



Conseil économique
et social

Distr.
GÉNÉRALE

E/C.7/1996/3
29 mars 1996
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMITÉ DES RESSOURCES NATURELLES
Troisième session
6-17 mai 1996
Point 4 b) de l'ordre du jour provisoire*

EXAMEN DES PROGRÈS ACCOMPLIS CONCERNANT LES QUESTIONS
AYANT TRAIT AUX RESSOURCES EN EAU : EXAMEN DES PROBLÈMES
INSTITUTIONNELS ET JURIDIQUES QUE POSE LA GESTION DES
RESSOURCES EN EAU

Aspects institutionnels et législatifs de la mise en
place de marchés de l'eau

Rapport du Secrétaire général

RÉSUMÉ

Les législations modernes relatives à l'eau ont pour objet d'améliorer la répartition de l'eau, la commercialisation revêtant à cet égard une grande importance. Dans nombre de pays, le fait que les dispositions juridiques ne permettent pas aux forces du marché de jouer un rôle dans l'affectation des ressources en eau a entraîné des rigidités économiques et une répartition peu judicieuse de l'eau.

Certaines autorités ont indiqué qu'une réglementation de la commercialisation de l'eau pourrait être nécessaire pour limiter les effets préjudiciables sur l'environnement et les collectivités. Dans le cadre de systèmes éprouvés de commercialisation de l'eau, des principes et règles visant à établir un équilibre entre les forces du marché et les préoccupations environnementales et sociales ont donc été mis au point.

Le plus important de ces principes stipule que l'existence et le transfert valable de droits sur l'eau doivent être subordonnés à l'utilisation

* E/C.7/1996/1.

effective et bénéfique des eaux concernées. Ce principe, qui est une condition préalable à l'existence d'un droit sur l'eau valable et donc à la protection de l'intérêt public, vise à empêcher les monopoles et la spéculation fondée sur l'accumulation de droits sur l'eau inutilisés; il est généralement dénommé principe "droits non utilisés, droits perdus".

La privatisation des services publics à grande échelle rend manifeste l'importance de ce principe sans lequel les droits sur l'eau peuvent être utilisés pour entraver l'accès aux marchés de prestations de services, ce qui réduit la concurrence et permet aux prestataires de pratiquer des tarifs de monopole. L'eau ainsi que les droits qui s'y rattachent peuvent donc faire partie intégrante des politiques et stratégies de marché appliquées énergiquement par les entreprises. Le présent rapport donne des exemples de ce phénomène.

D'autres conditions et règlements sont appliqués à la commercialisation de l'eau pour empêcher que les transactions aient des effets négatifs sur les autres usagers, les groupes particuliers, les collectivités, la société dans son ensemble et l'environnement. Ainsi, les systèmes éprouvés de commercialisation de l'eau définissent des règles portant par exemple sur le volume d'eau à transférer, la protection de la zone d'origine, l'impact sur l'environnement, les intérêts, priorités et préférences de la communauté ainsi que les droits des citoyens autochtones sur l'eau.

La commercialisation des droits sur l'eau est également affectée par d'autres facteurs d'ordre juridique, administratif, économique ou liés à l'investissement, notamment la qualité du droit à commercialiser, l'importance de la transaction, le profil des parties concernées, la fiabilité des dossiers et registres, l'existence d'infrastructures appropriées et l'emplacement des ressources en eau.

Les marchés des droits sur l'eau encouragent certes l'utilisation optimale de ces ressources, mais la législation relative à l'eau doit permettre la réaffectation de ces droits, en tenant compte des préoccupations environnementales et sociales, dans les cas où les dysfonctionnements du marché sont multiples. Le présent rapport passe en revue des systèmes juridiques qui permettent la commercialisation de l'eau et donne des exemples de réglementations visant à tenir compte des facteurs extérieurs et des préoccupations de certains pays. Il constitue une évaluation technique et non un jugement de valeur.

TABLE DES MATIÈRES

| | <u>Paragraphe</u> s | <u>Page</u> |
|--|---------------------|-------------|
| INTRODUCTION | 1 - 7 | 4 |
| I. LÉGISLATION MODERNE RELATIVE À L'EAU | 8 - 10 | 5 |
| II. NORMES STRUCTURELLES ET RÉGLEMENTAIRES EN MATIÈRE DE LÉGISLATION RELATIVE À L'EAU | 11 - 45 | 5 |
| A. Principaux éléments structurels | 14 - 38 | 6 |
| B. Principaux éléments réglementaires | 39 - 45 | 10 |
| III. MARCHÉS DE L'EAU | 46 - 76 | 11 |
| A. L'expérience des États-Unis | 47 - 51 | 11 |
| B. Réglementation des marchés de l'eau dans le système américain | 52 - 56 | 12 |
| C. Amérique latine : Chili et projet de loi relatif à l'eau du Pérou | 57 - 76 | 14 |
| IV. CONCLUSIONS | 77 | 17 |

INTRODUCTION

1. Les rapports précédents au Comité des ressources naturelles couvraient un large éventail de questions concernant les législations relatives à l'eau et les arrangements institutionnels dans le domaine de la gestion de l'eau. Le présent rapport traite de la structure des droits sur l'eau et des marchés de ces droits ainsi que des conditions y afférentes.

2. Les sujets ont été retenus en fonction de leur pertinence eu égard aux législations actuelles relatives à l'eau. Dans la quasi-totalité des régions où l'Organisation des Nations Unies mène des activités, s'établissent de nouveaux rapports entre, d'une part, la structure des droits sur l'eau et, d'autre part, les investissements dans le domaine de l'eau et la protection des ressources en eau. Parallèlement, on a de plus en plus tendance à faciliter et à accélérer les procédures de réaffectation des ressources en eau en fonction de l'efficacité et de la demande, processus qui souvent paraît être le mieux mené à terme dans le cadre des marchés où les droits sur l'eau sont librement commercialisés et échangés.

