishing, 2015.
[2221] GATT, *Industrial pollution control and international trade*, *op. cit.,* note 2197.

impliquant de s'affranchir de la limite de la territorialité.

522. Le régime de l'Accord OTC est fondé sur une logique conceptuelle différente du GATT, qui ne reconnaît le droit légitime des États de réglementer que par le prisme de l'exception. L'Accord OTC reflète le passage de la non-discrimination à l'harmonisation positive et d'un système basé sur la libéralisation du commerce international à un système basé sur un marché global[2222].

II. La contribution à l'atténuation de l'empreinte hydrique par l'éco-étiquetage : une voie à privilégier

523. Le recours à l'étiquetage hydrique semble être la voie à privilégier pour un État souhaitant promouvoir une utilisation responsable des ressources en eau dans les procédés de production. La contribution de ces outils incitatifs à la préservation de l'eau devrait pourvoir être reconnue (A) tout comme la légitimité des discriminations qu'ils instituent (B).

A. L'appréciation de la nécessité de programmes d'étiquetage fondés sur l'empreinte hydrique des produits

524. En adoptant l'Accords OTC et l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (ci-après, « Accord SPS »), les négociateurs du cycle de l'Uruguay ont reconnu les limites d'« *un dispositif exclusivement fondé sur les exceptions* »[2223]. Ces Accords visent à répondre aux enjeux soulevés par l'accroissement des échanges internationaux et leur indispensable « *facilitation [requérant] leur encadrement réglementaire* »[2224].

525. Si les États venaient à adopter des règlements techniques en matière d'efficacité ou d'empreinte hydrique, ces derniers seraient susceptibles de relever de l'Accord OTC[2225]. On a

[2222] V. HEISKANEN, « The Regulatory Philosophy of International Trade Law », *JWT,* 2004, vol. 38, n°1, 2004, p. 14 : « *'Global' meaning in this instance, global in the sense of covering the territories of all WTO Members. In terms of political-philosophical justification, the shift marks a transition from a system based on 'principle' (non-discrimination) to a system based on 'policy', or, more precisely, to a system based on both 'principle' and 'policy')* ».
[2223] H. Ruiz FABRI, « Préface », dans V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372.
[2224] *Ibid.*
[2225] L'article 2.2 indique une liste non exhaustive d'objectifs parmi lesquels figure notamment la protection de l'environnement ou encore de la vie et de la santé des personnes et des animaux.

vu que les programmes volontaires pouvaient avoir pour effet de modifier les conditions de concurrence et désavantager l'accès des produits provenant de pays en développement sur des marchés sur lesquels existent des consommateurs avec une forte conscience environnementale et consommant en conséquence[2226]. Un rapprochement peut être opéré entre l'article 2.2 de l'Accord OTC et les dispositions de l'article XX du GATT dans la mesure où ces dernières « *autorisent des exceptions aux règles du GATT afin de protéger des objectifs autres que commerciaux* »[2227]. Toutefois, les deux textes reposent sur une logique très différente. L'Accord OTC reflète l'évolution de l'appréhension des valeurs non économiques au sein du régime du commerce international : d'une logique de l'exception à celle de la règle[2228], ce qui a des conséquences lourdes en matière de charge de la preuve, puisqu'il revient dans ce cas à l'État demandeur de prouver le caractère non légitime de l'objectif invoqué.

526. Il reste que le droit légitime des États de réglementer est examiné sous le prisme de valeurs commerciales, ce droit devant s'exercer « *de manière à désorganiser le moins possible le commerce* »[2229]. Autrement dit, la nécessité d'un règlement technique est appréciée au regard de ses effets sur le commerce, ces derniers ne devant pas être plus restrictifs qu'il est nécessaire pour la réalisation de l'objectif légitime[2230]. L'Organe d'appel du différend *États-Unis – Thon II (Mexique)* a précisé que ce degré n'impliquait pas que la mesure réalise de manière complète et intégrale l'objectif, soulignant que la notion « d'objectif » impliquait « *intrinsèquement la possibilité que ce "but ou [cette] visée" soit quelque chose qui est recherché et accompli à un degré plus ou moins élevé* »[2231]. Le point de savoir si un règlement technique « réalise » l'objectif affiché doit donc être déterminé au regard de son degré de contribution à l'accomplissement dudit objectif [2232]. Cette appréciation est opérée par une mise en balance de la dimension restrictive de la mesure et son degré de contribution à l'objectif d'une part, et d'autre part, les effets restrictifs de mesures alternatives raisonnablement disponibles[2233]. Dans le contexte de programmes d'étiquetage fondés sur l'empreinte hydrique, l'article 2.4 de l'Accord OTC pourrait être d'une grande utilité. Cette disposition pose une présomption en

[2226] E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, p. 732.
[2227] D. LUFF, *op. cit.,* note 667, p. 295.
[2228] V. GUÈVREMONT, *op. cit.,* note 1372, p. 336.
[2229] OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010, op.cit.,* note 131.
[2230] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 2.2.
[2231] *États-Unis – Thon II (Mexique),* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1677, para. 315.
[2232] *Ibid.*
[2233] *Ibid.,* paras. 319-332 *;* Voir dans le même sens, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO),* rapports de l'Organe d'appel, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 18 mai 2015, para. 468.

vertu de laquelle une réglementation technique conforme à une norme internationale pertinente sera réputée nécessaire et ne pas créer d'obstacle non nécessaire au commerce international. Cette présomption ne tombe que dans l'hypothèse où la norme internationale n'est ni inefficace, ni inappropriée à la réalisation des objectifs légitimes recherchés[2234]. On rappellera que la norme internationale est définie par le Guide ISO/CEI 2 : 1991, auquel l'Accord OTC renvoie, comme une norme « *adoptée par une organisation internationale à activités normatives / de normalisation et mise à la disposition du public* »[2235]. Il ressort de cette définition que cette « *qualité de norme internationale dépend principalement des caractéristiques de l'entité qui approuve la norme en cause, tandis que son objet n'est pas lui-même déterminant* »[2236]. L'Organe d'appel a en outre précisé qu'un organisme international à activité normative, au sens de l'Accord OTC, était une entité ayant « *des activités reconnues dans le domaine de la normalisation et qui est ouverte aux organismes compétents d'au moins tous les membres* »[2237]. Dans ce contexte, les règlements techniques basées sur un standard ISO jouissent d'une présomption de validité[2238]. Les États ont *a priori* tout intérêt à s'appuyer sur la norme ISO 14046 s'ils souhaitent élaborer des règlements techniques en matière d'efficacité hydrique. On rappellera que l'Organisation internationale de normalisation a pour la première fois édité en 2014 une norme spécifique à l'eau, l'ISO 14046 :2014 intitulée « *management environnemental - empreinte eau - principes, exigences et lignes directrices* » [2239].

B. La prise en compte de l'intention étatique dans l'appréciation de la non-discrimination

527. Les réglementations techniques ne doivent pas traiter moins favorablement les produits importés par rapport aux produits domestiques ou produits importés d'autres pays. Il faut distinguer les programmes d'étiquetage de l'empreinte hydrique selon les informations qu'ils contiennent[2240]. Ainsi, les programmes divulguant des informations relatives au contenu d'eau

[2234] Accord OTC, *op. cit.*, note 1330, article 2.4
[2235] ISO/IEC Guide 2 : 1991, Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités connexes.
[2236] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN*, op. cit.,* note 140, p. 325.
[2237] *États-Unis – Thon II (Mexique),* rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1677, para. 359.
[2238] Les Accords OTC et SPS encouragent les pays à adhérer à des organismes internationaux de normalisation tels que l'ISO, ainsi que le Codex Alimentarius, de l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE) et de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV). Voir B. SCHWARTZ, « WTO and GMOs: Analyzing the European Community's Recent Regulations Covering the Labelling of Genetically Modified Organisms », *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, n° 3, pp. 772-811.
[2239] Voir Chapitre IV, para. 305.
[2240] E. BROWN WEISS, L. SLOBODAN, *op. cit.,* note 1332, p. 734.

virtuelle ou reposant sur un système de *rating* ne devraient *a priori* poser aucun problème de discrimination dès lors qu'ils s'appliquent à tous les produits quels que soient leur provenance ou les procédés et méthodes de production utilisés. En revanche, les programmes d'étiquetage de l'empreinte hydrique applicables aux produits remplissant certains standards en matière d'utilisation durable de l'eau peuvent s'avérer problématiques puisque les pratiques d'utilisation et leurs effets sur la ressource sont intimement liés aux conditions hydriques et climatologiques.

528. Dans le cadre de l'Accord OTC, la finalité des réglementations techniques est justement d'établir des distinctions entre les produits en fonction de leurs caractéristiques ou de leurs PMP. L'article 2.1 de l'Accord OTC ne saurait dont être interprété comme signifiant que toute distinction modifiant les conditions de concurrence constitue *per se* un traitement moins favorable. Les organes de règlement de différends attachent par conséquent une grande importance au point de savoir si la discrimination constatée résulte d'une distinction réglementaire légitime[2241]. Dès lors que l'État est en mesure de démontrer que « *l'effet préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, (…) la mesure contestée n'est pas incompatible avec l'article 2.1* »[2242]. À ce titre, il peut être utile de rappeler le différend bien connu *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle.* Ce dernier portait sur une règlementation technique américaine interdisant les cigarettes aromatisées aux clous de girofle, dont l'Indonésie était un grand producteur et exportateur. L'Indonésie soutenait que cette mesure violait l'obligation de traitement national, car elle ne visait pas par ailleurs les cigarettes au menthol produites par les fabricants américains. Il fallait dès lors déterminer si les cigarettes aux clous de girofles et les cigarettes mentholées pouvaient être considérées comme similaires. Le Groupe spécial avait axé son examen sur l'analyse de la légitimité des buts recherchés par la règlementation américaine. L'Organe d'appel a rejeté cette approche en soulignant, qu'à l'image du GATT, l'évaluation de la similarité dans le cadre de l'Accord OTC devait être centrée sur l'analyse du rapport de concurrence entre les produits[2243]. Plus précisément, l'Organe d'appel a reconnu que « *les préoccupations en matière de réglementation à l'origine des règlements techniques [pouvaient] jouer un rôle dans la détermination de la similarité* », cela « *[d]ans la mesure où elles [étaient] pertinentes pour*

[2241] *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, *op. cit.,* note 1416, para. 182.
[2242] *États-Unis – Thon II (Mexique)*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1677, para. 216. Voir dans le même sens *Communautés européennes – Produits dérivés du phoque,* rapports de l'Organe d'appel, *op. cit.,* note 1964, para. 5.310.
[2243] *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, *op. cit.,* note 1416, paras. 109-111.

l'examen de certains critères de similarité et [étaient] reflétées dans le rapport de concurrence des produits »[2244]. Il a jugé que la règlementation américaine affectant les cigarettes aux clous de girofle indonésienne et épargnant les cigarettes mentholées américaines n'était pas justifiée au regard de l'objectif de santé publique affiché par les autorités américaines[2245].

529. S'agissant de l'eau, un produit importé ne remplissant pas les conditions nécessaires pour obtenir un label « empreinte eau » pourrait voir sa capacité à être compétitif sur un marché, compromise. On rappellera tout d'abord que les organes de règlement de l'OMC ont reconnu que les préférences des consommateurs pour des modes de production éthiques et responsables pouvaient avoir un poids dans l'évaluation de la similarité. L'étiquetage de l'empreinte hydrique de produits, en divulguant des informations et en permettant aux consommateurs d'opter pour des produits respectueux de l'eau, peut ainsi contribuer à conclure à la non-similarité de produits. Ensuite, la prise en compte des buts légitimes poursuivis dans l'examen du traitement laisse indéniablement une plus grande marge d'autonomie aux États soucieux de répondre à l'enjeu de conservation de la ressource. Si le traitement dissemblable résulte exclusivement d'une politique de l'eau non-discriminatoire et légitime, il semble que la mesure ne pourrait pas être constitutive d'un traitement discriminatoire au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

Conclusion du chapitre

530. Le GATT n'ayant pas été spécifiquement élaboré en vue de réguler le commerce de ressources naturelles, il revient pour l'heure aux organes de règlement des différends d'opter pour une interprétation évolutive permettant de répondre aux enjeux suscités par l'exploitation de l'eau. Or, force est de constater que nous en sommes loin. La tendance des organes de règlement à traiter les PMP en tant que restrictions quantitatives ou mesures discriminatoires violant les dispositions du GATT reflète une hostilité à leur égard. L'attention portée aux choix de consommation éthique en tant qu'élément de disqualification de la similarité de produits ouvre, certes, une fenêtre d'opportunité, mais à l'heure actuelle, la « conscience bleue » des consommateurs fait défaut, comparativement à une « conscience carbone » en développement.

[2244] *Ibid.* para. 120.
[2245] *Ibid.* paras. 213-226.

531. La voie la plus prometteuse dans le contexte du GATT est celle des exceptions générales de l'article XX, dont l'interprétation par l'Organe d'appel dans le différend *États-Unis – Crevettes* laisse entendre que les PMP environnementaux de portée extraterritoriale pourraient dans une certaine mesure être justifiés. Pour ce qui est de l'eau, une telle justification passe nécessairement par une reconnaissance de sa conservation comme un enjeu d'intérêt global concernant tous les États, indépendamment de l'existence d'un lien territorial. Il reste que cette voie condamne l'État à une posture défensive consistant à échapper par le jeu des exceptions aux disciplines et effets des règles du commerce international. L'Accord OTC ouvre ainsi d'autres opportunités aux États souhaitant réguler les externalités générées par le commerce international de produits intensifs en eau en impliquant les consommateurs à travers l'éco-étiquetage. L'Accord reflète la prise de conscience des négociateurs du cycle de l'Uruguay des limites d'un dispositif fondé exclusivement sur l'approche de l'exception. Tout comme l'Accord SPS, il matérialise la nécessité d'« *encadrer selon une autre approche les très nombreuses et nécessaires mesures réglementaires que les États sont amenés à prendre, en particulier les normes techniques et les normes sanitaires* »[2246].

[2246] H. RUIZ FABRI, *op. cit.,* note 2223.

CONCLUSION DU TITRE IV

532. Le régime juridique de l'eau convoque irrémédiablement la figure de l'État, dont la tâche implique qu'il en encadre l'appropriation privée dès lors qu'il en va de l'intérêt public. Cette mission ardue est contrainte par le droit des échanges et le régime de protection des investissements. Les espaces dont disposent les États en vue de limiter les externalités générées par les activités économiques impliquant une utilisation intensive de l'eau sont pour l'heure très limités.

533. La pertinence du droit international économique pour saisir l'eau en tant que ressource de dimension globale et répondre à la préoccupation de son utilisation collective dépend de sa capacité à appréhender les enjeux et intérêts économiques d'une part, et non économiques d'autre part, de manière intégrée. À l'analyse du contentieux d'investissement, il apparaît urgent de systématiser cette approche que l'on trouve de plus en plus dans les AII de nouvelle génération. Elle se manifeste à travers les interprétations ouvertes du principe de non-discrimination, propres à singulariser les investisseurs étrangers en fonction de l'impact social et environnemental de leur usage de l'eau. Mais, pour l'heure, il ne se dégage pas de la jurisprudence des tribunaux arbitraux une démarche cohérente de la non-discrimination permettant de faire de ce principe un levier de responsabilisation des opérateurs économiques pour une utilisation durable de l'eau.

534. Les Accords de l'OMC n'ont pas été élaborés en vue de réguler le commerce de ressources naturelles et ne sont pas davantage interprétés par les organes de règlement des différends de manière à répondre de manière adéquate aux enjeux actuels de protection et de conservation. La marge de manœuvre des États pour réglementer les externalités négatives générées par le commerce international de marchandises intensives en eau s'en trouve réduite. La justification de mesures commerciales restrictives prises à cette fin, suppose une interprétation évolutive des exceptions générales du GATT, de manière à ce que ces dernières puissent être mobilisées en vue de protéger des ressources dont la conservation soulève des défis d'intérêt global. Ainsi de telles mesures prises par un État exportateur d'eau virtuelle ne peuvent être admises que si les organes de règlement font preuve d'ouverture sur l'enjeu d'inégale répartition géographique des ressources en eau, d'une part, et reconnaissent les liens

entre surexploitation de l'eau et manque de disponibilité locale, d'autre part. L'admission de mesures extraterritoriales imposées par l'État importateur de marchandises intensives en eau suppose, quant à elle, des organes de règlement qu'ils reconnaissent la dimension globale de la crise de l'eau, dont la résolution implique immanquablement un dépassement du prisme de la territorialité.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

535. Notre étude montre que l'encadrement de l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services par le droit international économique n'est pas uniquement dominé par des considérations commerciales et économiques. La protection des dimensions non-marchandes de l'eau et de ses services publics est opérée par la prise en compte des objectifs légitimes de l'État, objectifs que l'on trouve tant dans la branche commerciale du droit international économique que dans celle relative aux investissements étrangers. Il reste que ces objectifs sont appréhendés en tant que mesures restrictives aux échanges commerciaux ou affectant les droits des investisseurs. Ils sont, à ce titre, appréciés au regard de critères économiques et commerciaux. Les valeurs non marchandes de l'eau sont, certes, prises en compte mais reléguées à une position secondaire dans la hiérarchie des règles, principes et valeurs[2247].

536. L'exemple de l'eau, en raison de la dimension vitale de la ressource, montre à quel point il est urgent d'engager une réflexion sur le statut des mesures d'intérêt public au regard du droit international économique. L'examen de la légalité de certaines de ces réglementations ne devrait pas faire intervenir de critères relevant de l'analyse économique. L'intégration de critères non marchands dans l'interprétation des principes fondamentaux du droit international économique, et en premier lieu du principe de non-discrimination, apparaît dans l'immédiat comme une voie à privilégier. Elle offre la possibilité de singulariser les opérateurs étrangers exploitant l'eau et les services publics et cela à raison des impacts sociétaux indéniables de leurs activités. La discrimination peut ainsi être mobilisée afin de décourager le recours à des procédés et méthodes de production peu respectueux de la ressource en eau et, de la sorte, servir de levier de responsabilisation.

537. La tendance au rééquilibrage du droit des investissements, dont témoignent les accords dits de nouvelle génération est en cela prometteuse. Ce corps de normes « *se trouve aujourd'hui traversé par des aspirations d'intérêt général, le respect de l'environnement, mais aussi de la personne humaine et de ses droits surpassant parfois les droits économiques de l'investisseur* »[2248]. En attendant une généralisation de cette tendance dans le champ

[2247] M. DELMAS-MARTY, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit,* Paris, Collège de France – Bayard, 2003*,* p. 646.
[2248] O. DANIC, *op. cit.,* note 1548, p. 533

conventionnel, il faut pour l'heure s'en remettre aux organes de règlement des différends, tant dans le cadre des différends commerciaux que dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, qui devraient interpréter les grands principes et libertés du droit international économique à la lumière des défis suscités par la crise de l'eau.

CONCLUSION GÉNÉRALE

538. Notre étude a permis d'analyser dans quelle mesure le droit international économique peut compromettre la mise en place d'un statut juridique de l'eau entraînant un régime permettant d'instaurer une utilisation collective de l'eau. S'il est évident que ses règles peuvent faire obstacle à la réalisation de cet objectif, il s'avère que le droit international économique n'est pas totalement hermétique à cette finalité non-marchande. Il dispose même de leviers et de ressorts qui lui sont propres et qui pourraient, dans une certaine mesure, permettre d'y concourir. Il reste que pour l'heure, le potentiel est peu exploré.

539. Nous avons pu constater que la dimension collective de la gestion de l'eau repose principalement sur l'État en tant que gardien des ressources. Il reste que les branches non économiques du droit international n'appréhendent que partiellement le défi de l'utilisation collective et n'ont qu'une emprise limitée sur la dimension marchande de l'eau et le régime juridique auquel cette dimension conduit. Ce traitement insuffisant, découlant de l'approche statocentrée du droit international, met en lumière les limites de ce dernier pour répondre aux enjeux fondamentaux suscités par la crise de l'eau.

540. Dans l'ordre juridique interne, la dimension collective de l'eau, ressource d'intérêt public, est envisagée avec cohérence. L'État joue à cet égard un rôle central, qu'il s'agisse de la protection des utilisations prioritaires ou de la conciliation des utilisations concurrentes. En vue de garantir l'approvisionnement en eau de sa population, il peut limiter la liberté commerciale des opérateurs privés fournisseurs de services à travers l'imposition d'obligations de service public. Par ailleurs, les règles organisant le partage des utilisations de l'eau tendent à ancrer son statut juridique dans le champ des biens communs, c'est-à-dire dans un cadre érigeant comme objectifs prioritaires son utilisation équitable et sa conservation. Ces objectifs apparaissent même comme une utilité publique singulière ouvrant la porte à une redéfinition du rôle de l'État illustrée par sa figure de *trustee* dans certains pays de *Common Law*. En tout état de cause, l'enjeu de conservation a favorisé l'uniformisation du régime juridique des eaux, mouvement qui se caractérise particulièrement par le contrôle renforcé dont fait l'objet l'appropriation de la ressource.

541. L'eau, ressource d'intérêt public est aussi une ressource économique. Les États insistent sur cette valeur économique dans une perspective d'internalisation des externalités, comme en témoigne la tarification de l'utilisation de l'eau ou des services de distribution d'eau potable et d'assainissement. Le traitement de l'eau en tant que bien économique a, en outre, favorisé l'infiltration de logiques économiques de marché dans le secteur des services de distribution d'eau potable et d'assainissement.

542. Dès lors que l'on se place dans le champ du droit international économique, certains aspects de l'approche économique de l'eau revêtent une dimension particulière. Ainsi, au regard du droit international du commerce, l'extraction de l'eau de son milieu naturel a pour effet de la transformer en produit. Il s'avère que lorsque l'eau fait l'objet de droits d'exploitation emportant le droit d'en disposer, elle est appréhendée par le droit international du commerce comme un bien et cela, avant même son extraction de son milieu naturel. Dans cette hypothèse, c'est le caractère exclusif des droits de prélèvements qui fait basculer l'eau dans le champ de la commercialité. Il en va autrement dans le cadre des TBI. Ces derniers font entrer un vaste éventail de droits d'exploitation dans la catégorie des investissements, sans égard pour les prérogatives auxquelles ils donnent droit. Dans le champ contentieux, une mesure est apportée à cette conception extensive de la propriété. Les tribunaux s'appuient sur le droit interne en vue de déterminer s'il est possible d'exercer des droits exclusifs sur l'eau. Cette démarche est fondamentale, dans la mesure où le régime juridique de l'eau est, en droit interne, marqué par le refoulement d'une conception exclusiviste de la propriété. Pour autant, le potentiel perturbateur du droit international de l'investissement sur les politiques nationales de l'eau dépasse l'enjeu de la qualification. Les tribunaux arbitraux peuvent être amenés à examiner les politiques internes de gestion de l'eau dès lors que celles-ci affectent le « *droit d'usage et de jouissance de l'investissement* »[2249]. Nous avons pu constater que cette interférence pouvait aller jusqu'à affecter le droit des États d'interdire les exportations d'eau à grande échelle. Or, ces mesures sont pour l'heure hors de portée des disciplines du droit international du commerce, les États ne souhaitant pas commercialiser l'eau en vrac. Le droit international des investissements s'intéressant à la protection du droit d'exporter en tant qu'élément essentiel de l'investissement, « *les interférences avec cette possibilité ont nécessairement des effets négatifs sur la propriété de l'investisseur* »[2250]. Ce cas de figure est illustratif du manque de réflexion sur l'articulation entre ces deux branches du droit international économique.

[2249] S. ROBERT-CUENDET, note 160, p. 158.
[2250] *Pope & Talbot Inc.*, *ibid.,* para. 98.

543. Les services publics de distribution d'eau potable ne font pas davantage l'objet d'un statut particulier au regard du droit international du commerce et c'est précisément en raison de leur mode de gestion, pouvant reposer sur une approche commerciale, qu'ils peuvent entrer dans son champ d'application. Le caractère restreint de la clause d'exclusion de l'AGCS, d'une part, et l'absence d'exception leur étant spécifiquement dédiée, d'autre part, rendent compte de la vision très étroite des services publics qu'épouse l'Accord. Pour cette raison, les réserves et limitations prises en amont par les États apparaissent plus qu'indispensables puisqu'il s'agit de la seule voie leur permettant de préserver ces services de toute interférence avec un régime marchand. Mais si, pour l'heure, l'accès au marché international des services d'eau ne résulte nullement de la libéralisation du commerce de services et des engagements conventionnels des États, les entreprises, pour leur part présentes sur ces marchés bénéficient des appels d'offres internationaux. Quant aux PPP, souvent matérialisés dans des contrats de concession, ils relèvent des règles de protection du droit international des investissements.

544. L'eau, les droits d'exploitation dont elle peut faire l'objet et les services publics d'eau sont ainsi appréhendés par un corps de normes s'intéressant à la protection du droit des opérateurs étrangers d'accéder aux ressources en eau de manière non-discriminatoire et de les exploiter. Force est de constater que la logique du droit international économique et ses finalités premières sont de nature à compromettre l'enjeu d'utilisation collective de l'eau et à contraindre significativement la figure de l'État gardien des ressources en eau.

545. Le droit de réglementer de l'État régulateur des services d'eau est ainsi évalué au regard de ses effets sur les échanges commerciaux. À cet égard, l'interprétation de la nécessité comme exigeant l'absence de mesures alternatives moins restrictives pour les échanges, donne lieu à un examen particulièrement intrusif et ne laisse à l'État qu'un espace d'autonomie réduit. Le test des mesures alternatives introduit de fait une hiérarchie entre valeurs commerciales et non commerciales, puisque sa mise en œuvre revient en définitive à apprécier la nécessité de mesures d'intérêt public sur la base de considérations d'efficacité économique. L'évolution de l'interprétation des organes de règlement tendant à prendre en compte l'importance des intérêts et des valeurs que l'État cherche à protéger est en cela plus favorable à la justification de mesures prises en vue de réaliser l'accès à l'eau des populations et partant, le droit de l'homme à l'eau. De plus, l'attention portée à la faisabilité de la mesure dans l'examen de sa nécessité est capitale dans ce cas de figure. Le principe de réalisation progressive dans la limite des

ressources disponibles constitue en effet un aspect fondamental des obligations incombant aux États en matière de droits économiques, sociaux et culturels, permettant de prendre en compte les contraintes pesant sur eux en matière de ressources.

546. Dans le champ de l'investissement, l'examen de l'exercice des prérogatives de l'État régulateur ressort de la même logique. Il est admis qu'il dispose de *« fonctions légitimes de planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général* »[2251]. Pour autant, ces fonctions doivent être exercées « *de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de l'intérêt général, et sans que l'État ne se soit préalablement soustrait à ses obligations* »[2252]. Elles demeurent évaluées en fonction de leurs effets sur les droits des investisseurs étrangers. Mais ici, l'interférence avec ces droits doit être telle que la valeur de l'investissement se trouve annihilée[2253].

