



Assemblée générale

Distr. générale
21 juillet 2020
Français
Original : anglais

Soixante-quinzième session

Point 72 b) de l'ordre du jour provisoire*

Promotion et protection des droits de l'homme :
questions relatives aux droits de l'homme, y compris
les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif
des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Les droits de l'homme et la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le rapport présenté par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, Léo Heller, en application de la résolution [42/5](#) du Conseil des droits de l'homme.

* [A/75/150](#).



Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, Léo Heller

Résumé

Les spécialistes des droits de l'homme partagent généralement l'avis selon lequel le type de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement et le type d'opérateur ne changent rien en ce qui concerne les droits de l'homme. Le présent rapport remet en question un tel discours. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, Léo Heller, y part du principe que des risques particuliers pèsent sur l'exercice des droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement dans des situations où la privatisation est une réalité, et qu'il est nécessaire et utile d'étudier minutieusement les dimensions juridique, théorique et empirique de ces risques. Il examine ces risques en s'appuyant sur les effets conjugués de trois facteurs liés à la fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement par des acteurs du secteur privé : la maximisation du profit, le monopole naturel des services et les déséquilibres de pouvoir. À l'aide de ce cadre analytique, il met en évidence différents risques, notamment l'utilisation insuffisante du maximum des ressources disponibles, la dégradation des services, l'accès à un coût inabordable, la non-prise en considération de la durabilité, le non-respect du principe de responsabilité et les inégalités. En outre, il adresse des recommandations aux États et aux autres acteurs afin que ces risques soient pris en compte et atténués.

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| I. Introduction | 4 |
| II. Contexte | 7 |
| III. Comprendre les risques que la privatisation pose pour les droits de la personne | 9 |
| IV. Les risques que la privatisation pose pour les droits de la personne | 11 |
| A. Utilisation du maximum des ressources disponibles | 11 |
| B. Accessibilité économique | 13 |
| C. Absence d'amélioration ou dégradation des services | 16 |
| D. Durabilité | 17 |
| E. Accès à l'information, participation et principe de responsabilité | 19 |
| F. Ne laisser personne de côté | 20 |
| V. Parer aux risques et mettre en place des garanties | 21 |
| A. Les États | 22 |
| 1. Avant l'adoption du modèle de privatisation | 22 |
| 2. La rédaction des contrats | 22 |
| 3. La phase d'exploitation | 23 |
| 4. La phase de renégociation ou la résiliation | 24 |
| B. Les acteurs du secteur privé | 25 |
| C. Institutions financières internationales | 27 |

I. Introduction

1. La fourniture des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement est une responsabilité assumée au premier chef par les autorités et les entités publiques placées sous leur contrôle. Cependant, depuis les années 1980, la privatisation a commencé à prendre de l'ampleur, avec le soutien actif d'institutions financières internationales. Divers mécanismes juridiques et contractuels et une variété de moyens ont permis aux acteurs du secteur privé de renforcer leur présence dans le secteur de l'eau et de l'assainissement et, par voie de conséquence, leurs activités ont une incidence sur les services fournis à une partie de la population mondiale.

2. La communauté des droits de l'homme a exprimé diverses vues sur la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement. À un extrême, les mouvements opposés à la privatisation ont soutenu avec force que la fourniture de ces services par des opérateurs publics est le modèle le mieux adapté pour réaliser le droit de l'homme à l'eau et, plus récemment, le droit à l'assainissement¹. À l'autre, on parle habituellement d'absence d'incidence ou d'incertitude au sujet du cadre des droits de l'homme et du type de prestataire. Selon ce point de vue, ce qui importe, ce sont les services fournis, qui ne dépendent pas du modèle de prestations², et le cadre des droits de l'homme n'oblige pas les États à adopter un modèle particulier (A/HRC/15/31, par. 15). Toutefois, cette position a ouvert la voie à l'idée reçue qu'en ce qui concerne le respect des droits de l'homme, la fourniture de services revient au même, qu'il s'agisse d'opérateurs privés ou publics.

3. L'élaboration du projet d'observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau du Comité des droits économiques, sociaux et culturels a fait apparaître la polarisation du débat sur la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement. Dans les premières versions du texte, il était demandé de ne pas procéder à la privatisation tant que des systèmes de réglementation adéquats n'auraient pas été mis en place³. En fin de compte, une formulation plus nuancée a été adoptée. Tout en faisant référence aux opérateurs publics et privés, le Comité a noté au paragraphe 11 de l'observation générale que « [l']eau devrait être considérée comme un bien social et culturel et non essentiellement comme un bien économique ». Au paragraphe 24, le Comité a également souligné que l'État était tenu de veiller à ce que « l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination » ne soit pas compromis lorsque les services liés à l'utilisation de l'eau sont gérés ou contrôlés par des tiers, par la mise en place d'un système réglementaire efficace qui doit assurer un contrôle indépendant, une participation véritable de la population et l'imposition de sanctions en cas d'infraction. Malgré ces directives, il demeure indispensable d'avoir une interprétation et une définition plus claires de la signification et de la portée de l'assimilation de l'eau à un bien social et culturel plutôt

¹ Maude Barlow, *Whose Water Is It, Anyway?: Taking Water Protection into Public Hands* (Toronto, ECW Press, 2019) ; Sharmila Murthy, « The human right(s) to water and sanitation: history, meaning and the controversy over privatization », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, n° 1 (2013).

² On trouve une illustration de cette position dans une communication de l'Initiative de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la gouvernance de l'eau, dans laquelle il est indiqué que la question essentielle qui sous-tend la réalisation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement n'est pas de savoir si la prestation de services doit être gérée par une entité publique ou privée mais de déterminer ce qui est le plus efficace dans le contexte donné.

³ Malcolm Langford, « Privatization and the right to water », in *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, Malcolm Langford et Anna F. S. Russell (dir.), (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2017).

qu'à un bien économique, un principe essentiel énoncé dans cette observation fondamentale.

4. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement, Léo Heller, part du principe que les processus sur lesquels repose la fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement ne sont pas sans incidence et que ceux-ci déterminent l'environnement social, politique et économique dans lequel les droits de l'homme sont réalisés. En outre, il est d'avis que, puisque les débats et les préoccupations concernant les liens entre la privatisation et les atteintes aux droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement sont connus depuis longtemps dans ce secteur, il est de son devoir d'étudier la question sous ses aspects juridique, théorique et empirique. La mise en œuvre du Programme de développement durable à l'horizon 2030 a fait naître un besoin pressant de traiter cette question, en accentuant la pression exercée en faveur d'une participation plus grande du secteur privé, par la mobilisation de différentes formes de financement qui viendraient en complément des fonds publics⁴.

5. Bien que le terme « privatisation » ait été appliqué à différents cas de participation d'opérateurs privés dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, dans le présent rapport, ce terme est utilisé au sens large. Il englobe différents modes de délégation par les autorités publiques de la fourniture de services à des acteurs privés et ne se limite pas à la vente d'actifs et est employé dans le même sens que celui qui a été retenu dans d'autres rapports publiés par des titulaires de mandat au titre d'une procédure spéciale⁵. L'analyse présentée dans le présent rapport couvre différentes formes d'organisations à but lucratif qui fournissent des services, notamment des entreprises multinationales et nationales et des sociétés cotées dont une part importante des actions est détenue par des investisseurs privés. Les fournisseurs du secteur informel, les prestataires locaux, les organisations non gouvernementales et les entreprises publiques ne sont pas inclus. En outre, le présent rapport est axé sur les acteurs du secteur privé qui fournissent directement des services ou participent à des activités majeures de prestation de services et non sur ceux qui participent à des activités auxiliaires aux différentes étapes de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement telles que la fourniture de matériels et d'équipements, la réalisation d'études techniques ou la construction des infrastructures.