3. L'un des principes directeurs énoncés dans la Déclaration de Dublin adoptée à la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement (Dublin, 26-31 janvier 1992) est que l'eau douce – ressource fragile et non renouvelable – est indispensable à la vie, au développement et à l'environnement (A/CONF.151/PC/112, annexe, principe No 1). Comme l'eau est indispensable à la vie, la bonne gestion des ressources exige une approche globale qui concilie développement socio-économique et protection des écosystèmes naturels. Un autre principe adopté à la Conférence reconnaît que l'eau, utilisée à de multiples fins, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme bien économique (A/CONF.151/PC/112, annexe, principe No 4). En vertu de ce principe, il est primordial de reconnaître le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate pour un prix abordable. L'accès à l'eau est en fait si indissociable des droits fondamentaux de l'homme que la plupart des législations relatives à l'eau accordent la priorité absolue à l'approvisionnement en eau à des fins de consommation et d'hygiène. La valeur économique de l'eau a été longtemps méconnue, ce qui a conduit à son gaspillage et à son exploitation au mépris de l'environnement. Considérer l'eau comme un bien économique et la gérer en conséquence, c'est ouvrir la voie à une utilisation efficace et à une répartition équitable de cette ressource, à sa préservation et à sa protection.

4. Étant à la fois un bien économique et social, l'eau est évidemment très vulnérable aux processus environnementaux, économiques et sociaux, de sorte que l'introduction de systèmes de droits et de marchés de l'eau ne peut faire abstraction des besoins sociaux, des monopoles et d'une gestion appropriée de l'eau.

5. Le présent rapport examine l'évolution en matière de législation relative à l'eau, notamment grâce à l'exemple de certains pays, un accent particulier étant mis sur deux sujets à l'étude, à savoir la structure des droits sur l'eau et les conditions y afférentes et les marchés de l'eau. Le rapport examine les résultats de divers systèmes de droits sur l'eau et soumet des recommandations de principe au Comité.

6. Les auteurs du présent rapport remercient les pays et les représentants qui ont fourni des informations pour analyse. Le Comité y trouvera des exemples concernant l'Australie, le Bénin, la Chine, l'Inde, le Pakistan et le Zimbabwe.

7. Bien que des exemples de plusieurs autres pays soient présentés dans le rapport, les cas des États-Unis d'Amérique, du Chili et du Pérou sont traités de manière quelque peu détaillée. Le cas des États-Unis d'Amérique est examiné de près car ce pays possède probablement l'expérience la plus longue et la mieux documentée en matière de commercialisation de l'eau. L'évolution de la situation, les résultats obtenus, la quête d'un équilibre entre les intérêts publics et privés et la réglementation en vigueur méritent d'être pris en compte pour l'élaboration de toute législation. Les cas du Chili et du Pérou sont aussi examinés de manière détaillée car ils incarnent une philosophie de laissez-faire en matière de gestion de l'eau. Leur expérience mérite également d'être analysée.

I. LÉGISLATION MODERNE RELATIVE À L'EAU

8. La législation moderne relative à l'eau a considérablement élargi la nature et la portée des questions qui doivent être examinées en matière de réglementation des ressources en eau.

9. Les pays se préoccupent d'améliorer l'affectation des ressources en eau grâce à la commercialisation des droits sur l'eau. Certaines autorités ont fait observer que la commercialisation devait être réglementée de façon à limiter les effets préjudiciables sur l'environnement et les collectivités. Il a aussi été noté que la performance des marchés des droits sur l'eau dépend de circonstances propres.

10. La législation relative à l'eau et la gestion de l'eau sont influencées par la nécessité d'augmenter l'efficacité de la répartition et de l'utilisation des ressources en eau, mais les mesures à cet effet sont prises dans le cadre mis au point pour tenir compte des besoins environnementaux et sociaux et les dysfonctionnements du marché et les facteurs extérieurs sont multiples. Deux tendances actuelles de la gestion de l'eau illustrent cette observation : le développement des marchés des droits sur l'eau et la nécessité de planifier l'utilisation de ces ressources et de réglementer les effets externes. Étant donné que les deux tendances servent un objectif important, la flexibilité économique amènera à concilier à la fois les besoins environnementaux et les préoccupations sociales indissociables du développement durable.

II. NORMES STRUCTURELLES ET RÉGLEMENTAIRES EN MATIÈRE DE LÉGISLATION RELATIVE À L'EAU

11. L'eau étant une ressource non renouvelable et rare pouvant subir les effets négatifs de facteurs externes, une gestion rationnelle de l'eau et des activités y relatives est indispensable pour assurer une mise en valeur et une conservation judicieuses et durables des ressources en eau¹.

12. Cependant, le rôle des dispositions institutionnelles et législatives n'est pas limité à l'aménagement de l'eau et à la réglementation des activités relatives à l'eau. Elles déterminent le cadre dans les limites duquel le

secteur privé est incité à investir en vue de l'aménagement et de la conservation des ressources en eau et remplissent par conséquent une fonction structurelle de développement socio-économique, puisqu'elles conditionnent la relation entre agents économiques et ressources économiques (voir E/C.7/1993/2).

13. Cette fonction de la législation est extrêmement importante pour les buts poursuivis en matière de conservation et d'aménagement, car, dans la mesure où elle est convenablement remplie, lesdits agents économiques sont incités à réaliser de leur plein gré et de façon suivie des investissements en matière d'aménagement et conservation des ressources en eau si ceux-ci sont économiquement avantageux². La sécurité et la flexibilité des droits sont deux caractéristiques structurelles importantes des législations en général et de celle relative à l'eau en particulier.

A. Principaux éléments structurels

14. Les éléments structurels de la législation relative à l'eau concernent principalement la propriété des ressources en eau, la nature juridique et la stabilité des droits sur l'eau, l'utilisation efficace et bénéfique de l'eau, la cessibilité des droits sur l'eau ainsi que la reconnaissance et le respect des utilisations et des droits coutumiers au moment de l'élaboration d'une législation officielle relative à l'eau ou de l'introduction d'autres dispositions juridiques.

1. Propriété des ressources en eau

15. La plupart des législations relatives à l'eau disposent explicitement que l'eau est la propriété publique de l'État, du peuple ou de la nation. Ce concept s'est de tout temps traduit par des législations indiquant que l'eau fait partie du domaine public, terme qui se fonde sur la notion selon laquelle la nature des ressources en eau et leur importance pour l'économie et le bien-être social ne permettent pas que l'eau, en tant que ressource, soit une propriété privée³.