547. Dans le même ordre d'idées, si l'État garant de l'utilisation collective de l'eau est en droit de refuser que s'établissent sur son territoire des activités économiques susceptibles d'affecter négativement la ressource et les droits des autres utilisateurs, cette figure rivalise avec celle de l'État désireux d'attirer des investissements étrangers. Comme nous avons pu le constater dans le cadre des contrats d'achat et de location de terres agricoles, les politiques de promotion des investissements étrangers et le régime juridique de protection de ces investissements peuvent localement saper les efforts visant à réaliser une gestion intégrée et durable des ressources en eau.

548. Si le droit international économique est protecteur de la valeur marchande de l'eau et des droits d'exploitation dont elle peut faire l'objet, il n'est pas uniquement dominé par ces seules valeurs. Tout d'abord, certains leviers peuvent être mobilisés pour singulariser les opérateurs économiques étrangers fournissant des services publics d'eau ou recourant à des procédés et méthodes de production reposant sur une exploitation intensive de la ressource.

549. On l'a vu, l'État qui fait le choix de déléguer la gestion de ses services publics d'eau potable et d'assainissement à un opérateur privé cherche à remédier à une insuffisance de

[2251] *SAUR International c. Argentine,* CIRDI, ARB/04/4, sentence du 6 juin 2012, para. 342.
[2252] *Ibid.,* para. 401.
[2253] *Sempra Energy International c. Argentine, op. cit.,* note 1473, paras 284-285

technologies, d'expérience et de ressources économiques. Ce processus s'inscrit dès lors dans une démarche de réalisation du droit de l'homme à l'eau et de l'objectif d'accès universel aux services. C'est la raison pour laquelle les investissements réalisés dans ce secteur ne peuvent pas être appréhendés de la même manière que n'importe quelle activité économique.

550. Le principe de non-discrimination – et donc, la notion de similarité – peut être mobilisé utilement aux fins de singulariser les investisseurs exploitant des services publics de l'eau. Il ressort de la jurisprudence récente que la référence aux *« services et fournisseurs de services »* à l'article XVII de l'AGCS relatif au traitement national implique de s'attacher tant aux considérations relatives aux services que celles portant sur les fournisseurs aux fins de détermination de la similarité. Partant, il est difficile de considérer fournisseurs publics et privés comme étant similaires. Par ailleurs, l'intégration dans l'analyse de la similarité des circonstances d'intérêt public justifiant un traitement différencié est une autre voie pouvant être exploitée. Dans le champ de l'investissement, il est utile de rappeler que le tribunal arbitral du différend *UPS c. Canada* s'est précisément appuyé sur les obligations de service public pesant sur l'opérateur public national pour conclure que ce dernier et *UPS* ne se trouvaient pas dans des circonstances similaires. Opter pour une telle interprétation de la non-discrimination dans le domaine des services publics d'eau équivaudrait à reconnaître leur double nature, à la fois mission d'intérêt général et activité économique. Le standard du traitement juste et équitable a d'ailleurs été interprété dans cette perspective dans le différend *Urbaser*. Le tribunal a tenu à insister sur le fait que l'environnement juridique de la concession comprenait aussi bien les droits que les obligations de l'État d'accueil en matière d'accès à l'eau des populations. Ces obligations, impliquant de l'État qu'il prenne toute mesure appropriée, constituaient l'un des objectifs fondamentaux du processus de privatisation des services d'eau, et l'investisseur ne pouvait les ignorer.

551. La sentence *Urbaser* est importante : elle rend compte de l'intention du tribunal arbitral d'équilibrer les droits et les obligations de l'État d'un côté, et celles de l'investisseur de l'autre. Sa démarche intégrationniste apparaît dans l'examen de la demande reconventionnelle de l'Argentine. Le tribunal a exprimé sa réticence à accepter le postulat selon lequel la garantie du droit de l'homme à l'eau serait une responsabilité pesant exclusivement sur l'État, et en rien sur les entreprises privées qui fournissent pourtant le service. Mais le tribunal n'a pu que confirmer que l'obligation d'assurer l'accès à l'eau des populations ne peut, en ce qui concerne un opérateur privé, que découler de l'environnement juridique du pays dans lequel il opère. Les

carences du droit international des droits de l'homme rejaillissent ainsi dans le champ du droit international des investissements. En revanche, en matière d'exploitation de l'eau en tant que ressource productive, la responsabilité de respecter les droits de l'homme pourrait prendre une autre ampleur dans le champ du contentieux de l'investissement. Le manquement d'une entreprise à son devoir de *due diligence* pourrait être constaté dans le cadre d'une demande reconventionnelle d'un État hôte d'investissement.

552. Pour ces entreprises consommatrices d'eau, l'octroi d'avantages fondés sur l'empreinte hydrique des procédés et méthodes de production est une autre voie de responsabilisation. Les clauses des TBI relatives à la non-discrimination renvoyant à des « *circonstances analogues* » permettent d'intégrer les procédés et méthodes de production dans l'analyse de la similarité, comme l'indique la sentence *Methanex c. États-Unis*.

553. L'analyse de la jurisprudence arbitrale montre que les tribunaux ont su progressivement apporter des infléchissements dans l'interprétation des droits des investisseurs étrangers afin de mieux les soupeser avec l'intérêt public. Le contentieux de l'investissement peut aussi être mobilisé à des fins de responsabilisation des investisseurs, même si son objectif initial est de garantir leur protection. Dans le champ conventionnel, les clauses de nouvelle génération, en laissant davantage d'espace au droit de l'État de réglementer dans l'intérêt public, sont mieux adaptées aux investissements réalisés dans le secteur de l'eau. En appréhendant les mesures environnementales ou de santé publique prises dans l'exercice des pouvoirs de police comme une exception à l'obligation d'indemniser, ces accords traitent objectifs économiques, d'un côté, et non économiques, de l'autre, sur le même pied. Ils ouvrent ainsi l'opportunité de mieux concilier les aspects marchands et non marchands de l'encadrement juridique de l'exploitation transnationale de l'eau et de ses services. En outre, le rééquilibrage en cours dans le champ conventionnel à travers l'imposition d'obligations « opposables » aux investisseurs étrangers[2254] est une autre voie qui doit être systématisée, ce qui est pour l'heure loin d'être le cas.

554. Pour l'heure, le droit international du commerce peine à aller plus loin que son objectif de libre concurrence entre marchandises de différentes origines. Les disciplines des Accords de

[2254] M. M. MBENGUE, *op. cit.,* note 1830, p. 299.

l'OMC pourraient être interprétées de manière à favoriser des transferts d'eau virtuelle plus optimaux et contribuer ainsi à une utilisation plus responsable de l'eau à l'échelle globale.

555. Il existe des espaces permettant aux États de limiter les externalités générées par le commerce international de marchandises intensives en eau. L'exception de l'article XX (g) du GATT relative à la conservation des ressources naturelles pourrait être mobilisée par l'État exportateur de marchandises intensives en eau souhaitant préserver ses ressources locales. Il est vrai que les organes de règlement des différends retiennent une interprétation évolutive des ressources concernées par l'exception[2255]. Il nous parait tout à fait justifié d'appréhender l'eau, dans sa globalité, comme une ressource naturelle épuisable au sens de cette disposition. Par ailleurs, l'examen du chapeau interdisant la « *discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent* » pourrait être passé avec succès, dès lors que l'on admet que ces conditions peuvent viser des considérations non économiques, telles que les conditions hydriques et climatiques propres et spécifiques à chaque pays.

556. Le droit des échanges comprend aussi quelques ouvertures en faveur de l'État importateur souhaitant moduler l'accès au marché de marchandises en fonction de l'empreinte hydrique de leurs PMP. Il est certain que le recours à des programmes d'étiquetage informant sur l'empreinte hydrique des produits est une voie à privilégier. Au regard de l'Accord OTC, la contribution de tels dispositifs à la préservation de l'eau devrait pourvoir être reconnue tout comme la légitimité des discriminations qu'ils instituent. L'accent porté aux buts légitimes poursuivis dans l'examen du traitement préserve une certaine marge d'autonomie aux États soucieux de contribuer à l'enjeu de conservation de l'eau par cette voie.

557. Dans le cadre du GATT, l'Organe d'appel a accepté de s'attarder sur l'analyse des goûts des consommateurs dans l'examen de la similarité. Il a admis que ces préférences pouvaient être influencées par des considérations liées aux procédés de fabrication. Cela n'est pas sans importance dans un contexte de montée en puissance de la consommation éthique. Mais pour l'heure, si l'on peut identifier une véritable conscience « verte », la conscience « bleue » des consommateurs n'en est qu'à ses prémices. Les États pourraient, dans une posture défensive, mobiliser l'article XX du GATT. Mais il faudrait dans ce cas admettre que la disposition couvre des mesures de portée extraterritoriale. L'important rapport de l'Organe

[2255] Voir *États-Unis – Crevettes,* rapport de l'Organe d'appel *op. cit.,* note 661, paras. 130-134

d'appel *États-Unis – Crevettes* laisse entendre qu'une telle extraterritorialité pourrait être admise. Les mesures commerciales fondées sur des PMP environnementaux pourraient dans une certaine mesure être justifiés au titre de l'article XX en vue de protéger des biens communs globaux. Ces mesures pourraient être admises dès lors qu'existe un lien suffisant entre la finalité et l'objet de la mesure d'une part, et le pays qui la met en œuvre, d'autre part. Mais l'interprétation de l'exigence de « lien suffisant » comme induisant nécessairement l'existence d'un lien territorial reviendrait à nier la réalité de la crise de l'eau. Les problématiques d'accès et de disponibilité de la ressource représentent incontestablement des enjeux d'intérêt global, les États ayant tous un intérêt à ce que cette ressource à tous points de vue singulière fasse l'objet d'une gestion et d'une utilisation plus responsable. Ainsi, de la même manière que les organes de règlement des différends ont eu l'occasion d'opter pour une interprétation souple de la notion de « ressources naturelles épuisables », il serait souhaitable qu'ils aient une interprétation tout aussi évolutive des moyens nécessaires à leur conservation, impliquant de s'affranchir de la limite de la territorialité.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

I. Ouvrages et manuels

ACHARYA R. (dir.), *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 726 p.

ALVAREZ J. E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Leiden, Brill Nijhoff, 2011, vol. 344, 502 p.

AMADIO M., SIORAT L., *Le contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, LGDJ, 1967, 276 p.

ANGELL J. K., *A Treatise on the Right of Property in Tide Waters and in the Soil and Shores Thereof (1826),* reimpression Littleton, F.B. Rothman, 1983, 435 p.

ANTONOPOULOS C., *Counterclaims before the International Court of Justice,* La Haye, TMC Asser, 2011, 177 p.

AUBRY C., RAU C., *Droit civil français*, *Les biens,* Paris, Librairies Techniques, 737 p.

AUBY J.-M., BON P., *Droit administratif des biens,* Paris, Dalloz, 1995, 537 p.

AYNÈS L., MALAURIE P., *Les biens,* Paris, Defrénois, 2005, 393 p.

BAILLAT A., *International Trade in Water Rights: the Next Step,* Londres, New York, IWA Publishing, 2010, 242 p.

BARLOW M., CLARKE T., *L'or bleu : l'eau, nouvel enjeu stratégique et commercial*, Montréal, Boréal, 2002, 390 p.

BARONE S., MAYAUX P.-L., *Les politiques de l'eau,* Paris, LGDJ, 2019, 153 p.

BARTELS L., ORTINO F., *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System,* Oxford, Oxford University Press, 2012, 604 p.

BASLAR K., *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye, Boston, Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, 1998, 427 p.

BAUER C. J., *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform,* Londres, Routledge, 2004, 173 p.

BERNASCONI-OSTERWALDER N., *Environment and Trade: A Guide to WTO Jurisprudence,* London, Earthscan, 2006, 370 p.

BEURIER J.-P., *Droit international de l'environnement,* Paris, Pedone, 2010, 588 p.

BHAGWATI J. N., MATHIS J. H., *Regional Trade Agreement in the GATT/WTO: Article XXIV and the International Trade Requirements*, La Haye, TMC Asser Press, 2002, 328 p.

BLANCHON D., *Atlas mondial de l'eau. Défendre et partager notre bien commun,* Paris, Éditions Autrement, 2013, 79 p.

BLUMM M. C., WOOD M. C., *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law,* Durham, Carolina Academic Press, 2011, 496 p.

BOISSON DE CHAZOURNES L., *Fresh Water and International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2013, 265 p.

BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., BROWN WEISS E., (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, 480 p.

BORDONNEAU M.-A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau,* Paris, Éditions Johanet, 2009, 901 p.

BRONWEN M., *Water on Tap: Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2011, 226 p.

BROSSET E., TRUILHÉ-MARENGO È., *Les enjeux de la normalisation internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, 334 p.

BROWN WEISS E., *International Law for a Water Scarce World*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, 343 p.

BUCKLAND W. W., MCNAIR A. D., LAWSON F. H., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline,* Cambridge, Cambridge University Press, 1969, 439 p.

CABANES V., *Homo Natura : en harmonie avec le vivant*, Paris, Buchet Chastel, 2017, 117 p.

CAHIN G., *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier,* Paris, Pedone, 2001, 782 p.

CAPONERA D. A., *Les principes du droit et de l'administration des eaux. Droit interne et droit international*, Paris, Éditions Johanet, 2009, 543 p.

CARBONNIER J., *Droit Civil, Tome III, Les biens,* Paris, PUF, 2000, 398 p.

CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R., HAMANN A., *Droit international économique,* Paris, Dalloz, 2017, 941 p.

CARREAU D., MARRELLA F., *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 733 p.

CASSELLA S., *L'état de nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Nijhoff, 2011, 577 p.

CASSESE A., *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 420 p.

CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international,* Paris, LGDJ, 2006, 497 p.

CHADWICK A., GLASSON J., THERIVEL R., *Introduction to Environmental Impact Assessment*, Londres, New York, Routledge, 2006, 423 p.

CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens,* Paris, Dalloz, 2004, 764 p.

CHAPMAN A. R., RUSSELL S. (dir.), *Core Obligations: Building a New Framework for Economic, Social and Cultural Rights,* Antwerp, Intersentia, 2002, 351 p.

CHAPUS R., *Droit administratif général, Tome I,* Paris, Montchrestien, 2001, 1427 p.

CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes,* Paris, LGDJ, 2006, 487 p.

CHOMSKY N., *Le profit avant l'homme,* Paris, Fayard, 2003, 245 p.

CHOUDHURY B., *Public Services and International Trade Liberalization. Human Rights and Gender Implications,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2012, 362 p.

COLLINS D., *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2015, 265 p.

COMAIR F. G., *Hydro diplomatie et nexus eau-énergie-alimentation,* Paris, Éditions Johanet, 2018

COMMONS J., *The Distribution of Wealth,* New York, Londres, Macmillan and Co, 1893, 258 p.

CONCA K., *Governing Water: Contentious Transnational Politics and Global Institution Building,* Cambridge, MIT Press, 2006, 466 p.

CORDONIER-SEGGER M.-C., GEHRING M. W., NEWCOMBE A. (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 902 p.

CORIAT B. (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2015, 297 p.

CRAWFORD J., *Les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires,* Paris, Pedone, 2001, 461 p.

CULLET P., *Water Law, Poverty and Development: Water Sector Reforms in India,* Oxford, Oxford University Press, 2009, 241 p.

CUMMINGS B. J., *Dam the Rivers, Dam the People: Development and Resistance in Amazonian Brazil,* London, Sterling, Earthscan, 2013, 132 p.

CUQ M., *L'eau en droit international : convergences et divergences dans les approches juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, 148 p.

D'AMATO A. A., *The Concept of Custom in International Law,* Ithaca, New York, Cornell University Press, 1971, 287 p.

DARDOT P., LAVAL C., *Commun, Essai sur la révolution au XXIème siècle,* Paris, La Découverte, 2014, 759 p.

DE LASSUS SAINT-GENIÈS G., *Droit international du climat et aspect économique du défi climatique,* Paris, Pedone, 2017, 315 p.

DE NANTEUIL A., *Droit international de l'investissement,* Paris, Pedone, 2014, 431 p.

DE SABRAN-PONTEVÈS E.*, Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 441 p.

DE SCHUTTER O., *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking Trade to Labour Rights and Environmental Standards,* Oxford, Portland, Hart Publishing, 2015, 192 p.

DEBBASCH C., *Droit administratif des biens,* Paris, PUF, 1994, 366 p.

DELLAPENNA J. W., GUPTA J. (dir.), *The Evolution of the Law and Politics of Water*, New York, Springer, 2009, 413 p.

DJOUSSOU J.-M., *L'Afrique, le GATT, et l'OMC : entre territoires douaniers et régions commerciales*, Paris, Québec, L'Harmattan, Presses de l'Université de Laval, 2000, 263 p.

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2012, 417 p.

DOUGLAS Z., *The International Law of Investment Claims,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 616 p.

DUFAU J., *Le domaine public,* Paris, Éditions du Moniteur, 1993, 462 p.

DUHAUTOY F., *L'accès à l'eau, droit de l'homme ou loi du marché ?,* Paris, Éditions Johanet, 2015, 743 p.

DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E., *Introduction au droit international de l'environnement,* Bruxelles, Bruylant, 2015, 499 p.

DURKHEIM É., *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Publications de l'Université d'Istanbul, 1950, 259 p.

EPPS T., GREEN A., *Reconciling Trade and Climate Change. How the WTO Can Help Address Climate Change,* Cheltenham, Edward Elgar, 2010, 280 p.

FALQUE M., TENIÈRE-BUCHOT P. F. (dir.), *L'eau entre réglementation et marché*, Paris, Éditions Johanet, 2014, 313 p.

FARINETTI A., *La protection juridique des cours d'eau : contribution à une réflexion sur l'appréhension des objets complexes*, Paris, Éditions Johanet, 2012, 1127 p.

FISHER D., *The Law and Governance of Water Resources. The Challenge of Sustainability,* Cheltenham, Edward Elgar, 2009, 385 p.

GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p.

GAILLARD SEBILEAU É., *Générations futures et droit privé. Vers un droit des générations futures,* Paris, LGDJ Extenso, 2010, 673 p.

GAONAC'H A., *La nature juridique de l'eau,* Paris, Éditions Johanet, 1999, 192 p.

GAUDEMET J., *Droit romain et ancien droit français,* Paris, Cours de droit, 1963, 275 p.

GAZZANIGA J.-L., CASTERA-LARROUY X., MARC P., OURLIAC J.-P., *Le droit de l'eau,* Paris, Litec, 2011, 547 p.

GILLES A., *La définition de l'investissement international,* Paris, Larcier, 2012, 534 p.

GODANA B. A., *Africa Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems,* Londres, Frances Pinter, 1985, 370 p.

GOUBERT J.-P., *La conquête de l'eau. L'avènement de la santé à l'âge industriel*, Paris, Robert Laffont, 1986, 302 p.

GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Paris, Éditions Johanet, 2015, 859 p.

HALLEY P., SOTOUSEK J. (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien,* Cowansville, Québec, Éditons Yvon Blais, 2012, 583 p.

HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, 377 p.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public,* Paris, Société anonyme du Recueil Sirey, 1933, 1150 p.

HENDRY S. M., *Frameworks for Water Law Reform,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 138 p.

HIGGINS R., *Problems and Process: International Law and How We Use It,* London, Clarendon Press, 1994, 274 p.

HOEKSTRA A. Y., *The Water Footprint of Modern Consumer Society,* Londres, Routledge, 2019, 294 p.

HOEKSTRA A. Y., CHAPAGAIN A. K., *Globalization of Water: Sharing the Planet's Freshwater Resources*, Oxford, Blackwell, 2008, 220 p.

HOLDER J., *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 371 p.

HUDEC R. E., *Essays on the Nature of International Trade Law*, Londres, Cameron May, 1999, 395 p.

GAUTIER C., *Oil, Water and Climate. An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 366 p.

GUÈVREMONT V., *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC,* Bruxelles, Bruylant, 2013, 640 p.

INSERGUET-BRISSET V. *Propriété publique et environnement,* Paris, LGDJ, 1994, 315 p.

JACKSON J. H., *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the GATT,* Indianapolis, Bobbs-Merrill*,* 1969, 948 p.

JOURDAIN-FORTIER C., *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international,* Paris, LexisNexis, Litec, 2006, 699 p.

KISS A., *L'écologie et la loi, le statut juridique de l'environnement. Réflexions sur le droit de l'environnement,* Paris, L'Harmattan, 1989, 391 p.

KISS A., SHELTON D., *International Environmental Law*, New York, Londres, Transnational Publishers, 1991, 541 p.

KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press 2005**,** 683 p.

KULICK A. (dir.), *Global Public Interest in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 378 p.

IRWIN D. A., *Free Trade Under Fire*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, 352 p.

LANGFORD M., RUSSELL A. (dir.), *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2017, 713 p.

LASSERRE F. (dir.), *Transferts massifs d'eau*. *Outils de développement ou instruments de pouvoir ?* Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, 576 p.

LAVIEC J.-P., *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985, 331 p.

LEBEN C., (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Paris, Anthemis, LGDJ, 2006, 396 p.

LILLICH R., *The Protection of Foreign Investment, Six Procedural Stories,* Syracuse, Syracuse University Press, 1965, 240 p.

LOCKE J., *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1977, 255 p.

LUCARELLI A., *Beni comuni : dalla teoria all'azione politica,* Viareggio, Dissensi, 2011, 415 p.

LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2004, 1277 p.

MAESTU J. (dir.), *Water Trading and Global Water Scarcity. International Experiences,* New York, Routledge, 2013, 353 p.

MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement,* Paris, La documentation française, 2002, 513 p.

MARC P., *Les cours d'eau et le droit,* Paris, Éditions Johanet, 2006, 292 p.

MARCHETTI J. A., ROY M. (éd)., *Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations,* Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 759 p.

MARTINEAU A.-C., Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique, Bruxelles, Bruylant, 2016, 584 p.

MBENGUE M. M., *Essai sur une théorie du risque en droit international public : l'anticipation du risque environnemental et sanitaire,* Paris, Pedone, 2009, 373 p.

MCCAFFREY S., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses,* Oxford, New York, Oxford University Press*,* 2007*,* 598 p.

MILES K., *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguard of Capital,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 464 p.

MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif des biens,* Paris, Montchrestien, 2003, 881 p.

MURILLO CHAVARRO J., *The Human Right to Water. A Legal Comparative Perspective at the International, Regional and Domestic Level,* Cambridge Antwerp Portland, Intersentia, 2015, 381 p.

NADAULT DE BUFFON B., *Des Usines et autres établissements sur les cours d'eau, développements sur les lois et règlements qui régissent cette matière, à l'usage des fonctionnaires*, Paris, Marescq aîné, 1841, I.

NIKIÈMA S., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements,* Paris, PUF, 2012, 371 p.

NOLLKAEMPER A., *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution. Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 390 p.

OPPETIT B.*, Philosophie du droit,* Paris, Dalloz, 1999, 168 p.

OST F., *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit,* Paris, Éditions La Découverte, 2003, 346 p.

OURLIAC P., DE MALAFOSSE J., *Droit romain et ancien droit, Les biens,* Paris, PUF, 1961, 433 p.

PAQUEROT S., *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de Patrimoine Commun de l'Humanité*, Bruxelles, Bruylant 2002, 272 p.

PAQUEROT S., *L'eau douce : la nécessaire refondation du droit international,* Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, 246 p.

PAUWELYN J.*, Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 522 p.

PEREIRA DE ANDRADE P., *Le développement durable des biocarburants, objet d'un droit transnational*, Paris, L'Harmattan, 2018, 479 p.

PETERSMANN M. -C., *Les sources du droit à l'eau en droit international,* Paris, Éditions Johanet, 2013, 129 p.

QUILLERÉ-MAJZOUB F., *L'eau dans tous ses états juridiques. Prospectives hydrauliques internationales,* Paris, Pedone, 2017, 91 p.

PARANCE B., DE SAINT-VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs,* Paris, CNRS Éditions, 2014, 313 p.

PETRELLA R., *L'eau, bien commun public. Alternatives à la pétrolisation de l'eau*, Éditions de l'Aube, 2004, 48 p.

RÉMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, 1989, 304 p.

REVET T., ZÉNATI F., *Les biens,* Paris, PUF, 1997, 423 p.

ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2010, 530 p.

ROCHFELD J., *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne,* Paris, Odile Jacob, 2019, 200 p.

SANDS P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, University Press, 2003, 1116 p.

SANGBANA K., *La protection des eaux douces transfrontières contre la pollution. Dimensions normatives et institutionnelles*, Genève, Schulthess, 2017, 333 p.

SAUTER W., *Public Services in EU Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 262 p.

SHIHATA I. F. I., *MIGA and Foreign Investment. Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Pays-Bas, M. Nijhoff, 1988, 540 p.

SLADE D. C., *The Public Trust Doctrine in Motion. The Evolution of the Doctrine 1997-2008*, Bowie, PTDIM LLC, 2008, 277 p.

SLOBODIAN Q., *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism,* Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2018, 381 p.

SMETS H., *De l'eau potable à un prix abordable,* Paris, Éditions Johanet, 2009, 286 p.

SMETS H., *Le recouvrement des factures d'eau,* Paris, Éditions Johanet, 2013, 271 p.

SMITH H. A., *The Economics Uses of International Rivers,* Londres, P.S. King and Son Ltd., 1931, 224 p.

SOHNLE J., *Le droit international des ressources en eau, solidarité contre souveraineté,* Marseille, Paris, CERIC, La Documentation française, 2002, 608 p.

SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 638 p.

SUPIOT A. (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques,* Paris, Dalloz, 2015, 344 p.

SZWEDO P., *Cross-border Water Trade: Legal and Interdisciplinary Perspectives,* Leiden, Brill, 2019, 392 p.

TANZI A., ARCARI M., *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses,* Dordrecht, Kluwer Law International, 2001, 358 p.

TEMMERMAN F., *Trade in Water Under International Law. Bulk Fresh Water, Irrigation Subsidies and Virtual Water,* Cheltenham, Edward Elgar, 2017, 352 p.

THOMPSON B. H. Jr, LESHY J. D., ABRAMS R. H., ZELLMER S. B., *Legal Control of Water Resources: Cases and Materials,* Saint-Paul, West Academic Publishing, 2018, 987 p.

TIGNINO M., *L'eau et la guerre : éléments pour un régime juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 489 p.

