



HAL
open science

Le droit à l'eau : un patrimoine universel à inventer

Michaël Bardin

► **To cite this version:**

Michaël Bardin. Le droit à l'eau : un patrimoine universel à inventer. Cahiers du Centre de droit et de politique comparés [Anciennement Bulletin de droit comparé], 2012, Cahiers du CDPC - Communicabilité et patrimoine euro-méditerranéen, 9, pp.65-77. halshs-01139430

HAL Id: halshs-01139430

<https://shs.hal.science/halshs-01139430v1>

Submitted on 10 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE DROIT À L'EAU : UN PATRIMOINE UNIVERSEL À INVENTER

par

Michaël BARDIN

Docteur en droit public

Chargé d'enseignement à l'Université du Sud Toulon-Var

C.D.P.C. JEAN-CLAUDE ESCARRAS (UMR-CNRS 7318)

Il existe, sans nul doute, un patrimoine euro-méditerranéen de l'eau. Cependant, plus largement encore, la gestion de cette ressource de plus en plus rare est un véritable enjeu géopolitique¹. Depuis longtemps, il s'agit d'un problème auquel les États sont confrontés ; cette ressource est même un patrimoine à protéger. La multiplication des usages de l'eau et les difficultés de gestion de la ressource ont engendré des problèmes de partage entre les États. Toutefois, alors que l'eau ne connaît pas de frontière, et que nombreuses sont les situations où le territoire sur lequel elle se trouve est transfrontière, le droit international ne semble s'être préoccupé que tardivement de l'enjeu qu'elle constitue en tant que ressource vitale pour les populations et même plus largement en tant que patrimoine de l'humanité.

Traditionnellement, l'eau douce était uniquement considérée au regard de la navigation et les autres utilisations de cette ressource n'étaient pas prises en compte dans l'élaboration des textes de droit international. La primauté de la navigation fut consacrée par la Résolution sur les régulations internationales relatives à l'utilisation des cours d'eau internationaux, adoptée par l'Institut de Droit International, en 1911, à Madrid.

L'article premier définit d'abord les règles d'utilisation d'un cours d'eau international qui délimite la frontière entre deux pays. Selon le premier alinéa, un cours d'eau frontalier ne peut subir de « *changements préjudiciables à la rive de l'autre État* », sans son consentement ou titre juridique spécial. Le deuxième alinéa précise que l'exploitation de ce cours d'eau sur le territoire d'un pays par lui-même ne doit pas porter atteinte à l'exploitation éventuelle de l'autre pays sur son propre territoire. Des obligations incombant aux États riverains d'un cours d'eau international relatives à leur préservation sont précisées à l'article 2. Le point 4 énonce l'obligation de respecter le droit de navigation exercé en vertu d'un titre juridique reconnu par le droit international. Le point 2 formule explicitement l'interdiction de verser des matières nuisibles dans un cours d'eau international.

¹ Cf. notamment le dossier « L'or bleu nouvel enjeu géopolitique ? », *Revue internationale et stratégique*, n° 66, Dalloz, 2007.

Peu après, en 1915, le Congrès de Vienne affirma le principe de la liberté de navigation et, dans le même sens, la Convention de Barcelone du 20 avril 1921² sur le régime des voies navigables d'intérêt international ne visait que la fonction de navigation des cours d'eau.

Les traités internationaux se sont ainsi multipliés et si la navigation était considérée comme une priorité, l'eau douce était aussi perçue comme un moyen de délimiter les frontières étatiques. Les lacs et fleuves prenaient alors toute leur importance grâce à leur position géographique et faisaient ainsi l'objet de nombreux conflits.

La révolution industrielle transforma le statut de l'eau douce en droit international. En effet, la multiplication des usages de l'eau fit de celle-ci un enjeu majeur pour l'économie des États et permit de la considérer comme une ressource vitale. Ainsi, « l'eau devient un bien sinon rare du moins de plus en plus utilisé, alors qu'il détermine souvent les conditions de vie du second élément fondamental de l'État : non plus le territoire, mais sa population »³. La sentence internationale rendue dans l'affaire du Lac Lanoux en 1957⁴ laissa espérer une évolution en la matière dans la mesure où, pour la première fois, était évoquée la question des préjudices subis du fait de l'utilisation d'un cours d'eau.

La règle de la primauté de la navigation allait en effet disparaître et certaines institutions internationales se sont alors prononcées sur d'autres utilisations de l'eau.