16. Cependant, ce terme n'est pas toujours utilisé. Dans un projet de loi péruvien sur l'eau, le terme classique "domaine public" est remplacé par le terme "patrimoine national". S'agissant du sens de ces termes dans le contexte de la loi française sur l'eau de 1992, Gazzaniga indique que l'utilisation du terme "patrimoine national commun" ne modifie pas effectivement le régime juridique des ressources en eau de ce pays. Les autorités péruviennes font valoir qu'aux termes du projet de loi proposé l'eau ne relèvera plus en fait du domaine public⁴.

17. Le terme "patrimoine national" ne semble pas avoir le même sens juridique précis que le terme "domaine public". Si l'intention est d'inclure l'eau dans le domaine public de tout pays donné, il est souhaitable d'utiliser le terme classique; sinon, un élément d'incertitude serait introduit dans la nouvelle législation. En Inde, l'eau est considérée comme un "bien national"⁵.

2. Droits sur l'eau

18. Le problème d'incertitude soulevé ci-dessus devient particulièrement important lorsqu'on met en place un système de droits sur l'eau.

19. Bien que dans la plupart des pays l'eau – ou du moins les plus importantes sources d'eau – fait partie du domaine public, les droits sur l'eau accordés aux particuliers ou aux sociétés privées sont protégés par les dispositions des constitutions nationales régissant les droits de propriété et, dans le cas de pays ayant un système fédéral, de celle des États ou provinces.

20. Ainsi, la stabilité des droits sur l'eau est un important principe de la législation relative à l'eau, qui, pour certaines autorités, découle du droit romain⁶. Les obstacles à l'octroi de droits sur l'eau stables ont un effet négatif sur le développement. Ainsi, au Zimbabwe, les difficultés à acquérir des droits sur l'eau fiables constituent un obstacle majeur à la réalisation de nouveaux investissements agricoles viables⁷.

21. Un système de droits sur l'eau stables est une incitation à investir dans la mise en valeur et la conservation des ressources en eau. Des droits sur l'eau stables peuvent constituer des nantissements, des actifs ou des servitudes utiles pour obtenir des crédits ainsi que d'importants actifs pour l'évaluation des propriétés à des fins fiscales. En outre, la stabilité et la certitude des droits sur l'eau et les emplois accessoires dont ils font l'objet consacrent les économies existantes et empêchent l'agitation sociale qu'entraînerait le fait de ne pas tenir compte des pratiques en vigueur lors de l'introduction de modifications à la législation relative à l'eau⁸.

22. Un droit sur l'eau est généralement un droit d'utilisation, la propriété d'un droit sur l'eau conférant normalement un pouvoir d'usufruit et non la propriété de l'eau elle-même. Dans certaines législations, le pouvoir d'usufruit peut être commercialisé.

23. Le Council of Australian Governments⁹ (Conseil des gouvernements des États australiens) a reconnu qu'il fallait établir des systèmes de répartition de l'eau qui distinguent les titres de propriété relatifs aux terres et à l'eau et précisant les caractéristiques des divers droits.

3. Utilisation effective et bénéfique

24. L'importance des droits sur l'eau en tant qu'actifs tient à la disponibilité de la ressource : plus la ressource est rare, plus elle a de la valeur. Pour cette raison, la plupart des législations relatives à l'eau contiennent des dispositions qui exigent l'utilisation effective de l'eau, soit pour obtenir ou conserver un droit, soit pour maintenir un droit sur l'eau valable.

25. Le principe de l'utilisation effective et bénéfique est largement répandu. Le terme utilisé n'est certes pas uniforme. Toutefois, le concept selon lequel les droits sur l'eau sont passibles de déchéance s'ils ne sont pas utilisés ou s'ils sont utilisés d'une manière qui n'est pas conforme aux conditions régissant l'octroi d'une licence ou d'un permis figure dans la loi allemande

modifiée du 23 septembre 1986, la loi espagnole de 1985, la nouvelle loi mexicaine relative à l'eau, la législation de la plupart des provinces argentines ainsi que dans les lois des États de l'ouest des États-Unis d'Amérique. La législation du Zimbabwe traite particulièrement des aspects économiques des droits sur l'eau⁷.

26. La raison d'être du principe a été définie avec précision et clarté par les autorités, les juges et les législateurs des États-Unis. Cette règle de l'utilisation bénéfique se définit communément comme étant la base, la mesure et la limite de tous les droits d'utilisation de l'eau dans un état donné eu égard à l'intérêt du public d'utiliser au mieux les ressources en eau¹⁰.

27. La doctrine de l'utilisation effective et bénéfique de l'eau se fonde sur les axiomes suivants : a) l'eau ne doit pas être obtenue à des fins de spéculation ni être gaspillée (utilisation effective); b) l'utilisation finale doit être un usage généralement reconnu et socialement acceptable; c) l'eau ne doit pas être utilisée à mauvais escient (efficacité raisonnable); d) l'utilisation doit être raisonnable par rapport à d'autres utilisations.

28. On pense communément que la quantité d'eau utilisée ne devrait pas être supérieure aux besoins, la préoccupation étant de ne pas conférer un monopole absolu à un seul individu¹⁰. Ce sentiment d'opposition à tout monopole et à toute spéculation subsiste de nos jours lorsque les demandeurs de droits ne proposent aucune utilisation particulière.

29. Il a été difficile pendant longtemps d'évaluer ce qui se passait dans la pratique lorsque les législations relatives à l'eau ne comportaient pas de critère touchant l'utilisation effective, étant donné que les systèmes nationaux de législations relatives à l'eau ne conféraient pas normalement de droits sur l'eau exclusifs non riverains sans les subordonner à une utilisation effective et bénéfique.

30. À l'heure actuelle, la profusion de législations relatives à l'eau en général et de législations relatives aux services publics dans le domaine de l'eau en particulier a amené à entreprendre des travaux de recherche précis sur la question des droits sur l'eau et sur les conséquences de l'établissement de droits non subordonnés à une utilisation effective et bénéfique. On dispose heureusement à cette fin des évaluations de l'expérience du Chili, où les droits sur l'eau ne sont pas subordonnés à ce critère, qui sont largement diffusés.

31. Les économistes spécialistes des ressources naturelles font valoir que si la non-utilisation des droits n'est pas sanctionnée par la déchéance, elle peut engendrer des "droits passifs" qui accroissent l'incertitude quant au volume d'eau disponible¹⁰.