TIGNINO M., *Water During and After Armed Conflicts. What Protection in International Law?*, Leiden, Boston, Brill, 2016, 111 p.

TITI C., *The Right to Regulate in International Investment Law,* Baden-Baden, Nomos, 2014*,* 376 p.

TOMUSCHAT C.*, Human Rights, between Idealism and Realism,* Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, 333 p.

TROUWBORST A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, La Haye, Kluwer, 2002, 378 p.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État,* Paris, LGDJ, 1977, 394 p.

VAN HOOF G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law,* Antwerp, Kluwer, 1983, 322 p.

VERHOOSEL G., *National Treatment and WTO Dispute Settlement. Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2002, 144 p.

VIÑUALES J. E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 423 p.

VIOLLET P.-L., *L'hydraulique dans les civilisations anciennes. 5000 ans d'histoire*, Paris, Presses de l'école nationale des Ponts et chaussées, 2000, 384 p.

VITANYI B., *The International Regime of River Navigation,* Sijthoff, Noordhoff, Alphen aan den Rijn Germantown Md., 1979, 440 p.

WAIBEL M., *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 614 p.

WEIL P., *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, 423 p.

WINKLER I. T., *The Human Right to Water. Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation,* Oxford, Portland, Hart Publishing, 2012, 340 p.

WOLDE-GIORGHIS H., *Les défis juridiques des eaux du Nil*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 406 p.

ZIANI S., *Du service public à l'obligation de service public,* Paris, LGDJ, 2015, 442 p.

II. Autres ouvrages

A. Actes de colloque et mélanges

BIRNBACHER D., BLANC D., BYK C., MARKUS J.-P. (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures. Actes du Colloque qui s'est tenu le 10 décembre 2010 à Versailles et le 13 décembre 2010 à Poitiers,* Paris, Dalloz, 2012, 320 p.

CHRISTAKIS T., BANNELIER-CHRISTAKIS K. (dir.), *Société française pour le droit international, La nécessité en droit international. Colloque de Grenoble*, Paris, Pedone, 2007, 384 p.

DUBIN L., BODEAU-LIVINEC P., ITEN J.-L., TOMKIEWICZ V. (dir.)*, L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de la Société française pour le droit international*, *19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis,* Paris, Pedone, 2017, 521 p.

GODARD O. (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 1997, 351 p.

LOQUIN É., MARTIN A. (dir.), *Droit et Marchandisation. Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon*, Paris, Litec, 2010, 462 p.

Société française pour le droit international, *L'eau en droit international. Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2011, 405 p.

B. Recueils de cours

BESSON S., « La due diligence en droit international », *RCADI*, 2020, t. 409, pp. 153-398.

BOTHE M., « Environment, Development, Resources », *RCADI,* 2005, t. 318, pp. 333-516.

BROWN WEISS E., « The Evolution of International Water Law », *RCADI*, 2009, t. 331, pp. 167- 404

CAFLISCH L., « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, 1989, t. 219, pp. 9-225.

COLLIARD C.-A., « Évolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux », *RCADI,* 1969, t. 125, pp. 343-442.

DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2003, t. 297, 489 p.

HIGGINS R., « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176, pp. 259-392.

JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994-IV, t. 250, pp. 9-216.

KISS A., « La notion de patrimoine commun de l'humanité »*, RCADI,* 1982, t. 175, pp.99-256.

LEBEN C., « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 197-386.

SACERDOTI G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1998, t. 269, pp. 251-460.

VERDROSS A., « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1932-III, t. 37, pp. 323-412.

WEIL P., « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, t. 128, pp. 95-240.

WEIL P., « Le droit international en quête de son identité », *RCADI,* 1992-VI, t. 237*,* 369 p.

C. Dictionnaires et encyclopédies

Association Henri Capitant, M. CORNU, G. CORNU, M. GORÉ, Y. LEQUETTE, P. MALINVAUD, *Vocabulaire juridique,* Paris, PUF, 2011, 1095 p.

BOURG D., PAPAUX A. (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015, 1088 p.

CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs,* Paris, PUF, 2017, 1240 p.

RAMADE F., *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Paris, Dunod, 2008, 760 p.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 506.

D. Thèses

AKHMOUCH A., *Géopolitique des privatisations : enjeux et conflits dans le secteur de l'eau et de l'assainissement en Argentine. Le cas des concessions de Santa Fe, Cordoba et Mendoza (1995-2007)*, Thèse de doctorat en géopolitique, Université Paris VIII Vincennes-Saint-Denis, 2009, 352 p.

BAKAYOKO S., *L'encadrement juridique international du fleuve Niger. Contribution à l'étude du droit international des cours d'eau,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris VIII Vincennes-Saint-Denis, 2019, 487 p.

BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral,* Thèse de doctorat en droit privé, Paris II Panthéon-Assas, 2003, 728 p.

CALASANS J. T., *Le concept de ressource naturelle partagée : application aux ressources en eau. L'exemple de l'Amérique du Sud,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 1996, 469 p.

COTULA L., *Property Rights, Negotiating Power and Foreign Investment: An International and Comparative Law Study on Africa,* Thèse de doctorat en droit, Université d'Édimbourg, 2009, 387 p.

DANIC O., *L'émergence du droit international des investissements, contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2012, 1216 p.

MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du CIRDI,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Dijon, 1998, 727 p.

ROMAN P., *L'analyse des transferts d'eau interbassins au défi des conflits et de la justice environnementale. Le cas du fleuve São Francisco (Nordeste du Brésil),* Thèse de doctorat en sciences économiques, Université Paris-Saclay, 2015, 411 p.

SARROUF M., *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse de doctorat en droit public, 2012, Université Paris II – Panthéon Assas, 636 p.

E. STOPPIONI, *Une analyse critique du discours du juge de l'OMC et de l'arbitre de l'investissement sur le droit non écrit,* Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Thèse de Droit, 23 mars 2019, 649 p.

III. Chapitres et contributions à des ouvrages collectifs

ABI-SAAB G., « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques », dans M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international, bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 640-661.

ANDRES O., « The Role of the World Bank in Water Law Reforms *»,* dans CULLET P., GOWLLAND GUALTIERI A., MADHAV R., RAMANATHAN U. (dir.) *Water Law for the Twenty-First Century – National and International Aspects of Water Law Reform in India,* New York, Routledge, 2010, pp. 81-106.

ARENA A., « Revisiting the Impact of GATS on Public Services », dans KRAJEWSKI M. (dir.), *Services of General Interest Beyond the Single Market. External and International Law Dimensions,* La Haye, Asser Press, Springer, 2015, pp. 15-48.

ASCENSIO H., « Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., MAZUYER S. (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après. The Global Compact of the United Nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 167-184.

ASCENSIO H., « Les activités normatives des entreprises multinationales », dans DUBIN L., BODEAU-LIVINEC P., ITEN J.-L., TOMKIEWICZ V. (dir.)*, L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de la Société française pour le droit international*, *19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis,* Paris, Pedone, 2017, pp. 265-278.

BAILLAT A., « International Investment Agreements and Water Resources Management », dans CHAISSE J. (dir.), *The Regulation of the Global Water Services Market,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 91-111.

BASTID BURDEAU G., « L'investissement étranger et le droit international de la commande publique », dans ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit international des investissements. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 6-85.

BELAÏDI N., « L'eau, un enjeu de justice environnementale », dans G. SCHNEIER-MADANES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, Paris, La découverte, 2010, pp. 353-365.

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », dans HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

BEN HAMIDA W., « Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », dans KAHN P., WÄLDE T. W. (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux,* Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 275-308.

BENCHENEB A., « Sur l'évolution de la notion d'investissement », dans *Souveraineté économique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de P. Khan*, Paris, Litec, 2000, pp. 177-196.

BERNASCONI-OSTERWALDER N., « Water, Agriculture, and Subsidies in the International Trading System », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., BROWN WEISS E., (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 207-235.

BJORKLUND A. K., « National Treatment », dans REINISCH A. (dir.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 29-59.

BLANCHON D., « L'eau dans le 'nexus eau-énergie-alimentation' », dans BLANCHON D. (dir.) *Géopolitique de l'eau. Entre conflits et coopérations*, Paris, Le cavalier bleu, pp. 45-48.

BODEAU-LIVINEC P., « Le droit à l'eau », dans THOUVENIN J.-M., TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels,* Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1681-1692.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », dans LEBEN C., VERHOEVEN J. (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire,* Paris, Panthéon Assas, 2002, pp. 65-94.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Eaux internationales et droit international : vers l'idée de gestion commune », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (dir.) *Les ressources en eau et le droit international*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 3-43.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Sur les rives du droit international de l'eau : entre universalité et particularismes », dans KOHEN M. (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber Amicorum Lucius Caflisch,* Martinus Nijhoff, La Haye, 2006, pp. 687-688.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (dir.), *International Law and the Quest for its Implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowland-Debbas,* Leiden, Brill, 2010, pp. 351-376.

BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le droit à l'eau et la satisfaction des besoins humains. Notions de justice », dans ALLAND D., CHETAIL V., DE FROUVILLE O., VIÑUALES J. E. (dir.). *Unité et Diversité du Droit International. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Brill Academic, 2014. pp. 967-981.

BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., « OMC (Organisation Mondiale du Commerce) », dans BOURG D., PAPAUX A. (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015, pp. 198-242.

BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB C., « Political Economy and International Water Law: Political Economy Induced Changes to the Uptake of Benefit Sharing in International Water Law », dans FABBRICOTTI A. (dir.), *The Political Economy of International Law. A European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 356-383.

BOTTINI G., « Protection of Essential Interests in the BIT Era », dans WEILER T. (dir.), *Investment Treaty Arbitration and International Law,* Huntington, JurisNet, 2008, pp. 145-163.

BRUNNÉE J., « Common Areas, Common Heritage, and Common Concern », dans BODANSKY D., BRUNNÉE J., HEY E. (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008*,* pp. 550-574.

BURCHI S., NANNI M., « How Groundwater Ownership and Rights Influence Groundwater Intensive Use Management », dans LLAMAS R., CUSTODIO E. (dir.), *Intensive Use of*

Groundwater. Challenges and Opportunities, Lisse, Abingdon, Exton Tokyo, A. A. Balkema Publishers, 2003, pp. 227-240.

CALAMITA N. J., « Are Investments in Water Different? Sectoral Economics, Investment Treaty Architecture, and Role of Governance », dans CHAISSE J. (dir.), *The Regulation of the Global Water Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017*,* pp. 27-69.

CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement », dans *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin,* Paris, Éditions Frison Roche, 2013, pp. 105-129.

CASADO-PÉREZ V., « Go with the Flow. Lessons from Water Management and Water Markets for Essential Resources », dans PISTOR K., DE SCHUTTER O. (dir.), *Governing Access to Essential Resources,* New York, Columbia University Press, 2015, pp. 237-251.

CHARNOVITZ S., « Mapping the Law of WTO Accession », dans JANOW M. E., DONALDSON V., YANOVICH A. (dir.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Huntington, New York, Juris Publishing, 2008, pp. 855-920.

CHOUKROUNE L., « The National Treatment in International Investment Law and Arbitration », dans A. K. SANDERS (dir.), *The National Treatment in International Economic Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 183-220.

CHRISTAKIS T., « Les circonstances excluant l'illicéité : une illusion optique ? », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon,* Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 223-270.

CHRISTAKIS T., « 'Nécessité n'a pas de loi' ? La nécessité en droit international », dans BANNELIER-CHRISTAKIS K., CHRISTAKIS T. (dir.), *La nécessité en droit international, Société française pour le droit international, Colloque de Grenoble*, Paris, Pedone, 2007, pp. 11-63.

COSSY M., « Le statut de l'eau en droit international économique. Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation Mondiale du commerce », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (dir.)*, Water Resources and International Law,* Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 169-208.

COSSY M., « Water Services at WTO », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., BROWN WEISS E. (dir.), *Fresh Water and International Economic Law,* Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 117-141.

COSSY M., « Energy Trade and WTO Rules. Reflexions on Sovereignty over Natural Resources, Export Restrictions and Freedom of Transit », dans HERRMANN C., TERHECHTE J. (dir.), *European Yearbook of International Economic Law 2012*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 281-306.

COSTAMAGNA F., « Regulating Public Services and International Investment Law », dans KRAJEWSKI M. (éd), *Services of General Interest Beyond Internal Market*. *External and International Law Dimensions* La Haye, TMC Asser, 2015, pp. 77-109.

COULÉE F., « Rapport Général », dans Société française pour le droit international*, L'eau en droit international. Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2011, pp. 9-40.

CRAVEN M., « Some Thoughts on the Emergent Right to Water », dans RIEDEL E., ROTHEN P. (dir.), *The Human Right to Water,* Berlin, Berliner Wissenchafts Verlag, 2006, pp. 35-46.

CROSBY D., « Background to WTO Rules and Production/Trade Restrictions in the Field of Energy », dans PAUWELYN J. (dir.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, 2010, pp. 83-86.

CULLET P., « Innovation and Trends in Water Law », dans CONCA K., WEINTHAL E. (dir.), *The Oxford Handbook of Water Politics and Policy,* Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 327-350.

DANIC O., « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », dans LEBEN C. (dir.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, pp. 531-579.

DE BRABENDERE E., « Human Rights and International Investment Law », dans KRAJEWSKI M., HOFFMANN R. (dir.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 619-645.

DAVEY W. J., PAUWELYN J., « MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO Jurisprudence and with Particular Reference to the Issue of 'Like Product' », dans BLATTER P., COTTIER T., MAVROIDIS P. (dir.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, pp. 13-50.

DE SAINT-VICTOR J., « Généalogie historique d'une 'propriété oubliée' », dans PARANCE B., DE SAINT-VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs,* Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 51-80.

DELIMATSIS P., « The Regulation of Water Services in the European Union Internal Market », CHAISSE J. (dir.), *The Regulation of the Global Water Services Market,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp 263-297.

DE HAAN E. J., « Balancing Free Trade in Water and the Protection of Water Resources in GATT *»,* dans BRANS E. H. P., DE HAAN E. J., NOLLKAEMPER A., RINZEMA J. (dir.), *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Responses,* London Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 245-259.

DEVA S., « Treating Human Rights Lightly. A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles » dans MILLS DAVID K., KARP J. (dir.), *Human Rights Protection in Global Politics. Responsibilities of States and Non-State Actors,* Londres, Springer, 2014, pp. 137-158.

DIAS SIMOES F., « The Erosion of the Concept of Public Service in Water Concessions. Evidence from Investor State-arbitration », dans CHAISSE J. (dir.), *The Regulation of the Global Services Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 70-90.

DUBIN L., « Fonction inter-systémique du concept de développement durable », dans RUIZ FABRI H., GRADONI L. (dir.) *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement, entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, vol. 16, pp. 175-199.

DUBIN L., « Rapport introductif. L'entreprise multinationale et le droit international, entre fragmentation et reconstruction », DUBIN L., BODEAU-LIVINEC P., ITEN J.-L., TOMKIEWICZ V. (dir.)*, L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de la Société française pour le droit international*, *19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis,* Paris, Pedone, 2017, pp. 13-51.

DUPUY P.-M., « Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des États », dans KOHEN M. (dir.) *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit*

international, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 701-715.

DUPUY P.-M., RADI Y., « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », dans LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 375-414.

FINGER M., FINON D., « From "Service Public" to Universal Service: The Case of the European Union », dans FINGER M., KÜNNEKE R. W. (dir.), *International Handbook of Network Industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 54-69.

FORT F.-X., « L'État fiduciaire et l'obligation de protéger l'environnement », dans HALLEY P., SOTOUSEK J. (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien,* Cowansville, Québec, Éditons Yvon Blais, 2012, pp. 159-180.

GHÉRARI H., « Le profil juridique et politique du Pacte mondial », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., MAZUYER S. (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après. The Global Compact of the United Nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 7-32.

HERRENSCHMIDT J.-L., « Règne de l'économie de marché, déclin du service public », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle,* Paris, Litec, 2000, pp. 197-203.

GAUDEMET Y., « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès », dans *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau,* Paris, Dalloz, 2002, pp. 473-485.

GOWLLAND-GUALTIERI A., « Legal Implications of Trade in Real and Virtual Water Resources », dans CULLET P., GOWLLAND-GUALTIERI A., MADHAV R., RAMANATHAN U. (dir.), *Water Law for the Twenty-First Century,* Londres, Routledge, 2009, pp. 59-80.

GUÉRIN-SCHNEIDER L., « Histoire des services publics d'eau potable et d'assainissement : entre stabilité et reconfiguration », dans BOULEAU G., GUÉRIN-SCHNEIDER L. (dir.), *Des tuyaux et des hommes, Les réseaux d'eau en France,* Paris, Éditions Quae, 2011, pp. 21-47.

HILDERING A., « The Right to Access Freshwater Resources », dans SCHRIJVER N., WEISS F., SIMMA B. (dir.), *International Law and Sustainable Development. Principles and Practice,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 405-431.

HOWSE R., ELIASON A. L., « Domestic and International Strategies to Address Climate Change. An Overview of the WTO Legal Issues », dans COTTIER T., NARTOVA O., BIGDELI S. (dir.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 48-94.

HUGHES V., MARCEAU G., « WTO and Trade in Natural Resources », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB C., TIGNINO M. (dir.), *International Law and Fresh Water: the Multiple Challenges,* Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 266-297.

JADOT B., « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », dans OST F., GUTWIRTH S. (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Bruxelles, Publication des FUSL, 1996, pp. 93-143.

KARAMANIAN S. L., « Human Rights Dimensions of International Law », dans DE WET E., VIDMAR J. (dir.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 236-271.

KERBRAT Y., MALJEAN-DUBOIS S., « Les juridictions internationales et le principe de précaution entre grande prudence et petites audaces », dans ALLAND D., CHETAIL V., DE

FROUVILLE O., VIÑUALES J. E. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2014, pp. 929-948.

KINGSBURY B., SCHILL S.W., « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest. The Concept of Proportionality», dans SCHILL S. W. (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law,* Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 75-104.

KRAJEWSKI M., « Domestic Regulation and Service Trade: Lessons from Regional and Bilateral Free Trade Agreements », dans SAUVÉ P., ROY M. (dir.), *Research Handbook. Trade in Services,* Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016, pp. 216-242.

LAFARGUE R., « Le préjudice culturel né du dommage environnemental. Par-delà nature et culture, un préjudice écologique spécifique », dans NEYRET L., MARTIN G. (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux,* Paris, LGDJ, 2012, pp. 219-250.

LASSERRE F., « Les projets de transferts massifs continentaux en Amérique du Nord », dans LASSERRE F. (dir.), *Transferts massifs d'eau*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, pp. 489-534.

LATTY F., « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'État », dans EK GHADBAN T., MAZUY C.-M., SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ?* Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

LEGUM B. « Understanding Performance Requirement Prohibitions in Investment Treaties », dans ROVINE A. W. (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 53-64.

LEGUM B., MEDZMARIASHVILI M., « Chapter 30: Performance Requirements », dans KINNEAR M. N., FISCHER G. R. (dir.), *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID,* Kluwer Law International, 2015, pp. 415-430.

LÉVESQUE C., « The Inclusion of GATT XX Exceptions in IIAs. A Potentially Risky Policy », dans ECHANDI R., SAUVÉ P. (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 363-370.

LOQUIN É., « L'approche juridique de la marchandisation », dans LOQUIN É., MARTIN A. (dir.), *Droit et Marchandisation. Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon*, Paris, Litec, 2010.

LUCARELLI A., « Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela del diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta? », dans MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTA S. (dir.), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile,* Roma, Accademia Naz, dei Lincei, 2010, pp. 85-95.

PELLET A., « Adieu Philippines. Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle. Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard,* Paris, Pedone, 2009, pp. 97-110.

MALJEAN-DUBOIS S., RICHARD V., « The Applicability of International Environmental Law to Private Enterprises », dans DUPUY P.-M., VIÑUALES J. E. (dir.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 69-96.

MANCIAUX S., « La marchandisation de l'eau », dans LOQUIN É., MARTIN A. (dir.), *Droit et Marchandisation. Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009, Dijon*, Paris, Litec, 2010, pp. 219-243.

MANNINO V., « Le bien commun. La fausse impasse du droit romain et du droit savant », dans PARANCE B., DE SAINT-VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs,* Paris, CNRS Éditions, 2014, pp. 35-50.

MARCOU G., « Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé », dans MARCOU G., MODERNE F. (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale,* Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 11-63.

MARTIN-CHENUT K., DEVAUX C., « Quels remèdes à l'irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière ? », dans SUPIOT A., DELMAS-MARTY M. (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, pp. 361-371.

MARTIN-CHENUT K., PERRUSO C., « Organes de protection des droits de l'homme et responsabilité des entreprises : la contribution des obligations positives », dans MARTIN-CHENUT K., DE QUENAUDON R. (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale,* Paris, Pedone, 2015, pp. 659-675.

MASHAYEKHI M., TUERK E., « GATS Negotiations on Domestic Regulation. A Developing Country Perspective », dans ALEXANDER K., ANDENAES M. T. (dir.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 265-317.

MBENGUE M. M., « Le statut du fleuve Sénégal », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., SALMAN S. M. A. (dir.), *Les ressources en eau et le droit international,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 473-532.

MBENGUE M. M., « The Senegal River Legal Regime and its Contribution to the Development of the Law of International Watercourses in Africa », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., LEB C., TIGNINO M. (dir.), *International Law and Freshwater. The Multiple Challenges,* Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 217-236.

MBENGUE M. M., « Les obligations de l'investisseur », dans DUBIN L., BODEAU-LIVINEC P., ITEN J.-L., TOMKIEWICZ V. (dir.)*, L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de la Société française pour le droit international*, *19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis,* Paris, Pedone, 2017, pp. 295-337.

MBENGUE M. M., TIGNINO M., « Transparency, Public Participation and Amicus Curiae in Water disputes», dans BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., BROWN WEISS E. (dir.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 367-405.

MCCAFFREY S., « The Human Right to Water », dans BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., BROWN WEISS E. (dir.), *Fresh Water and International Economic Law,* Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 93-115.

MCINTYRE O., « Emergence of the Human Right to Water in an Area of Globalization and Its Implications for International Investment Law », dans ADDICOTT J. F. (dir.), *Globalization, International Law, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 147-176.

MCINTYRE O., « Environmental Protection and the Ecosystem Approach », dans MCCAFFREY S., LEB C., DENOON R. T. (dir.), *Research Handbook on International Water Law,* Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2019, pp. 126-146.

MODERNE F., « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », dans MODERNE F., MARCOU G. (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne,* Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 9-81.

MOLLE F., « Les transferts d'eau interbassins », dans EUZEN A., JEANDEL C., MOSSERI R. (dir.), *L'eau à découvert,* Paris, CNRS éditions, 2015, pp. 290-292.

MORAND-DEVILLER J.*, « L'environnement, notre patrimoine commun. Quelle gouvernance ? Quelles obligations pour l'État gardien ? »,* HALLEY P., SOTOUSEK J. (dir.), *L'environnement, notre patrimoine commun et son État gardien,* Cowansville, Québec, Éditons Yvon Blais, 2012, pp. 3-16.

MUCHLINSKI P., « Negotiating New Generation International Investment Agreements. New Sustainable Development Oriented Initiatives », dans HINDELANG S., KRAJEWSKI M. (dir.) *Shifting Paradigms in International Investment Law. More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 41-64.

NANKANI G., PAGE J., JUDGE L., « Human Rights and Poverty Reduction Strategies. Moving Towards Convergence? », dans ALSTON P., ROBINSON M. (dir.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 475-496.

NEERGAARD U., « Services of General Economic Interest. The Nature of the Beast », dans KRAJEWSKI M., NEEGAARD U., VAN DE GRONDEN J. (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, La Haye, TMC Asser Press, 2009, pp. 17-51.

NEESON J. M., « Les terres en jouissance collective en Angleterre. 1700-1850 », dans DEMÉLAS M.-D., VIVIER N. (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914) : Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 39-60.

NEWCOMBE A., « General Exceptions in International Investment Agreements », dans CORDONIER-SEGGER M.-C., GEHRING M., NEWCOMBE A. (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law*, La Haye, Kluwer International Law, 2011, pp. 355-370.

O'CONNOR J., « Is Sustainable Capitalism Possible? », dans O'CONNOR M. (dir.), *Is Capitalism Sustainable? Political Economy and the Politics of Ecology*, Guilford Press, New York, 1994, pp. 152-175.

OLARTE-BACARES C., « Droits de l'homme et droits des investissements en Amérique latine : interaction des procédures par la participation des particuliers », dans TITI C. (dir.), *Droit de l'homme et droit international économique,* Paris, Larcier, 2019, pp. 83-113.

OST F., MISONNE D., CLIPPELE M.-S., « Propriété et biens communs », dans WINIGER B., MAHJLMANN M., CLÉMENT S., KÜHLER A. (dir.), *La propriété et ses limites. Congrès de l'Association suisse de philosophie du droit et de la philosophie sociale, 26 septembre 2015, Université de Genève,* Stuttgart Baden-Baden, Franz Steiner Verlag Nomos, 2017, pp. 131-172.

PELLET A., « Conclusions générales », dans Société française pour le droit international*, L'eau en droit international. Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2011, pp. 395-402.

PELLET A., « Police Powers or the State's Right to Regulate. Chemtura v. Canada », dans KINNEAR M. (dir.), *Building International Investment Law: the first 50 years of ICSID*, La Haye, Kluwer Law International, 2015, pp. 447-462.

PERROUD T., « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de Common Law : la notion de Public Trust », dans *Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou*, Paris, IRJS éditions, 2017, pp. 887-902.

PLUMMER J., CROSS P., « Tackling Corruption in Sanitation Sector in Africa. Starting the Dialogue », dans CAMPOS E., PRADHAN S. (dir.) *The Many Faces of Corruption*, *Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, Washington D. C., Banque mondiale, 2007, pp. 221-265.

PROSSER T., « Marketisation, Public Service and Universal Service », dans NELKEN D., FEEST J. (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 223-239.

QUENET G., « Écologie politique (mouvements) », dans BOURG D., PAPAUX A. (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique,* Paris, PUF, 2015.

REINER C., SCHREUER C., « Human Rights and International Investment Arbitration », dans DUPUY P.-M., FRANCIONI F., PETERSMANN E.-U. (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 82-96.

RICHARD V., « Eau et enjeux de valeurs. Un état des lieux de la réglementation internationale », dans BELAÏDI N. (dir.), *Eau et sociétés : enjeux de valeurs. Les ambivalences du droit face à la complexité de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 67-91.

RIVIER R., « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », dans ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 413-484.

ROCHFELD J., « Chose commune (approche juridique) », dans CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs,* Paris, PUF, 2017.