En 1961, l'Institut de Droit International a adopté la Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, à Salzbourg⁵. Elle rappelle l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui et subordonne la règle de l'interdiction de causer un dommage au principe de l'utilisation équitable. Ensuite, en 1966, l'Association de droit international élabore les « Règles d'Helsinki »⁶ et tente de codifier des normes régissant le droit des cours d'eaux internationaux, non seulement pour la navigation mais aussi pour d'autres utilisations. Ce *corpus* de règles consacre notamment de manière officielle le principe de l'usage raisonnable et équitable⁷. En 1977, la Conférence des Nations Unies à Mar del Plata⁸, a permis la reconnaissance par les États de la notion de souveraineté territoriale limitée concernant l'eau. Elle reconnaît également l'exigence de coopération en matière de gestion de l'eau. Également, le 17 mars 1992, fut élaborée la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et les lacs internationaux.

² *Recueil des traités de la SDN*, vol.7, p. 36.

³ P.-M. DUPUY, « Le droit à l'eau un droit international ? », in G. GRISEL (édités par), *La mise en œuvre du droit à l'eau, Actes du XXIX^e Congrès ordinaire de l'IDEF*, publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève, Schulthess, 2006, p. 280.

⁴ Affaire du Lac Lanoux (France/Espagne) du 16 novembre 1957, RSA XII.

⁵ Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, session de Salzbourg.

⁶ Règles d'Helsinki de 1966, « Report of the 52th Second Conference ».

⁷ Règles d'Helsinki de 1966, art. IV à VII.

⁸ Conférence des Nations Unies sur l'eau (1977), Mar del Plata, E/CONF.70/29.

Cette Convention fut signée à Helsinki au nom de la Communauté européenne et a notamment permis d'élaborer le Protocole sur l'eau et la santé de 1999⁹.

La règle de la primauté de la navigation a donc laissé place aux autres utilisations de l'eau en droit international. Dès lors, les textes conventionnels et les résolutions d'institutions internationales ont tenté de répondre à cette évolution. En ce sens, l'Organisation des Nations Unies voulu développer la notion de communauté d'intérêts en tant que fondement de la gestion du bassin d'un cours d'eau international. La Résolution 2669 de l'Assemblée générale, du 8 décembre 1970, confie ainsi à la Commission du droit international¹⁰, « *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* »¹¹. Ce travail de la Commission du droit international a permis l'élaboration de la Convention de New York sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation en 1997¹².

Les règles internationales en matière d'eau sont donc fort nombreuses. Toutefois, bien qu'elles ne soient plus seulement axées sur la navigation, elles se contentent de considérer l'eau comme le patrimoine des États. Il apparaît qu'en la matière le droit international de l'eau est encore insuffisant car trop inscrit dans une logique interétatique. Cette insuffisance caractérise la Convention de New York qui respecte la logique première du droit international en se contentant de réguler des rapports interétatiques (I), ses rédacteurs ayant visiblement oublié que l'eau doit être considérée comme une ressource à part, vitale pour l'ensemble des populations qui doivent pouvoir prétendre à un droit à l'eau (II).

I. – UNE PATRIMONIALISATION DE L'EAU FREINÉE PAR UNE LOGIQUE INTERÉTATIQUE

Il faudra donc attendre 1997 pour qu'un texte formalisé, la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, dite Convention de New York, soit adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 mai 1997 et proposée aux États.

Ce texte se présente comme un accord-cadre laissant une grande marge de manœuvre aux États (A). Mais, en se voulant respectueuse de la souveraineté des États, cette convention peut paraître décevante car elle se contente de codifier des principes déjà acceptés par les sujets internationaux (B).

⁹ Protocole de Londres 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 (1999), Doc. MP.WAT/AC.1/1999/1EHCO.

¹⁰ Créée le 21 novembre 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies, la Commission du droit international a pour mission de favoriser le développement progressif et la codification du droit international. Le statut de la Commission est annexé à la résolution (Résolution A/RES/174).

¹¹ AG/RES/2669 (8 décembre 1970).

¹² Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (21 mai 1997), A/RES/51/229, Doc. A/51/869.

A. – *Un patrimoine identifié par la Convention de New York*

Face à la difficulté de répondre aux différentes problématiques engendrées par les rapports entre les États, la Convention a posé des principes généraux mais a laissé aux États la liberté de conclure ultérieurement des accords.