6. Le présent rapport, même s'il traite uniquement de certaines formes de participation du secteur privé, porte sur un environnement complexe et posant de multiples problèmes et concerne différents types d'acteurs qui participent de diverses manières à la fourniture de services. En ce qui concerne les types de privatisation, la forme la plus poussée est le « désengagement total », qui suppose que tous les actifs concernés d'une entité publique sont entièrement cédés à une entreprise privée, qui prend en charge les dépenses d'investissement, l'exploitation et la maintenance et, en contrepartie, fait payer les services. Il existe une variété d'autres modèles, souvent appelés partenariats public-privé. Une caractéristique commune de ces partenariats est la concession de la totalité ou de parties des activités liées à l'approvisionnement en eau pour 20 à 30 ans, les gouvernements conservant la propriété des actifs. Dans le cas des coentreprises, une entité privée et une entité publique sont copropriétaires d'une société ou une part importante des actions détenues par un opérateur public existant est cédée en bourse. L'affermage et les contrats de construction-exploitation-transfert sont d'autres types de privatisation. Le premier est un accord selon lequel les services sont transférés à un prestataire privé pour une durée déterminée contre paiement au titre de la location, le second, un accord selon lequel la société construit

⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Fondation Heinrich Böll, *The Other Infrastructure Gap: Sustainability – Human Rights and Environmental Perspectives* (2018), p.115.

⁵ Voir, par exemple, [A/69/402](#) et [A/73/396](#).

une infrastructure, l'exploite pendant une certaine période puis la rétrocède à l'autorité publique.

7. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial ne procède pas à une analyse comparative exhaustive des services fournis les secteur public et privé. Il ne présuppose pas non plus que l'un des secteurs est davantage ou moins capable que l'autre de réaliser les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement. Son objectif principal est d'étudier les risques qui se rapportent directement à la privatisation ou qui pourraient être aggravés par la privatisation et de déterminer quelles garanties doivent être apportées pour protéger ces droits contre de tels risques. Des risques liés aux droits de l'homme existent également en ce qui concerne la fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement par des opérateurs publics, le cas de figure largement prédominant dans le monde. Les préoccupations à ce sujet et les moyens d'améliorer ce type de prestations ont été abordés dans de précédents rapports en ce qui concerne les points suivants : le principe de responsabilité⁶, la réglementation⁷, l'accessibilité économique⁸, la participation⁹, la planification¹⁰, le financement¹¹ et les droits des personnes qui peuvent se trouver en situation de vulnérabilité¹². En outre, il est utile qu'un rapport soit consacré à la fourniture de services par le secteur privé, car la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement exige des États qu'ils décident s'il faut ou non mettre en place un tel mode de prestation et le Rapporteur spécial, par le présent rapport, aspire à fournir des orientations utiles à la prise de décisions.

8. Aux fins de l'établissement du présent rapport, le Rapporteur spécial a organisé trois consultations publiques, le 13 septembre 2019 à Genève, le 21 octobre 2019 à New York et le 17 octobre 2019 à New York. Il s'agissait dans ce dernier cas d'une consultation avec les prestataires privés de services. En outre, 109 contributions ont été reçues en réponse à des questionnaires adressés aux États et aux organisations de la société civile. Plusieurs consultations en ligne ont également été organisées, ce qui a permis à des parties prenantes de participer à distance¹³. Le Rapporteur spécial a reçu un nombre considérable de contributions précieuses qui ont sans conteste permis d'améliorer la teneur du présent rapport et d'étayer le raisonnement. Malheureusement, la longueur du rapport étant limitée, seule une partie des contributions a pu être clairement évoquée dans le présent document.

9. Le Rapporteur spécial décrit tout d'abord le contexte dans lequel s'inscrit le débat, notamment comment les tendances mondiales observées dans les économies contemporaines ont pu influencer sur la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement (sect. II). Il expose ensuite le raisonnement sur lequel sont basées les sections suivantes (sect. III) puis, s'inspirant de données d'expérience du monde entier, il fixe un cadre général pour le débat relatif aux risques qui peuvent accompagner la privatisation au regard des droits de l'homme (sect. IV). Par la suite, le Rapporteur spécial présente des mesures à prendre et des garanties à apporter, y compris des recommandations, visant à ce que les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement soient bien exercés, protégés et respectés lorsque la fourniture de services par le secteur privé est envisagée ou déjà en place (sect. V).

⁶ Voir A/73/162.

⁷ Voir A/HRC/36/45.

⁸ Voir A/HRC/30/39.

⁹ Voir A/69/213.

¹⁰ Voir A/HRC/18/33.

¹¹ Voir A/66/255.

¹² Voir A/HRC/21/42, A/HRC/33/49, A/HRC/39/55 et A/HRC/42/47.

¹³ Disponible à l'adresse suivante : www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/MegaProjects.aspx.

II. Contexte

10. La réalisation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement dans le cas où la participation du secteur privé à la fourniture de services est notable ne peut être bien comprise si elle est considérée comme un phénomène isolé, sans rapport avec l'économie politique qui détermine l'action politique menée à l'échelle mondiale et nationale depuis le XX^e siècle. Dans ces conditions, la privatisation des services publics, même s'ils sont souvent présentés comme une solution technique, fait en réalité « partie intégrante de la philosophie de gouvernance économique et sociale »¹⁴. Pour justifier la délégation de services publics, on a avancé par exemple que le secteur privé obtenait de meilleurs résultats et que le secteur public ne parvenait pas à fournir des services adéquats en raison des effets conjugués d'un manque d'efficacité, de la corruption et de l'application insuffisante du principe de responsabilité. La privatisation des services publics s'est toutefois accompagnée d'une nette opposition sociale et politique, renforcée par la constatation qu'elle aggrave les inégalités et la pauvreté¹⁵, compromettant ainsi la réalisation des droits de l'homme¹⁶.

11. La promotion de la privatisation va de pair avec des pressions en faveur d'une réduction du rôle de l'État, afin que le secteur privé puisse prospérer et apporter des avantages sociaux. À l'inverse, et de manière ironique, lors de crises, qui surviennent régulièrement et menacent la stabilité sociale des pays, il est demandé à l'État de fournir des services et de protéger les plus vulnérables. La pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) est une situation emblématique en 2020. Elle a clairement montré que les États devaient intervenir dans le secteur de l'eau : suspension du paiement des factures d'eau, interdiction temporaire des coupures de service et rétablissement des services afin que les personnes ne manquent pas d'eau pour le lavage des mains¹⁷.

12. Les institutions financières internationales telles que le Fonds monétaire international (FMI) et les banques multilatérales ont joué un rôle décisif dans les processus de privatisation en imposant des conditions aux États sollicitant des prêts, un allègement de la dette et une aide sectorielle. Dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, pour ne donner que quelques exemples, la Banque centrale européenne, le FMI et la Commission européenne ont incité les gouvernements portugais¹⁸ et grec à accélérer la mise en œuvre d'un programme de privatisation, auquel était subordonné l'octroi de fonds de sauvetage. Dans les États en développement, le fait de lier la privatisation à des réformes sectorielles répondant à des logiques néolibérales est une pratique courante des institutions financières internationales depuis les années 1980.

13. Au cours des années 1990, dans plusieurs pays, des collectivités locales ont mené des processus de privatisation de la fourniture des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement dans l'espoir que, grâce au secteur privé, les investissements augmenteraient, des améliorations techniques seraient apportées, des gains d'efficacité seraient obtenus et les pauvres auraient accès aux services. Il n'en reste pas moins qu'on attendait trop de la privatisation et la réalité semblait quelque peu différente au début des années 2000 : non seulement la participation du secteur privé n'a pas atteint les niveaux escomptés mais, dans le cas

¹⁴ [A/73/396](#), résumé.

¹⁵ Joseph Stiglitz, *Globalization and Its Discontents Revisited: Anti-Globalization in the Era of Trump* (New York, W.W. Norton and Co., 2017).

¹⁶ [A/73/396](#), par. 36.

¹⁷ Un appel à la mise en œuvre de telles mesures a été lancé par de nombreux titulaires de mandat : voir www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25746&LangID=E.