SACERDOTI G., « The Application of BITs in Time of Economic Crisis. Limits to their Coverage, Necessity and the Relevance of WTO Law », dans SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M., DE LUCA A. (dir.), *General Interests of Host States in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 3-25.

SALMON J., « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international », dans MAKARCZYK J. (dir.), *Essays in International Law in Honor of Judge Manfred Lachs,* La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 235-270.

SAUVÉ P., « A Plurilateral Agenda of Services? Assessing the Case for a Trade in Services Agreement », dans SAUVÉ P., SHINGAL A. (dir.), *The Preferential Liberalization of Trade in Services. Comparative Regionalism*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 413-430.

SCHREUER C., « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims. The Vivendi I Case Considered », dans WEILER T. (dir.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 281-324.

SÉRIAUX A., « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », dans CHÉROT J.-Y, SÉRIAUX A., FLORY M. (dir.), *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction,* Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1995, pp. 23-38.

SMETS H., « Examen critique du principe pollueur-payeur », dans *Les Hommes et l'Environnement, Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Études en hommage à Alexandre Kis*s, Paris, Frison-Roche, 1998, pp. 79-95.

SMETS H., « Le principe utilisateur-payeur et son application dans la gestion de l'eau », dans MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement,* Paris, La documentation française, 2002, pp. 105-126.

STEVENS M., BJORKLUND A., CARLSON M., DE GRAMONT A., « Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law? » dans WEILER T. (dir.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, JurisNet, 2008, pp. 189-209.

TAGGART M., « The Province of Administrative Law Determined? », dans TAGGART M. (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 1-20.

TANZI A., « Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Service Sector. Problems and Prospects for an Integrated Approach », dans TREVES T. (dir.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Londres, Routledge, 2014, pp. 308-324.

TIGNINO M., « Private Investments and the Human Right to Water », dans RADI Y., *Research Handbook on Private Investment and Human Rights,* Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 468-498.

TITI C., « Police Powers Doctrine and International Investment Law », dans GATTINI A., TANZI A., FONTANELLI F. (dir.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2018, pp. 323-343.

TORAL M., SCHULTZ T., « The State, a Perpetual Respondent in Investment arbitration? Some Unorthodox Considerations », dans WAIBEL M., KAUSHAL A., CHUNG K.-H. L., BALCHIN C. (dir.), *The Backlash against Investment Arbitration? Perceptions and Reality,* Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 577-602.

TRÉBULLE F.-G., « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud,* Paris, Litec, 2007, pp. 659-685.

VALENTI M., « The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard », dans SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M., DE LUCA A. (dir.), *General Interests of Host States in International Investment Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 26-57.

VAN DUZER J. A., « NAFTA's Approach to Protecting Public Services: Fragmentary, Asymmetrical Rigid and Limited », dans KRAJEWSKI M. (dir.), *Services of General Interest beyond the Single Market. External and International Law Dimensions*, La Haye, TMC Asser Press, 2015, pp. 111-160.

VAN DUZER J. A., « The Complex Relationship between International Investment Law and Climate Change Initiatives: Exploring the Tension », dans DELIMATSIS P., (dir.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 434-461.

VIÑUALES J. E., « Foreign Investment and the Environment in International Law. Current Trends », dans MILES K. (dir.), *Research Handbook on Environment and Investment Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 12-37.

VOON T., MITCHELL A., « Community Interests and the Right to Health in Trade and Investment Law », dans BENVENISTI E., NOLTE G., YALIN-MOR K. (dir.), *Community Interests Across International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 249-278.

VRANES E., « Climate Labeling and the WTO: the 2010 EU Eco-labeling Programme as a Test Case under WTO Law », dans HERMANN C., TERHECHTE J. P. (dir.), *European Yearbook of International Economic Law,* Heidelberg, Springer, 2011, vol. 2, pp. 205-237.

WEIL P., « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », dans *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328.

WINKLER I. T., « Respect, Protect, Fulfill. The Implementation of the Human Right to Water in South Africa », dans CULLET P., GOWLLAND-GUALTIERI A., MADHAV R., RAMANATHAN U. (dir.), *Water Governance in Motion, Towards Socially and Environmentally Sustainable Water Laws,* New Delhi, Cambridge University Press, 2010, pp. 415-446.

WOLFRUM R., « Identifying Community Interests in International Law », dans BENVENISTI E., NOLTE G., YALIN-MOR K. (dir.), *Community of Interests Across International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 19-35.

YANNACA-SMALL K., « Fair and Equitable Treatment Standard. Recent Developments », REINISCH A. (dir.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 111-131.

ZHAN J., « Investment Policies for Sustainable Development. Addressing Policy Challenges in a New Investment Landscape », dans ECHANDI R., SAUVÉ P. (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 13-29.

IV. Articles de revues

ADLUNG R., « Public Services and the GATS », *JIEL*, 2006, vol. 9, n° 2, pp. 455-485.

ADLUNG R., « International Rules Governing Foreign Direct Investment in Services. Investment Treaties versus the GATS », *JWIT,* 2016, vol. 17, n° 1, pp. 47-85.

ALSTON P., « Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate seen through the Lens of the Millennium Development Goals », *Human Rights Quarterly,* vol. 27, n° 3, 2005, pp. 755-829.

ANZILOTTI D., « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP,* 1906, pp. 285-309.

BAECHLER L., « La bonne gestion de l'eau : un enjeu majeur du développement durable », *L'Europe en formation*, 2012, vol. 365, n° 3, pp. 3-21.

BAER M., « Private Water, Public Good: Water Privatization and State Capacity in Chile », *Studies in Comparative International Development,* 2014, vol. 49, n° 2, pp. 141-167.

BAILLAT A., « Le Forum mondial de l'eau face aux enjeux de la gouvernance mondiale de l'eau », *AFRI*, 2013, vol. XIV, pp. 753-768.

BAILLEUL D., « Le service universel, futur du service public ? », *Revue de recherche juridique,* 2000, n° 2, pp. 561-575.

BANERJEE A., SOLOMON B. D., « Ecolabeling for Energy Efficiency and Sustainability: A Meta Evaluation of US Programs », *Energy Policy,* 2003, vol. 31, n° 2, pp. 109-123.

BARRETT LYDGATE E., « Consumer Preferences and the National Treatment Principle: Emerging Environmental Regulations Prompt a New Look at an Old Problem », *WTR,* 2010, vol. 11, n° 2, pp. 165-188.

BARTELS L., « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *JWT*, 2001, vol. 35, n° 3, pp. 499-519.

BAUER C. J., « Bringing Water Markets Down to Earth: the Political Economy of Water Rights in Chile », *World Development,* 1997, vol. 29, n° 5, pp. 639-656.

BAUER C. J., « Slippery Property Rights: Multiple Water Uses and the Neoliberal Model in Chile », *Natural Resources Journal,*1998, vol. 38, n° 1, pp. 109-155.

BAZIN M., DE TAPIA S., « Le Projet d'Anatolie du Sud-Est (GAP) dans son contexte national turc et régional moyen-oriental », *Bulletin de l'association de géographes français,* 2015, vol. 92, n° 2, pp. 184-207.

BEHN D., LÉTOURNEAU-TREMBLAY L., « Judging the Misapplication of a State's Own Environmental Regulations: Bilcon v Canada », *JWIT*, 2016, vol. 17, n° 5, pp 823-832.

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law FORUM du droit international*, 2005, vol. 7, n° 4, pp. 261-272.

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI,* 2005, vol. 51, n° 1, pp.564-602.

BELAÏDI N., EUZEN A., « De la chose commune au patrimoine commun. Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau », *Mondes en développement,* 2009/1, n° 145, pp. 55-72.

BÉLANGER M., HALLEY P., « Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec : réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux », *Revue de droit de McGill*, 2017, vol. 62, n° 3, pp. 603-632.

BENJAMIN L., « The Responsibilities of Carbon Major Companies: Are They (and Is the Law) Doing Enough? », *Transnational Environmental Law,* 2016, vol. 5, n° 2, pp. 353-378.

BENSON R. D., « Public on Paper: The Failure of Law to Protect Public Water Uses in the Western United States », *International Journal of Rural Law and Policy, Special Edition* « *Water Law: Through the Lens of Conflict* », 2011, n° 1, pp. 1-14.

BENVENISTI E., « Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law », *AJIL*, 1996, vol. 90, n° 3, pp. 384 - 415.

BJORKLUND A. K., BROSSEAU J., « L'Accord Commercial entre le Canada et l'Union Européenne prévoit-il une résolution des différends par arbitrage ou règlement judiciaire ? », *RQDI,* 2018, vol. 31, n° 1, pp. 1-36.

BLOCHE M., « WTO Deference to National Health Policy: Toward an Interpretive Principle », *JIEL,* 2002, vol. 5, n° 4, pp. 825-848.

BLUEMEL E. B., « The Implications of Formulating a Human Right to Water », *Ecology Law Quarterly,* 2004, vol. 31, n° 4, pp. 957-1006.

BLUMM M. C., GUTHRIE R. D., « Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision », *University of Davis Law Review,* 2012, vol. 45, n° 3, pp. 741-808.

BOADU F. O., « Relational Characteristics of Transboundary Water Treaties: Lesotho's Water Transfer Treaty with the Republic of South Africa », *Natural Resources Journal,* 1998, vol. 38, n° 3, pp. 381-409.

BOISSON DE CHAZOURNES L.*,* « Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ? », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2017, n° 10, pp. 371-400.

BOISSON DE CHAZOURNES L., MALJEAN-DUBOIS S., « Les principes du droit international de l'environnement », *Juris Classeur Environnement et développement durable,* 2011, pp. 1-20.

BOISSON DE CHAZOURNES L., TIGNINO M., « Droit international et eau douce », *Juris Classeur Environnement,* 2007, pp. 1-32.

BOISVERT V. CARON A., RODARY E, « Privatiser pour mieux conserver ? Petits arrangements de la nouvelle économie des ressources avec la réalité », *Revue du Tiers Monde*, 2004, vol. 1, n° 177, pp. 61-83.

BOND E. W., TRACHTMAN J., « China – Rare Earths: Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation », *WTR,* 2016, vol. 15, n° 2, pp. 189-210.

BORRAS. S., FIG, D., MONSALVE, S., « The Politics of Agrofuels and Mega-land and Water Deals: Insights from the ProCana Case, Mozambique », *Review of African Political Economy,* 2011, vol. 38, n° 128, pp. 215-234.

BOUGHERARA D., GROLLEAU G., THIÉBAUT L., « Programmes d'éco-étiquetage et intervention publique », *Économie publique/Public economics*, 26-27, 2011/1/2, pp. 249-269.

BOURNE C. B., « The Primacy of the Principle of Equitable Utilization in the 1997 Watercourses Convention *», Canadian Yearbook of International Law*, 1997, vol. 35, pp. 215-232.

BOYD J. W., « Canada's Position Regarding an Emerging International Fresh Water Market with Respect to the North American Free Trade Agreement », *NAFTA Law & Business Review of the Americas*, 1999, vol. 5, n° 2, pp. 325-353.

BOYLE A. E., « State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law », *ICLQ*, 1990, vol. 39, n° 1, pp.1-26.

BRACK D., « Balancing Trade and the Environment », *International Affairs*, 1995, vol. 71, n° 3, p. 497-514.

BREWER J., FLEISHMAN M. A., GLENNON R., KER A., LIBECAP G., « Law and the New Institutional Economics: Water Markets and Legal Change in California, 1987–2005 », *Washington University Journal of Law and Policy,* 2008, vol. 26, n° 1, pp. 183-213.

BRONCKERS M., MASKUS K. E., « China – Raw materials: a Controversial Step Towards Evenhanded Exploitation of Natural Resources », *WTR,* 2014, vol. 13, n° 2, pp. 393-408.

BROOME S. A., « Conflicting Obligations for Oil Exporting Nations: Satisfying Membership Requirements of Both OPEC and the WTO », *The George Washington International Law Review,* 2006, vol. 38, n° 2, pp. 409-436.

BROWN J. G.*,* « International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? »*, Western Journal of Legal Studies*, 2013, vol 3, n° 1, pp. 1-27.

BROWN WEISS E., « The Coming Water Crisis: a Common Concern of Mankind », *Transnational Environmental Law*, 2012, vol. 1, n° 1, pp. 153-168.

BROWN WEISS E., SLOBODAN L., « Virtual Water, Water scarcity and international trade law », *JIEL,* 2014, vol. 17, n° 4, pp. 717-737

BRUNNÉE J., TOOPE S., « Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law », *Yearbook of International Environmental Law,* 1995, vol. 5, n° 1, pp. 41-76.

BUES A., THEESFELD I., *«* Water Grabbing and the Role of Power: Shifting Water Governance in the Light of Agricultural Foreign Direct Investment », *Water Alternatives*, 2012, vol. 5, n° 2, pp. 266-283.

BURKE-WHITE W, « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *Asian Journal of WTO and international Law and policy,* 2008, vol. 3, n° 1, pp. 199-234.

BURKE-WHITE W. W., VON STADEN A., *«* Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law,* 2008*,* vol. 48, n° 1, pp. 309-405.

CADET I., « La norme ISO 26 000 relative à la responsabilité sociale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE,* 2010, vol. 4, t. XXIV, pp. 401-439.

CAFLISCH L., « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *AFDI*, 1997, vol. 43, pp. 751-798.

CAHILL A., « The Human Right to Water, a Right of Unique Status. The Legal Status and Normative Content of the Right to Water », *International Journal of Human Rights,* 2005, vol. 9, n° 3, pp. 389-410.

CALLE SALDARRIAGA M. A., « Sustainable Production and Trade Discrimination: An Analysis of the WTO Jurisprudence », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, vol. 11, pp. 221-258.

CANTIN CUMYN M., « L'eau, une ressource collective : portée de cette désignation dans la Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection », *Les cahiers de droit*, 2010, vol. 51, n° 3-4, pp. 595-615.

CARREAU D., DUBIN L., « Services », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, mars 2013.

CARROLL C. M., « Past and Future Legal Framework of the Nile River Basin », *Georgetown International Environmental Law Review*, 1999, vol. 12, n° 1, pp. 269-304.

CAVALLO G. A., « The Human Right to Water and Sanitation: Going Beyond Corporate Social Responsibility », *Utrecht Journal of International and European Law,* 2013, vol. 29, n° 76, pp. 39-64.

CAZALA J., « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE,* 2009/1, t. XXIII, pp. 5-32.

CHAIGNEAU A., « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », *RIDE*, 2014/3, t. XXVIII, pp. 335-350.

CHAISSE J., POLO M., « Globalization of Water Privatization: Ramification of Investor-State Disputes in the 'Blue Gold' Economy », *Boston College International and Comparative Law Review,* 2015, vol. 38, n° 1, pp. 1-65.

CHANG H.-J., « *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective », Revista Brasileira de Inovação,* 2002*,* vol. 1, n° 1, pp. 189-197.

CHAPAGAIN A. K., HOEKSTRA A. Y., « The Global Component of Freshwater Demand and Supply: An Assessment of Virtual Water Flows Between Nations as a Result of Trade in Agricultural and Industrial Products », *Water International*, 2008, vol. 33, n° 1, pp.19-32.

CHAPAGAIN A. K., HOEKSTRA A. Y., SAVENIJE H. H. G., « Water Saving through International Trade of Agricultural Products », *Hydrology and Earth System Sciences Discussions*, 2006, vol. 10, n° 3, pp. 455-468.

CHARNOVITZ S., « Trade and Climate Change. A Report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization by UNEP and the WTO », *WTR,* 2010, vol. 9, n° 1, pp. 273-281.

CHARNOVITZ S., « The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », *Yale Journal of International Law*, 2002, vol. 2, pp. 59-110.

CHARNOVITZ S., « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law,* 1998, vol. 38, n° 4, pp. 689-745.

CHARNOVITZ S., « GATT and the Environment: Examining the Issues », *International Environmental Affairs,* 1992, vol. 4, n° 3, pp. 203-233.

CHARNOVITZ S., FISCHER C., « Canada - Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-so-green Subsidies », *WTR*, 2015, vol.14, n° 2, pp. 177-210.

CHAVRIER G., « La qualification juridique de l'eau des cours d'eau domaniaux », *RFDA,* 2004, pp. 928-942.

CHRISTIE G.C., « What Constitutes a Taking under International Law? », *BYBIL,* 1962, vol. 38, pp. 307-338.

CLOUGH D., « Regulatory Expropriation and Competition Under NAFTA », *JWIT*, 2005, vol. 6, n° 4, pp. 552-584.

COING H., « Monopole de service public ? Questions à partir de l'Amérique Latine », *Flux,* 1996, vol. 25, n° 7, p. 15-26.

COLLINS D., « Environment Impact Statements and Public Participation in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law,* 2010, vol. 7, n° 2, pp. 4-23.

CONNOLLY K., « Finding Space for Regulatory Autonomy in GATS Article XVII after EC - Seals: Public Services and the 'likeness' of Public and Private Service Providers », *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, vol. 42, n° 1, pp. 57-83.

CORNU-THENARD É., « Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du public trust à la représentation de l'environnement devant le juge », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement,* Hors-série 22, septembre 2015, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/16259 (consulté le 13 juin 2021).

COURNIL C., « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », *RJE*, 2017, hors-série n° 17, pp. 245-261.

CRAWFORD J., « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration international*, 2008, vol. 24, n° 3, pp. 351-374.

CULLET P., « Model Groundwater (Sustainable Management) Bill, 2017: A New Paradigm for Groundwater Regulation », *Indian Law Review,* 2017, vol. 2, n° 3, p. 263-276.

CULLET P., « Groundwater Law in India. Towards a Framework Ensuring Equitable Access and Aquifer Protection », *Journal of Environmental Law,* 2014, vol. 26, n° 1, pp. 55-81.

CULLET P., « Water Law in a Globalized World: The Need for a New Conceptual Framework », *Journal of Environmental Law,* 2011, vol. 23, n° 2, pp. 233-254.

CUNHA MARQUES R., « Regulation by Contract: Overseeing PPPs », *Utilities Policy*, 2018, vol. 50, pp. 211-214.

DAVID V., « La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin Stone ? », *RJE*, 2012, vol. 37, n° 3, pp. 469-485.

DAVID V., « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *RJE*, 2017, vol. 42, n° 3, pp. 409-424.

DE JOUVENEL B., « De l'économie politique à l'écologie politique », *Bulletin SEDEIS,* 1er mars 1957, n° 671, repris dans *La Civilisation de puissance,* Paris, Fayard, 1976, pp. 49-77.

DE NANTEUIL A., « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* 2018, vol. 17, n° 2, pp. 374-392.

DEBÈNE M., RAYMONDIE O., « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA,* 1996, pp. 183-191.

DELIMATSIS P., « National Tax Regulation, Voluntary International Standards, and the GATS: Argentina - Financial Services », *WTR*, 2018, vol. 17, n° 2, pp. 265-290.

DEMOGUE R., « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, pp. 611-655.

DESTA M.G., « The Organization of Petroleum Exporting Countries, the World Trade Organization, and Regional Trade Agreements », *JWT,* 2003, vol. 37, n° 3, pp. 523-551.

DI MASCIO N., PAUWELYN J., « Non-discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? », *AJIL*, 2008, vol. 102, n° 1, pp. 48-89.

DIEBOLD N. F., « Standard of Non-Discrimination in International Economic Law », *ICLQ*, 2011, vol. 60, n° 4, pp. 831-865.

DOBSON N. L., « The EU's Conditioning of the Extraterritorial Carbon Footprint: A Call for an Integrated Approach in Trade Law Discourse », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2018, vol. 17, n° 1, pp. 75-89.

DOLZER R., « Indirect Expropriation: New Developments? » *New York University Environmental Law Journal,* 2003, vol. 11, n° 1, pp. 64-93.

DOLZER R, « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », *International Lawyer,* 2005, vol. 39, n° 1, pp. 87-106.

DOUGLAS Z., « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYBIL*, 2003, vol. 74, n° 1, pp. 151-289.

DRIGUEZ L., RODRIGUES S., « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA,* 2008, pp. 191-197.

DUBIN L., « L'incidence du droit de l'OMC sur la notion française de service public », *Revue de l'Institut de Recherches Économiques et Sociales*, 2008, pp. 1-89.

DUBIN L., « Accords commerciaux préférentiels », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 2017.

DUBIN L., « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *RGDIP,* 2018, t. 22, n° 4, pp. 867-892.

DUPONT-RACHIELE J., PREVOST D., RAYMOND S., « L'eau : un droit pour tous ou un bien pour certains », *RQDI,* 2004, vol. 17, n° 1*,* pp. 39-72.

DUPUY P.-M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP,* 1997, vol. 101, n° 4, pp.873-903.

ECKSTEIN G. E., « A Hydrogeological Perspective of the Status of Groundwater Resources Under the UN Watercourse Convention », *Columbia Journal of Environmental Law*, 2005, vol. 30, n° 3, pp. 525-564.

EL BOUDOUHI S., ROBERT-CUENDET S., « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2014) », *AFDI,* 2014, vol. 60, pp. 619-642.

EHLERMANN C.-D., LOCKHART N., « Standard of Review in WTO Law », *JIEL,* 2004, vol.7, n° 3, pp. 491-521.

ESPA I., « The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT in the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity? », *JWT*, 2012, vol. 46, n° 6, pp. 1399-1423.

FALKENMARK M., « Macro-Scale Water Scarcity Requires Micro-Scale Approaches », *Natural Resources Forum,* 1989, vol. 13, n° 4, pp. 259-267.

FENG X., « On Whether Renewable and Fossil Fuel Sourced Electricity Are like Products: A Rethinking of NPR-PPMS under Article III:4 GATT 1994 », *LSU Journal of Energy Law and Resources*, 2019, vol. 7, n° 2, pp. 344-381.

FITZMAURICE M. A., « International Environmental Law as a Special Field », *NYIL,* 1994, vol. 25, pp. 181-226.

FOURET J., HAYAT D., « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *RQDI,* 2007, vol. 20, n° 1, pp. 309-426.

FRANCK S., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review,* 2005, vol. 73, n° 4, pp.1521-1625.

GAILLARD E., BANIFATEMI Y, « The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.,* 2003, vol. 18, n° 2, pp. 375-411.

GALAZ V., BIERMANN F., FOLKE C., NILSSON M., OLSSON P., « Global Environmental Governance and Planetary Boundaries: An introduction », *Ecological Economics*, 2012, vol. 81, n° C, pp. 1-3.

GARI G., « Recent Preferential Trade Agreements' Disciplines for Tackling Regulatory Divergence in Services: How Far beyond GATS? », *WTR,* 2010, vol. 19, n° 1, pp. 1-29.

GLEICK P., « The Human Right to Water », *Water Policy,* 1999, vol. 1, n° 5, pp. 487-503.

GHOSHRAY S., « Searching for Human Right to Water amidst Corporate Privatization in India: Hindustan Coca-Cola Pvt. Ltd. v. Perumatty Grama Panchayat », *Georgetown International Environmental Law Review*, 2007, vol. 19, n° 4, pp. 643-672.

GODSOE H., « The Depth of the Trade in Service Agreement », *Brigham Young University International Law and Management Review*, 2014, vol. 10, n° 1, pp. 1-26.

GOLAY C., « The Food Crisis and Food Security: Towards a New World Food Order », *International Development Policy*, 2010, n° 1, pp. 229-248.

GRIFFITHS J., « What is Legal pluralism? », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law,* 1986, vol. 18, n° 24, pp. 1-55

GUIBET LAFAYE C., « La disqualification économique du commun », *RIDE,* 2014/3, t. XXVIII, pp. 271-283.

HALL N. D., « Protecting Freshwater Resources in the Era of Global Water Markets: Lessons Learned from Bottled Water », *University of Denver Water Law Review,* 2010, vol. 13, n° 1, pp. 1-54.

HALLO DE WOLF A., « Human Rights and the Regulation of Privatized Essential Services », *Netherlands International Law Review,* 2013, vol. 60, n° 2, pp. 165-204.

HAMILTON C. A., ROCHWERGER P. I., « Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties », *New York International Law Review,* 2005, vol. 18, n° 1, pp. 1-59.

HARDIN G., « The Tragedy of the Commons », *Science,* 1968, vol. 162, n° 3859, pp. 1243-1248.

HARRIS R., MOON G., « GATT Article XX and Human Rights: What Do We Know from the First Twenty Years », *Melbourne Journal of International Law*, 2015, vol. 16, n° 1, pp. 1-52

HAYTON R. D., UTTON A. E., « Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty », *Natural Resources Journal*, 1989, vol. 22, n° 3, pp. 663-722.

HEISKANEN V., « The Regulatory Philosophy of International Trade Law », *JWT,* 2004, vol. 38, n° 1, pp. 1-36.

HENCKELS C., « Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlemen*t, 2013, vol. 4, n° 1, pp. 197-215.

HENCKELS C., « Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », *JIEL*, 2012, vol. 15 n° 1, pp. 223-255.

HERMITTE M.-A., « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences Sociales,* 2011/1, pp. 173-212.

HIGGINS R., « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *ICLQ,* 2006, vol. 55, n° 4, pp. 781-804.

HOEKSTRA A. Y., HUNG P. Q., « Globalization of Water Resources: International Virtual Water Flows in Relation to Crop Trade », *Global Environmental Change,* 2005, vol. 15, n° 1, pp. 45-46.

HOLZER K., « Proposals on Carbon-related Border Adjustments: Prospects for WTO Compliance », *Carbon and Climate Law Review*, 2010, vol. 4, n° 1, pp. 51-64.

HOWSE R., LEVY P. I., « The TBT Panels: US - Cloves, US - Tuna, US -COOL », *WTR*, 2013, vol. 12, n° 2, pp. 327-375.

HOWSE R., REGAN D., « The Product / Process Distinction. An Illusory Basis for Discipling 'Unilateralism' in Trade Policy », *EJIL*, 2000, vol. 11, n° 2, pp. 249-289.

HUMES R. E., « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an Aim and Effects Test », *The International Lawyer*, 1998, vol.32, n° 3, pp. 619-649.

JACOB P., LATTY F., DE NANTEUIL A., « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, 2017, pp. 587-650.

JANIS M. W., « Individuals as Subjects of International Law », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, pp. 61-80.

JOSHI M., « Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organization Agreements? », *JWT*, 2004, vol. 38, n° 1, pp. 69-92.

KALICKI J. I., « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », IISD, *Investment Treaty News,* 2013, vol. 3, n° 2, pp. 3-6.

KAMTO M., « L'entrée en vigueur de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *RJE,* 2017, vol. 42, n° 1, p. 13-36.

KAMTO M., « Le droit international des ressources en eau continentales africaines », *AFDI,* 1990, vol. 30, pp. 843-911.

KARAPINAR B., « Defining the Legal Boundaries of Export Restrictions: A Case Law Analysis », *JIEL*, 2012, vol. 15, n° 2, pp. 443-479.