Au regard de la diversité des situations concrètes, il était sans doute difficile de poser un droit international commun en la matière. C'est pourquoi, une fois cet accord-cadre établi, il convient que chacun des cours d'eaux internationaux fassent l'objet d'un accord particulier destiné à préciser les modalités concrètes d'application des règles générales.

L'article 3 de la Convention vise donc à inciter les États d'un cours d'eau à conclure des « accords de cours d'eau ». En effet, le paragraphe 3 de cet article prévoit que les États concernés peuvent conclure un ou plusieurs accords qui appliqueront et adapteront les dispositions de la Convention de New York aux caractéristiques et utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie de ce cours d'eau.

Un tel accord « *peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, dans la mesure où cet accord ne porte pas atteinte, de façon significative, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs États du cours d'eau sans le consentement express de cet État ou ces États* »¹³.

Mais la possibilité de déroger à la Convention par les États est au cœur du problème et constitue le véritable talon d'Achille de ce texte.

En effet, un État du cours d'eau peut estimer qu'il est nécessaire d'« adapter » la Convention en raison « *des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier* »¹⁴. Dès lors, même si elle n'est pas dépourvue d'utilité, la Convention de New York voit son efficacité réduite puisqu'il est possible d'y déroger par des accords ultérieurs.

Par ailleurs, ces dérogations laissées à la discrétion des États posent la question de savoir si les normes juridiques internationales issues de la Convention s'imposent aux États, et peuvent être considérées comme universellement applicables.

Si l'on peut considérer que la Convention ne fait que respecter la liberté conventionnelle des États, en se contentant d'offrir des directives pour la conclusion d'accords du cours d'eau, on peut regretter la faiblesse du contenu et la nature de la Convention de New York.

Il convient de remarquer que, contrairement aux conventions cadres traditionnelles, la Convention de New York ne fournit pas de standard minimum ou

¹³ Art. 3 § 4 de la Convention.

¹⁴ Art. 3 § 5 de la Convention. Cette adaptation s'effectue entre « *les États du cours d'eau [qui] se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau* ».

de règle impérative que les États doivent développer dans des accords particuliers ou des protocoles. Au regard de l'article 3 paragraphe 3 selon lequel les États « *appliquent et adaptent* », ces derniers conservent une véritable latitude à l'égard des normes de la Convention.

Par conséquent, les règles de la Convention de New York ne seront que supplétives puisque l'article 3 précise que, sauf si les États du cours d'eau en sont convenus autrement, la Convention ne modifie en rien les droits ou obligations résultant pour ces États d'accords en vigueur au moment où ils sont devenus parties à la Convention.

C'est pourquoi, « si la Convention n'a pas pour effet de modifier ou de requérir la modification des accords existants qui pourraient être contradictoires avec ses propres normes, les futurs accords n'auront aussi qu'une obligation relative de conformité à ces mêmes normes, puisqu'ils peuvent les appliquer et les adapter selon l'article 3 »¹⁵.

Simple accord-cadre laissant une (trop) grande liberté aux États, la Convention de New York voit dès lors son effet limité. Cette impression est renforcée par le contenu même du texte qui se contente de codifier des principes coutumiers, le développement du droit relatif à l'utilisation des cours d'eau ayant, dès lors, été négligé.

B. – Un patrimoine codifié par la Convention de New York

Les relations entre États d'amont et États d'aval, l'équilibre entre les différentes utilisations de l'eau, et l'exercice de la souveraineté des États riverains de la ressource en eau ont été les trois axes choisis par la Commission du droit international pour déterminer le champ d'application géographique de la Convention de New York.

Le champ d'application de la Convention qui visait notamment au développement progressif du droit de l'eau a été complété par différentes notions. L'article 2 définit le cours d'eau comme étant « *un système d'eau 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* ».

Par ailleurs, cette même disposition définit ce qu'est un cours d'eau international en précisant qu'il s'agit « *d'un cours d'eau dont les parties se trouvent dans des États différents* ». De même, un « *État du cours d'eau s'entend d'un État partie à la présente convention dans le territoire duquel se trouve une partie d'une cours d'eau international ou d'une partie qui est une organisation d'intégration économique régionale dans le territoire d'un ou plusieurs États membres de laquelle se trouve une partie d'un cours d'eau international* ».