32. L'expérience du Chili qui octroie des droits sur l'eau sans les assortir de conditions prouve qu'il est indispensable de subordonner ces droits à une utilisation effective et bénéfique. Il ressort d'une étude sur l'impact du système juridique sur la répartition de l'eau au Chili que les monopoles d'État qui bénéficient de droits exclusifs sont couramment privatisés avec ceux-ci, ce qui crée des obstacles juridiques à l'accès à ces droits et perpétue les caractéristiques monopolistiques du secteur. Le cadre réglementaire pour

l'électricité est fondé sur la concurrence en matière de production. Cependant, la concurrence est pratiquement inexistante au Chili. Les droits sur l'eau relatifs aux principaux projets hydroélectriques sont essentiellement détenus par une seule société, de sorte que le plus grand producteur d'électricité est incité à évaluer les projets en fonction de leurs effets éventuels sur la rentabilité de sa capacité marginale. Il peut atteindre l'équilibre monopolistique avec le temps en ajournant les investissements. Il sera impossible aux nouveaux entrepreneurs d'entrer sur le marché de la production car ils ne détiennent pas de droits leur permettant d'exécuter des projets plus rentables. L'État aurait dû recouvrer la propriété des droits sur l'eau avant la privatisation afin de les attribuer sous réserve de leur exploitation en temps voulu dans le cadre de nouveaux projets réalisés par les producteurs existants ou de nouveaux entrepreneurs¹¹.

33. Ainsi, le fonctionnement actuel du système chilien semble confirmer le bien-fondé de la nécessité d'exiger une utilisation effective et bénéfique.

34. La monopolisation par la mise en place d'obstacles à l'accès aux droits du fait du contrôle des facteurs de production essentiels et des ressources naturelles est un problème classique en économie¹². L'existence de marchés de l'eau ne résout pas la question car en fait, des facteurs de production indispensables de ce type ne sont habituellement pas échangés sur des marchés compétitifs¹³.

35. En outre, si la non-utilisation des droits n'est pas passible de déchéance, les mesures visant à inciter les grands utilisateurs institutionnels à vendre des droits sur l'eau ont relativement moins d'importance que les avantages stratégiques que représente le contrôle d'un facteur de production clef dans les politiques de marché pratiquées par les sociétés.

36. Bref, il apparaît que la non-exigence d'une utilisation effective et bénéfique a effectivement une incidence négative sur les transactions relatives à l'eau, le marché de l'eau et une répartition efficace de l'eau. Il ressort des faits observés concernant le fonctionnement actuel des marchés de l'eau au Chili qu'outre quelques exceptions locales, les transactions touchant les droits sur l'eau ont été limitées¹⁴.

4. Transferts de droits sur l'eau

37. Les marchés des droits sur l'eau sont de plus en plus considérés comme un moyen d'encourager l'utilisation optimale de ressources rares, par le biais de la réaffectation. Ils permettent aussi de différer le développement de nouvelles sources d'approvisionnement coûteuses. Ils constituent une caractéristique particulière de l'utilisation de l'eau dans l'ouest des États-Unis. Dans d'autres régions, leur implantation est relativement récente.

5. Reconnaissance des pratiques existantes

38. Les modifications apportées à la législation ont des répercussions sur les pratiques existantes et les droits sur l'eau. Le plus souvent, la nouvelle loi reconnaît les utilisations et droits enregistrés avant que ne soit modifié le cadre juridique de la réaffectation des droits sur l'eau et de la gestion des

ressources en eau. Les dispositions en question reconnaissent donc les systèmes en place et visent à éliminer les obstacles à l'évolution de la législation. Il importe particulièrement de veiller à ce que dans le cadre des procédures utilisées à cet effet, les droits des populations rurales et autochtones ne soient pas menacés par des formalités trop complexes ou des délais de déchéance trop courts.

B. Principaux éléments réglementaires

39. La législation relative à l'eau comprend un certain nombre de dispositions réglementaires qui portent généralement sur les questions suivantes : utilisation de ressources en eau pour la protection de l'environnement; économies d'eau; protection des réseaux de distribution d'eau; définition de préférences et de priorités; protection de la qualité de l'eau; normes techniques et impératifs en matière de productivité; délimitation de secteurs aux fins de la gestion; règles de base pour la gestion des bassins; contrôle de l'utilisation de l'eau; besoins en matière d'information; droits administratifs d'accès aux installations et d'inspection; établissement et protection des droits des pouvoirs publics; mesures d'urgence; enregistrement des utilisations de l'eau, de la distribution d'eau et autres mesures réglementaires.

40. La politique du Conseil des Gouvernements des États australiens illustre l'évolution qui a eu lieu récemment en matière de législation. Le Conseil a décidé d'allouer des ressources en eau à la protection de l'environnement et de faire de ce dernier un secteur prioritaire. Les autres utilisations de l'eau ne sont autorisées que s'il est établi que les besoins en matière de protection de l'environnement sont satisfaits⁹. Le Conseil approuve la commercialisation des droits sur l'eau, à condition qu'elle s'inscrive dans la perspective de la gestion des ressources naturelles et soit compatible avec la réalisation d'un développement durable sur les plans social, matériel et écologique.

41. Le Bénin réglemente et contrôle l'exploitation de la nappe phréatique et l'utilisation de l'eau et des ressources des bassins fluviaux¹⁵.

42. Le Pakistan envisage actuellement d'appliquer des mesures réglementaires strictes visant à empêcher l'introduction d'eau saline dans les eaux douces souterraines¹⁶.

43. Dans un même ordre d'idées, la loi relative à l'eau adoptée par l'Inde stipule que l'exploitation de la nappe phréatique doit obéir aux impératifs suivants : permettre la réalimentation de la nappe, assurer une utilisation équitable, empêcher la surexploitation et intégrer la gestion des eaux de surface et des eaux souterraines⁵. Les sections 13 à 18 portent sur la protection de la qualité de l'eau, le zonage, les économies d'eau, la protection et la lutte contre les inondations, la lutte contre la sécheresse et la lutte contre l'érosion des sols. Par ailleurs, il semble que la politique d'irrigation mise également sur une utilisation collective de l'eau¹⁷.