KAUFMANN-KOHLER G., « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *» Arbitration International*, 2007, vol. 23, n° 3, pp. 357-378.

KIDD S., « Keeping Public Resources in Public Hands: Advancing the Public Trust Doctrine in Canada », *Journal of Environmental Law and Practice*, 2006, vol. 16, n° 2, pp. 187-207.

KIM J., « Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements », *The George Washington International Law Review,* 2018, vol. 50, n° 2, pp. 289-356.

KIRSCHNER A. J., « The Human Right to Water and Sanitation », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2011, vol. 15, pp. 446-487.

KLOECKNER J., « The Power of Eco-Labels: Communicating Climate Change Using Carbon Footprint Labels Consistent with International Trade Regimes under the WTO », *Climate Law,* 2012, vol. 3, n° 3-4, pp. 209-230.

KLOEZEN W. H., « Water Markets Between Mexican Water User Associations », *Water Policy*, 1998, vol. 1, n° 4, pp. 437-455.

KORINEK J., KIM J., « Export Restrictions on Strategic Raw Materials and Their Impact on Trade and Global Supply », *JWT*, 2011, vol. 45, n° 2, pp. 255-281.

JENSEN O., « The Hybrid Model for Economic Regulation of Water Utilities: Mission Impossible? », *Utilities Policy*, 2017, vol. 48, pp. 122-131.

KAHN P., « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *Revue internationale de droit comparé,* 1981, vol. 33, n° 4, pp. 951-986

KIEFER T., BRÖLMANN C., « Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water », *Non state Actors and International Law,* 2005, vol.5, n° 3, pp. 183-208.

KOSKENNIEMI M., « It's not the cases, it's the system», *JWIT,* 2017, vol. 18, n° 2, pp. 343-353

KRAJEWSKI M., « Public services and Trade Liberalization. Mapping the legal Framework », *JIEL*, 2003, vol. 6, n° 2, pp. 341-367.

KUBE V., PETERSMANN E.-U., « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy,* 2016, vol. 11, n° 1, pp. 65-114.

LALIVE P., HALONEN L., « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Czech Yearbook of international Law*, 2011, vol. 2, pp. 141-156.

LANDEO S., ZWARTEVEEN M., « Exploring the Politics of Water Grabbing: The Case of Large Mining Operations in the Peruvian Andes *», Water Alternatives*, 2012, vol. 5, n° 2, pp. 360-375.

LANG A., « The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study of Social Regulation of the Water Industry », *JIEL,* 2004, vol.7, n° 4, pp. 801-838.

LANGFORD M., « Crossfire: There is No Human Right to Water for Livelihoods », *Waterlines*, 2009, vol. 28, n° 1, pp. 5-12.

LANGFORD M., « Ambition that Overleaps Itself? A Response to Stephen Tully's « critique » of the General Comment on the Right to Water », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2006, vol. 26, n° 3, pp. 433-459.

LASSERRE F., « Les projets de transferts massifs d'eau en Amérique du Nord », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 2, septembre 2005, L'eau en Amérique du Nord : facteur de coopération, outil de développement ou enjeu de conflit ? pp. 1-10, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/1929 (consulté le 30 juin 2021).

LATTY F., « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI,* 2008, vol. 54, pp. 467-512.

LATTY F., « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, 2015, t. 119, n° 1, pp. 179-195.

LAVALLÉE S., BARENTSEIN K., « La régulation et l'harmonisation internationale des programmes d'écolabels sur les produits et les services », *RIDE*, 2004, t. XVIII, n° 1, pp. 47-77.

LE FLOCH G., « Le difficile partage des eaux du Nil », *AFDI*, 2010, vol. 56, pp. 471-496.

LEFTWICH D., « Evolving from Dominion to Communion: How Legal Rights for Nature Can Exist in Balance with Individual Property Rights in a Global Commons », *Earth Jurisprudence & Environmental Justice Journal*, 2011, vol. 1, n° 1, pp. 1-24.

LEGARRE S., « The Historical Background of the Police Power », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law,* 2007, vol. 9, n° 3, pp. 745-796.

LEMAIRE S., « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. Les demandes reconventionnelles de l'État », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2, pp. 682-698.

LEME DA SILVA A., AIRES DE SOUZA S., COELHO FILHO O., ELOY L., BOTELHO SALMONA Y., SOUSA PASSOS G. J., « Water Appropriation on the Agricultural Frontier in Western Bahia and Its Contribution to Streamflow Reduction: Revisiting the Debate in the Brazilian Cerrado », *Water*, 2021, vol. 13, n° 8, pp. 2-21

LEROUX E., « What is a 'Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority' under article I:3(b) and (c) of the GATS? », *JWT*, 2006, vol. 40, n° 3, pp. 345-385.

LÉVESQUE C., « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue Générale de Droit*, 2003, vol. 33, n° 1, pp. 39-92.

LIAO Y., DE FRAITURE C., GIORDANO M., « Global Trade and Water: Lessons from China and the WTO », *Global Governance*, 2008, vol. 14, n° 14, pp. 503-552.

LINDERFALK U., « Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties », *International Community Law Review*, 2008, vol. 10, n° 2, pp. 109-141.

LINDO R. V., « Hydroelectric Power Production in Costa Rica and the Threat of Environmental Disaster through CAFTA », *Boston College International and Comparative Law Review*, 2006, vol. 29, n° 2, pp. 297-321.

LINDROOS A., MEHLING M., « Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the WTO », *EJIL*, 2005, vol. 16, n° 5, pp. 857-877.

LITTLE S. P., « Canada's Capacity to Control the Flow: Water Export and the North American Free Trade Agreement », *Pace International Law Review*, 1996, vol. 8, n° 1, pp. 127-159.

LONCLE J.-M., « Grands projets d'infrastructures : le montage Build-Operate-Transfer (BOT) », *Revue du droit des affaires internationales*, 1997, pp. 945-965.

LOQUIN É., « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010, t. XXIV, n° 1, pp. 81-101.

LORRAIN D., « Les quatre compétitions dans un monopole naturel. Qu'est-il en train d'arriver au secteur de l'eau », *Flux*, 2003, n° 52/53, pp. 69-86.

MAGSIG B.-O., « Overcoming State-centrism in International Water Law: "Regional Common Concern" as the Normative foundation of Water security », *Göttingen Journal of International Law*, 2011, vol. 3, n° 1, pp. 317-344.

MAJONE G., « Paradoxes of Privatization and Deregulation », *Journal of European Public Policy*, 1994, vol.1, n° 1, pp. 53-69.

MALET-VIGNEAUX J., « De la loi de 1976 à la loi de 2016. Le préjudice écologique : après les hésitations, la consécration », *RJE*, 2016, vol. 41, n° 4, pp. 617-628.

MANSON L., EPPS T., « Water Footprint Labelling and WTO Rules », *Review of European Community and International Environmental Law,* 2014, vol. 23, n° 3, pp. 329-341.

MARCHETTI J. A., MAVROIDIS P. C., « What are the Main Challenges for GATS Framework? Don't talk about Revolution », *European Business Organization Law Review,* 2004, vol. 5, n° 3, pp. 511-562.

MARCEAU G., « WTO and Export Restrictions », *JWT*, 2016, vol. 50, n° 4, pp. 563-586.

MARCEAU G.*, «* The WTO in the Emerging Energy Governance Debate *», Global Trade and Customs Journal,* 2010, vol. 5, n° 3, pp. 83-93.

MARCEAU G., « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL,* 2002, vol. 13, n° 4, pp 753-814.

MARCEAU G., « A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition against Clinical Isolation in WTO Dispute Settlement », *JWT,* 1999, vol. 33, n° 5, pp. 87-152.

MARCEAU G., LOW P., REINAUD J., « The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues », *JWT,* 2012, vol. 46, n° 3, pp. 485-544.

MARCOU G., « L'eau, enjeu global et gestion locale », *Droit et gestion des collectivités territoriales,* 2010, tome III, p. 40.

MARRELLA F., « On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration », *International Community Law Review*, 2010, vol. 12, n° 2, pp. 335-359.

MATTEI U., BAILEY S., « Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggles for the Commons », *Indiana Journal of Legal Studies,* 2013, vol. 20, n° 2, pp., 965-1013.

MAYEDA G., « Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements: Global Administrative Law and Transnational Cooperation », *JWIT*, 2017, vol. 18, n° 1, pp. 131-162.

MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI,* 1986, vol. 113, pp. 5-78.

MAYER P., « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI,* 2009, n° 1, pp. 71-96.

MBENGUE M. M., « Le régime juridique du fleuve Sénégal : aspects du droit des cours d'eau dans un contexte régional », *African Yearbook of International Law,* 2006, vol. 12, pp. 309-347.

MBENGUE M. M., « A Model for African Shared Water Resources: the Senegal River Legal System », *Review of European Community and International Environmental Law,* 2014, vol. 23, n° 1, pp. 59-66.

MCCAFFREY S., « The Human Right to Water: A False Promise », *University of the Pacific Law Review,* 2016, vol. 47, n° 2, pp. 221-232.

MCCAFFREY S., « A Human Right to Water: Domestic and International Implications», *Georgetown International Environmental Review,*1992, vol. 5, n° 1, pp. 1-25.

MCCAFFREY S., « The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, not Praised », *Natural Resources Journal*, 1996, vol. 36, n° 4, pp. 965-1007.

MCCAFFREY S., « The Coming Fresh Water Crisis: International Legal and Institutional Responses », *Vermont Law Review*, 1997, vol. 21, n° 3, pp. 803-821.

MCCAFFREY S., « The International Law Commission Adopts Draft Articles on Transboundary Aquifers », *AJIL*, 2009, vol. 103, n° 2, pp. 272-293.

MCINTYRE O., « The Emergence of an 'Ecosystem Approach' to the Protection of International Watercourses under International Law », *Review of European Community and International Environmental Law*, 2004, vol. 13, n° 1, pp. 1-14.

MCINTYRE O., « International Water Resources Law. Relative Priority Accorded to Environmental Protection », *Environmental Policy and Law,* 2008, vol. 38, n° 3, pp 131-141.

MECHLEM K., « Moving Ahead in Protecting Freshwater Resources: The International Law Commission's Draft Articles on Transboundary Aquifers », *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, n° 4, pp. 801-821.

MEHTA M., FUGELSNES T., VIRJEE K., « Financing the Millennium Development Goals for Water and Sanitation: What Will It Take? », *International journal of Water Resources Development,* 2005, vol. 21, n° 2, pp. 239-252

MERCIER V., « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Droit des sociétés,* 2011, vol. 4, pp. 21-51.

MERGOS G., « Private Participation in the Water Sector: Recent Trends and Issues », *European Water*, 2005, vol. 9/10, pp. 59-75.

MESHEL T., « Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond », *Journal of International Disputes Settlements*, 2015, vol. 6, n° 1, pp. 277-307.

MICKELSON K., « South, North, International Environmental Law and International Environmental Lawyers », *Yearbook of International Environmental Law*, 2000, vol. 11, pp. 52-81.

MILANI C. R. S. « Relations internationales, écologie politique et contestation transnationale en Amérique latine », *Écologie et Politique*, 2013, vol. 46, n° 1, pp. 21-40

MISONNE D., « La définition juridique des communs environnementaux », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement,* 2018, n° 92, n° 4, pp. 5-9.

MITCHELL A., HENCKELS C., « Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law,* 2013, vol. 14, n° 1, pp. 93-164.

MONEBHURRUN N., « Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law », *Brazilian Journal of International Law*, 2017, vol. 14, n° 2, pp. 50-71.

MONEBHURRUN N., « Novelty International Investment Law: the Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model », *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, vol. 8, n° 1, pp. 79-100.

MONTGINOUL M., STROSSER P., « Vers des marchés de l'eau en France ? Quelques éléments de réflexion », *Annales des Mines – Responsabilité et Environnement*, 2001, vol. 23, pp. 13-31.

MOODY M. N., « Warning: May Cause Warming, Potential Trade Challenges to Private Environmental Labels », *Vanderbilt Law Review,* 2012, vol. 65, n° 5, pp. 1401-1446.

MOON G., « Fair in Form, but Discriminatory in Operation – WTO Law's Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries », *JIEL*, 2011, vol. 14, n° 3, pp. 553-592.

MORIN M., « Bien-être animal et commerce international : l'affaire des produits dérivés du phoque devant l'OMC », *RJE*, 2015, vol. 40, n° 2, pp. 282-297.

MUNRO J., « Pushing the Boundaries of 'Products' and 'Goods' under GATT 1994: An Analysis of the Coverage of New and Unorthodox Articles of Commerce », *JWT,* 2013, vol. 46, n° 6, pp. 1323-1348.

MURPHY S. L., « The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning and the Controversy Over-Privatization », *Berkeley Journal of International Law,* 2013, vol. 31, n° 1, pp. 89-147.

NEWCOMBE A., « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev.*, 2005, vol. 20, n° 1, pp. 1-57.

NGUYEN H. T., « La validité internationale des mobiles d'expropriation », *RBDI*, 1990, n° 2, pp. 441-463.

NOIVILLE C., « Brèves réflexions sur la reconnaissance d'un « droit à la différence alimentaire » dans le commerce international », *Sociologie du travail,* 2003, vol. 45, n° 1, pp. 63-76.

NOUVEL Y. « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, n° 1, pp. 79-102.

ORSI F., « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, 2013, vol. 14, n° 1, pp. 1-28.

ORTINO F., LYDGATE E., « Addressing Domestic Regulation Affecting Trade in Services in CETA, CPTPP and USMCA: Revolution or Timid Steps? », *JWIT,* 2019, vol. 20, n° 5, pp. 680-704.

OSTROM E., SCHLAGER E., « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics*, 1992, vol. 68, n° 3, pp. 249-262.

OUEDRAOGO A., « La Due Diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue Générale de Droit*, 2012, vol. 42, pp. 641-683.

OXLEY A., « Environmental Trade Sanctions: What is at Stake? », *Policy*, 2002, vol. 18, n° 4, pp. 17-23.

PALMENTER D., MAVROIDIS P. C., « The WTO Legal System: Sources of Law », *AJIL,* 1998, vol. 92, n° 3, pp. 398-413.

PAULSSON J., « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.,* 1995, vol. 10, n° 2, pp. 232-257.

PAUWELYN J., « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *AJIL*, 2001, vol. 95, n° 3, pp. 535-578.

PAUWELYN J., « Rien ne va plus ? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS », *WTR*, 2005, vol. 4, n° 2, pp. 131-170.

PAUWELYN J., « Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: the WTO Appellate Body Report on China – Audiovisuals », *Melbourne Journal of International Law,* 2010, vol. 11, n° 1, pp. 119-140.

PAVOT D., « The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body: Beyond the Search of Ordinary Meaning », *Journal of International Dispute Settlement,* 2013, vol. 4, n° 1, pp. 29-46.

PETEL M., « La nature : d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, vol. 80, n° 1, pp. 207-239.

PETIT O., « La nouvelle économie des ressources et les marchés de l'eau : une perspective idéologique ? », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement,* novembre 2004, vol. 5, n° 2, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/3608 (consulté le 30 juin 2021).

PRIEUR M., « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles, *RJE,* 2011, vol. 5, n° spécial, pp. 7-28.

PROSSER T., « Public Service Law: Privatization's Unexpected offspring », *Law and Contemporary problems*, 2000, vol. 63, n° 4, pp. 63-82.

PRUJINER A., « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metalclad », *International Law Forum,* 2003, vol. 5, n° 3, pp. 205-214

PUIG S., « International Indigenous Economic Law », *UC Davis Law Review,* 2019, vol. 52, n° 3, pp. 1243-1316.

QUILLERÉ-MAJZOUB F. « La commercialisation de l'eau d'un cours d'eau international entre les États du cours est-elle envisageable ? », *Revue juridique de l'Ouest*, 2005, vol. 4, pp. 449-467.

QUILLERÉ-MAJZOUB F., « La question de la nature juridique de l'eau des cours d'eau internationaux - essai d'épistémologie », *EJIL*, 2013-2014, vol. 6, n° 2, pp. 51-77

RADI Y., « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective from Within the International Investment Law Toolbox », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2012, vol. 37, n° 4, pp. 1108-1185.

RAMIREZ-VALLEJO J., ROGERS P., « Virtual Water Flows and Trade Liberalization », *Water Science and Technology,* 2004, vol. 49, n° 7, pp. 25-32.

REES J. A., « Regulation and Private Participation in the Water and Sanitation Sector », *Natural Resources Journal,* 1998, vol. 22, n° 2, pp. 95-105.

REES W. E., « Ecological Footprints and Appropriated Carrying Capacity. What Urban

Economics Leave Out », *Environment and Urbanization*, 1992, vol. 4, n° 2, pp. 121-130.

REINISCH A., « Necessity in Investment Arbitration », *NYIL,* 2010, vol. 41, n° 1, pp. 137-159.

RÈMOND-GOUILLOUD Martine, « Ressources naturelles et choses sans maitre », *Dalloz,* 1985, pp. 27-34.

ROBERT É., « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence : le premier différend commercial environnemental à l'épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l'OMC », *RGDIP,* 1997, t. 101, n° 1, pp.91-141.

ROBERT-CUENDET S. « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Reflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », *RGDIP,* 2016, t. 120, n° 3, pp. 545-578.

ROCH L., GENDRON C., « Le commerce de l'eau virtuelle : du concept à la politique », *Géocarrefour*, 2005 vol. 80, n° 4, pp. 273-284

ROCKSTRÖM J., « Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity », *Ecology and Society*, 2009, vol. 14, n° 2, pp. 1-33.

ROESSLER F., « GATT and Access to Supplies », *JWT*, 1975, vol. 9, n° 1, pp. 25-40.

ROLLAN F., « Le Tigre et l'Euphrate : source de conflit ou situation conflictuelle due à l'histoire ? », *Confluences Méditerranée,* 2006, vol. 3, n° 58, pp. 137-151.

ROSS SAXER S., « The Fluid Nature of Property Rights in Water », *Duke Environmental Law and Policy Forum,* 2010, vol. 21, n° 1, pp. 49-112.

RUIZ FABRI H., « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI,* 1990, t. XXXVI, pp. 818-842.

RUIZ FABRI H., « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *JDI*, 1999, vol. 126, n° 2, pp. 453-506.

SALMAN S. M. A., « Helsinki Rules, UN Watercourses Convention and Berlin Rules: Perspectives on International Water Law », *Water Resources and Development*, 2007, vol. 23, n° 4, 2007, pp. 625-640.

SALMAN S. M. A., « Legal Regime for Use and Protection of International Watercourses in the Southern African Region: Evolution and Context », *Natural Resources Journal,* 2001, vol. 41, n° 4, pp. 981-1022.

SAVARIT I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou principe juridique à part entière ? », *RFDA,* 1998, pp. 303-316.

SAX J. L., « The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention », *The Michigan Law Review,* 1969-1970, vol. 68, n° 3, pp. 471-566.

SAX J. L., « Taking and the Police Power », *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, n° 1, pp. 36-76.

SCHOENBAUM T. J., « Fashioning a New Regime for Agricultural Trade: New Issues and the Global Food Crisis », *JIEL*, 2011, vol. 14, n° 3, pp. 593-611.

SCHREIBER W., « Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations », *Natural resources journal,* 2008, vol. 48, n° 2, pp. 431-478.

SCHREUER C., « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *JWIT,* 2005, vol. 6, n° 3, pp. 359-386.

SCHWARTZ B., « WTO and GMOs: Analyzing the European Community's Recent Regulations Covering the Labelling of Genetically Modified Organisms », *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, n° 3, pp. 772-811.

SÉRIAUX A., « Modes d'acquisition de la propriété. Choses Communes », *Juris Classeur civil*, 2011.

SHACKELFORD S. J., « The Tragedy of the Common Heritage of Mankind », *Stanford Environmental Law Journal,* 2009, vol. 28, n° 1, pp.109-169.

SHANKAR P. S. V., KULKARNI H., KRISHNAN S., « India's Groundwater Challenge and the Way Forward », *Economic & Political Weekly,* 2011, vol. 46, n° 2, pp. 37-45.

SIMMA B., « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », *ICLQ,* 2011, vol. 60, n° 3, pp. 573-596.

SIMMA B., « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *EJIL,* 2009, vol. 20, n° 2, pp. 265-297.

SIRONNEAU J., « Le droit international de l'eau : une aide croissante au partage de la ressource », *Géoéconomie*, 2012, vol. 1, n° 60, pp. 77-88.

SIRONNEAU J., « Droit et gestion de l'eau. Grandes tendances mondiales et applications récentes *», RJE*, 1998, n° 3, pp. 301-317.

SMITH M. D. Jr, « A Blast from the Past: The Public Trust Doctrine and its Growing Threat to Water Rights », *Environmental Law,* 2016, vol. 46, n° 3, pp. 461-480.

SOHN L. B., BAXTER R. R., « Responsibility of State to Injuries to Economics Interests of Aliens», *AJIL*, 1961, vol. 55, n° 3, pp. 545-584.

SOHNLE J., « La genèse du droit des aquifères transfrontières, un feuilleton familial complexe (1ère partie) », *RJE*, 2012, vol. 37, n° 2, pp. 221-236.

SOHNLE J., « Le principe de responsabilités communes mais différenciées dans les instruments conventionnels relatifs aux eaux douces internationales. Cherchez l'intrus ! », *Les cahiers du droit*, 2014, vol. 55, n° 1, pp. 221-264.

SOHNLE J., « La captation des ressources en eau douce : la notion de dette à la lumière des marchés d'eau internationaux », *VertigO, La revue électronique en sciences de l'environnement,* hors-série 26, septembre 2016, disponible sur https://journals.openedition.org/vertigo/17532 (consulté le 30 juin 2021).

SOJAMO S., KEULERTZ M., WARNER J., ALLAN J. A., « Virtual Water Hegemony: The Role of Agribusiness in Global Water Governance », *Water International*, 2012, vol. 37, n° 2, pp. 169-182.

SPRONK S., « Water and Sanitation Utilities in the Global South: Recentering the Debate on 'efficiency' », *Review of Radical Political Economics*, 2010, vol. 42, n° 2, pp. 156-174.

STERN B., « La protection diplomatique des investissements internationaux, de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, pp. 896 -948.

STOA R. B., « United Nations Watercourses Convention in the Dawn of Entry into Force », *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 2014, vol. 47, n° 5, pp. 1321-1370.

STONE C. D., « Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects? », *Southern California Law Review*, 1972, n° 45, pp. 450-501.

SULLIVAN C., « Calculating a Water Poverty Index », *World Development,* 2002, vol. 30, n° 7, pp. 1195-1210

TAMIOTTI L., KULAÇOĞLU V., « National Climate Change Mitigation Measures and their Implications for the Multilateral Trading System: Key findings of the WTO/UNEP Report on Trade and Climate Change », *JWT*, 2009, vol. 43, n° 5, pp. 1115-1144.

TANZI A., « On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* 2012, vol. 11, n° 1, pp. 47-76.

TARLOCK A. D., « Four Challenges for International Water Law », *Tulane Environmental Law Journal*, 2009, vol. 23, n° 2, pp. 369-408.

THIELBÖRGER P., « Re-conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach », *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, n° 2, pp. 225-249.

THOMPSON B. H. Jr., « Water as a Public Commodity », *Marquette Law Review,* 2011, vol. 95, n° 1, pp. 17-52.

THOMPSON B. H. Jr., « Institutional Perspectives on Water Policy and Markets », *California Law Review,* 1993, vol. 81, n° 3, pp. 671-764.

TIGNINO M, YARED D., « La commercialisation et la privatisation de l'eau dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce *», RQDI*, 2006, vol. 19, n° 2, pp. 160-196.

TOURBE M., « Service public versus service universel : une controverse infondée ? », *Critique internationale*, 2004, vol. 24, n° 3, pp. 21-28.

TRACHTMAN J., « The Domain of WTO Dispute Resolution », *Harvard ILJ,* 1999, vol. 40, n° 2, pp. 333-377.

TRACHTMAN J., « The International Economic Law Revolution », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, vol. 17, n° 1, pp. 33-60.

TRUJILLO E., « Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from the Trade Regime », *Boston College Law Review,* 2018, vol. 59, n° 8, pp. 2735-2764.

TULHOSKE J., « Trusting the Public Trust: Application of the Public Trust Doctrine to groundwater Resources », *Vermont Journal of Environmental Law*, 2008, vol. 9*,* pp. 189-237.

TULLY S., « A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment n° 15 », *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 2005, vol. 23, n° 1, pp. 35-63.

VAN CALSTER G., « 'Faites vos jeux': Regulatory Autonomy and the World Trade Organization after Brazil Tyres », *Journal of Environmental Law,* 2008, vol. 20, n° 1, pp. 121-136.

URUENA R. « International Trade Law and Fragmentation in Water Regulation », *US-China Law Review,* Jan. 2009, vol. 6, n° 1, pp. 50-66.

VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 1, pp. 121-150.

VARNEROT V., « L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. À propos de la décision du TGI d'Angers en date du 12 juillet 2001 », *RJE,* 2002, vol. 27, n° 2, pp. 135-170.

VAUGHAN S., « Trade and Environment: Some North-South Considerations », *Cornell International Law Journal*, 1994, vol. 27, n° 3, pp. 591-606.

VERHOORSEL G., « The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law », *JIEL,* 2003, vol. 6, n° 2, pp. 493-506.

VON TIGERSTROM B., « The Public Trust Doctrine in Canada », *Journal of Environmental Law and Practice*, 1997, vol. 7, n° 3, pp. 379-401.

WAELDE T., NDI G., « Stabilizing International Investment Commitments. International Law Versus Contract Interpretation », *Texas International Law Journal,* 1996, vol. 31, n° 2, pp. 215-267.

WALSTON R. E., « The Public Trust Doctrine in the Water Rights Context », *Natural Resources Journal,* 1989, vol. 29, n° 2, pp. 585-592.

WEILER T., « NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law », *Columbia Journal of Transnational Law,* 2003, vol.42, n° 1, pp. 35-85.

WOOD C., « Environmental Impact Assessment in Developing Countries », *International Development Planning Review*, 2003, vol. 25, n° 3, pp. 301-321.

WOUTERS P., GERAETS D., « Private Food Standards and the World Trade Organization: Some Legal Considerations », *WTR*, 2012, vol. 11, n° 3, pp. 479-489.

YA QIN J., « Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection », *JWT,* 2012, vol. 46, n° 5, pp. 1147-1190.

ZARRILLI S., « Domestic Taxation of Energy Products and Multilateral Trade Rules: Is This a Case of Unlawful Discrimination? », *JWT,* 2003, vol. 37, n° 2, pp. 359-394.