Enfin, elle définit la notion d'« *organisation d'intégration économique régionale* » qui, selon la Convention s'entend comme toute organisation « *créée par les États souverains d'une région donnée, à laquelle ses États membres ont*

¹⁵ S. PAQUEROT, *Eau douce, la nécessaire refondation du droit international*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 63.

cédé leur compétence à raison des questions régies par la présente Convention et qui est dûment autorisée conformément à ses procédures internes à signer, à ratifier, à accepter ou à approuver la Convention ou à y adhérer ».

Toutefois, au-delà de la précision de ces définitions et plutôt que de développer le droit, la Convention de New York s'est contentée de codifier le droit international existant, notamment en consacrant les principes de l'utilisation équitable et raisonnable, et de l'obligation de ne pas causer de dommage significatif. Dans cette mesure, la Convention apparaît décevante et bien en deçà de ce qu'elle aurait pu apporter.

Les articles 5 à 10 prévoient des règles générales applicables à tous les cours d'eau internationaux qui mettent en exergue deux principes fondamentaux. Le premier principe est celui de l'utilisation équitable et raisonnable des cours d'eau internationaux ; le second est celui de l'obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États¹⁶.

À propos de **l'utilisation équitable et raisonnable**, l'article 5, alinéa 1 dispose que *« les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable (...) en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux et durables - compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés - compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau »*¹⁷.

L'article 10 précise toutefois, qu'*« en l'absence d'accord ou de coutume en sens contraire, aucune utilisation n'a en soi priorité sur d'autres utilisations »* et, en cas de conflit, une attention particulière doit être accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

L'obligation de ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau, quant à elle, est prévue à l'article 7 selon lequel les États se doivent de prendre toutes les mesures appropriées à cette fin, en prenant en considération notamment les dispositions de l'article 5 et en consultant l'État affecté pour éliminer ou réduire le dommage et, éventuellement, discuter des indemnités.

Toutefois, il apparaît que ces deux articles seront vraisemblablement en concurrence entre les États d'amont et les États d'aval. Les États situés en amont du cours d'eau auront tendance à justifier leur utilisation de celui-ci en application de

¹⁶ Art. 7 de la Convention.

¹⁷ L'article 5 affirme le principe mais les *« facteurs pertinents »* de sa mise en œuvre sont développés dans l'article suivant, l'article 6 de la Convention. Cette utilisation, qui *« implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents »*, doit être guidée par *« a) Les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel ; b) Les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés ; c) La population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau ; d) Les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau ; e) Les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau ; f) La conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau ainsi que les coûts des mesures prises à cet effet ; g) L'existence d'autres options, de valeur comparable, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée »*.

l'article 5. Ainsi, au nom du principe de l'utilisation équitable et raisonnable, l'État d'amont pourra mieux exploiter le cours d'eau international, notamment dans l'hypothèse où l'État d'aval aurait effectué une importante utilisation de celui-ci.

À l'inverse, les États d'aval privilégieront sans doute les dispositions de l'article 7 et l'obligation de ne pas causer de dommages afin de protéger leurs utilisations du cours d'eau international.

Enfin, pour la bonne mise en œuvre des deux principes précédemment cités, l'article 8 énonce **l'obligation de coopérer** en prévoyant que « *les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international* ». L'article 9 prévoit les modalités d'application de l'article 8¹⁸. Il s'agit notamment de la notification, des mesures envisagées pouvant avoir des répercussions sur l'État du cours d'eau et des prescriptions particulières dans les situations de risque. Le respect d'une procédure d'information préalable est exigé pour les projets pouvant entraîner une pollution transfrontière.

Il apparaît clairement que la Convention de New York s'est contentée de reprendre divers principes de droit international. En effet, l'obligation de coopérer n'est jamais qu'une transcription du principe de la bonne foi bien connu du droit des traités¹⁹ et faisant partie de très nombreux traités. Par ailleurs, les principes clefs de l'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs étaient déjà connus.

L. Caflisch expliqua d'ailleurs que « les activités autres que la navigation font l'objet de règles de fond et de procédure ; Pour ce qui est du fond, deux principes doivent être mis en exergue : l'interdiction d'infliger un dommage « important » à un ou plusieurs États du cours d'eau et le principe, développé à partir de cette interdiction, selon lequel chaque État du cours d'eau doit disposer d'un droit de participation équitable et raisonnable aux avantages que présente l'utilisation des eaux »²⁰.