44. L'Inde a aussi formulé des recommandations détaillées pour que les questions relatives à l'environnement soient prises en compte dans l'élaboration de projets concernant les vallées alluviales¹⁸. À la section 8 de sa loi relative à l'eau, elle a fait une priorité nationale de la distribution d'eau

potable. Elle a en outre décidé d'imposer une taxe aux pollueurs mais, jusqu'à présent, le montant de ce type de taxes a toujours été trop faible pour qu'elles puissent être réellement dissuasives¹⁹.

45. Le Gouvernement du Zimbabwe envisage de modifier sa législation relative à l'eau afin d'assurer en priorité l'approvisionnement des zones urbaines. Le système actuel de préférences, fondé sur une base temporelle, affecte le bien-être des populations urbaines, car aucune priorité n'est accordée à une utilisation spécifique. Le Zimbabwe a également adopté des mesures de lutte contre la pollution de l'eau et prévoit d'aménager certains plans d'eau et d'en contrôler la qualité. Son principal objectif est d'exploiter les ressources en eau en respectant les principes de justice sociale, de gestion intégrée des eaux de surface et des eaux souterraines, et de durabilité des ressources⁷. En outre, en 1994, il a adopté des mesures visant à évaluer l'impact de certaines opérations sur l'environnement.

III. MARCHÉS DE L'EAU

46. La commercialisation des droits sur l'eau est de plus en plus considérée comme un moyen utile et efficace d'améliorer l'affectation des ressources en eau. En outre, l'offre étant en diminution par rapport à la demande, la commercialisation s'avère indispensable pour gérer les problèmes de pénurie. Néanmoins, des pays tels que la Chine, tout en reconnaissant la nécessité de développer les marchés de l'eau, soulignent qu'il importe de centraliser la gestion des ressources pour préserver l'environnement et ne pas entraver le développement social²⁰.

A. L'expérience des États-Unis

47. Les marchés de l'eau sont un élément important du système juridique en vigueur dans l'ouest des États-Unis. L'analyse de l'expérience de certains États permet de mieux comprendre ce sujet complexe.

48. Au Colorado, au Nevada et en Utah, les droits sur l'eau peuvent être vendus et achetés séparément des terres. Dans les autres États, comme l'Arizona, l'eau est acquise en même temps que la terre. La réaffectation des droits sur l'eau constitue peut-être, à l'exception sans doute de la qualité de l'eau, la question la plus pressante à laquelle doit faire face l'ouest aride¹⁴.

49. Pour que la réaffectation ait une valeur juridique, les conditions suivantes doivent être réunies :

a) L'eau doit avoir été utilisée de façon bénéfique et doit continuer à l'être après la réaffectation;

b) La réaffectation ne doit pas léser les autres utilisateurs et doit être conforme à l'intérêt public;

c) Dans un grand nombre de juridictions, les transferts entre bassins ou les transferts en dehors de la zone d'origine ne peuvent avoir lieu qu'après un examen attentif des intérêts locaux;

d) Dans certaines juridictions, les règles de la servitude empêchent la réaffectation de l'eau¹⁴.

50. La commercialisation des droits sur l'eau est un processus complexe influencé par plusieurs facteurs, notamment les suivants :

- a) Priorité du droit transféré;
- b) Profil des parties;
- c) Flexibilité géographique;
- d) Importance et valeur économique de la transaction;
- e) Fiabilité du droit à transférer;
- f) Caractéristiques de l'acheteur;
- g) Volume de l'eau transférée;
- h) Évolution des économies régionales;
- i) Système de gestion de l'eau;
- j) Existence des infrastructures nécessaires pour effectuer l'opération;
- k) Impact sur l'environnement²¹.

51. Si les marchés des droits sur l'eau sont préconisés par la plupart des experts de renom, les transferts de droits donnent lieu à des conflits dans certains États de l'ouest des États-Unis, car les grandes villes cherchent à s'approvisionner en eau dans les zones rurales. Les valeurs publiques en cause sont le développement économique des zones urbaines et la culture, le mode de vie, l'environnement et l'avenir des communautés rurales. Il est de plus en plus apparent que la législation actuelle relative à l'eau et la tendance au développement des marchés de l'eau ne peuvent résoudre le conflit de manière équitable. En conséquence, d'après certaines autorités, il faut opter pour un contrôle, une réglementation des transferts et des marchés des droits sur l'eau²².

B. Réglementation des marchés de l'eau dans le système américain²³

52. En raison de leur complexité, les marchés de l'eau ont été soumis à une réglementation pour préserver les intérêts des tiers et du public. Les principales dispositions qui régulent leur fonctionnement sont les suivants :

a) Conformément au principe de la servitude, les droits sur l'eau ne peuvent être transférés qu'en même temps que les droits sur la terre, l'objectif étant d'empêcher la spéculation sur les terres;

b) Les transferts doivent être approuvés par les autorités judiciaires, législatives ou administratives (en fonction de la loi de chaque État);

c) Le transfert doit être annoncé publiquement, de manière que toute personne concernée, ou seulement les titulaires des droits sur l'eau, puisse protester contre la décision en question (là encore, la qualité pour agir varie en fonction de la législation nationale);

d) Le transfert est enregistré et une demande de permis est présentée à l'autorité responsable de la gestion des ressources en eau;

e) Un permis est indispensable pour réaffecter et utiliser les ressources en eau, et les conditions requises doivent être réunies; il faut notamment prouver que les travaux sont achevés et que l'eau est utilisée de façon bénéfique;

f) Si l'approbation préalable n'a pas été obtenue, il y a déchéance des droits (et, dans certains États, imposition d'une amende pour infraction);

g) Seuls les utilisateurs confirmés peuvent transférer leurs droits;

h) Le transfert ne doit pas léser les autres utilisateurs, qui, même s'ils sont entrés dans le jeu plus récemment, ont droit à ce que l'essentiel des conditions prévalant au moment où leur droit leur a été attribué soit maintenu. Le préjudice en question pourrait résulter de modifications concernant le volume, les périodes d'utilisation, le stockage, les modes de détournement, ou la qualité d'écoulements non restitués ou de l'absence de points de détournement, ou encore d'une combinaison de ces éléments;

i) L'eau doit être utilisée de manière à atténuer ou éviter les préjudices;

j) Il existe un système d'indemnités et de paiement des frais.