¹⁸ [A/HRC/36/45/Add.1](#), par. 5 et 6.

de plusieurs concessions, il a été mis fin à l'accord de manière prématurée ou la concession n'a pas été renouvelée¹⁹. Selon des sources, en 2016, les entreprises privées fournissaient des services à 10 % à 13 % de la population²⁰. La privatisation reste toutefois une priorité politique dans de nombreux pays. Au Brésil, par exemple, dans un projet de loi adopté récemment par le Parlement et portant modification de la loi de 2007 relative à l'eau et à l'assainissement, les municipalités sont vivement encouragées à céder les services au secteur privé²¹. De plus, en ce qui concerne le secteur de l'eau, les entreprises internationales s'intéressent maintenant davantage à l'Asie et à l'Europe de l'Est qu'à l'Amérique latine et à l'Afrique. À elle seule, la Chine représente plus de la moitié de l'ensemble des projets de fourniture de services par le secteur privé de ces 30 dernières années, soit environ 25 % de l'investissement total²². Par ailleurs, les modèles de privatisation tels que les contrats de construction-exploitation-transfert, plus ciblés et faisant courir moins de risques aux entreprises, sont davantage adoptés (829 projets entre 2001 et 2018)²³.

14. Dans de nombreux États, le balancier de la prestation de services est retourné dans le secteur public. Entre 2000 et 2019, il y a eu au moins 311 cas de déprivatisation²⁴ dans le monde malgré l'opposition des sociétés multinationales qui, dans le cadre d'arbitrages internationaux, forment des recours contentieux, souvent admis, au motif que le contrat aurait été rompu²⁵. Un cas de remunicipalisation connu s'est produit à Paris, où la mairie de la ville a choisi de ne pas renouveler les contrats qui avaient été conclus avec Veolia et Suez en raison de préoccupations liées à la hausse des tarifs, à un manque de transparence et à l'application insuffisante du principe de responsabilité. Toutefois, il a été signalé que les entreprises avaient fait obstacle à l'application de cette décision de différentes manières²⁶.

15. Une autre forme de privatisation est apparue ces dernières décennies : des organismes de placement collectif achètent des actions ou acquièrent la pleine propriété de sociétés assurant des services d'eau et d'assainissement. Pour les acteurs financiers, une telle forme de privatisation constitue une stratégie d'investissement intéressante car elle pourrait permettre de garantir des rendements à long terme, de diversifier les risques et de créer de nouvelles possibilités de placement tout en conservant un ensemble relativement diversifié et équilibré de placements²⁷. Dans le contexte des droits de l'homme, la financiarisation du secteur de l'eau et de

¹⁹ Selon les informations fournies par Aquafed, entre 2000 et 2019, 75 % des contrats n'ont pas été renouvelés, 11 % ont été résiliés de manière anticipée et 14 % ont été prolongés.

²⁰ Aquafed, *Private Operators Delivering Performance for Water-Users and Public Authorities: Examples from Across the World* (Paris, 2015), p. 6 ; Ben Taylor, « Private sector involvement in water – global lessons », The Springfield Centre (2016).

²¹ Art. 7 du projet de loi n° 4162/2019 portant modification de l'article 10 de la loi n° 11445/2007, art. 10.

²² Kate Bayliss, « Moving the goalposts: reconfiguring the role of the private sector in the provision of water », in *PPPs: A Critical Guide*, J. Gideon et E. Unterhalter, dir. (London, Routledge, 2020) (à paraître).

²³ Contribution d'Aquafed.

²⁴ Satoko Kishimoto, Lavinia Steinfert et Olivier Petitjean, dir., *The Future is Public – Towards Democratic Ownership of Public Services* (Amsterdam, Transnational Institute, 2019).

²⁵ Lavinia Steinfert, « The 835 reasons not to sign trade and investment agreements », in *Reclaiming Public Services – How Cities and Citizens Are Turning Back Privatisation*, Satoko Kishimoto et Olivier Petitjean, dir. (Amsterdam, Transnational Institute, 2017).

²⁶ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales: la batalla por el agua de París*, (Barcelone, Icaria, 2019).

²⁷ Voir Erik Swyngedouw, « Troubled waters: the political economy of essential public services », in *Water and Sanitation Services: Public Policy and Management*, José Estaban Castro et Léo Heller, dir. (Londres, Zed Books, 2009).

l'assainissement crée un clivage entre les intérêts des propriétaires des entreprises et l'objectif de réalisation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement.

III. Comprendre les risques que la privatisation pose pour les droits de la personne

16. La fourniture de services d'eau et d'assainissement par des opérateurs privés peut avoir pour effet de présenter pour les droits de l'homme un ensemble particulier de risques induits par l'association de trois facteurs : la maximisation du profit, le monopole naturel qui caractérise la fourniture des services d'eau et d'assainissement et les déséquilibres de pouvoir. Associés, ces facteurs forment un cadre conceptuel qui permet d'évaluer la privatisation au regard des risques qu'elle présente pour les droits de l'homme. Il est souvent difficile, méthodologiquement, d'établir un lien de causalité entre les processus de privatisation et les répercussions sur les droits de l'homme, car des scénarios en absence d'intervention (c'est-à-dire d'autres cas de figure hypothétiques dans lesquels la privatisation n'a pas eu lieu) peuvent rarement être conçus. Dans le présent rapport, ces difficultés d'ordre méthodologique sont surmontées à l'aide du cadre que forment les trois facteurs.

17. Premièrement, l'objectif de réalisation de bénéfices, représentatif du secteur privé, est souvent qualifié de maximisation du profit, les fournisseurs tentant de dégager le maximum de gains nets de la prestation de services, par la réduction des coûts, par l'augmentation des recettes ou par ces deux moyens. Des gains d'efficacité peuvent en effet permettre de réduire les coûts, et le développement des services pourrait se traduire par une augmentation des recettes sans que cela n'entraîne inévitablement une hausse des tarifs ou l'exclusion des personnes vivant dans la pauvreté. Néanmoins, les données d'expérience ne corroborent pas toujours l'idée selon laquelle les gains d'efficacité se répercuteraient sur les tarifs des services fournis par des opérateurs privés²⁸. Du point de vue des titulaires de droits, la maximisation des recettes peut soulever des inquiétudes en ce qui concerne l'accessibilité économique. Pour accroître les revenus, les prestataires du secteur privé pourraient faire pression sur les autorités publiques afin que celles-ci revoient les grilles tarifaires, augmentent le montant des redevances, imposent des frais d'installation ou autorisent de nouvelles sources de gains, souvent par des services non sollicités²⁹.

18. Deuxièmement, la concurrence étant limitée dans le secteur de l'eau et de l'assainissement en raison des coûts initiaux élevés, le fait qu'il s'agit d'un monopole naturel, les services étant fournis par un prestataire unique, signifie que les organismes de réglementation risquent d'être amenés à servir les intérêts des opérateurs privés³⁰. Lorsqu'on a affaire à des prestataires du secteur privé, notamment des sociétés internationales, d'autres problèmes liés à l'arbitrage international peuvent affaiblir la capacité des organismes de réglementation de protéger efficacement les intérêts des titulaires de droits³¹.

²⁸ Isaac W. Wait et William Adam Petrie, « Comparison of water pricing for publicly and privately owned water utilities in the United States », *Water International*, vol. 42, n° 8 (décembre 2017).

²⁹ José Luis Guasch et Stéphane Straub, « Corruption and concession renegotiations: evidence from the water and transport sectors in Latin America », *Utilities Policy*, vol. 17, n° 2 (juin 2009).

³⁰ [A/HRC/36/45](#), par. 26.

³¹ Voir, par exemple, l'arbitrage de l'affaire de Buenos Aires par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, dont rend compte Luke Eric Peterson dans l'article intitulé « Bilateral investment treaties and investment arbitration », in *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*.

19. Troisièmement, les déséquilibres de pouvoir entre les fournisseurs de services du secteur privé et les autorités publiques sont chose courante et peuvent soulever des préoccupations en ce qui concerne les droits de la personne. Ce facteur peut également amplifier les effets des deux autres facteurs susmentionnés. Les concessions sont souvent signées par des collectivités locales qui ne disposent pas des compétences techniques suffisantes et des informations exactes requises pour rédiger les clauses d'un contrat définissant des obligations qui reposent sur un fondement solide et auxquelles les fournisseurs de services seraient astreints sur une longue période. En outre, très fréquemment, des organismes publics non dotés de ressources suffisantes et en sous-effectifs se chargent de la supervision et du suivi des activités du prestataire privé³². Ces collectivités locales peuvent également ne pas être en mesure, sur les plans financier et politique, de négocier des conditions avantageuses avec des sociétés transnationales ou, en cas de différend, de voir une issue favorable dans le cadre d'un recours contentieux complexe et s'inscrivant dans la durée. Les dispositions des traités internationaux d'investissement et le règlement des différends entre investisseurs et États sont souvent sans rapport avec le droit international des droits de l'homme et offrent aux entreprises étrangères plusieurs instruments permettant à ces dernières de protéger leurs investissements, laissant ainsi les États en position de faiblesse et les droits des populations touchées sans protection³³.