¹⁸ Selon cette disposition : « 1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations aisément disponibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique, écologique et concernant la qualité de l'eau, ainsi que les prévisions s'y rapportant. 2. Si un État du cours d'eau demande à un autre État du cours d'eau de fournir des données ou des informations qui ne sont pas aisément disponibles, cet État s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande, mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations. 3. Les États du cours d'eau s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États du cours d'eau auxquels elles sont communiquées ».

¹⁹ Ce principe lié à la règle *Pacta Sunt Servanda* est notamment énoncé par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

²⁰ L. CAFLISCH, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *RCADI*, vol. 219, 1989, pp. 217-218.

Dès lors, au regard de cette explication, il apparaît que les deux principes clés de la Convention de New York sont intimement liés et, en définitive, interdépendants. Ainsi, « il ne peut exister de principe coutumier accordant une priorité absolue aux droits de première utilisation si ceux-ci empêchent l'État voisin de jouir de son droit d'égal utilisation »²¹.

En effet, le principe de l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs se rattache au respect de l'intégrité territoriale. À cet égard, S. Paquerot rappelle que « l'interdiction de pratiques pouvant causer un dommage substantiel et durable aux autres États est fondé sur le principe *Sic utere tuo ut alienum non laedas* »²².

Cette maxime fonde également le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, H. Ruiz-Fabri rappelant que « l'utilisation équitable peut être rattachée au principe d'égalité souveraine »²³.

La Convention de New York n'a donc pas innové. Par ailleurs, le faible nombre des ratifications par les États de cette Convention démontre en définitive que les États ne croient pas en l'utilité de ce texte. À ce jour, vingt-deux États l'ont signée mais seuls seize d'entre eux l'ont ratifiée²⁴, alors que la Convention nécessite trente-cinq ratifications pour entrer en vigueur²⁵.

L'objectif de la Convention n'a pas été atteint à ce jour et il semble que ce texte soit inutile à régler les différends interétatiques qui se créent autour de la ressource en eau. D'ailleurs, les modalités de règlement des différends qui porteraient sur l'application de la Convention s'avèrent également très insuffisantes.

En effet, hormis les procédures classiques de règlement pacifique des différends internationaux dont on connaît les limites, l'article 33 de la Convention de New York prévoit une procédure « d'enquête impartiale » déclenchée à la demande d'une des parties au différend et dirigée par une commission.

Cette dernière est composée d'un membre désigné par chacune des parties intéressées et d'un membre n'ayant la nationalité d'aucune des parties mais choisi par elles, qui présidera la commission. En cas d'absence de consensus sur la

²¹ S. PAQUEROT, *Eau douce, la nécessaire refondation du droit international*, op. cit., p. 58.

²² *Ibid.*, p. 59. Ce principe peut se traduire par « abstenez-vous de causer un préjudice aux autres ».

²³ H. RUIZ-FABRI, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI*, XXXVI, 1990, p. 836.

²⁴ *Recueil des traités de l'ONU*, XXVII, 12.

²⁵ Art. 36 de la Convention : « 1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date du dépôt du trente-cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. 2. Pour chacun des États ou chacune des organisations d'intégration économique régionale qui ratifieront, accepteront ou approuveront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du trente-cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant le dépôt par cet État ou cette organisation d'intégration économique régionale de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. 3. Aux fins des paragraphes 1 et 2, un instrument déposé par une organisation d'intégration économique régionale ne sera pas considéré comme s'ajoutant à ceux déposés par les États ».

désignation d'un président dans un délai de trois mois à compter de la demande d'établissement de la commission, toute partie intéressée peut demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de désigner le président. S'il est ainsi désigné, celui-ci n'aura la nationalité d'aucune des parties au différend ou d'aucun État riverain du cours d'eau visé et sera l'unique membre de la commission.

La commission devra rendre aux parties ses conclusions motivées et les recommandations qu'elle juge appropriées en vue d'un règlement équitable du différend. Néanmoins, les parties ne voient peser sur elles que l'obligation d'« examiner de bonne foi » les solutions proposées.

La Convention ne prévoit donc que ce seul mécanisme obligatoire dont la portée reste très limitée. La Convention de New York contient ainsi en elle-même les limites de son interprétation et de son application.