ZELLMER S., HARDER J., « Unbundling Property in Water », *Alabama Law Review,* 2007-2008, vol. 59, n° 3, pp. 679-745.

ZHU Y., « Environmental Discrimination in International Investment Law », *New York University Journal of International Law and Policy,* 2019, vol. 51, n° 4, pp. 385-435.

V. Instruments internationaux et législation nationale

A. Instruments conventionnels

Convention arrêtant des dispositions uniformes sur la pêche dans le Rhin et ses affluents, Lucerne, 18 mai 1887, *SLNU,* n° 113, p. 397.

Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Prusse concernant la régulation des pêcheries dans les eaux frontières, Luxembourg, 5 novembre 1892, *SLNU,* n° 200, p. 176.

Convention et Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, Barcelone, 20 avril 1921, *RTNU,* vol. 7, p. 35.

Convention de Genève relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États, Genève, 9 décembre 1923, *RTSDN*, vol. 36, p. 75.

Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado et du fleuve ainsi que du Rio grande, (États-Unis, Mexique), Washington, D. C., 3 février 1944, *RTNU,* vol. 3, p. 313.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Genève, 30 octobre 1947, *RTNU,* vol. 55, p. 194.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, Reproduit dans Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, tome I, Berne, Département politique fédéral, p. 294.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949, *RTNU*, vol. 108, p. 343.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, *RTNU* vol. 213, p. 221.

Accord entre les États-Unis et le Canada relatif au Saint-Laurent Maritime, Ottawa, 27 février 1957, *SLNU,* n° 64, p. 206.

Convention relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, Vienne, 21 mai 1963, *RTNU,* vol. 1063, p. 265.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington D. C., 18 mars 1965, *RTNU,* vol. 555, p. 161.

Pacte international relatif aux droits civils et politique, 16 décembre 1966, New York, *RTNU*, vol. 999, p. 171.

Traité relatif au bassin du Rio de la Plata et sa façade maritime, Brasilia, 23 avril 1969, *RTNU,* vol. 875, p. 14.

Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *RTNU,* vol. 1155, p. 331.

Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, Paris, 29 juillet 1969, *RTNU*, vol. 956, p. 251.

Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, San José, 22 novembre 1969, *RTNU*, vol. 1144, p. 123.

Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*,* Ramsar, 2 février 1971, *RTNU*, vol. 996, p.1976.

Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal, (Mali, Mauritanie, Sénégal), Nouakchott, 11 mars 1972, *Études législatives de la FAO*, n°61, p. 16.

Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, Paris, 23 novembre 1972, *RTNU.* vol. 1037, p 174.

Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs de 1978, Ottawa, 22 novembre 1978, *RTNU*, vol. 837, p. 213.

Convention relative au statut juridique des ouvrages communs (Mali, Mauritanie, Sénégal), Bamako, 21 décembre 1978, *Études législatives de la FAO*, n° 61.

Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, New York, 5 décembre 1979, *RTNU* vol. 1363, p. 3.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, New York, 18 décembre 1979, *RTNU,* vol. 1249, p. 13.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Nairobi, 26 juin 1981, *RTNU*, vol. 1520, p. 217.

Convention des Nations Unis sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982*, RTNU,* vol. 1833, p. 3.

Traité sur le Lesotho Highlands Water Project entre le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et le Gouvernement du Royaume du Lesotho, Maseru, 24 octobre 1986, *Études législatives de la FAO*, n° 30, p. 172.

Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, *RTNU,* vol. 1577, p. 3.

Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Espoo, 25 février 1991, *RTNU*, vol. 1989, p. 309.

Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Helsinki, 17 mars 1992, *RTNU*, vol. 2105, p. 457.

Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Rio de Janeiro, 9 mai 1992, *RTNU,* vol. 1771, p. 107.

Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU,* vol. 1760 p. 79.

Convention sur la protection de l'environnement marin de l'Atlantique du nord-est, Paris, 22 septembre 1992, *RTNU,* vol. 2354, p. 67.

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), 17 décembre 1992, *Recueil des traités du Canada*, 1994/2 et Déclaration des gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, 2 décembre 1993.

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Genève, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1867, p. 154.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, Genève, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1867, p. 187.

Accord général sur le commerce des services, Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, Annexe 1B, Genève, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1869, p. 183.

Accord sur l'agriculture, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, Genève, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 436.

Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, Genève, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1867, p. 165.

Accord sur les obstacles techniques au commerce, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, Genève, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1868, p. 141.

Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, Genève, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 14.

Mémorandum d'accord relatif au règlement des différends, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 2, Genève, 15 avril 1994, *RTNU,* vol. 1867 p. 198.

Accord de Coopération pour un développement durable du bassin du Mékong, (Cambodge, Laos, Thaïlande, Vietnam), Chiang Rai, 5 avril 1995, *ILM*, 1997, p. 258.

Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili, Santiago, 5 décembre 1996,

http://sice.oas.org/Trade/chican_f/Amendments_06_2017/CAN_CHL_Agt_Amend_GT_f.asp (consulté le 15 janvier 2020).

Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, New York, 21 mai 1997, *RTNU,* vol. 2999.

Protocole de Kyoto à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Kyoto, 11 décembre 1997, *RTNU,* vol. 2303, p. 162.

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU,* vol. 2161, p. 447

Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Londres, 17 juin 1999, *RTNU*, vol. 2331, p. 202.

Protocole révisé sur les cours d'eau partagés dans la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC), Windhoek, 7 août 2000, *ILM*, 2000, vol. 40, p. 321.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique, 8 décembre 1997, JO L 70 du 12 mars 2001.

Charte des eaux du Bassin du Sénégal (Mali, Mauritanie, Sénégal), Nouakchott, 28 mai 2002, http://www.portail-omvs.org (consulté le 15 janvier 2021).

Accord d'association entre l'Union européenne et le Chili, 18 novembre 2002, JO L 352 du 30 décembre 2002.

Protocole sur le développement durable du bassin du Lac Victoria, (Kenya, Ouganda, Tanzanie), Arusha, 29 novembre 2003, http://www.lvbcom.org/ (consulté le 15 janvier 2020).

Convention africaine révisée sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, Maputo, 11 juillet 2003, dans BOISSON DE CHAZOURNES L. DESGAGNÉ R., MBENGUE M. M., ROMANO C., *Protection internationale de l'environnement*, Paris, Pedone, 2005, pp. 187-207.

Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, Washington D. C., 6 mai 2003, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta/final-text (consulté le 15 janvier 2020).

Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, Miami, 6 juin 2003 https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text (consulté le 15 janvier 2020).

Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, 18 mai 2004, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text (consulté le 15 janvier 2020).

Accord de libre-échange entre les États-Unis, les États d'Amérique Centrale et la République Dominicaine, Washington D. C., 5 août 2004, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text (consulté le 30 juin 2021).

Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent, 13 décembre 2005, http://www.environnement.gouv.qc.ca/Eau/grandslacs/2005/Entente.pdf (consulté le 10 décembre 2020).

Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Pérou, Washington D. C., 12 avril 2006, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text (consulté le 15 janvier 2020).

Accord de partenariat économique entre le Japon et les Philippines, Helsinki, 9 septembre 2006 (https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/philippine/joint0411.html consulté le 24 juin 20

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Nairobi, 23 mai 2007, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement (consulté le 15 janvier 2020)

Accord de libre-échange entre le Panama et les États-Unis, Washington D. C., 28 juin 2007, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text (consulté le 15 janvier 2020)

Charte de l'eau du Bassin du Niger (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Niger, Nigeria, Tchad), Niamey, 30 avril 2008, http://www.abn.ne/index.php?option=com_content&view=frontpage&lang=fr (consulté le 15 janvier 2021)

Accord de partenariat économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, 15 octobre 2008, JO L 289 du 30 octobre 2008.

Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou, Ottawa, 29 mai 2008, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/fta-ale/index.aspx?lang=fra (consulté le 30 juin 2021).

Accord établissant une zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle Zélande, 27 février 2009, https://www.asean.org/wp-content/uploads/images/archive/22260.pdf (consulté le 15 janvier 2021).

Accord de libre-échange entre la Malaisie Nouvelle Zélande, Kuala Lumpur, 26 octobre 2009 https://www.mfat.govt.nz/assets/FTAs-agreements-in-force/Malaysia/mnzfta-text-of-agreement.pdf (consulté le 15 janvier 2021).

Accord de partenariat économique entre les États du CARIFORUM, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part, 15 octobre 2008, JO L 289 du 30 octobre 2008.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Corée, 6 octobre 2010, JO L 127, 14 mai 2011

Accord de libre-échange entre le Costa Rica et Singapour, San Jose, 6 avril 2010, http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=117&Itemid=140 (consulté le 30 juin 2021)

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, 6 octobre 2010, JO L 127 du 14 mai 2011.

Accord de libre-échange entre le Costa Rica et le Pérou, San Jose, 26 mai 2011, http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=117&Itemid=140 (consulté le 30 juin 2021).

Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, du 26 juin 2012, JO L 354 du 21 décembre 2012.

Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs (Canada, États-Unis), Washington D. C., 7 septembre 2012, https://www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/main/grandslacs-greatlakes/a1c62826-72be-40db-a545-65ad6fceae92/1094_canada-usa-20glwqa_f.pdf (consulté le 15 janvier 2021)

Accord de libre-échange entre l'Union européenne, la Colombie et le Pérou, 26 juin 2012, JO L 354 du 21 décembre 2012.

Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, du 26 juin 2012, JO L 354 du 21 décembre 2012

Accord de libre-échange entre le Canada et le Honduras, Ottawa, 5 novembre 2013, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/honduras/fta-ale/index.aspx?lang=fra (consulté le 30 juin 2021).

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et l'Ukraine, 27 juin 2014, JO L 161 du 29 mai 2014.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Géorgie, 27 juin 2014, JO L 261 du 30 août 2014.

Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée, Ottawa, 22 septembre 2014, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/fta-ale/index.aspx?lang=fra (consulté le 15 janvier 2021).

Accord de Paris, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, Paris, 12 décembre 2015.

Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, 30 octobre 2016, JO L 11, 14.1.2017.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour, 19 octobre 2018, JO L 294 du14 novembre 2019.

Accord Canada, États-Unis, Mexique (ACEUM), Buenos Aires, 30 novembre 2018 https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/index.aspx?lang=fra (consulté le 15 janvier 2021).

B. Instruments non conventionnels

1) Système des Nations Unies

a) Assemblée générale des Nations Unies

Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, *Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones*, A/RES/61/295, 13 septembre 2007.

Résolution 55/2 de l'Assemblée générale, *Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 8 septembre 2000.

Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, 12 décembre 2001.

Résolution 64/292 de l'Assemblée générale, *Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement*, A/RES/64/292, 28 juillet 2010.

Résolution 17/4 de l'Assemblée générale, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011.

Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, *L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012.

Résolution 21/5 de l'Assemblée générale, *Contribution du système des Nations Unies dans son ensemble à l'avancement du débat relatif à la question des entreprises et des droits de l'homme et à la diffusion et l'application des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, A/HRC/RES/21/5, 16 octobre 2012.

Résolution 26/9 de l'Assemblée générale, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014.

Résolution 26/22 de l'Assemblée générale, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/26/22, 15 juillet 2014.

Résolution 69/313 de l'Assemblée générale, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement*, A/RES/69/313, 27 juillet 2015.

Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1, 25 septembre 2015.

Résolution 70/169 de l'Assemblée générale, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement*, A/RES/70/169 du 17 décembre 2015.

Résolution 72/178 de l'Assemblée générale, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement*, A/RES/72/178, 17 décembre 2017.

b) Conseil des droits de l'homme

Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003 (Commission des droits de l'homme).

La responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/DEC/2004/116, 22 avril 2004 (Commission des droits de l'homme).

Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/2005/91, 15 février 2005.

Résolution de la Commission des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et les autres entreprises*, E/CN.4/RES/2005/69, 20 avril 2005.

Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concerne l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments relatifs aux droits de l'homme, A/HRC/6/3, 16 août 2007.

Résolution 7/22 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/7/22, 28 mars 2008.

Résolution 8/7 du Conseil des droits de l'homme, *Mandat du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/8/7, 18 juin 2008.

Acquisitions et locations de terres à grande échelle : ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, A/HRC/13/33/Add.2, 28 décembre 2009.

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire chargé de la question des droits de l'homme et

des sociétés transnationales et autres entreprises, *Les entreprises et les droits de l'homme : Vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer »*, A/HRC/11/13, 22 avril 2009.

Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/12/24, 1er juillet 2009.

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, *Entreprises et droits de l'homme : nouvelles mesures pour la mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, A/HRC/14/27, 9 avril 2010.

Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/15/31, 29 juin 2010.

Résolution 15/9 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/15/9, 15 septembre 2010.

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

Résolution 16/2 du Conseil des droits de l'homme, *Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/16/2, 8 avril 2011.

Principe pour des contrats responsables : intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs, A/HRC/17/31/Add.3, 25 mai 2011.

Résolution 17/4 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011.

Résolution 21/5 du Conseil des droits de l'homme, *Contribution du système des Nations Unies dans son ensemble à l'avancement du débat relatif à la question des entreprises et des droits de l'homme et à la diffusion et l'application des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, A/HRC/RES/21/5, 16 octobre 2012.

Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014.

Résolution 26/22 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, résolution A/HRC/RES/26/22, 15 juillet 2014.

Résolution 27/7 du Conseil des droits de l'homme, *Le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/27/7, 25 septembre 2014.

Rapport du rapporteur spécial sur le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement, A/HRC/30/39, 5 août 2015.

Résolution 32/10 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours*, A/HRC/RES/32/10, 30 juin 2016.

Résolution 35/7 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : mandat du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/35/7, 22 juin 2017.

Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/36/45, 19 juillet 2017.

Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, A/HRC/37/59, 24 janvier 2018.

Résolution 38/13 du Conseil des droits de l'homme, *Les entreprises et les droits de l'homme : améliorer la responsabilité des entreprises et l'accès à des voies de recours*, A/HRC/RES/38/13, 6 juillet 2018.

Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/73/396, 26 septembre 2018.

Résolution 39/8 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement*, A/HRC/RES/39/8, 27 septembre 2018.

Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, *Impact des « mégaprojets » sur les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement,* A/74/197, 19 juillet 2019.

Résolution 42/5 du Conseil des droits de l'homme, *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement,* A/HRC/RES/42/5 du 26 septembre 2019.

c) Comité des droits économiques, sociaux et culturels

Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties*, E/1991/23, 14 décembre 1990.

Observation générale n° 4, *Le droit à un logement suffisant*, E/1992/23, 13 décembre 1991.

Observation finales, examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Cameroun, E/C.12/1/Add.40, 8 décembre 1999.

Observation générale n° 14, *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, E/C.12/2000/4, 11 août 2000.

Observations finales, examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Bénin, E/C.12/1/Add.78, 5 mai 2002.

Observation générale n°15, (2002). *Le droit à l'eau*, E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003.

Déclaration sur le droit à l'assainissement, E/C.12/2010/1, 1-19 novembre 2010.

Observation générale n°24, *Les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises*, E/C.12/GC/24, 10 août 2017.

d) Commission du Droit International

Commission du Droit International, *Ann. CDI*, 1959, vol. II, documents de la 11ème session, y compris Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, New York, Nations Unies, 1959.

Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins

autres que la navigation, par M. Stephen M. SCHWEBEL, Rapporteur spécial, A/CN.4/332, Corr. 1, Add. 1, Ann. CDI, 1980, vol. II, 1ère partie.

Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago - Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale, Document A/CN.4/318/Add.5 à 7, Ann. CDI, 1980, vol. II, Première Partie, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1).

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session (2 mai – 22 juillet 1994), reproduit dans Ann. CDI, 1994, vol. II, 2ème partie.

Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et commentaires y relatifs, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session,* doc. A/CN.4/L/493, 12 juillet 1994.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, para. 415

Projet d'Articles sur le droit des aquifères transfrontières, Ann. CDI*,* 2008, vol. II, 2ème partie, A/CN/4/SER.A/2008/Add.1(Part 2).

e) CNUCED

Trade Agreements, Petroleum and Supply Policies, UNCTAD/ITCD/TSB/9, New York, Genève, CNUCED, 2000.

*Host Country Operational Mea*sures, Genève CNUCED, IIA series, UNCTAD/ITE/IIT/26, 2001.

Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7, 2003.

L'accès universel aux services, note du Secrétariat, TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 septembre 2006.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule making, Genève, Nations Unies, 2007.

Rapport sur l'investissement dans le monde 2009. Sociétés transnationales, production agricole et développement, Genève, CNUCED, 2009.

« La protection de la sécurité nationale dans les Accords Internationaux d'Investissement (AII) », *Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement,* New York, Genève, Nations Unies, 2009.

« Portée et définitions », *Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II*, New York, Genève, ONU, 2011.

World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An action plan, New York, Genève, Nations Unies, 2014.

Trade in Services for inclusive and Sustainable Development: Water and Sanitation, Energy and Food-related Logistics, note du Secrétariat de la CNUCED, 23 février 2018.

World Investment Report 2020. International Production Beyond the Pandemic, Genève, CNUDED, 2020.

f) FAO

RAMAZZOTTI M., « Anthologie du droit coutumier de l'eau en Afrique », *Études législatives de la FAO*, 1996, n°58, 465 p.

BICHARRA D., BURCHI S., « Élaboration des réglementations nationales de gestion des ressources en eau. Principes et pratiques »*, Études législatives de la FAO*, 1999, n°69, 313 p.

HODGSON S., « Modern Water Rights. Theory and Practice », *FAO legislative study*, 2006, n° 92, 130 p.

Réformer les politiques dans le domaine des ressources en eau. Guide des méthodes, processus et pratiques, Bulletin FAO d'irrigation et de drainage, n° 52, 2007.

VAPNEK J., AYLWARD B., POPP C., BARTRAM J., *Law for Water Management: A Guide to Concepts and Effective Approaches,* FAO Legislative Study, 2009, n° 101, 2009, 356 p.

KNIGHT R. S., « Statutory Recognition of Customary Land Rights in Africa. An Investigation into Best Practices for Lawmaking and Implementation »*, FAO Legislative Study* n° 105, 2010, 312 p.

More People, More Food…Worse Water? Water Pollution from Agriculture: a Global Review, Rome, FAO, 2018, 224 p.

HENSON S., HUMPHREY J., *Les impacts des normes privées de sécurité alimentaire des aliments sur la chaine alimentaire*, Rome, FAO/OMS, 2019, 67 p.

g) UNESCO

Programme mondial de l'UNESCO pour l'évaluation des ressources en eau, L'eau : une responsabilité partagée, Paris, UNESCO, 2006, 601 p.

Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau, L'eau dans un monde qui change, Paris, UNESCO, 2009, 318 p.

Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau, Ne laisser personne pour compte, Paris, UNESCO, 2019, 198 p.

Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau, Eau et changement climatique, Paris, UNESCO, 2020, 243 p.

h) OMS

Rapport du Directeur général, *Évaluation de la décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissemen*t, 1981-1990, A45/15, 30 mars 1992.

Rapport sur la santé dans le Monde en 2002 : Réduire les risques et promouvoir une vie saine, Genève, OMS, 2002, 262 p.

OMS / UNICEF, *Progress on Drinking-water and Sanitation,* Joint Monitoring Programme - Special focus on sanitation, OMS, 2008, 54 p.

Directives de qualité pour l'eau de boisson, Genève, OMS, 2017, 564 p.

Progrès en matière d'eau, d'assainissement et d'hygiène des ménages 2000-2017. Gros plan sur les inégalités, New York, OMS, 2019, 140 p.

i) PNUD

Rapport sur le développement humain, *Au-delà de la pénurie : pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau,* Genève, PNUD, 2006, 442 p.

j) PNUE

Towards a Green Economy, Pathway to Sustainable Development and Poverty Eradication, Genève, PNUE, 2011, 52 p.

k) GIEC

PARRY M. L., CANZIANI O. F., PALUTIKOF J. L., VAN DER LINDEN P. (dir.), *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the IPCC,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 987 p.

Le changement climatique et l'eau, Document technique VI du GIEC, Genève, GIEC, 2008, 237 p.

l) Rapports de conférences

Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, A/CONF.48/14/Rev.1, 1er janvier 1973.

Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977, E/CONF.70/29.

Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*,* 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26 [Vol. II].

Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, 21 janvier 1992, Dublin, Irlande.

Document final de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement : Programme d'action d'Addis-Abeba, A/CONF.227/L.1, 15 juillet 2015.

m) Autres

Classification centrale des produits, version 2.1, Division de la statistique des Nations Unies, ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.2.1., New York, Nations Unies, 2015.

2) Union européenne

Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JOUE, L 156 du 28 juin 1969.

Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE C 112 du 20 décembre 1973, p. 1.

Résolution du Conseil des CE et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 17 mai 1977 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE C 139 du 13 juin 1977, p. 1.

Résolution du Conseil des CE et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 7 février 1983 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1982-1986), JOCE C 46 du 17 février 1983, p. 1.

Résolution du Conseil des CE et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 19 octobre 1987, concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des CE en matière d'environnement (1987-1992), JOCE C 328 du 7 décembre 1987, p. 1.

Directive 91/271/CEE du Conseil du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, JOCE L135 du 30 mai 1991, p. 40.

Directive du Conseil, 97/11/CE du 3 mars 1997 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JO L 73, 14 mars 1997, p. 5

Directive 98/83/CE du Conseil du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, JO L 330 du 5 décembre 1998, p. 32.

Communication de la Commission du 26 juillet 2000, tarification et gestion durable des ressources en eau, COM (2000) 477 final), non publiée au journal officiel.

Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO L 327 du 22 décembre 2000.

Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270 final, 21 mai 2003.

Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Livre Blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004)374 final, 12 mai 2004.

Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, JO L 275/32 du 25 octobre 2003.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO *L* 149, 11 juin 2005.

Directive 2006/118/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 sur la protection des eaux souterraines contre la pollution et la détérioration, JOUE*,* L 372/19, p. 1.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Faire face aux problèmes de rareté de la ressource en eau et de sécheresse dans l'Union européenne*, COM (2007) 414 final, 18 juillet 2007.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOUE C 303/23, 14 décembre 2007.

Directive 2009/28/CE du Parlement et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les Directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, JO L 140, 5 juin 2009, p. 16.

Règlement CE du Parlement et du Conseil, n° 66/2010 établissant le label écologique de l'UE, 25 novembre 2009, JO 2010 L 27/1.

Commission européenne, *Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs*, TRADE.B.1.SJ D (2011), 28 février 2011.

Règlement UE 211/2011 du 11 mars 2011 relatif à l'initiative citoyenne européenne, JOUE L65, 11 mars 2011.

Parlement européen, Résolution du Parlement européen sur les relations commerciales entre l'Union européenne et le Canada, P7_TA- PROV(2011)0257, 8 juin 2011.

Commission européenne, *Commission Proposal for the Modernization of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements*, TRADE.B.1.SC/am D(2011), 26 octobre 2011.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe,* COM (2011) 900 final, 20 décembre 2011.

Protocole n°26 sur les services d'intérêt général, JO C, 26 octobre 2012, p. 308.

Conseil de l'Union européenne, *Draft Directives for the Negotiation of a Plurilateral Agreement on Trade in Services*, 8 Mars 2013.

Conseil de l'Union européenne, *Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*, 17 Juin 2013.

Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, COM (2017)0753 - C8-0019/2018 - 2017/0332(COD), 1er octobre 2018.

3) OMC

Comité juridique de rédaction du Comité chargé de l'examen de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers, Rapport du Comité sur les annexes et listes jointes à l'Accord Général, E/PC/T/215, 23 septembre 1947.

Rapport du Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, L/3464, 20 novembre 1970.

Note du Secrétariat du GATT, *GATT and Export Restrictions*, MTN/3B/9, 1er mai 1974, Groupe de négociation sur les produits basés sur les ressources naturelles, Note du Secrétariat, MTN.GNG/NG3/2, Réunion du 29 avril 1987.

Note documentaire du Secrétariat, *Restrictions et impositions à l'exportation,* MTN.GNG/NG2/W/40, 8 août 1989.

Déclaration du groupe informel de pays en développement au Comité des négociations commerciales de l'Uruguay Round, GATT Doc MTN.TNC/W/19, Genève, 9-10 avril 1990.

Conseil du Commerce des services, *Lignes directrices pour l'établissement des Listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS*, S/L/92, 28 mars 2001.

Note du Secrétariat, *Classification sectorielle des services,* MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.

Négociations d'Uruguay, Groupe de négociations sur les services, *Établissement des Listes d'engagements initiaux pour le commerce des services*, note explicative, MTN.GNS/W/164, MTN.GNS/Z/164/Add.1, 3 septembre 1993 et 30 novembre 1993.

Liste d'engagements spécifiques des Communautés européennes et leurs États membres, GATS/SC/31, 15 avril 1994.

Conseil du commerce de services, *Décision sur les services professionnels*, S/L/3, 4 avril 1995.

Rapports des Groupes de Travail pour l'accession de la Mongolie à l'OMC, WT/ACC/MNG/9, 27 juin 1996.

Conseil du Commerce des services, *Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables*, S/L/64, 17 décembre 1998.

Conseil du Commerce des services, *Décision sur la réglementation intérieure*, S/L/70, 26 avril 1999.

Groupe de travail de la réglementation intérieure, Rapport de la réunion tenue le 14 juillet 1999, S/WPDR/M/2, 2 septembre 1999.

Comité des engagements spécifiques, Communication des Communautés européennes et leurs États membres, Problèmes de classification dans le secteur de l'environnement, S/CSC/W/25, 28 septembre 1999.

Comité des engagements spécifiques, compte-rendu de la réunion des 23 et 24 mai 2000, Note du Secrétariat, S/CSC/M/15, 29 juin 2000.

Comité des engagements spécifiques, rapport de la réunion du 11 juillet 2000, Note du Secrétariat, S/CSC/M/16, 11 septembre 2000.

Groupe de travail de la réglementation intérieure, Communication de l'Australie S/WPDR/W/8, 15 septembre 2000.

Compte rendu Groupe de travail de la réglementation intérieure, Rapport de la Réunion tenue le 2 octobre 2000, S/WPDR/M/8, 17 novembre 2000.

Communication des Communautés européennes et de leurs États Membres, AGCS 2000 : Services concernant l'environnement, S/CSS/W/38, 22 décembre 2000.

Conseil du Commerce de Services, *Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagement spécifiques dans le cadre de l'Accord Général sur le Commerce des services*, S/L/92, 23 mars 2001.

Conseil du commerce des services de l'OMC, *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce de services*, S/L/93*,* 28 mars 2001.

Rapport du Groupe de travail de l'Accession de la Chine, WT/ACC/CHN/49, 1er octobre 2001.

Protocole d'Accession de la République Populaire de Chine, WT/L/432, 23 novembre 2001.