20. La position occupée par les acteurs du secteur privé dans des instances de décision, y compris au niveau international, est un autre aspect de l'inégalité des rapports de force. Elle permet à ces acteurs de s'adresser aux décideurs et d'user de leur influence auprès de ces derniers³⁴. Un commentateur anonyme a indiqué dans le cadre d'une consultation relative à l'établissement du présent rapport qu'on observait dans le système des Nations Unies ce qu'on appelait la « mainmise » des entreprises et que l'Organisation avaient permis aux entreprises d'avoir un poids considérable dans les débats et la prise de décisions. Dans le secteur de l'eau et de l'assainissement en particulier, la forte présence de représentants des entreprises dans les organismes internationaux est évidente par la manière dont ils se montrent plus à même de défendre leurs intérêts et leurs vues que les autres représentants de la société civile³⁵. Par exemple, la participation de Suez, une des plus grandes sociétés transnationales d'eau, aux débats qui ont précédé la rédaction de l'observation générale n° 15 a été jugée déconcertante par un universitaire préoccupé à l'idée que cela pourrait influencer sur le contenu du texte au profit de l'entreprise en raison de la consolidation économique découlant de la restructuration du secteur de l'eau³⁶. Le phénomène du « tourniquet » dans le secteur de l'eau et de l'assainissement est également bien connu, les mêmes personnes exerçant tour à tour les fonctions de dirigeant de grands groupes et de décideur de haut niveau³⁷.

21. Tous ces facteurs liés à l'inégalité des rapports de force, en même temps qu'ils renforcent les moyens d'action des acteurs du secteur privé, risquent d'entraîner un conflit d'intérêts et de donner aux entreprises la possibilité d'user de leur influence

³² Eric Gutierrez, Belinda U. Calaguas, Joanne Blanche Green et Virginia Roaf, *New Rules, New Roles: Does PSP Benefit the Poor? – synthesis report* (Londres, Water Aid and Tearfund, 2003).

³³ Lettre adressée à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international par des rapporteurs spéciaux. Disponible à l'adresse suivante : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24402>.

³⁴ David A. McDonald, « Remunicipalization: The future of water services? », *Geoforum*, vol. 91 (2018).

³⁵ Cristy Clark, « Of what use is a deradicalized human right to water? », *Human Rights Law Review*, vol. 17, n° 2 (2017).

³⁶ Stephen Tully, « A human right to access water? A critique of general comment No. 15 », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 23, n° 1 (2005).

³⁷ Voir Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*, au sujet d'un cas en France.

dans le cadre de la réglementation de ce qui devrait être un bien social et culturel et plutôt qu'un bien économique.

IV. Les risques que la privatisation pose pour les droits de la personne

22. Le cadre conceptuel présenté dans la section précédente permet d'affirmer que, dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, la privatisation fait peser des risques sur la réalisation des droits de la personne. Il faut analyser en profondeur la façon particulière dont ces risques peuvent avoir des conséquences pour les titulaires de droits afin de déterminer si les États manquent ou non à l'obligation qui est la leur de s'abstenir de prendre des mesures régressives et d'empêcher des tiers de porter atteinte aux droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement. Le droit des droits de l'homme est clair à ce sujet : un recul injustifié dans la réalisation des droits de l'homme constitue une violation de ces droits³⁸. La présente section traite des risques les plus sérieux et les causes et les conséquences de ces risques.

A. Utilisation du maximum des ressources disponibles

23. En vertu de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les États parties doivent agir au maximum de leurs ressources disponibles en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte³⁹. Étant donné que les insuffisances en matière d'accès aux services publics touchent principalement les personnes en situation de vulnérabilité, cette obligation doit être considérée en tenant compte du principe d'égalité et de non-discrimination, qui exige des États qu'ils recensent et mobilisent toutes les ressources disponibles et qu'ils agissent en faveur des personnes les plus démunies. Cette obligation n'est pas respectée lorsque le principe d'allocation des ressources, par exemple en raison d'un budget insuffisant, n'est pas appliqué ou lorsque ces ressources ne sont pas utilisées. Les insuffisances relatives à l'utilisation du maximum des ressources disponibles, dans un contexte de privatisation, peuvent être le résultat, entre autres, des quatre facteurs suivants : la cession des bénéfices au profit d'autres secteurs que le secteur de l'eau non accompagnée de gains d'efficacité et d'amélioration de l'accès ; la faiblesse des investissements des ressources des entreprises, notamment dans des zones où des personnes vivent en situation de vulnérabilité ; la corruption ; l'octroi d'une concession dans le cadre de laquelle un paiement perçu au titre de la location n'est pas utilisé dans le secteur de l'eau et de l'assainissement.

24. Souvent, l'excédent des recettes tirées de la prestation de services est presque entièrement réparti entre les propriétaires ou les actionnaires des entreprises du secteur privé sous forme de bénéfices et de dividendes. Cette pratique nuit aux investissements dans la continuité des services et la fourniture de services aux populations qui n'y ont pas accès ou qui ont un accès restreint à ces services, ce qui peut aboutir à la nécessité, pour les pouvoirs publics, de procéder continuellement à des investissements⁴⁰. C'est pour cette raison qu'on a défendu l'idée qu'il faudrait établir des liens entre le droit des droits de l'homme et la privatisation. Il a ainsi été avancé que, si les sociétés du secteur privé engrangent d'énormes bénéfices, cela signifie que les gouvernements concernés n'ont pas pris les mesures nécessaires, au

³⁸ A/HRC/27/55, par. 46 et 48.

³⁹ A/HRC/45/10.

⁴⁰ A/HRC/24/44, par. 44.

maximum de leurs ressources disponibles, comme prévu au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte afin que la population de leur pays puisse avoir accès à ce bien collectif⁴¹.

25. Le deuxième facteur a trait à la mesure dans laquelle les prestataires privés injectent des ressources financières externes dans les services et pallient les lacunes en matière d'investissement. L'investissement de fonds externes est une des principales raisons avancées pour justifier la privatisation. Pourtant, dans la réalité, la situation est différente⁴². Dans les années 1990, à l'échelle mondiale, les investissements dans le secteur de l'eau et de l'assainissement correspondaient à 5,4 % du total des engagements d'investissement dans des infrastructures privées⁴³ ; toutefois, ils n'ont pas afflué dans les régions qui en avaient le plus besoin mais dans des pays à revenu intermédiaire dont la situation était plus stable⁴⁴. En outre, les opérateurs privés se servent souvent de fonds publics, généralement sous la forme de prêts à faible taux d'intérêt, pour élargir l'accès aux services ou améliorer les infrastructures. Au lieu d'apporter des financements additionnels, ces entreprises se disputent des fonds publics limités avec les opérateurs publics⁴⁵. Quand les États affectent des fonds, l'argent des contribuables, pour combler les lacunes résultant du non-engagement des investissements privés attendus alors que les excédents économiques sont transférés aux entreprises, les ressources publiques sont utilisées au profit de sociétés privées, ce qui signifie qu'elles ne sont pas utilisées au maximum de leur disponibilité en vue de respecter les obligations en matière de droits de l'homme. Cela porte atteinte non seulement aux droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement mais également aux droits économiques et sociaux.

26. Le troisième facteur, la corruption, empêche l'État d'agir au maximum de ses ressources disponibles⁴⁶. Lorsque des acteurs du secteur privé se livrent à des actes de corruption, une autre chaîne d'entités et un nouveau niveau de corruption possible sont créés, notamment en offrant des pots-de-vin à des agents publics ou en en recevant⁴⁷. En effet, des affaires de corruption impliquant des fournisseurs privés ont éclaté en plusieurs endroits, notamment à Atlanta (États-Unis d'Amérique), à Sofia et à Tarragone (Espagne)⁴⁸. À Grenoble (France) par exemple, une juridiction a déclaré que la société privée n'avait remporté l'appel d'offres ouvert que parce qu'elle avait soudoyé les autorités publiques qui, en contrepartie, avaient accepté de lui garantir des recettes plus élevées que celles perçues par l'opérateur public⁴⁹.