53. Outre les dispositions susmentionnées, les demandes de transfert de droits sur l'eau doivent être conformes à l'intérêt public. Les effets de ces opérations sur la collectivité doivent être passés en revue : effets de l'activité économique en cause; effets sur les poissons, le gibier et les espaces publics; effets sur la santé publique; coût d'opportunité de l'utilisation; dommages causés aux tiers; détermination et capacité à utiliser les droits sur l'eau; effets sur l'accès au public et sur les eaux navigables; impératifs d'économie d'eau; facteurs locaux.

54. Ainsi, une réaffectation de droits n'est, en principe, autorisée que si elle est conforme à certains critères de base en matière de santé, d'environnement ou de sécurité. Néanmoins, on peut satisfaire à l'exigence de la défense de l'intérêt public en stipulant que la réaffectation doit prévoir des mesures visant à atténuer les effets de l'opération sur la collectivité.

55. Si la nécessité de défendre l'intérêt public est unanimement reconnue, on s'interroge au sujet des instances à désigner et des moyens à mettre en oeuvre. Les autorités interviennent toujours sur les plans administratif et judiciaire, mais certaines estiment qu'il faudrait également planifier les ressources en eau et favoriser la participation du public aux procédures d'évaluation.

56. Dans certains cas, on évalue également l'impact qu'un transfert pourrait avoir sur l'environnement, la base d'imposition ou l'économie locale de la zone d'origine.

C. Amérique latine : Chili et projet de loi relatif à l'eau du Pérou

57. Dans les pays d'Amérique latine, les marchés de l'eau sont encore embryonnaires. Très souvent, on respecte encore le principe d'appartenance hérité de la législation espagnole et l'on suit la tradition solidement établie d'un contrôle administratif strict. Dans certaines régions comme l'ouest de l'Argentine, le principe d'appartenance, associé à d'autres facteurs tels que l'octroi de subventions sans rapport avec la demande effective ou la suprématie de certaines activités du secteur privé, est en grande partie responsable de la stagnation, voire de la régression de l'économie.

58. Cela étant, certaines données d'expérience concernant la commercialisation des droits sur l'eau méritent d'être analysées.

59. Certaines lois, telle que celle adoptée par le Chili en 1981 (art. 6 et 21), autorisent les transferts d'eau et la commercialisation des droits. Le Pérou a également approuvé cette dernière dans un projet de loi (art. 26 à 29).

60. Contrairement à la loi américaine, la législation chilienne et le projet de loi péruvien ne prennent pas en compte la défense de l'intérêt public et ne prévoient pas de mesures visant à éviter les dommages aux tiers. Comme on l'a vu plus haut, ils ne requièrent pas une utilisation efficiente et bénéfique de l'eau, ce qui, au Chili, a favorisé l'apparition de monopoles des droits sur l'eau et de la production hydroélectrique.

61. Par ailleurs, on ne trouve, ni dans la loi chilienne ni dans le projet de loi péruvien, des concepts tels que la consommation d'eau effective. Les droits sur l'eau peuvent être transférés sans que soit modifié le volume d'eau correspondant, même si le titulaire des droits n'a pas utilisé la totalité du volume d'eau qui lui avait été alloué.

62. Au Chili, il est arrivé que des droits sur l'eau utilisés à l'origine pour l'agriculture aient été transférés à l'exploitation minière, ce qui, bien entendu, a considérablement augmenté la pression sur les ressources en eau. Contrairement à l'agriculture, l'exploitation minière n'est pas une activité saisonnière : en conséquence, la consommation d'eau a augmenté, alors que le changement d'utilisation et la mutation de propriété n'avaient pas été pris en compte lors du transfert²⁴.

63. La loi chilienne comme le projet de loi péruvien limitent considérablement le recours à la gestion et à la planification des ressources en eau pour évaluer les répercussions des transferts de droits sur l'eau sur la collectivité. L'idée est que l'intérêt public sera mieux défendu par les lois du marché que par les pouvoirs publics, qui doivent intervenir le moins possible. Certains experts estiment que le système chilien offre plus d'avantages que le système américain²⁵.

64. Néanmoins, certaines études de cas et évaluations empiriques des résultats de la commercialisation des droits sur l'eau au Chili semblent indiquer que l'absence de dispositions visant à défendre l'intérêt public ou à contrôler les effets des transferts entrave le fonctionnement des marchés. Le nombre et l'importance des transactions ne sont pas suffisants pour que les marchés puissent jouer un rôle significatif. De plus, ceux-ci ne semblent pas permettre de résoudre les conflits dans le cadre de la législation en vigueur. Il semble que les conflits ne soient pas résolus ou soient réglés par des tiers sur la base de considérations d'ordre politique ou économique, les négociations et décisions s'y rapportant n'étant pas fonction des lois du marché. Cette lacune du système se fait particulièrement sentir lorsque entrent en jeu des utilisations et utilisateurs multiples, des problèmes économiques de grande ampleur, la gestion des bassins et les transferts entre bassins.

65. L'un des facteurs entravant ou paralysant le fonctionnement des marchés est l'absence d'éléments qui pourraient inciter les acteurs à négocier. Par exemple, les parties et l'administration n'ont pas accès à tous les éléments d'information nécessaires²⁶. En outre, les droits sur l'eau étant gratuits, et leur non-utilisation n'entraînant pas de déchéance, il n'y a aucun intérêt à les céder. En effet, même s'ils ne sont pas utilisés pour le moment, ils peuvent, dans l'avenir, devenir une source de profit, et cela sans occasionner ni risque ni coût supplémentaire.

66. D'autres facteurs entravent le fonctionnement des marchés :

- a) L'absence d'infrastructure appropriée;
- b) Le manque de dossiers et de registres fiables;
- c) Les approches traditionnelles, qui privilégient la sécurité qu'offre l'accumulation de droits sur l'eau et non pas la rentabilité des transactions individuelles;
- d) La sous-évaluation des droits sur l'eau.

67. Certains des conflits qui ont eu lieu au Chili, à propos d'opérations d'envergure, semblent confirmer que les solutions contractuelles telles que la commercialisation ne sont pas efficaces lorsque les parties sont nombreuses, que les volumes d'eau faisant l'objet de la transaction sont considérables ou que d'importants services publics relatifs à l'eau sont en cause²⁷.

68. Le long du Maule, la production d'hydroélectricité et l'irrigation donnent souvent lieu à des frictions. Les compagnies d'électricité ne sont pas soumises à l'autorité du Comité de surveillance du Maule. Les priorités ne sont pas clairement définies entre les différentes utilisations. En conséquence, nombre de problèmes sont restés entiers depuis 1990.