Groupe de travail de la réglementation intérieure, *Les critères de nécessité à l'OMC*, note du Secrétariat, S/WPDR/W/27, 2 décembre 2003.

Décision du Conseil général sur le programme de travail de Doha adoptée le 1er août 2004, WT/L/579*,* 2 août 2004.

Rapport sur le commerce mondial 2005 : analyse des liens entre le commerce, les normes commerciales et l'OMC, Genève, OMC, 2005.

Communication des communautés européennes, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles, Proposition de négociation sur les taxes à l'exportation*, TN/MA/W/11/Add.6, 27 avril 2006

Communication des communautés européennes, *Proposition révisée sur les taxes à l'exportation*, TN/MA/W/101, 17 janvier 2008.

Rapports du Groupe de Travail pour l'accession de l'Ukraine à l'OMC, WT/ACC/UKR/152, 25 janvier 2008.

Groupe de travail de la réglementation intérieure, Rapport de la réunion du 1er avril 2009, Note du Secrétariat, 12 mai 2009.

Comité du Commerce et de l'environnement, Compte-rendu de la réunion du 10 juillet 2009, WT/CTE/M/47, 31 août 2009.

Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, *Effets des normes privées liées aux mesures SPS. Compilation des réponses*, Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/932/Rev.1, 10 décembre 2009.

HOEKSTRA A. Y., *The Relation between International Trade and Freshwater Scarcity*, OMC, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2010-05, janvier 2010.

Rapport sur le commerce mondial 2010. Le commerce des ressources naturelles, Genève, OMC, 2010.

Conseil du commerce des services, *Services environnementaux – note d'information du Secrétariat,* S/C/W/320, 20 août 2010.

Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, *Actions relatives aux normes SPS Privées*, décision du Comité, G/SPS/55, 6 avril 2011.

Groupe de travail de la réglementation intérieure, *Disciplines concernant la réglementation intérieure au titre de l'article V : I (4) de l'AGCS*, Rapport de situation du Président, S/WPDR/W/45, 14 avril 2011.

Comité des engagements spécifiques, rapport de la réunion du 2 novembre 2011, S/CSC/M/61, 16 novembre 2011.

Comité de l'Agriculture, *Compliance with Notification Obligations*, Note du Secrétariat, G/AG/GEN/86/Rev.17, 11 mars 2014.

Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, *Résumé de la réunion des 26 et 27 mas 2015*, G/SPS/R/78, 21 mai 2015.

Commission européenne, Offre révisée de l'Union européenne, mai 2016 disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/may/tradoc_154590.pdf (consulté le 10 juin 2021).

4) Groupe de la Banque mondiale

CIRDI, *History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Volume II-1, Documents 1-43, Washington D. C., Banque mondiale, 1968.

« Water Resources Management Policy Paper », *Policy Paper,* 1993, n° 12335.

DINAR A., ROSEGRANT M., MEINZEN-DICK R., « Water Allocation mechanisms. Principles and examples », *World Bank Policy Research Working Paper*, 1997, n° 1779.

BRISCOE J., *Water as an Economic Good: The Idea and What it Means in Practice*, Washington D. C., Banque mondiale, septembre 1996, consultable sur https://web.worldbank.org/archive/website00667/WEB/PDF/ICID16.PDF (consulté le 10 juin 2021).

DAILAMI M., KLEIN M., « Government Support to Private Infrastructure Projects in Emerging Markets », *World Bank Policy Research Paper*, 31 janvier 1998, WP S 1868.

ALCAZAR L., ABDALA M. A., SHIRLEY M. M., « The Buenos Aires Water Concession », Policy *Research Working Paper*, 2000, n° 2311.

KESSIDES I. N., *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation and Competition,* A World Bank Policy Research Report, Washington D. C., Banque mondiale, 2004.

« Water Resources Sector Strategy: Strategic Directions for World Bank Engagement», *Policy Paper*, 2004, n° 28114.

SALMAN S. A., BRADLOW D., *Regulatory Frameworks for Water Resources Management: A Comparative Study,* Washington D.C., World Bank, 2006.

DEININGER K., BYERLEE D., LINDSAY J., NORTON A., SELOD H., STICKLER M., *Rising global interest in Farmland: Can it yield equitable and Sustainable benefits?* Washington D.C., World Bank, 2011.

MIRZA H., SPELLER W., DIXIE G., GOODMAN Z., *The Practice of Responsible Investment Principles in Larger-Scale Agricultural Investments: Implications for Corporate Performance and Impact on local communities,* Washington, D.C., New York, World Bank, United Nations, 2014.

VAN DEN BERG C., DANILENKO A., *Performance des services d'eau en Afrique*, Washington D. C., Banque mondiale, 2017, 172 p.

5) OCDE

Recommandation C (72)128 du Conseil du 26 mai 1972, *Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international*.

Recommandation C (74) 223 du Conseil, du 14 novembre 1974, *Mise en œuvre du principe pollueur-payeur*.

Principes et concepts environnementaux, OCDE/GD (95)124, Paris, OCDE, 1995.

Programme de travail sur le commerce et l'environnement, *Procédés et méthodes de production (PMP) : cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP*, Paris, OCDE, doc. OCDE/GD (97)137,1997.

Environmentally Related Taxes in OECD Countries, Issues and Strategies, Paris, OCDE, 2001, 100 p.

Les subventions dommageables à l'environnement. Problèmes et défis, Paris, OCDE, 2003, 240 p.

Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Le principe pollueur-payeur et le commerce international,* COM/ENV/TD (2001) 44/FINAL, 10 octobre 2003.

KORINEK J., KIM J., « Export Restrictions on Strategic Raw Materials and their Impact on Trade »*, Trade Policy Paper*, 2010, n°95.

Le prix de l'eau et des services d'eau potable et d'assainissement, Paris, OCDE, 2010, 118 p.

Perspectives de l'environnement de l'OCDE à l'horizon 2050. Les conséquences de l'inaction, Paris, OCDE, 2012, 370 p.

L'eau et l'adaptation au changement climatique Des politiques pour naviguer en eaux inconnues, Paris, OCDE, 2014, 152 p.

Water Resources Allocation: Sharing Risks and Opportunities, Paris, OCDE, 2015, 144 p.

Recommandations du Conseil de l'OCDE sur l'eau, OECD/LEGAL/0434, 2016.

LEFLAIVE X., HJORT M., *Addressing the Social Consequences of Tariffs for Water Supply and Sanitation*, Paris, OCDE, 2020, 56 p.

6) Conseil de l'Europe

Charte européenne de l'eau, Strasbourg, 6 mai 1968.

Charte européenne des ressources en eau, adoptée par le Comité des Ministres, Recommandation R (2001)14, 17 octobre 2001.

7) Autres

Organisation Mondiale des Douanes, *Nomenclature du système harmonisé*, Bruxelles, OMD, édition 2017.

C) Législation nationale

Afrique du Sud

Constitution de la République d'Afrique du Sud, 8 mai 1996.
Native Land Act n° 27, 1913.
Group Areas Acts n° 41, 1950.
Group Areas Acts n° 36, 1966.
Norms and Standard in Respect of Tariffs for Water Services in Terms of Section 10(1) of Water Services Act (Act n° 108, 1997).
National Water Act, n° 36, 1998.

Algérie

Loi nº 05-12 relative à l'eau, 4 août 2005.

Allemagne

Loi relative aux redevances perçues pour le rejet des eaux usées dans les eaux, 13 septembre 1976.

Angola

Loi 6/02 sur l'utilisation de l'eau, 21 juin 2002.

Arabie saoudite
Regulations for Water resources Preservation, Royal Decree n° M 34, 1980.

Argentine
Loi n° 5589/73 portant code de l'eau de la province de Córdoba, 21 mai 1973.
Loi n° 12/257 portant code de l'eau de la province de Buenos Aires, 9 décembre 1998.

Belgique
Loi cadre visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique, 20 janvier 1999.
Décret relatif à la tarification et aux conditions générales de la distribution publique de l'eau en Wallonie, 23 septembre 2004

Bénin
Loi n° 87-016 portant code de l'eau, 21 septembre 1987.
Loi n° 2010-44 relative à la gestion de l'eau, 24 novembre 2010.

Bolivie
Constitution de Bolivie, 7 février 2009

Botswana
Water Act, Chapter 34: 01, 1968.

Brésil
Constitution du Brésil, 7 septembre 1998.
Loi n° 9433-97 sur l'eau, 8 janvier 1997.

Burkina Faso
Loi n° 002-2001/AN portant loi d'orientation relative à la gestion de l'eau, 8 février 2001

Cambodge
Law on Water Resources Management of the Kingdom of Cambodia, 29 juin 2007.

Cameroun
Loi n° 98/005 portant régime de l'eau, 14 avril 1998.
Décret 2001/164/PM précisant les modalités et conditions de prélèvement des eaux de surface ou des eaux souterraines à des fins industrielles ou commerciales, 8 mai 2001.

Canada
Québec, Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement, L.Q. 1978, c. 64.
Colombie-Britannique, Water Protection Act (RSBC 1996), Chapter 484, 1995.
Province de l'Alberta, Water Act, R.S.A. 2000, c. W-3, s. 5, 11.
Québec, Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, (L.R.Q c. C-6.2), 11 juin 2009.

Chili
Code des eaux, 29 octobre 1981
Loi n°382 sur les services d'assainissement, 20 décembre 1988.

Colombie
Décret 1541 du 26 juillet 1978.

Cote d'ivoire
Loi n° 98-755 portant code de l'eau, 23 décembre 1998.

Équateur
Constitution de la République d'Équateur, 2008.
Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, 30 juillet 2014.

Espagne
Loi n° 29-1985 sur l'eau du 2 août 1985.
Real Decreto Legislativo n° 1/2001 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, 20 juillet 2001.
Ley n° 5/2002 sobre vertidos de aguas residuales industriales a los sistemas públicos de saneamiento, 3 juin 2002.

États-Unis
National Environmental Policy Act, 42 U.S.C. §4321 et seq.1969.
Clean Water Act, 33 U.S.C. §1251 et seq. 1972
Second Restatement of Torts § 850A(b) cmt. b (1979).
American Law Institute, *Restatement of the Law, (Third), The foreign Relations Law of the United State*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1987, vol. 2.
Connecticut environmental protection Act, CEPA, Conn. Gen. Stat. 1998.
New Hampshire Statute, Title L Water Management and Protection, 2004.

Éthiopie
Water Resources Management Proclamation n° 197/2000, 9 mars 2000.
Environmental Impact Assessment Proclamation n° 229/2002, 12 mars 2002.

Fédération de Russie
Loi n° 74-FZ portant code de l'eau du 3 juin 2006

France
Décret relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages, 22 novembre et 1er décembre 1790, article 2, *Répertoire Dalloz*, t. 17, 1870, Domaine de l'état, p. 89.
Décret concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, 28 septembre et 6 octobre 1791, article 4, *Répertoire Dalloz*, t. 19, 1852, Droit rural, p. 203.
Loi n° 64-1245 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, 16 décembre 1964.
Loi n° 76-629 relative à la protection de la nature, 10 juillet 1976.
Loi n° 87-016 portant code de l'eau, 21 septembre 1987.
Loi n° 92-3 sur l'eau, 3 janvier 1992.
Décret n° 93-742 modifié relatif aux procédures d'autorisation et de déclaration prévues par l'article 10 de la loi 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, 29 mars 1993.
Loi 95-101 relative au renforcement de la protection de l'environnement, 2 février 1995.
Loi constitutionnelle n° 2005-205 relative à la Charte de l'environnement, 1er mars 2005.
Loi n° 2006-1772 sur l'eau et les milieux aquatiques, 30 décembre 2006.

Loi n° 2013-312 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, 15 avril 2013
Loi n° 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, 1er octobre 2016.
Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, 27 mars 2017.

Ghana
Constitution du Ghana, 1996.
Water Resources Commission Act, 1996.

Guyana
Loi sur l'eau et l'assainissement, 2002.

Honduras
Decreto n° 181-2009, Ley general de Aguas, 14 décembre 2009.

Inde
Easements Act, 1882.
Model Bill 1970/2005 to Regulate and Control the Development and Management of Ground Water, 1970.
Karnataka, Groundwater (Regulation and Control of Development and Management) Act, 2011.
Model Groundwater (Sustainable Management) Bill 2017.
Maharashtra, Groundwater (Development and Management) Act, 2009.

Indonésie
Loi n° 7/2004 sur les ressources en eau.

Kenya
Water Act, n° 8 of 2002.

Lesotho
Water Resources Act, 1978.

Lituanie
Loi sur l'eau n° VIII-474, 21 octobre 1997.

Luxembourg
Loi organisant l'aide sociale, 18 décembre 2009.

Madagascar
Loi n° 98-029 portant code de l'eau, 20 janvier 1999.

Mali
Loi n° 02/006 du 31 janvier 2002 portant code de l'eau.

Maroc
Loi n° 95-10 sur l'eau, 16 août 1995.

Décret n° 2-97-487 fixant la procédure d'octroi des autorisations et des concessions relatives au domaine public hydraulique, 4 février 1998.

Mauritanie
Ordonnance n° 85-144 établissant un code de l'eau, 4 juillet 1985.
Loi n° 2005-030 portant code de l'eau, 2 février 2005.

Mexique
Constitution du Mexique, 1917.
Ley estatal de agua potable, 26 juillet 1995.
Loi des eaux pour le District Fédéral, 11 mars 2010.

Nicaragua
Loi générale n° 620 les eaux nationales, 15 mai 2007.

Niger
Constitution du 25 novembre 2010.
Ordonnance n° 93-014 portant régime de l'eau, 2 mars 1993.

Nouvelle-Zélande
Te Awa Tupua (*Whanganui River Claims Settlement*) Act 2017 n° 7, 20 mars 2017.

Paraguay
Loi n° 3239/07 sur les ressources hydriques, 2007.

Pays Bas
Loi sur la pollution des eaux de surface, 1970.

Portugal
Décret-loi n° 46/94 établissant un régime de licence pour l'utilisation de l'eau, 22 février 1994.

République Centrafricaine
Loi n° 06.001 portant code de l'eau de la république centrafricaine, 12 avril 2006.

République Démocratique du Congo
Constitution de la République Démocratique du Congo, 2006.

République de Guinée
Loi L/94/005/CTRN portant code de l'eau, 15 février 1994.

Royaume-Uni
Water Act, 1989.
Water Industry Act 1991.
Environmental Impact Assessment Regulations 2003, Statutory Instrument 2003 n° 164.

Sénégal
Loi n° 81-12 portant code de l'eau, 4 mars 1981.

Suisse
Constitution fédérale de la Fédération suisse, 18 avril 1999.

Tchad

Loi n° 016/PR portant code de l'eau, 18 août 1999.

Uruguay

Constitution de l'Uruguay, 31 octobre 2004.

VI. Rapports de think tanks, associations scientifiques et organismes de la société sociale

ANDERSON T. L., SNYDER P. S., *Water Markets. Priming the Invisible Pump*, Washington D.C., CATO Institute, 1997

Association de droit international, *Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux*, 1966, Rapport de la cinquante deuxièmes conférence, Helsinki, 1966, p. 506.

Association de droit international, Règles de Berlin sur les ressources en eau, Berlin, 2004, *Report of the seventy-first meeting of the International Law Association*.

COSBEY A., « Everyone's Doing It: The Acceptance, Effectiveness and Legality of Performance Requirements », *Investment Treaty News* (IISD), 2015, vol. 6, n° 1, pp. 9-11.

COTULA L., « Concepts clés et tendances des politiques et législations », dans L. COTULA (dir.), *Droits fonciers et accès à l'eau au Sahel. Défis et perspectives pour l'agriculture et l'élevage,* Londres, International Institute for Environment and Development (IIED), 2006, pp. 10-23.

COTULA L., *Land Deals in Africa: What is in the Contracts?* London, IIED, Mars 2011.

GLOBAL WATER PARTNERSHIP SECRETARIAT, *Integrated Water Resources Management (IWRM) at a Glance,* Stockholm, Global Water Partnership, 2004.

GROULX-JULIEN R., sous la direction de LEMIEUX D., *Les notions d'État gardien et d'État fiduciaire dans la loi sur l'eau,* note de recherche, Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, septembre 2009.

HOEKSTRA A. Y., HUNG P.Q., *Virtual Water Trade, A Quantification of Virtual Water Flows between Nations in relation to International Crop Trade*, IHE Delft, Value of Water Research Report Series, n° 11, September 2002.

HOWSE R., JOSLING T., *Agricultural Export Restrictions and International Trade Law. A Way Forward,* International Food and Agriculture Trade Policy Council, 2012.

KARAPINAR B., *Export Restrictions and the WTO Law. Regulatory Deficiency or Unintended Policy Space,* Berne, World Trade Institute, NCCR Trade Regulation Working Paper 2010/11, mai 2010.

KISHIMOTO S., LOBINA E., PETITJEAN O. (dir.), *Our Public Water Future, the Global Experience with Water Remunicipalisation,* Amsterdam, Londres, Paris, Le Cap, Bruxelles, Transnational Institute (TNI), Public Services International Research Unit (PSIRU), Multinationals Observatory, Municipal Services Project (MSP), European Federation of Public Service Unions (EPSU), 2015.

MANN H., VON MOLTKE K., PETERSON L. E., COSBEY A., *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development,* Winnipeg, IISD, 2005.

MANN H., SMALLER C., *Une soif de terres lointaines. L'investissement étranger dans les terres agricoles et l'eau,* Londres, IIED, 2011.

MBENGUE M. M., WALTMAN S., *Farmland Investments and Water Rights: The Legal Regimes at Stake*, Genève, IISD, mai 2015.

MERLET P., *Pluralisme juridique et gestion de la terre et des ressources naturelles*, AGTER, 2010.

NIKIÈMA S., « Performance Requirements in Investment Treaties », *IISD Best Practices Series,* 30 December 2014

POTTS J., *The legality of PPMs under the GATT. Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, Manitoba, IISD, 2007.

REPETTO R., « Skimming the Water: Rent-seeking and the Performance of Public Irrigation Systems », Research Report n°. 4, Washington D. C., World Resources Institute, 1986.

RUIZ FABRI H., J.-P. CRONTIRAS, « L'organisation mondiale du commerce et les services publics », *Les rapports de l'IDDRI*, 2003, n° 2, 64 p.

SMALLER C., *Le guide de l'IISD pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau,* Londres, IISD, 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Rapport mondial sur la corruption 2008. La corruption dans le secteur de l'eau,* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Le Cap, Singapour, Sao Polo, Cambridge University Press, 2008, 282 p.

VAN KOPPEN B., SCHREINER B., « A Hybrid Approach to Decolonize Formal Water Law in Africa », IWMI Research Report 173, 2018.

WOODS INSTITUTE FOR THE ENVIRONMENT, *The Impacts of Large-Scale Biofuel Uses on Water Resources*, Stanford University, 2006.

VII. Jurisprudence

Par ordre alphabétique.

A. Arbitrage interétatique

Affaire de la fonderie de Trail, *(États-Unis c. Canada)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941, *RSA*, vol. III.

Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France), sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *RSA,* vol. XII.

L. F. H. Neer and Pauline Neer (États-Unis c. Mexique), RSA, 15 octobre 1926, vol. IV.

Sentence relative à l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, sentence du 12 mars 2004, *RSA,* vol. XXV.

B. Arbitrage d'investissement

Aguas del Tunari S. A c. République de Bolivie, CIRDI, ARB/02/3, décision sur l'objection du défendeur à la compétence, 21 octobre 2005.

Alps Finance and Trade AG c. République Slovaque, CNUDCI, sentence, 5 mars 2011.

Antoine Goetz et al. c. Burundi, CIRDI, ARB/01/2, sentence, 21 juin 2012.

Archer Daniels Midland Company, Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/04/5, sentence, 21 novembre 2007.

Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka, CIRDI, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

Azurix Corp., c. République Argentine, CIRDI, ARB/01/12, sentence sur la compétence, 8 décembre 2003.

Azurix Corp. c. Argentine, CIRDI, ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006.

AWG Group Ltd. c. Argentine, CIRDI, ARB/03/19, sentence, 30 juillet 2010.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. c. Pakistan, CIRDI, ARB/03/29, sentence, 27 août 2009.

Bayview Irrigation District c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/05/1, notice of claim and demand for arbitration, 27 août 2004.

Bayview Irrigation District c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/05/1, sentence, juin 2007.

Bear Creek Mining Corporation c. Pérou, CIRDI, ARB/14/21, opinion dissidente partielle du Professeur Philippe Sands, 30 novembre 2017.

Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et Gouvernement du Ghana, CNUDCI, sentence, 27 octobre 1989.

Biwater Gauff c. Tanzanie, CIRDI, ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008.

Biwater Gauff c. Tanzanie, CIRDI, ARB/05/22, sentence, 20 juillet 2010.

Burlington Resources Inc. c. Équateur, CIRDI, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles du 7 février 2017.

Canfor Corporation c. États-Unis, CNUDCI, décision sur la question préliminaire, 6 juin 2006.

Cargill, Incorporated c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009.

Chemtura Corporation c. Canada, CNUDCI, sentence du 2 août 2010.

Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, CNUDCI, notice of arbitration, 26 mai 2008.

Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, CNUDCI, statement of defence, 4 mai 2009.

Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, CNUDCI, opinion dissidente du Professeur Donald McRae, 10 mars 2015.

CME Czech Republic B V c. République tchèque, CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2001.

CMS Gas Transmission Co. c. République Argentine, CIRDI, ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, CIRDI, ARB/01/08, 12 mai 2005.

CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine, CIRDI, ARB/01/08, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation présentée par la République d'Argentine, 25 septembre 2007.

Compañia de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine, CIRDI, ARB/97/3, sentence, 21 novembre 2000.

Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA c. Argentine, CIRDI, ARB/97/3, décision sur la demande d'annulation de la sentence rendue le 20 août 2007 de l'Argentine, 10 août 2010.

Compañia de Aguas del Aconquija S. A. et Vivendi Universal SA c. Argentine, CIRDI, ARB/97/3, sentence, 20 août 2007.

Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica, CIRDI, ARB/96/1, sentence, 17 février 2000.

Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, CIRDI, ARB/00/6, sentence, 22 décembre 2003.

Continental Casualty Company c. Argentine, CIRDI, ARB/03/9A, sentence, 5 septembre 2008.

Corn Products International Inc. c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/04/1, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008.

El Paso Energy International Company c. Argentine, CIRDI, ARB/03/15, sentence, 31 octobre 2011.

Electrabel S.A. c. Hongrie, CIRDI, ARB/07/19, décision sur la compétence, 30 novembre 2012.

Enron Corporation and Ponderosa Assets L. P. c. Argentine, CIRDI, ARB/01/3, décision sur la compétence, 14 janvier 2004.

Enron Corporation Ponderosa Assets L. P. c. Argentine, CIRDI, ARB/01/03, sentence, 22 mai 2007.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana, CIRDI, ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010.

Iannis Kardassopoulos c. Géorgie, ARB/05/18, ARB/07/15, décision sur la compétence, 6 juillet 2007.

Impregilo S. p. A. c. Argentine, CIRDI, ARB/07/17, sentence, 21 juin 2011.

Joy Machinery Ltd c. Égypte, CIRDI, ARB/03/11, sentence, 6 août 2004.

Lemire c. Ukraine, CIRDI, ARB/06/18, sentence, 14 janvier 2010.

LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. c. Argentine, CIRDI, ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.

Lone Pine c. Canada, CIRDI, UNCT/15/2, contre-mémoire du Canada, 24 juillet 2015.

Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/99/1, sentence,16 décembre 2002.

Methanex Corp. c. États-Unis, CNUDCI, sentence sur la compétence, 7 août 2002.

Methanex Corp. c. États-Unis, CNUDCI, sentence, 3 août 2005.

Metalclad Corp. c. Mexique, CIRDI, ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000.

Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canada, CIRDI, ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité, 22 mai 2012.

Mondev International Ltd. c. États-Unis, CIRDI, ARB(AF)99/2, sentence du 11 octobre 2002.

National Grid plc c. Argentine, sentence CNUDCI, 3 novembre 2008

Occidental Exploration and Production Company c. Équateur I, LCIA, UN3467, sentence, 1er juillet 2004.

Oxus Gold c. Ouzbékistan, CNUDCI, sentence finale, 17 décembre 2015.

Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador, CIRDI, ARB/09/12, décision sur les objections du défendeur sur la compétence, 1er juin 2012.

Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador, CIRDI, ARB/09/12, sentence, 14 octobre 2016.

Pantechniki S.A. Contractors and Engineers c. Albanie, CIRDI, ARB/07/21, sentence, 30 juillet 2009.

Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie, CIRDI, ARB/05/8, sentence, 11 septembre 2007.

Perenco Ecuador Limited c. Équateur CIRDI, ARB/08/6, sentence intérimaire sur la demande reconventionnelle, 11 août 2015.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay, CIRDI, ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016.

Phoenix Action Ltd c. République Tchèque, CIRDI, ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009.

Pope & Talbot Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence provisoire, 26 juin 2000

Pope & Talbot Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence préliminaire ,1er janvier 2001

Pope &Talbot Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence, 10 avril 2001.

Quiborax S.A. c. Bolivie, CIRDI, ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015.

Roruso c. Venezuela, CIRDI, ARB(AF)12/5, sentence, 22 août 2016.

Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc, CIRDI, ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001.

Saluka Investments B. V. c. République Tchèque, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006.

SAUR International c. Argentine, CIRDI, ARB/04/4, sentence, 22 mai 2014.

SD Myers Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence partielle, 13 novembre 2000.

Sempra Energy International c. Argentine, CIRDI, ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007.

Siemens c. Argentine, CIRDI, ARB/02/8, sentence, 6 février 2007.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte, CIRDI, ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine, CIRDI, ARB/03/17, sentence, 30 juillet 2010.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua, S.A. c. Argentine, CIRDI, ARB/03/17, sentence, 4 décembre 2015.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interaguas Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentine, CIRDI, ARB/03/17, comité ad hoc, décision sur la demande d'annulation présentée par l'Argentine, 14 décembre 2018.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A et Vivendi International c. Argentine, CIRDI, ARB/19/03, sentence, 6 août 2006.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine, CIRDI, ARB/03/19, sentence, 30 juillet 2010.

Sun Belt Water Inc. c. Canada, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration, 27 November 1998.

Técnicas Medioambientales Tecmed c. Mexique, CIRDI, ARB (AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003.

Telenor Mobile Communication c. Hongrie, CIRDI, ARB/04/15, sentence, 13 septembre 2006.

Tokios Tokelès c. Ukraine, CIRDI, ARB/02/18, sentence, 29 avril 2004.