27. Enfin, il existe également un risque que des ressources soient extirpées du secteur de l'eau et de l'assainissement et utilisées dans d'autres secteurs, par des paiements au titre de la location versés à des destinataires dont la trace pourrait être difficile à retrouver. À Rialto (États-Unis), par exemple, environ 20 % du montant total de l'investissement initial par le fournisseur qui avait été récemment privatisé ont servi à verser à la municipalité de tels paiements qui ont servi à financer d'autres

⁴¹ Manfred Nowak, *Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017).

⁴² Contribution de l'association brésilienne des concessionnaires privés de services publics d'eau et d'assainissement (Brazilian Association of Private Concessionaires of Public Water and Sewage Services).

⁴³ Philippe Marin, *Partenariats public-privé pour les services d'eau urbain : bilan des expériences dans les pays en développement*, Tendances et orientations, n° 8 (Washington, Banque mondiale, 2009).

⁴⁴ Eric Gutierrez *et al.*, *New Rules, New Roles*.

⁴⁵ José Esteban Castro, « Neoliberal water and sanitation policies as a failed development strategy: lessons from developing countries », *Progress in Development Studies*, vol. 8, n° 1 (2008).

⁴⁶ A/HRC/28/73, par. 20 c).

⁴⁷ Ibid., par. 8.

⁴⁸ Contributions de Food & Water Watch, Eulalio et Italian Forum.

⁴⁹ Cour de Cassation, chambre criminelle, France, arrêt du 08/04/1999, pourvoi n° 060 98-84539.

projets⁵⁰. Même si les charges facilitent la réalisation d'autres droits économiques, sociaux et culturels, on peut estimer que cette situation est non conforme aux obligations que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels fait à un État, celui-ci n'agissant pas au maximum des ressources disponibles en vue d'assurer progressivement l'exercice des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement.

B. Accessibilité économique

28. Lorsque la privatisation est censée améliorer la qualité des services, les prix facturés aux usagers devraient théoriquement augmenter afin de couvrir des coûts plus élevés. En outre, la tendance à la flambée des prix à la suite de la privatisation peut s'expliquer en partie par le faible montant des tarifs fixés avant la privatisation⁵¹. Cependant, le cadre des droits de l'homme suscite d'importantes questions à ce sujet. Il s'agit d'abord de savoir si les nouveaux tarifs sont compatibles à la fois avec les dépenses engagées et avec l'obligation faite à l'État d'agir au maximum de ses ressources disponibles. Deuxièmement, il faut se demander dans quelle mesure les populations les plus défavorisées sont touchées sur le plan financier et leurs droits sont respectés et protégés. Troisièmement, il faut s'interroger, en ce qui concerne la prise de décisions liées à l'établissement de la grille tarifaire, sur la façon dont l'administration publique, en tant que porteur de devoirs, veille à son indépendance compte tenu du niveau d'influence des acteurs du secteur privé.

29. Lorsque la gestion est fondée sur le principe de recouvrement complet des coûts, par les droits perçus, le type de fournisseur (public ou privé) peut ne pas être sans incidence pour ce qui est de l'accessibilité économique et les mesures prises par des opérateurs privés, notamment ceux qui suivent la logique de maximisation du profit, suscite des inquiétudes. À Guayaquil (Équateur) le prix de l'eau a augmenté de 180 % après la privatisation⁵² ; à Jakarta, les prix ont augmenté de 135 % au cours des 10 premières années qui ont suivi la prise d'effet du contrat de concession⁵³ ; à Cochabamba (État plurinational de Bolivie), peu après la privatisation, les prix ont augmenté en moyenne de 43 %⁵⁴. En outre, certaines conclusions indiquant que, dans les pays où la fourniture de services par des opérateurs privées est généralisée, en France par exemple, il n'y a pas de différence de prix quel que soit le système de gestion⁵⁵, doivent être interprétées avec prudence⁵⁶.

30. Différents mécanismes peuvent entraîner une hausse des prix. Des clauses contractuelles ou des dispositions réglementaires peuvent astreindre les opérateurs privés à investir dans l'extension des services et la modernisation des infrastructures,

⁵⁰ Contribution de Food & Water Watch.

⁵¹ Emanuele Lobina, « Problems with private water concessions: a review of experiences and analysis of dynamics », *International Journal of Water Resources Development*, vol. 21, n° 1 (2005).

⁵² « Observatorio ciudadano planea demandar a Interagua ante Corte Interamericana », *El Universo* (Guayaquil, Équateur), 15 avril 2008.

⁵³ Abdul Badeges, « The ownership of water services company in Indonesia: an Islamic economics perspective », mémoire, Université de Malaya, 2013. Disponible à l'adresse suivante : www.academia.edu/4098585/The_Ownership_of_Water_Services_Company_in_Indonesia_An_Islamic_Economics_Perspective.

⁵⁴ John P. Mulreany, Sule Calikoglu, Sonia Ruiz et Jason W. Sapsin « Water privatization and public health in Latin America ». *Revista Panam Salud Publica*, vol. 19, n° 1 (2006).

⁵⁵ Contribution d'Aquafed.

⁵⁶ Emanuele Lobina, « Commentary on the European Commission's "Study on water services in selected member States" », Public Services International Research Unit reports, 2018. Disponible à l'adresse suivante : http://gala.gre.ac.uk/19211/7/19211%20LOBINA%20European_Commission%E2%80%99s_Study_on_Water_Services_2018.pdf.

dont le coût entraîne une augmentation des tarifs⁵⁷. Cela peut cependant également se produire lorsque les contrats prévoient que les pouvoirs publics sont tenus d'engager des investissements mais que les recettes perçues par les entreprises ne sont pas réduites en proportion. On peut craindre notamment que la réglementation comptable ne permette pas de constater la rentabilité réelle. Par exemple, à Bordeaux (France), la sous-estimation de bénéfices n'a été décelée qu'à la suite d'un audit de l'opérateur municipal et de la société mère⁵⁸. Il a également été fait état de l'utilisation de technologies plus coûteuses, entraînant une hausse des tarifs visant à compenser l'augmentation des dépenses⁵⁹. En outre, il a été signalé que des opérateurs ont augmenté les prix en raison de l'achat de produits et de services auprès de filiales du même groupe d'entreprises⁶⁰. Ces exemples montrent le rapport de force qui existe entre la recherche de profit qui caractérise les entreprises et ses répercussions sur les tarifs et la capacité limitée des pouvoirs publics de garantir que les prix n'augmentent pas de manière disproportionnée, ce qui peut à terme nuire à l'accessibilité économique aux services.

31. Les usagers vivant dans la pauvreté peuvent être fortement touchés par une hausse des tarifs, en particulier en l'absence d'aide financière telle que des tarifs sociaux ou une protection sociale minimale. Par exemple, des éléments permettent d'affirmer qu'en Amérique latine, le recouvrement complet des coûts peut entraîner des problèmes d'accessibilité économique pour un ménage sur cinq dans la région ; dans des pays comme l'État plurinational de Bolivie, le Honduras, le Nicaragua et le Paraguay, une telle ligne d'action peut nuire à près de la moitié de la population⁶¹. Dans une étude réalisée en 2005, il a été établi que l'accessibilité économique est un problème majeur pour 70 % des ménages en Afrique subsaharienne⁶². La hausse du prix de l'eau peut amener des personnes à chercher d'autres sources d'approvisionnement en eau insalubre. Dans la province de KwaZulu Natal (Afrique du Sud), un lien a été établi entre l'accès à l'eau à l'aide de compteurs à prépaiement, mis en place par l'opérateur privé, et une épidémie de choléra en 2000 ; 120 000 personnes ont contracté l'infection et 300 ont perdu la vie⁶³. À Jakarta, pour éviter de consommer l'eau de mauvaise qualité qui était fournie, des personnes vivant dans la pauvreté ont utilisé des eaux souterraines (polluées) proches de la surface, tandis que les plus aisés ont utilisé de l'eau de meilleure qualité provenant de puits profonds, ce qui a provoqué des affaissements de terrain et a eu des effets sur la durabilité environnementale⁶⁴.