69. Dans le cas du Bío-Bío, les mécanismes du Code de l'eau visant à coordonner les utilisations multiples sont jugés déficients; il est donc nécessaire de modifier l'approche adoptée dans le Code, fondée sur la non-intervention¹⁴. Les questions en jeu sont la dérivation entre bassins, la pollution, la dilution, l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement, ainsi que l'irrigation.

La Direction nationale de l'eau a fait observer qu'elle n'avait pas le pouvoir de lutter contre la pollution des fleuves. En outre, elle ne pouvait prendre en compte ce problème lorsqu'elle envisageait de mettre des droits sur l'eau en adjudication, comme l'exigeait le Code. Les tribunaux ont tranché en sa faveur.

70. On cherche encore à créer des organisations privées ayant seulement un pouvoir consultatif, en vue de régler les différends par la négociation, mais, pour le moment, aucune structure officielle n'a été mise en place¹⁴.

71. Dans le cas du lac La-Laja et du canal Laja-Diguillín, les conflits portaient sur la dérivation, la pollution, le manque de données hydrologiques et les activités agricoles subventionnées. Une décision a été prise sur la base d'accords datant des années 50, mais certains ont fait valoir qu'elle ne réglait pas toutes les questions concernant les bassins¹⁴.

72. Dans le cas du Pangué, la Cour suprême a annulé une décision de la Cour d'appel de Concepción, qui avait interdit la construction d'installations hydroélectriques, arguant qu'elle modifierait le débit du fleuve et provoquerait des montées d'eau subites. Si la Cour suprême avait approuvé la décision en question, cela aurait affecté la production d'hydroélectricité dans tout le pays. Elle a fait valoir que des indemnités pourraient être accordées pour des dommages éventuels¹⁴.

73. Les marchés de l'eau n'ont joué un rôle significatif dans aucun des cas mentionnés ci-dessus. Certains critiquent l'octroi illimité et inconditionnel de droits sur l'eau en l'absence d'un cadre réglementaire et administratif solide, car l'intérêt de la négociation s'en trouve considérablement réduit. Lorsqu'on trouve des solutions – ou, plutôt, que l'on parvient à éliminer les contraintes – c'est soit par le biais d'accords généraux conclus avant l'adoption du Code, soit par le biais de décisions des tribunaux. Certains conflits n'ont jamais été réglés. Selon la Direction nationale de l'eau, le système actuel constitue un obstacle majeur à la recherche de solutions intégrées. Tous les projets techniques visant à exploiter au mieux différentes sources dans l'intérêt de toutes les parties se sont heurtés à l'opposition des titulaires de droits sur l'eau. N'étant soumis à aucune contrainte liée à la défense de l'intérêt public, ces derniers ne cherchent pas à négocier, car ils savent que, même individuellement, ils trouveront toujours un moyen d'être pleinement protégés par la loi.

74. Il ressort de l'analyse des cas cités ci-dessus que les mécanismes du marché n'ont probablement pas fonctionné correctement en raison de la difficulté d'estimer la valeur des droits sur l'eau et des contraintes institutionnelles.

75. Le nombre des transactions autres que celles qui font l'objet d'un règlement des conflits à grande échelle est également limité. L'inefficience des mécanismes du marché est attribuée à certaines contraintes ou au coût des transactions. De plus, ni le marché ni la législation ne pénalisent l'utilisation inefficace, inappropriée ou inefficace des droits sur l'eau. Ces derniers sont gratuits et aucune sanction n'est appliquée s'ils ne sont pas utilisés. En revanche, dans l'ouest des États-Unis, l'obligation d'utiliser l'eau de manière efficace et bénéfique est la pierre angulaire du système.

76. Ainsi, il semble que les facteurs encourageant les transactions n'aient pas favorisé une utilisation efficace des ressources. Il se pourrait que ceux qui ont réalisé des investissements aient escompté retirer un profit de l'utilisation de l'eau. Par exemple, l'augmentation des investissements dans l'irrigation pourrait être liée à l'octroi, par la loi 18, 450/1985¹⁷ de subventions pouvant atteindre 75 % des investissements pour une période de huit ans (art. 1). On s'est également interrogé sur l'équité du système. Il s'est avéré que l'impact de la loi pourrait avoir été négatif, car ceux qui sont à la tête de petites et moyennes exploitations agricoles ne disposent pas des informations et des ressources nécessaires pour tirer le meilleur parti des dispositions en vigueur. Les agricultures à faible revenu n'en ont retiré aucun bénéfice : s'ils détenaient des droits, ils les perdaient souvent, faute de savoir comment les protéger. S'ils n'en détenaient pas, ils n'en obtenaient pas, parce qu'ils ne savaient pas comment procéder¹⁴. La question de la répartition des ressources a également été examinée par la Banque mondiale dans son Premier rapport annuel sur l'environnement : elle estime qu'en ce qui concerne la terre, des dimensions trop importantes et une répartition inégale sont plus préjudiciables à l'environnement qu'une mauvaise affectation des ressources²⁸.

IV. CONCLUSIONS

77. En formulant ses recommandations, le Comité souhaitera peut-être examiner les conclusions suivantes établies par l'auteur à partir des documents fournis :

a) Les marchés de l'eau sont un bon moyen d'améliorer l'efficacité de l'utilisation de l'eau et de la réaffectation des ressources;

b) En l'absence de marchés de l'eau, la rigidité du système compromet l'efficacité de l'affectation des ressources en eau et des autres ressources;

c) Dans les régions où les marchés de l'eau sont, depuis longtemps, solidement implantés, on a pris des dispositions pour éviter la création de monopoles et protéger l'intérêt public et les intérêts du secteur privé;

d) Dans les régions en question, la gestion des ressources en eau est relativement bien organisée; les pouvoirs publics jouent un rôle actif dans la détermination des utilisations de l'eau et dans l'évaluation des transactions, par le biais des autorisations administratives, judiciaires ou législatives;

e) Dans les régions où l'intérêt public n'est pas pris en compte, où il n'y a aucune exigence d'utilisation efficace et bénéfique de l'eau, et où la réglementation et la planification ne sont ni pratiquées ni encouragées, l'expérience montre que le fonctionnement des marchés n'a pas donné d'aussi bons résultats que ceux escomptés dans la théorie relative à ce modèle;

f) Ces régions se heurtent déjà à des difficultés résultant de la création de monopoles des droits sur l'eau et des services publics relatifs à l'eau; les conflits n'ont pas été réglés par le fonctionnement des marchés et l'autorité compétente est pratiquement incapable de trouver des solutions;

g) La législation relative à l'eau devrait énoncer des principes concernant la commercialisation, dans le cadre d'un système équilibré où l'exercice des droits sur l'eau découlant d'un droit de propriété soit conforme à l'intérêt public, et notamment aux principes d'une utilisation efficace et bénéfique et de la protection de l'environnement.