Cependant, même si elle n'est pas encore entrée en vigueur, la Convention de New York n'est pas restée sans influence. À titre d'exemple, le Protocole sur les cours d'eau partagés dans la Communauté de Développement de l'Afrique Australe de 1995 a été révisé le 7 août 2000 en intégrant au Protocole originel, un grand nombre de principes et de solutions apportés par la Convention.

Pour autant, cela prouve également que le droit international des cours d'eau reste une « mosaïque de textes juxtaposés où apparaissent parfois des tendances et des principes constitutifs d'un droit appelé à se renforcer »²⁶.

La Convention de New York apparaît donc très limitée car trop inscrite dans des considérations interétatiques. Cette faiblesse contribue à mettre en exergue une insuffisance de la Convention qui, conformément à la logique interétatique suivie, ne contient aucune disposition sur le droit à l'eau, pourtant élément essentiel du droit de l'eau.

II. – UNE PATRIMONIALISATION DU DROIT À L'EAU À TRANSCENDER

Le droit à l'eau fait partie du droit de l'eau. Il porte sur un élément de ce droit dans le domaine de l'approvisionnement en eau potable et de l'assainissement.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies définit ce droit comme consistant « *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* »²⁷.

Pour autant, si ce droit complémentaire qu'est le droit à l'eau est reconnu par le droit international régional (A), il est quasiment oublié par le droit international général (B).

²⁶ A. WULF, « Le droit des cours d'eau, un droit émergent », *Actes du Congrès international de Kaslik, Droit international des cours d'eau internationaux, éducation à une culture de l'eau partagée et protégée, Liban, 18-20 juin 1998*, <http://funredes.org>.

²⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, vingt-neuvième session (2002), observation générale n°15 : le droit à l'eau, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 116, § 2.

A. - Le droit à l'eau, un droit complémentaire du droit de l'eau reconnu par le droit international régional

Comme l'exposait R. Ranjeva²⁸, le droit à l'eau est un droit dérivé de plusieurs droits de l'homme. Il dérive du droit à la vie et du droit à la dignité et de plusieurs autres droits de l'homme tels que le droit à la santé ou le droit à un niveau de vie suffisant.

Pourtant, le droit à l'eau n'est pas mentionné explicitement dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme²⁹ et les Pactes des Nations Unies³⁰, « qui ne consacrent ainsi ni droits, ni obligations primaires relativement à l'eau potable. Toutefois, l'interprétation d'autres droits - qui, eux, sont reconnus - aboutit à l'identification d'un droit dérivé. Le droit à l'eau apparaît ainsi comme un "droit-carrefour", une composante d'autres droits fondamentaux reconnus et juridiquement protégés : le droit à la vie, le droit à un niveau de vie suffisant, à de la nourriture, des vêtements et un logement suffisants, le droit à la santé et le droit à la sécurité »³¹.

Mais si le droit international général se montre défaillant, divers systèmes régionaux ont proclamé ce droit. En 1988, a été adopté le Protocole de San Salvador qui reconnaît le droit à un environnement sain et le droit d'accès aux services publics de base, dont celui de l'eau³².

De même, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant met à la charge des États l'obligation de fournir aux enfants une alimentation adéquate et une eau de boisson saine et en quantité suffisante³³. Enfin, en 1999 le système régional européen a adopté le Protocole de Londres sur l'eau et la santé³⁴.

Au contraire du droit international régional, et à l'instar de la Convention de New York de 1997, le droit international général ne semble considérer la ressource en eau que dans le cadre des relations interétatiques, négligeant son caractère vital pour les populations des États. Pourtant, « il n'y a pas concurrence mais complémentarité entre droit de et droit à l'eau. Le premier appartient aux États ; le second à l'individu. Mais, (...) le premier s'exerce au bénéfice du second »³⁵.

²⁸ R. RANJEVA, « Aspects de droit international. Rapport de synthèse », in G. GRISEL (édités par), *La mise en œuvre du droit à l'eau*, op. cit., p. 297 et s.

²⁹ Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.

³⁰ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976 ; Pactes international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

³¹ R. RANJEVA, « Aspects de droit international. Rapport de synthèse », op. cit., p. 299.

³² Art. 11 du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels - Protocole de San Salvador, adopté le 17 novembre 1988.

³³ Art. 14 al. 2, lettre c) de la Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant - Charte d'Addis-Abeba de 1990.

³⁴ Art. 23 al. 1 du Protocole de Londres.