32. Même si les tarifs sont généralement fixés par les autorités publiques, il est naturellement dans l'intérêt des fournisseurs du secteur privé d'accroître leurs recettes au moyen des tarifs et frais mis à la charge des usagers, et l'influence exercée par ces fournisseurs dans le cadre de la prise de décisions dans ce domaine est considérable. Dans de nombreux cas, les compétences techniques et les ressources

⁵⁷ ECE/CECI/2019/5, p. 5.

⁵⁸ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*.

⁵⁹ Contribution de Coalition Eau.

⁶⁰ Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*.

⁶¹ Vivien Foster et Tito Yepes, « Is cost recovery a feasible objective for water and electricity? the Latin American experience », Policy Research Working Paper, n° 3943 (Washington, Banque mondiale, 2006).

⁶² Ibid.

⁶³ Dale T. McKinley. « The struggle against water privatisation in South Africa », in *Reclaiming Public Water: Achievements, Struggles and Visions from Around the World*, 2^e ed., Belén Balanyá, Brid Brennan et autres, dir. (Amsterdam, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2005). Disponible à l'adresse suivante : www.tni.org/files/publication-downloads/second_edition.pdf.

⁶⁴ Emanuele Lobina *et al.*, « Water justice will not be televised: moral advocacy and the struggle for transformative remunicipalisation in Jakarta », *Water Alternatives*, vol. 12, n° 2 (2019).

dont disposent les entreprises pour analyser la révision des tarifs sont énormes à côté de celles des autorités publiques chargées de procéder à cette analyse, en particulier au niveau local. L'asymétrie de l'information et la captation réglementaire multiplient les risques que les prix soient inabordables pour les pauvres, en particulier lorsqu'il n'existe pas de programmes de subventions⁶⁵. En outre, une part importante des tarifs correspond à la rémunération du capital. Comme ils n'interviennent que rarement dans les décisions relatives aux investissements, les organismes responsables de la réglementation n'ont pas d'autre choix que d'accepter des hausses de tarifs et la viabilité économique des contrats dans de telles situations. Quand les services sont de nouveaux fournis par des opérateurs publics, on observe une baisse du niveau des tarifs dans certaines municipalités, à Paris par exemple⁶⁶.

33. Le plus souvent, les entreprises privées interrompent les services lorsque des usagers ne sont pas en mesure de payer leurs factures, comme c'est le cas en France et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. En Angleterre et au pays de Galles, au cours des cinq premières années suivant la privatisation, le nombre de ménages touchés par des coupures de service a triplé. Cela a conduit à l'adoption de la loi relative à l'eau de 1999, interdisant les interruptions de service en cas d'impayés et l'utilisation de compteurs à prépaiement, en vue de faire face à des risques sanitaires découlant de coupures de service⁶⁷. À Jakarta, les deux sociétés auxquelles avait été déléguée la fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement ont été accusées d'avoir refusé l'accès à des services d'eau à des habitants qui n'étaient pas en mesure de payer leurs factures, ce qui a amené les usagers à acheter de l'eau potable à des prix élevés à des vendeurs de rue et à se laver dans des puits publics pollués⁶⁸. De même, le fournisseur mexicain Aguas de Saltillo a considérablement augmenté le nombre de coupures et mis en place des frais de rétablissement du service⁶⁹. À Mbombela (Afrique du Sud), l'entreprise a interrompu les services d'eau après avoir publié des avis d'impayés, menaçant de priver d'accès des milliers d'usagers. Cela s'est également produit en Afrique du Sud dans les zones défavorisées de la Dolphin Coast où il a été procédé à des coupures après que des factures d'eau plus élevées n'ont pas pu être payées⁷⁰. D'autre part, le Rapporteur spécial, lors de ses visites de pays officielles, a constaté que, même lorsque la réglementation autorisait les coupures, les fournisseurs publics sont souvent moins stricts à cet égard ; ils n'appliquent pas systématiquement ces mesures et permettent aux usagers en situation de pauvreté de continuer de bénéficier du service⁷¹. Cette ligne de conduite serait également suivie par des fournisseurs aux États-Unis⁷². Les opérateurs publics sont peut-être plus disposés que les entreprises motivées par le profit à considérer les usagers comme des titulaires de droits et à ne pas procéder aussi facilement à des coupures.

⁶⁵ A/HRC/36/45, par. 26.

⁶⁶ Voir Anne Le Strat, *Una victoria contra las multinacionales*, et la contribution d'Aquafed.

⁶⁷ Emanuele Lobina, « UK – strong and weak lock-in of water governance outcomes in England », in *Facing the Challenges of Water Governance*, Simon Porcher et Stéphane Saussier, dir. (New York, Palgrave Macmillan, 2019).

⁶⁸ Andreas Harsono, « Indonesia's Supreme Court upholds water rights », Human Rights Watch, octobre 2017. Disponible à l'adresse suivante : www.hrw.org/news/2017/10/12/indonesias-supreme-court-upholds-water-rights.

⁶⁹ Contribution de l'Asociación de Usuarios del Agua de Saltillo.

⁷⁰ David Hall et Emanuele Lobina, « Pipe dreams: the failure of the private sector to invest in water services in developing countries », Public Services International Research Unit reports, 2006.

⁷¹ Comme signalé au Rapporteur spécial lors de ses visites au Portugal et au Mexique.

⁷² George Homsy et Mildred Warner, « Does public ownership of utilities matter for local government water policies? », *Utilities Policy*, vol. 64 (avril 2020).

C. Absence d'amélioration ou dégradation des services

34. Le passage du secteur public au secteur privé en ce qui concerne la fourniture de services est généralement présenté comme un moyen d'obtenir des services de meilleure qualité, plus sûrs et plus disponibles, les entités privées étant perçues comme plus efficaces et dotées d'un plus grand savoir-faire. Toutefois, les faits semblent indiquer que la privatisation n'est pas une solution miracle qui permettrait l'amélioration et le développement des services. Lorsque les intérêts économiques des entreprises et les résultats escomptés des services sur le plan social ne sont pas conciliables, la préférence est souvent donnée à ces intérêts. En outre, lorsque le processus de privatisation n'est pas mis en œuvre comme il convient et que les investissements ne sont pas effectués comme prévu, c'est en fin de compte le secteur public qui se charge de combler les lacunes⁷³, car les États restent débiteurs d'obligations envers les titulaires de droits lorsque les services sont délégués à des tiers.

35. Les entreprises peuvent estimer que la fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement dans les pays en développement n'est pas une activité avantageuse, et ce, peut-être entre autres pour les raisons suivantes : risque pays et risque financier plus élevés, risques liés à l'exécution du contrat plus grands, contraintes excessives liées aux contrats et pouvoir et participation démesurés des organismes responsables de la réglementation. Des règles strictes à suivre, tels des niveaux de service qui seraient impossibles à atteindre et des normes de qualité de l'eau très strictes, ont également été évoquées⁷⁴, de même que la réticence des gouvernements à faire interrompre le service, qui serait un problème pour les investisseurs dans certains contextes⁷⁵. Un tel état d'esprit favorise des stratégies qui donnent la priorité à la minimisation des risques d'entreprise liés aux investissements visant à améliorer et à développer les services, ce qui, par voie de conséquence, porte atteinte aux droits de la personne. Les États peuvent donc se voir contraints de créer des conditions avantageuses pour les entreprises, par exemple en abaissant les normes de service et en privilégiant les populations aisées, ce qui limite leur capacité de supervision et de réglementation ou entraîne une hausse des prix excessive. Cette ligne de conduite est la résultante de deux éléments : la contrainte, par exemple lorsque l'octroi de prêts est assorti de conditions, et l'émulation, comme les appels au respect de stratégies de gestion telles que la nouvelle gestion publique⁷⁶.

36. Les préoccupations liées à la disponibilité et à l'accessibilité des installations d'approvisionnement en eau et d'assainissement peuvent se multiplier une fois le processus de privatisation achevé. Dans l'État plurinational de Bolivie, des études ont montré que la privatisation n'a pas conduit à un élargissement de l'accès à l'eau⁷⁷. En Zambie, on a observé une détérioration des taux d'accès suite à la privatisation des services. La marchandisation des services n'aurait ainsi pas permis d'inverser les tendances négatives dans ce domaine et ces taux ont diminué de plus de 20 % en moyenne entre 2001 et 2005. Un plus grand nombre de ménages ont été contraints

⁷³ Radhika Balakrishnan, Diane Elson, James Heintz et Nicholas Lusiani, *Maximum Available Resources & Human Rights: Analytical Report* (New Brunswick, New Jersey, Center for Women's Global Leadership, Rutgers, 2011).