United Parcel Service of America Inc. c. Canada, CIRDI, UNCT/02/1, sentence, 24 mai 2007.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine, CIRDI, ARB/07/26, sentence, 19 décembre, 2016.

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Génération AG c. Allemagne, CIRDI, ARB/09/6, sentence, 11 mars 2011.

Wena Hotels c. République arabe d'Égypte, CIRDI, ARB/98/4, sentence, 8 décembre 2000.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada, CNUDCI, Sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015.

World Duty Free c. Kenya, CIRDI, ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006.

C. Contentieux de l'OMC

Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services, rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS453/AB/R, 14 avril 2016.

Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis, rapport du Groupe spécial, WT/DS155/R, 19 décembre 2000.

Belgian Family Allowances, Rapport adopté par les parties contractantes, 7 novembre 1952, G/32 - 1S/59.

Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007.

Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapports du Groupe spécial, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 février 2000.

Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable, rapports du Groupe spécial, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012 ; rapports de l'Organe d'appel, WT/DS426/AB/R, WT/DS412/AB/R, 6 mai 2013.

Canada – Durée de la protection conférée par un brevet, rapport de l'Organe d'appel WT/DS170/AB/R, 18 septembre 2000.

C*anada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, rapport du Groupe spécial, WT/DS276/R, 6 avril 2004.

Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport du Groupe

spécial, WT/DS363/R, 12 août 2009 ; rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009.

Chine – Certaines mesures affectant les services de paiement électronique, rapport du Groupe spécial, WT/DS413/R, 16 juillet 2012.

Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, rapports du Groupe spécial, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 juillet 2011 ; rapports de l'Organe d'appel, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R ; WT/DS398/AB/R, 22 février 2012.

Chine — Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène, rapports du Groupe spécial, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 mars 2014 ; rapports de l'Organe d'appel, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014.

Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapports du Groupe Spécial, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, 5 février 1998.

Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS219/AB/R, 22 juillet 2003.

Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapports de l'Organe d'Appel, WT/DS26/AB/R ; WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998.

Communautés européennes — Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque, rapports de l'organe d'appel, WT/DS400/AB/R ; WT/DS401/AB/R, 22 mai 2014.

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapports du Groupe spécial, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997 ; rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997.

Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraiche, rapports du Groupe spécial, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 juillet 2000 ; rapports de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R 11 décembre 2000.

Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport de l'Organe d'appel WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999.

États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO), rapports de l'Organe d'appel, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 18 novembre 2011

États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004.

États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012.

États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Deuxième

plainte), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS353/AB/R, 12 mars 2012.

États-Unis – Mesures affectant les boissons à base de malt, rapport du Groupe spécial, DS23/R - 39S/233, 19 juin 1992.

États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (plainte du Mexique), rapport du Groupe spécial, WT/DS381/R, 15 septembre 2011 ; rapport de l'organe d'appel, WT/DS381/AB/R,16 mai 2012.

États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, rapport du Groupe spécial, WT/DS192/R, 31 mai 2001.

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R, 10 novembre 2004 ; rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R, 20 avril 2005.

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport du Groupe spécial, WT/DS2/R, 29 janvier 1996 ; rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique), DS21/R, 3 septembre 1991, rapport non adopté.

États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte des CEE), DS29/R, 16 juin 1994, rapport non adopté.

États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, rapport du Groupe spécial, L/6175 - 34S/154, 17 juin 1987.

Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997.

Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du Groupe spécial, WT/DS90/R, 22 septembre 1999.

Japon – Taxes sur les Boissons alcooliques, rapports du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juillet 1996 ; rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/3, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R/, 4 octobre 1996

Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006.

Philippines - taxes sur les spiritueux distillés, rapport de l'organe d'appel, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R, 21 décembre 2011.

Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, rapport du Groupe spécial, WT/DS10/R, 5 octobre 1990.

D. Cours régionales des droits de l'homme

1) Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Institute for Human Rights and Development in Africa c. Angola, communication 292/04, 22 mai 2008.

Social and Economic Rights Action Center c. Nigeria, communication 155/96, 13-27 octobre 2001.

Socio-Economic Rights and Accountability Project c. Nigeria, communication 300/2005, 29 juillet 2008.

2) Cour européenne des droits de l'homme

Irlande c. Royaume Uni, Série A, n° 25, arrêt du 18 janvier 1978.

Hatton et autres c. Royaume-Uni, Grande Chambre, Recueil des arrêts et décisions, 2003-VIII, arrêt du 8 juillet 2003.

3) Cour interaméricaine des droits de l'homme

Velásquez Rodríguez c. Honduras, Série C, n° 4, arrêt du 29 juillet 1988.

Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Série C, n° 66, arrêt du 31 août 2001.

Indigenous Community Yakye Axa c. Paraguay, Série C, n° 125, arrêt du 17 juin 2005

Indigenous Community Sawhoyamaxa c. Paraguay, Série C, n° 146, arrêt du 29 mars 2006

Indigenous Community Xákmok Kásek c. Paraguay, Série C, n° 124, arrêt du24 août 2010

E. CJCE /CJUE

Avis rendu en vertu de l'article 218§1 TFUE, A-1/17, 2019, EU/C/2019/341.

Ambulanz Glöckner, CJCE, aff. C-475/99, 25 octobre 2001.

Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne, CJUE, aff. C-525/12, 11 septembre 2014.

Porto di Genova, CJCE, aff. C-343/95, 18 mars 1997.

F. CPJI / CIJ

Affaire de l'Ile Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie), arrêt du 13 décembre 1999, *CIJ Recueil* 1999, p.1062.

Affaire des intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, CPJI, Série A, n° 7, p. 44.

Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis), arrêt du 6 novembre 2003, *CIJ Recueil* 2003.

Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil* 2010.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis), arrêt du 27 juin 1986, *CIJ, Recueil,* 1986.

Détroit de Corfou, arrêt, 9 avril 1949, *CIJ Recueil,* 1949.

Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie), Requête introductive d'instance, enregistrée au Greffe de la Cour le 6 juin 2016, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-FR.pdf (consulté le 10 juin 2021).

Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède, et Tchécoslovaquie c. Pologne), arrêt n° 16, 1929, CPJI, Série A n° 23, p. 27.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil,* 1996.

Oscar Chinn (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, Série A/B, n° 63.88.

Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/ Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Recueil* 1997.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949.

VIII. Sites internet

Agricultural Market Information System, http://www.amis-outlook.org/amis-about/en/ (consulté le 30 juin 2021)

Arizona Water Banking Authority https://waterbank.az.gov/ (consulté le 13 juin 2021).

FAOLEX Database http://www.fao.org/faolex/aqualex/en/ (consulté le 30 juin 2021).

Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce https://www.standardsfacility.org/fr (consulté le 30 juin 2021).

Forest Stewardship Council Label https://www.fsc.org/en/fsc-labels (consulté le 30 juin 2021)

Nestlé, water stewardship advocacy, https://www.nestle.com/csv/impact/water/policy-stewardship (consulté le 30 juin 2021)

OMC, Regional Trade Agreements Database, http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx (consulté le 30 juin 2021).

Public-Private Partnership Legal Resources Center, Banque mondiale https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/concessions-and-bots (consulté le 30 juin 2021).

Public Services International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich, http://www.psiru.org/ (consulté le 9 juillet 2021).

Remunicipalisation Tracker http://www.remunicipalisation.org (consulté le 30 juin 2021).

WTO/World Bank, Services Database, http://i-tip.wto.org/services/default.aspx (consulté le 30 juin 2021).

INDEX

accessibilité économique 55, 108, 115, 229, 230, 231, 232, 249, 258, 259, 262, 263, 266, 270, 273, 275, 301
ACP 122, 147, 151, 152, 160, 161
Afrique du Sud 65, 82, 117, 133, 159, 194
AII de nouvelle génération . 283, 297, 311, 322, 329, 341, 358, 421
amicus curiae 278, 279, 294
approche écosystémique 23, 211, 212, 214
Argentine 64, 103, 114, 116, 118, 144, 164, 166, 168, 275
Argentine – Services financiers 316, 317
Australie 95, 228, 247, 265, 401
Azurix Corp. c. Argentine 168, 276, 289, 291, 324
bassin du Lac Victoria 183, 210
bassin du Niger 198, 210
Bayview Irrigation District c. Mexique 133, 139, 145, 170, 346
Bénin 79, 81, 86
biens communs 25, 50, 106, 107, 251, 413, 425, 432
biocarburants 31, 84, 347, 349, 366, 376
Biwater c. Tanzanie 277, 279, 325
Bolivie .. 33, 105, 106, 115, 145, 193, 194, 227, 229, 276, 278
Brésil 13, 64, 118
Burkina Faso 55, 77
Californie 8, 61, 69, 82, 96, 279
Cambodge 80, 93, 380
Cameroun 71, 91, 93
Canada 73, 79, 129, 130, 131, 134, 135, 161, 162, 197, 321, 354, 357
Canada – Énergie renouvelable 136, 137, 406, 407
CEO Water Mandate 244, 245, 364
Chili 79, 93, 101, 163, 193, 194
Chine – Matières premières 381, 383
choses communes 50, 56, 58, 62, 72
Colombie 9, 64, 115, 359
Communautés européennes – Amiante 262, 263, 266, 404, 405
Compañia de Aguas del Aconquija c. Argentine 165, 166, 281, 324
consommation éthique 398, 420, 431
contraintes d'exploitation 368, 370, 372
contrats d'achat ou de location de terres . 39, 40, 347, 350
Déclaration de Dublin sur l'eau 24, 27, 89, 229
droits coutumiers 18, 19, 85, 86, 119
eau en vrac 129, 130, 131, 132, 142, 143, 426
éco-étiquetage 246, 398, 420
Équateur 84, 105, 109, 115, 145, 337
États-Unis 64, 69, 96, 100, 129, 197
États-Unis – Bois d'œuvre résineux 128, 134, 135, 137
États-Unis – Crevettes 124, 272, 308, 386, 411, 413, 420, 432
États-Unis – Jeux 127, 256, 263, 268, 269
États-Unis – Thon (CEE) 394, 396, 413
États-Unis – Thon (Mexique) 394, 395, 396, 412
États-Unis – Thon II (Mexique) .. 366, 403, 406, 416, 417, 418
étude d'impact environnemental ... 81, 181, 201, 352, 360
externalités négatives 92, 233, 342, 343, 371, 381, 390, 396, 398, 403, 410, 421
fleuve Saint-Laurent 74, 85, 193, 357
fracturation hydraulique 20, 69, 85, 358
France . 47, 48, 55, 56, 57, 71, 74, 76, 77, 78, 98, 99, 117, 118, 243
GIRE 24, 26, 63, 245
Inde 9, 20, 61, 65, 66, 84
internalisation 27, 32, 89, 93, 349, 376, 426
Italie 50, 106, 107
Kenya 32, 55, 109
Lesotho Highlands Water 132, 133, 194
Mali 76, 77, 348
marchandisation 25, 28, 33, 50, 93, 96, 102, 171, 191, 229
Mexique 115, 133, 139, 140, 161, 372, 394, 395, 406, 412
navigation 48, 50, 174, 175, 176, 182
Nigeria 203, 221, 235
normalisation technique 246, 399
OMVS 184, 185, 186, 202
patrimoine commun de l'humanité 22, 190, 214
patrimoine commun de la nation 71, 72, 74
police powers 283, 284, 285, 288, 290, 357
pollueur-payeur 28, 90, 100
PPP 17, 18, 33, 101, 104, 274, 340
préoccupation commune de l'humanité 190, 214, 385
principe de précaution 209, 210, 211, 361
principe utilisateur-payeur 28, 76, 89
public trust 49, 50, 51, 52, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 73
Québec 58, 71, 72, 73, 85, 130
recouvrement intégral des coûts 92, 113, 149
règlement technique 402, 403, 416
remunicipalisation 104, 105, 339
Rio grande 187, 208
Rio Grande 133, 139, 181, 188
rule of capture 60, 87, 119
SAUR International c. Argentine 277, 285, 287, 294, 325, 428
SIEG 99, 109, 111, 149
Suez Interaguas c. Argentine 168, 299, 300, 302, 303, 327
Suez Vivendi c. Argentine ... 281, 288, 294, 295, 299, 302, 327
Sun Belt Water Inc. c. Canada 79, 142
transferts d'eau virtuelle ... 30, 31, 92, 342, 344, 375, 376, 390, 431
Urbaser c. Argentine .. 241, 275, 289, 296, 303, 328, 329, 332, 334, 335, 336, 337, 338, 341, 362
Uruguay 79, 84, 109
Water Stewardship 246, 401

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 4
LISTE DES ACRONYMES, SIGLES ET ABRÉVIATIONS 5

INTRODUCTION GÉNÉRALE 8
I. L'eau, une ressource singulière appelant une gestion intégrée 11
A. Une ressource vitale 11
B. Une ressource limitée 12
C. L'inégale répartition de la ressource 13
1) L'inégale répartition géographique de l'eau 13
2) L'inégale répartition de l'eau entre les secteurs et les utilisations 15
a) La satisfaction des besoins humains essentiels 16
b) Une ressource surexploitée et dégradée 19
D. La nécessité d'une gestion intégrée pour une utilisation collective de l'eau 21
1) L'utilisation collective en tant que finalité des politiques publiques de l'eau 22
2) La nécessaire prise en compte de la valeur économique de l'eau 26
II. L'intérêt du sujet : le cadre du droit international économique 28
A. L'eau et ses services, objets d'exploitation commerciale et industrielle au plan transnational 28
B. L'eau et ses services en tant qu'objets relevant des règles du droit international économique 33
C. Les tensions entre protection des valeurs marchandes et non-marchandes de l'eau 36

PREMIÈRE PARTIE – LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EAU, ENTRE ÉTAT ET MARCHÉ 43

TITRE I – L'EAU, RESSOURCE D'INTÉRÊT PUBLIC ET RESSOURCE ÉCONOMIQUE 44
CHAPITRE I – L'EAU EN TANT QUE RESSOURCE SITUÉE SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS : UNE RESSOURCE D'INTÉRÊT PUBLIC 45
Section I. La reconnaissance progressive de l'unité écologique de l'eau aux fins de sa conservation 46
I. L'eau, élément faisant l'objet d'une pluralité de qualifications juridiques 46
A. L'affectation de l'eau à une utilité publique d'ordre économique ou social : facteur unifiant son statut juridique 46
1) La valeur stratégique du cours d'eau 47
2) Les eaux destinées à la consommation humaine, eaux d'intérêt public 52
B. La diversité des états de l'eau, facteur de fragmentation de son statut juridique 56
II. La conservation de l'eau en tant qu'utilité publique singulière 62
A. L'intégration des eaux souterraines au domaine public ou au *public trust* 62
B. L'émergence de la figure de l'État gardien de l'eau 67
Section II. La conciliation des pluralités des valeurs de l'eau 75
I. L'encadrement de l'utilisation privative de l'eau : la recherche d'un équilibre entre intérêt collectif et droits individuels 75
A. Les limites à l'appropriation privée de l'eau 76
1) La centralisation de la distribution des droits d'utilisation de l'eau aux mains de l'autorité publique 76
2) La garantie complexe de l'utilisation collective de l'eau 81
B. Les droits d'utilisation de l'eau, reflets de la valeur économique de l'eau 88
1) La valorisation économique de l'eau au service de sa conservation 88
2) Les droits d'utilisation transférables : une marchandisation de l'eau et de son utilisation 92
II. La réglementation des utilisations prioritaires de l'eau 96
A. La fourniture de services d'eau, à la fois mission d'intérêt général et activité économique 97
1) La diversité des modes de gestion des services d'eau 97
2) Les obligations pesant sur le fournisseur de services d'eau 107
B. L'accès aux services d'eau potable et à l'assainissement, à la fois besoin fondamental et prestation commerciale 112

Conclusion du Chapitre 118
CHAPITRE II – L'EAU ET SES SERVICES EN TANT QU'OBJETS MARCHANDS AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE 120
Section I. L'appropriation de l'eau, en tant que critère de commercialité au regard du droit international économique 120
I. Le prélèvement comme critère de transformation de l'eau, ressource naturelle en produit 121
A. Un champ quasi-illimité de choses susceptibles de faire l'objet de commerce au regard du GATT 121
B. Le principe d'exclusion de l'eau se trouvant à l'état naturel des règles de l'OMC 125
II. Une valeur commerciale conférée aux ressources naturelles par l'octroi de droits d'exploitation 133
A. Des droits susceptibles de faire basculer l'eau naturelle dans la catégorie des biens au regard du droit international du commerce 133
B. L'utilisation de l'eau en tant que droit protégé de l'investisseur étranger 136
Section II. Les services d'eau en tant que services marchands 145
I. Des services publics soumis aux règles de libéralisation du commerce international de services 145
A. L'accent porté sur le mode de gestion des services publics d'eau au détriment de leur finalité 146
B. Une libéralisation du commerce international des services publics de l'eau pour l'heure limitée 150
II. L'accès au régime protecteur du droit international des investissements 162
Conclusion du Chapitre 167
CONCLUSION DU TITRE I 169
TITRE II – L'EAU EN DROIT INTERNATIONAL NON ÉCONOMIQUE : UNE APPROCHE STATOCENTRÉE 170
CHAPITRE III – LE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE À L'EAU, ENTRE INTÉRÊT TERRITORIAL ET INTÉRÊT COMMUN 171
Section I. La préoccupation de l'utilisation collective confinée au cas des ressources en eau situées sur le territoire de deux ou plusieurs États 171
I. L'égalité et l'interdépendance des États partageant des ressources en eau 172
A. L'eau du cours d'eau international en tant que ressource stratégique 172
B. L'existence de régimes fondés sur une communauté d'intérêts liant les États riverains 180
C. Le droit des cours d'eau internationaux en tant que corps de normes organisant le partage des utilisations de l'eau 185
II. Un espace ouvert à une marchandisation de l'eau 189
Section II. Le dépassement de l'intérêt territorial en matière de gestion des ressources en eau partagées 193
I. La prise en compte des besoins des individus 193
A. Une prise en compte insuffisante dans l'appréciation du caractère équitable et raisonnable de l'utilisation des ressources transfrontières 193
B. L'enjeu de démocratisation : la participation du public 197
II. La protection environnementale de l'eau en tant qu'intérêt commun des États 201
A. Le dommage environnemental évalué sous le prisme de l'intégrité territoriale des États riverains 202
B. L'eau en tant qu'élément de l'environnement à protéger 205
Conclusion du chapitre 214
CHAPITRE IV – L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL NON ÉCONOMIQUE SUR L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'EAU ET DE SES SERVICES 216
Section I. La protection des besoins en eau des individus 217
I. L'accès à l'eau en tant que droit élémentaire et transversal 217
II. La nécessaire autonomisation de la protection des besoins en eau des individus 221
A. La reconnaissance du droit de l'homme à l'eau 221
B. L'autonomisation de la protection des besoins des individus comme contrepoids à la valorisation économique de l'eau 227
Section II. L'emprise insuffisante du droit international sur l'exploitation commerciale de l'eau et de ses services 231
I. L'approche statocentrée du droit international des droits de l'homme 232

A. L'obligation de réglementer à la charge des États 232
B. La nécessaire singularisation des opérateurs privés fournisseurs de services publics essentiels 235
II. Les diverses voies de responsabilisation des entreprises consommatrices d'eau 239
Conclusion du Chapitre 246
CONCLUSION DU TITRE II 248

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 249

SECONDE PARTIE – L'EXPLOITATION COMMERCIALE DE L'EAU ET DE SES SERVICES, OBJET DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE 251

TITRE III – L'ENCADREMENT DE L'EXPLOITATION DES SERVICES PUBLICS DE L'EAU PAR LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE 252
CHAPITRE V – LA RÉGLEMENTATION DES PRÉROGATIVES DE L'ÉTAT RÉGULATEUR DE SERVICES PUBLICS D'EAU 253
Section I. L'État régulateur des services publics d'eau, une figure contrainte par la prévalence de la liberté du commerce 253
I. La réglementation des services publics d'eau en tant qu'objectif légitime de l'État 254
A. La réglementation des services publics en tant que réglementation intérieure 254
B. La réglementation des services publics en tant qu'objectif légitime dans le contexte des exceptions générales 258
II. La légalité de la réglementation des services publics d'eau avec le droit de l'OMC évaluée au regard de ses effets sur les échanges commerciaux 262
A. Les interférences du test de nécessité sur le droit des États de réglementer en toute autonomie les services d'eau 262
B. Une indifférence à l'égard de l'obligation de réglementer pesant sur les États 267
Section II. La réglementation des services publics d'eau appréciée au regard de ses effets sur les droits des investisseurs étrangers fournisseurs de services 271
I. Les spécificités des différends d'investissements dans le secteur de l'eau 272
II. L'exercice conditionné des prérogatives de l'État régulateur des services d'eau 278
A. La réglementation des services publics en tant que mesures prises dans l'exercice des pouvoirs de police de l'État 278
B. Une prise en compte insuffisante de l'obligation internationale de réglementer les fournisseurs de services d'eau 289
III. Le droit limité des États de déroger à leurs obligations en matière de protection des investissements en vue d'assurer la continuité des services publics d'eau 295
A. La difficile validation des défenses fondées sur l'état de nécessité 295
1) La préservation de l'accessibilité économique des services d'eau en tant qu'intérêt essentiel de l'État 295
2) La rigidité du lien de nécessité : le critère de l'exclusivité du moyen utilisé 298
B. La protection des services publics d'eau par le jeu des clauses de sauvegarde et d'exception 302
Conclusion du chapitre 308
CHAPITRE VI – LE TRAITEMENT DES INVESTISSEURS FOURNISSEURS DE SERVICES PUBLICS D'EAU 310
Section I. La prise en compte de la spécificité de la fourniture de services publics d'eau dans l'appréciation des droits des opérateurs économiques 310
I. La mobilisation du principe de non-discrimination aux fins de singularisation des services d'eau et des fournisseurs de services d'eau 311
II. Vers une prise en compte des attentes légitimes de l'État délégataire dans l'appréciation des droits des investisseurs fournisseurs de service public d'eau 320
Section II. La responsabilisation des investisseurs étrangers fournisseurs de services publics d'eau 327
I. Un recours facilité aux demandes reconventionnelles par l'État régulateur à l'encontre des opérateurs exploitant des services d'eau 327
II. L'absence d'obligation internationale pesant sur l'investisseur étranger gestionnaire de services publics d'eau 331
Conclusion du chapitre 336
CONCLUSION DU TITRE III 337

TITRE IV – L'ENCADREMENT DE L'EXPLOITATION DE L'EAU PAR LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE 339
CHAPITRE VII – L'ÉTAT GARDIEN DE LA RESSOURCE NATIONALE 341
Section I. L'État hôte d'investissements intensifs en eau 341
I. L'État libre de déterminer les conditions d'utilisation de l'eau par les investisseurs étrangers 341
A. L'accès privilégié à l'eau des investisseurs étrangers 342
B. Une supervision complexe de l'État sur ses ressources en eau 351
II. La diversité des mécanismes de responsabilisation des investisseurs étrangers consommateurs d'eau 357
A. Les obligations pesant sur l'investisseur étranger consommateur d'eau 357
B. La responsabilisation par l'incitation : l'octroi d'avantages aux investisseurs étrangers conditionné à leur efficacité ou leur empreinte hydrique 362
Section II. L'État exportateur de marchandises intensives en eau 372
I. L'indispensable valorisation économique de l'eau virtuelle 372
II. La protection de l'eau ressource productive et ressource naturelle essentielle 378
A. L'imposition de restrictions temporaires à l'exportation de produits intensifs en eau 379
B. La conservation des ressources en eau au regard de l'article XX du GATT 381
Conclusion du chapitre 385
CHAPITRE VIII – L'ÉTAT RESPONSABLE DE LA PROTECTION DE L'EAU, BIEN COMMUN GLOBAL 387
Section I. Les prescriptions relatives à l'empreinte hydrique des procédés et méthodes de production : des mesures restreignant l'accès au marché 388
I. Des enjeux cruciaux de qualification au regard du GATT 388
A. Les prescriptions fondées sur les PMP environnementaux appréhendés en tant que restrictions quantitatives : une approche pénalisante 388
B. La dichotomie entre PMP se rapportant aux produits et PMP environnementaux 393
II. Les PMP hydriques en tant qu'obstacles techniques au commerce 395
Section II. Les mesures fondées sur l'empreinte hydrique des procédés et méthodes de production : opportunités de compatibilité avec le droit de l'OMC 400
I. Le GATT en tant qu'instrument peu adapté à la gestion des externalités générées par le commerce international de produits intensifs en eau 401
A. L'empreinte hydrique en tant qu'élément de disqualification de la similarité des produits 401
B. La mobilisation des exceptions de l'article XX du GATT en tant qu'outils de protection de l'eau, bien commun global 407
II. La contribution à l'atténuation de l'empreinte hydrique par l'éco-étiquetage : une voie à privilégier 412
A. L'appréciation de la nécessité de programmes d'étiquetage fondés sur l'empreinte hydrique des produits 412
B. La prise en compte de l'intention étatique dans l'appréciation de la non-discrimination 414
Conclusion du chapitre 416
CONCLUSION DU TITRE IV 418
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 420
CONCLUSION GÉNÉRALE 422
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE 430
I. Ouvrages et manuels 430
II. Autres ouvrages 437
A. Actes de colloque et mélanges 437
B. Recueils de cours 438
C. Dictionnaires et encyclopédies 439
D. Thèses 439
III. Chapitres et contributions à des ouvrages collectifs 440
IV. Articles de revues 450
V. Instruments internationaux et législation nationale 467
A. Instruments conventionnels 467
B. Instruments non conventionnels 472
1) Système des Nations Unies 472
a) Assemblée générale des Nations Unies 472

b) Conseil des droits de l'homme....473
c) Comité des droits économiques, sociaux et culturels....475
d) Commission du Droit International....475
e) CNUCED....476
f) FAO....477
g) UNESCO....477
h) OMS....477
i) PNUD....478
j) PNUE....478
k) GIEC....478
l) Rapports de conférences....478
m) Autres....478
2) Union européenne....478
3) OMC....480
4) Groupe de la Banque mondiale....482
5) OCDE....483
6) Conseil de l'Europe....484
7) Autres....484
C) Législation nationale....484
VI. Rapports de think tanks, associations scientifiques et organismes de la société sociale....489
VII. Jurisprudence....490
A. Arbitrage interétatique....490
B. Arbitrage d'investissement....491
C. Contentieux de l'OMC....494
D. Cours régionales des droits de l'homme....497
1) Commission africaine des droits de l'homme et des peuples....497
2) Cour européenne des droits de l'homme....497
3) Cour interaméricaine des droits de l'homme....497
E. CJCE /CJUE....497
F. CPJI / CIJ....497
VIII. Sites internet....498

INDEX....500

TABLE DES MATIÈRES....501