³⁵ P.-M. DUPUY, « Le droit à l'eau un droit international ? » in G. GRISEL (édités par), *La mise en œuvre du droit à l'eau*, op. cit., p. 288.

P.-M. Dupuy rappelait que devant un juge international un État serait mieux à même de défendre sa souveraineté sur la portion d'un fleuve ou d'un lac, en s'appuyant sur le droit de sa population à l'eau. Son droit territorial propre sera d'autant plus légitime qu'il est le garant de l'obligation pesant sur cet État à l'égard de son propre peuple de leur garantir l'accès à l'eau potable.

Ainsi, « les droits les plus classiquement fondés sur la souveraineté, loin d'être contrecarrés par leurs prolongements individuels, sont tout au contraire accrus et confirmés par eux. Les uns sont les moyens de garantie des autres. L'État, (...) n'a en réalité pas le droit mais le devoir de veiller à ce qu'aucune portion de son territoire recelant une ressource en eau n'échappe à sa souveraineté. À l'inverse, le droit de chaque national et, collectivement, le droit du peuple que leur rassemblement compose, ne pourront être effectivement satisfaits que si l'État leur garantit l'accès à l'eau potable nécessaire à leur survie et à leur dignité »³⁶.

Droit complémentaire du droit de l'eau, le droit à l'eau semble toutefois oublié par le droit international général. Les lacunes de la Convention de New York de 1997 et l'occasion manquée la même année par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du barrage de Gabcikovo-Nagymaros sont autant de preuves qu'il est urgent qu'un traité international général affirme le droit à l'eau.

B. - Le droit à l'eau, un droit complémentaire du droit de l'eau oublié par le droit international général

P.-M. Dupuy remarquait que « la mention à l'article 10 [de la Convention de New York], consacré au "rapport entre les utilisations" de l'eau de la satisfaction des "besoins humains essentiels" demeure très générale ». Elle est cependant encourageante, dans la mesure où l'expression employée s'applique bien évidemment à l'eau potable dont la disponibilité est ainsi désignée comme prioritaire. On doit de plus mettre l'article 10 précité en relation avec la disposition contenue à l'article 21 de la même convention. Les « États du cours d'eau » y sont conviés à lutter contre la pollution « qui risque de causer un dommage significatif (...) à la santé ou à la sécurité de l'homme (...) »³⁷.

Quoiqu'encourageante, la Convention de New York de 1997 omet de codifier la règle de la sécurité de l'eau³⁸. Or, une grande partie de la doctrine considère cette règle comme une règle de droit positif.

H. Ruiz-Fabri explique en ce sens qu'il existe « au moins une règle "transversale" c'est-à-dire valable quelles que soient les circonstances et dont la positivité ne fait aucun doute : c'est la sécurité de l'eau, qui se traduit essentiellement en une interdiction d'empoisonner l'eau ; règle qui excède très largement le droit fluvial. La règle est plus que logique, corollaire nécessaire du caractère de ressource vitale de l'eau. Elle est en outre complètement reconnue et

³⁶ *Ibid.*, p. 288.

³⁷ *Ibid.*, p. 281.

³⁸ S. PAQUEROT, *Eau douce, la nécessaire refondation du droit international*, op. cit., p. 69 et s.

appartient à la tradition culturelle de tous les continents, même si les phénomènes contemporains de pollution la menacent insidieusement »³⁹.

En omettant de codifier la règle de la sécurité de l'eau, les rédacteurs de la Convention de New York de 1997 n'ont pas donné tout son sens à la volonté consacrée à l'article 10 de « *satisfaction des besoins humains essentiels* ». Il s'agit ici d'une disposition qui semble revêtir un caractère déclaratif qui, conjuguée à la nature supplétive de la Convention dans son ensemble, n'a qu'un intérêt limité.

L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997⁴⁰ dans l'affaire du barrage de Gabčíkovo-Nagymaros démontre combien il est difficile de surmonter le caractère interétatique du droit de l'eau pour prendre en compte l'aspect humain et le caractère vital de la ressource en eau dans le droit international général.

En l'espèce, il s'agissait d'un différend entre la Slovaquie et la Hongrie autour de l'application d'un traité de 1977 aux termes duquel les deux États s'engageaient à développer le potentiel hydroélectrique d'une partie du Danube. Mais, dès 1989, la Hongrie invoqua des arguments écologiques pour mettre fin à ses travaux et la Slovaquie mit en place une solution alternative ce qui a conduit la Hongrie à dénoncer le traité. La Slovaquie et la Hongrie ont alors soumis leur différend à la Cour internationale de Justice, la Hongrie considérant notamment que la construction du barrage risquait de menacer une réserve d'eau potable.