⁷⁴ Erik Swyngedouw, « Troubled waters ».

⁷⁵ Banque mondiale, « Project appraisal document, Third National Urban Water Sector Reform Project », 26 mars 2014. Disponible à l'adresse suivante : <http://documents1.worldbank.org/curated/en/736591468098978156/pdf/PAD3960P123513010Box385166B00OU090.pdf>.

⁷⁶ Klaas Schwartz, « The New Public Management: the future for reforms in the African water supply and sanitation sector? », *Utilities Policy*, vol. 16, n° 1 (mars 2008).

⁷⁷ John P. Mulreany *et al.*, « Water privatization and public health in Latin America ».

d'utiliser des robinets publics, des forages ou des puits, plutôt que l'eau courante⁷⁸. De son côté, le secteur privé a fait état d'améliorations des services après la privatisation, notamment de progrès en matière de continuité des services en Équateur, au Sénégal et aux Philippines par exemple⁷⁹.

37. Bien que certaines sources relèvent des améliorations de la qualité de l'eau en Angleterre et au pays de Galles après la privatisation⁸⁰, qui s'expliquent en partie par la nécessité de se conformer aux directives de l'Union européenne, on observe une dégradation de la qualité de l'eau potable dans d'autres contextes. En Argentine, dans la province de Tucumán, à la suite de la privatisation, des usagers ont signalé que l'eau était non potable pendant de nombreuses semaines⁸¹. À Buenos Aires, le Gouvernement argentin a décidé de résilier le contrat de concession notamment en raison de la mauvaise qualité de l'eau⁸². Les inquiétudes liées à la qualité de l'eau dans le contexte de la privatisation ne sont pas constatées uniquement dans les pays en développement. À Atlanta (États-Unis), les usagers se sont plaints haut et fort de la qualité de l'eau et la ville a indiqué que le nombre d'avis de risque de contamination de l'eau avait augmenté⁸³. En outre, à Pittsburgh (États-Unis), une filiale de Veolia avait signé un contrat poussant à un resserrement des coûts, en le liant au système de rémunération et d'avantages du groupe. Cela l'a conduite à remplacer un produit chimique utilisé pour prévenir la corrosion et la contamination au plomb par un produit moins onéreux en 2014 tout en réduisant considérablement les effectifs de l'équipe de laboratoire. Après que ces mesures ont été prises, on a constaté des niveaux élevés de plomb dans le système d'eau, qui approvisionne des dizaines de milliers de foyers⁸⁴.

D. Durabilité

38. La participation du secteur privé a une incidence sur la durabilité des services d'eau et d'assainissement lorsque la recherche d'une plus grande rentabilité entraîne une diminution des investissements, ce qui met en péril certains aspects du contenu normatif des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement à long terme⁸⁵. Compte tenu des renégociations de contrat qui ont fait suite à la privatisation en Amérique latine, les investissements ont été retardés ou ont diminué car les entreprises ne tirent

⁷⁸ Hulya Dagdeviren, « Waiting for miracles: the commercialization of urban water services in Zambia », *Development and Change*, vol. 39, n° 1 (janvier 2008).

⁷⁹ Voir la contribution d'Aquafed ainsi que Chris Heymans, Rolfe Eberhard, David Ehrhardt et Shannon Riley, *Providing Water to Poor People in African Cities Effectively: Lessons from Utility Reforms* (Washington, Banque mondiale, 2016).

⁸⁰ Philippe Marin, *Partenariats public-privé pour les services d'eau urbain*.

⁸¹ Institut international du développement durable, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Republic of Argentina*, CIRDI, affaire n° ARB/97/3 (18 octobre 2018). Disponible à l'adresse suivante : www.iisd.org/itn/2018/10/18/vivendi-v-argentina/.

⁸² Bernard de Gouvello, Emilio J. Lentini et Federica Brenner, « Changing paradigms in water and sanitation services in Argentina: towards a sustainable model? » *Water International*, vol. 31, n° 2 (2012).

⁸³ Frank L. K. Ohemeng et John K. Grant, « Has the bubble finally burst? an examination of the failure of privatization of water services delivery in Atlanta (USA) and Hamilton (Canada) », *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, vol. 13, n° 3 (2011).

⁸⁴ Julia Lurie, « How one company contaminated Pittsburgh's drinking water », *Wired*, 28 octobre 2018. Disponible à l'adresse suivante : www.wired.com/2016/10/pittsburghs-drinking-water-got-contaminated-lead.

⁸⁵ Janice A. Beecher, « Privatization, monopoly, and structured competition in the water industry: is there a role for regulation », *Journal of Contemporary Water Research and Education*, vol. 117, n° 1 (2000).

pas immédiatement avantage des ajustements tarifaires⁸⁶. Dans les pays en développement en particulier, les demandes à court terme de capitaux privés ne sont pas compatibles avec des investissements durables dans les infrastructures puisque le recouvrement des coûts et la réalisation de bénéfices se font de nombreuses années plus tard⁸⁷. Dans le cadre des stratégies financières des entreprises, les fournisseurs se reposent sur des fonds publics comme principale source de financement, ce qui ralentit leurs propres investissements. Au Sénégal, par exemple, le montant des investissements engagés par le fournisseur du secteur privé, dans le cadre d'un contrat d'une durée de 10 ans, représentait moins d'un dixième du montant investi par le secteur public et les donateurs⁸⁸.

39. Les problèmes qui font obstacle à la durabilité apparaissent clairement dans le cadre de contrats assortis d'échéances sans garantie de renouvellement car les fournisseurs privés peuvent avoir peu de raisons d'assurer des services adéquats une fois la période de concession achevée. Définir les besoins en matière de renouvellement des infrastructures durant la période couverte par le contrat et veiller à ce que ces besoins soient satisfaits peut être une tâche complexe pour les autorités publiques. En Angleterre et au pays de Galles, où les contrats ne sont pas limités dans le temps, l'organisme responsable de la réglementation intervient directement⁸⁹, mais dans de nombreux pays, cette tâche n'est pas effectuée par de tels organismes⁹⁰. En Zambie, après qu'une concession a pris fin en 2005, on a constaté qu'une grande partie des infrastructures hydrauliques existantes, qui avaient été construites dans les années 1970, n'avaient pas été renouvelées ou remises en état depuis. L'absence d'investissements privés a eu de lourdes répercussions sur la durabilité des services⁹¹.

40. Les pénuries d'eau de plus en plus fréquentes et d'autres phénomènes liés aux changements climatiques ont rendu indispensables une planification et des investissements stratégiques qui anticipent ces situations. Lors de la crise de l'eau de 2014 qui a eu des effets dévastateurs dans la région métropolitaine de São Paulo (Brésil), l'entreprise responsable savait depuis 2009 au moins que de nouvelles sources d'eau seraient nécessaires avant 2015 pour garantir la continuité du service. Elle n'a pas pour autant investi de manière préventive dans des infrastructures en vue de garantir la sécurité de l'approvisionnement en eau, au détriment de millions d'usagers⁹². Malgré cela, durant cette période, les actionnaires ont touché des dividendes dont la part dépassait toujours le seuil minimum prévu par la loi (25 % de l'excédent de l'année), culminant à 43,9 % en 2011⁹³.

⁸⁶ Antonio Estache, José-Luis Guasch et Lourdes Trujillo, « Price caps, efficiency payoffs, and infrastructure contract renegotiation in Latin America », Policy Research Working Paper, n° 3129 (Washington, Banque mondiale, 2003).

⁸⁷ Kate Bayliss, « Privatization and poverty: the distributional impact of utility privatization », *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 73, n° 4 (décembre 2002).

⁸⁸ Clarissa Brocklehurst et Jan G. Janssens, « Innovative contracts, sound relationships: urban water sector reform in Senegal », Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper, n° 1, (Washington, Banque mondiale, 2004).