Notes

¹ Voir Livingston, M. L., *Designing water institutions: market failures and institutional responses* (Greeley, Colorado). Initialement établi sous la forme d'un document d'information sur la World Bank Water Policy Paper, 1993.

² Voir Siegfried V. Ciriacy-Wantrup, "Dollars and sense in conservation", Circulaire 402 (Berkeley : Université de Californie, 1951).

³ Voir Código Civil Argentino, art. 2340; Código Civil y Ley de Aguas de Chile, art. 589 et 590; Ley de Aguas de Ecuador, art. 2, Ley de Aguas de España, et State water laws in the United States of America.

⁴ Voir Jean-Louis Gazzaniga "Loi sur l'eau du 3 janvier 1992", dans Environnement, fascicule 610 (Éditions techniques-Juris Classeurs-1993, août 1993); García Montúfar, "Ley de tierras y aguas: fomentando la inversión privada", dans El Peruano (Lima, 21 juin 1995).

⁵ Gouvernement de l'Inde, National Water Policy (New Delhi : Ministère des ressources en eau, septembre 1987).

⁶ Au titre de la Lex Coloniae Genetivae Iuliae de l'an 43 après J.C., les eaux se trouvant sur des terres publiques ouvertes à la colonisation étaient soumises aux mêmes usages et droits qui existaient sous les titres de propriété précédents. Voir Costa, Le Acque nel Diritto Romano (Bologne, 1918), cité dans Dante Caponera, Principles of water Law and Administration (Balkema, Pays-Bas, 1992).

⁷ Thomas P. Z. Mpofo, Communication adressée à Mme Béatrice Labonne (1er août 1995).

⁸ Voir Cour suprême des États-Unis d'Amérique, Syllabus and Opinions, No 80, 1984; Cour Suprême d'Argentine, La Pampa Vs Mendoza, 1987, L-195-XVIII; Françoise Conac "Land and water rights issues in irrigated schemes in Sub-Saharan Africa: conflicts to be avoided", DVWK Bulletin No 16 (Hambourg et Berlin : Verlag Paul Parcy, 1989); et Robert Beck et C. Peter Goplerud III, Waters and Water Rights (Charlottesville, Virginie : The Michie Company, 1991), vol. 1.

⁹ Voir "Detailed decisions of the Council of Australian Governments in relation to water resources policy", document fourni par C. G. Gorrie, Premier Secrétaire adjoint, Division des ressources en terre, Ministère des industries primaires et de l'énergie, Australie, avec une lettre datée du 10 août 1995.

¹⁰ Voir Robert Beck et C. Peter Goplerud III, op. cit., vol. 2.

¹¹ Voir Eduardo Bitran et Raúl Saez, "Privatization and Regulation in Chile", Conférence sur l'économie chilienne, 22 et 23 avril 1993 (Washington : Bookings Institution).

¹² Voir Lawrence Anthony Sullivan, Antitrust (St. Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1977).

¹³ Voir Mark Armstrong et al., Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience (Cambridge, Massachusetts : MIT Press, 1994).

¹⁴ Voir Carl Bauer, Against the Current: Privatization, Markets, and the State in Water Rights, Chile 1979-1993 (Berkeley, 1995).

¹⁵ Voir Barthelemy Otchoun, Cadre institutionnel et juridique de gestion des ressources en eau (Gouvernement du Bénin, 1995).

¹⁶ Pakistan, Five Year Plan (1993-1998), "Water resources development", document fourni par le Ministère du pétrole et des ressources naturelles du Gouvernement pakistanais.

¹⁷ Commission de l'eau centrale du Gouvernement indien, "Draft irrigation water management policy" (avril 1992).

¹⁸ Gouvernement indien, Guidelines for Environmental Impact Assessment of River Valley Projects (New Delhi : Ministère de l'environnement et des forêts, janvier 1985).

¹⁹ Gouvernement indien, loi No 39, 1995 : The Water (Prevention and Control of Pollution) projet de loi fiscale (amendement), 1995.

²⁰ Voir Gouvernement Chinois, "Capacity-building on law and institutions for water management", note présentée au Département des services d'appui et de gestion pour le développement du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, le 23 août 1995.

²¹ Bonnie G. Colby et al., "Water rights transactions: market values and price dispersion", dans Water Resources Research, vol. 29, No 6 (juin 1993).

²² Voir Helen M. Ingram et al., "The trust doctrine and community values in water", document présenté à la Conférence mondiale sur la législation et l'administration dans les domaines de l'eau, Alicante (Espagne), 1989.

²³ Voir L. Owen Anderson et al., "Reallocation", dans Beck et Goplerud, op. cit.

²⁴ Renseignements fournis oralement par M. Andrés Benitez, Sous-Directeur de la Direction de l'eau du Gouvernement chilien.

²⁵ Voir Mateen Thobani dans The Economist (2 septembre 1995); Banque mondiale, "Viewpoint", FDP Note, No 34 (février 1995); et Mateen Thobani, Tradeable Property Rights to Water.

²⁶ En fait, un grand nombre de données ont été privatisées, comme le réseau d'information, en même temps que le secteur hydroélectrique, et ne sont plus accessibles au public (selon des renseignements fournis oralement par M. Andrés Benitez, Sous-Directeur de la Direction nationale de l'eau du Gouvernement chilien). La difficulté, pour le public, d'accéder à des informations fiables, constitue un obstacle sérieux dans la recherche de solutions durables.

²⁷ Roger Findley et al., Environmental Law, (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1992).

²⁸ Banque mondiale, The World Bank and the Environment: First Annual Report, 1990 (Washington).