Toutefois, la Cour estime simplement dans son arrêt « *qu'elle ne voit aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région affectée par le projet Gabčíkovo-Nagymaros avaient trait à un "intérêt essentiel" de cet État au sens où cette expression est utilisée à l'article 33 du projet de la Commission du droit international* »⁴¹.

Elle précise ensuite que « *la thèse hongroise sur l'état de nécessité ne pourrait emporter la conviction de la Cour s'il n'était pas au moins prouvé qu'un péril réel, grave et imminent existait en 1989 (...)* »⁴², « *si grave qu'il eut pu être, le péril allégué pouvait difficilement, au vu de ce qui précède, être tenu pour suffisamment certain et, dès lors imminent en 1989 (...)* »⁴³.

En rappelant ainsi les caractères du dommage réparable en droit international : réel, grave et imminent donc certain, la Cour internationale de Justice a refusé implicitement de prendre en compte l'essence du fameux principe de précaution.

Cet arrêt rendu par la Cour internationale de Justice constitue donc une occasion manquée. Invoquant la Convention de New York de 1997 et affirmant ainsi l'autorité de ce texte, la Cour n'a pas saisi l'occasion de considérer l'eau autrement que par le prisme des relations interétatiques.

³⁹ H. RUIZ-FABRI, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *op. cit.*, p. 831.

⁴⁰ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, 1997.

⁴¹ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, 1997, § 53.

⁴² *Ibid.*, § 54.

⁴³ *Ibid.*, § 56.

Aujourd'hui, le droit à l'eau n'est toujours pas pleinement affirmé bien que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies ait reconnu le Droit à l'eau comme droit fondamental de l'homme le 26 novembre 2002⁴⁴. L'observation de ce Comité aurait dû inciter les 145 États qui ont ratifié le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels à garantir un accès à l'eau potable, mais ce texte ne contraint pas juridiquement les États.

* * *

À ce jour, il n'existe donc pas de traité international général qui garantirait aux populations le droit à l'eau et mettrait en place un mécanisme de mise en œuvre de ce droit. Les sujets de droit international ont ainsi aujourd'hui la responsabilité d'engager des négociations et d'adopter une telle convention. Ce texte pourrait être élaboré dans le cadre du système onusien afin que le droit à l'eau obtienne un statut international juridiquement contraignant envers les États membres de l'ONU. Il démontrerait l'engagement des États sur une préoccupation désormais récurrente de l'Organisation des Nations Unies qui a déclaré la décennie 2005-2015, « Décennie internationale d'action : l'eau, source de vie »⁴⁵.

Enfin, il faut noter que la France est devenue, en 2010, le vingt-deuxième État signataire⁴⁶ (elle a confirmé son adhésion le 24 février 2011) permettant de se rapprocher un peu plus des trente-cinq adhésions nécessaires à l'entrée en vigueur d'une Convention de New York qui produit déjà des effets⁴⁷.

⁴⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, vingt-neuvième session, 2002, observation générale n°15 : le droit à l'eau, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 116.

⁴⁵ S'inspirant du titre du premier Rapport mondial sur la mise en valeur des ressources en eau, « L'eau pour les hommes, l'eau pour la vie », l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de proclamer, par sa résolution A/RES/58/217, la période 2005-2015 « Décennie internationale d'action : L'eau, source de vie ». Celle-ci s'est ouverte à l'occasion de la Journée mondiale de l'eau (22 mars 2005). La Résolution stipule que la Décennie aura pour objectif d'appeler davantage l'attention sur les questions relatives aux ressources en eau, à tous les niveaux, et sur l'exécution de programmes relatifs à l'eau, en vue de la réalisation des objectifs convenus au niveau international énoncés dans Action 21, la Déclaration du Millénaire et le Plan de mise en œuvre de Johannesburg.

⁴⁶ Cette adhésion fait suite un engagement pris par l'État français, en 2009, lors du Forum mondial de l'eau d'Istanbul.

⁴⁷ À titre d'exemple, la Charte des eaux du fleuve Sénégal ou encore la Convention portant statut du fleuve Volta (et créant l'Autorité du bassin de la Volta) sont directement inspirées de la Convention de 1997.