⁸⁹ Michael Rouse, *Institutional Governance and Regulation of Water Services: The Essential Elements* (Londres, IWA Publishing, 2007).

⁹⁰ Oscar Pintos, Président de l'Association interaméricaine des autorités de régulation de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, lors d'un entretien réalisé aux fins de l'établissement du présent rapport.

⁹¹ Hulya Dagdeviren, « Waiting for miracles ».

⁹² Laura Alves Martirani et Isabela Kojin Peres, « Crise hídrica em São Paulo: cobertura jornalística, percepção pública e o direito à informação », *Ambiente & Sociedade*, vol. 19, n° 1 (mars 2016).

⁹³ Mario G. Schapiro et Sarah M. M. Marinho, « Conflito de interessées nas empresas estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp », *Revista Direito & Práxis*, vol. 9, n° 3 (2018).

E. Accès à l'information, participation et principe de responsabilité

41. Le manque de transparence dans les processus de privatisation commence souvent avant même la prise de décisions proprement dite. Dans certains cas, des délégations de services ont été accordées à huis clos et des négociations secrètes ont lieu entre des entreprises et les autorités publiques. Au Nigeria, à Lagos, les autorités ont laissé à entendre qu'elles pourraient opter pour la privatisation, mais bien que les organisations de la société civile aient demandé à de multiples occasions au Gouvernement de garantir la transparence et un processus participatif, en particulier en facilitant la participation des femmes, il n'a pas été tenu compte de ces demandes et les discussions se sont poursuivies sans faire l'objet d'un examen public⁹⁴. Cependant, la divulgation d'informations ne suffit pas toujours à garantir le caractère participatif de la prise de décisions. Les arrangements contractuels et la passation des marchés publics sont des processus très complexes. Pour les non-spécialistes, les informations relatives aux objectifs, aux coûts et aux méthodes d'ajustement tarifaire relayées en des termes techniques ne sont pas suffisantes pour assurer une participation éclairée. Par exemple, à Katmandou, des documents relatifs au processus de privatisation ont été publiés en anglais et n'ont même pas été traduits en népalais⁹⁵. Aux États-Unis, au niveau des États fédérés, les autorités ont restreint l'accès du public à des informations relatives aux offres de privatisation avant la signature d'un contrat, et les sociétés de distribution d'eau cherchent activement à faire modifier la législation des États afin d'exclure des participants de la prise de décisions⁹⁶.

42. Le contrôle de l'exécution du contrat par le fournisseur est parfois mis en question lorsque les services sont gérés par des entreprises privées en raison de l'asymétrie de l'information. En Afrique du Sud, des organisations de la société civile se sont plaintes de ne pas savoir si le consortium Water and Sanitation South Africa contrôlait la qualité de l'eau et ont également affirmé que des clauses essentielles du contrat de concession n'avaient pas été divulguées⁹⁷.

43. Une transparence financière et commerciale limitée peut également poser problème. À Sofia, des organisations de la société civile ont recueilli des signatures afin qu'il soit procédé à l'évaluation d'un marché de gré à gré passé avec Sofiyska Voda, une filiale de Veolia, compte tenu du manque de transparence de cette entreprise qui octroyait des salaires exorbitants et enregistrait des pertes financières⁹⁸. En Espagne, lorsque la crise économique de 2008 a éclaté, les coupures de service auraient concerné quelque 500 000 personnes mais, dans les faits, on estime que ce chiffre a été sous-estimé car le fournisseur privé a refusé de communiquer des informations⁹⁹.

44. Le manque de transparence et le non-respect du principe de responsabilité entraînent également des difficultés en ce qui concerne les initiatives de dé-privatisation. À Terrassa (Espagne), le fournisseur a obtenu une concession de 75 ans et la municipalité a décidé de reprendre le contrôle de ces services avant que le contrat ne prenne fin. Après la remunicipalisation, les autorités locales se sont rendu compte

⁹⁴ Voir AL NGA 1/2020. Disponible à l'adresse suivante : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25024>.

⁹⁵ Eric Gutierrez *et al.*, *New Rules, New Roles*.

⁹⁶ Voir la contribution de Food & Water Watch.

⁹⁷ Greg Ruiters et Patrick Bond, « Contradictions in municipal transformation from apartheid to democracy: the battle over local water privatization in South Africa », Background Research Series, Municipal Services Project (2010).

⁹⁸ Satoko Kishimoto et Olivier Petitjean, dir., *Reclaiming Public Services – How Cities and Citizens Are Turning Back Privatisation* (Amsterdam, Transnational Institute, 2017).

⁹⁹ Contribution découlant d'une consultation nationale en Espagne.

que toutes les données sauvegardées dans les ordinateurs avaient été supprimées. Il était donc difficile de trouver et d'utiliser des informations fiables afin de bien assurer l'exploitation technique et la gestion financière¹⁰⁰.

F. Ne laisser personne de côté

45. Le secteur privé est plus réticent à proposer des services à des groupes ou dans des zones où la possibilité de profits est moindre. Souvent, le secteur privé, soutenu par l'autorité contractante, choisit de fixer une « ligne rouge », excluant de sa zone de couverture les implantations sauvages ou les zones rurales¹⁰¹. Dans ces cas, les autorités publiques restent généralement dans l'obligation de fournir des services à ces populations mais ne peuvent le plus souvent pas le faire faute de ressources, notamment parce que leurs capacités techniques sont démantelées après la délégation de service¹⁰². En France, par exemple, certaines municipalités n'ont pas pu obliger les entreprises privées à engager les investissements nécessaires dans les zones rurales et ont donc dû créer des entités municipales pour étendre les réseaux de distribution d'eau¹⁰³. Dans des pays d'Afrique subsaharienne, la vague de privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement des années 1990, axée sur le recouvrement des coûts a « accentué les inégalités dans la fourniture de ces services, aux dépens des ménages modestes »¹⁰⁴.

46. D'autres droits de personnes en situation de vulnérabilité peuvent également être lésés lorsque l'accessibilité est compromise, par exemple, en raison d'une augmentation des tarifs ou de coupures de service. À Madagascar, une enquête a permis de constater qu'une légère variation du prix de l'eau enregistrée après la privatisation pouvait amener des personnes vivant dans la pauvreté à utiliser d'autres sources d'eau, insalubre, multipliant les risques pour la santé¹⁰⁵. À Mbombela (Afrique du Sud), la société privée a procédé à des coupures de service même durant une épidémie de choléra¹⁰⁶. Au cours de la pandémie de COVID-19, les associations de fournisseurs de services d'approvisionnement en eau en Espagne et au Brésil, en grande partie encouragées par des sociétés privées, ont exprimé des inquiétudes au sujet de la viabilité économique des entreprises et de leur droit de continuer de procéder à des coupures de service en cas d'impayés¹⁰⁷. À l'inverse, un grand nombre

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Tony Ballance et Sophie Trémolet, « Private sector participation in urban water supply in sub-Saharan Africa », étude réalisée pour le compte de KfW Bankengruppe, 2005.

¹⁰² Oscar Pintos, Président de l'Association interaméricaine des autorités de régulation de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, lors d'un entretien réalisé aux fins de l'établissement du présent rapport.

¹⁰³ David Hall et Emanuele Lobina, « The past, present and future of finance for investment in water systems », Public Sector International Research Unit, rapport présenté lors d'une conférence de l'IRC intitulée « Pumps, pipes and promises » organisée à La Haye (Pays-Bas) en novembre 2010.

¹⁰⁴ Résolution du Parlement européen du 8 septembre 2015 sur le suivi de l'initiative citoyenne européenne « L'eau, un droit humain » (Right2Water) [2014/2239(INI)], par. N. Disponible à l'adresse suivante : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0294_FR.html.

¹⁰⁵ Bart Minten and others, « Water pricing, the new water law, and the poor: an estimation of demand for improved water services in Madagascar », rapport S12 (programme USAID Ilo program – Cornell University, 2002).

¹⁰⁶ Julia Brown, « Water service subsidies and the poor: a case study of Greater Nelspruit Utility Company, Mbombela Municipality, South Africa », Centre on Regulation and Competition Working Paper n° 112 (Manchester (Royaume-Uni), Université de Manchester, 2005).

¹⁰⁷ Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua, « Medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 11/2020 en materia de garantía de suministro de agua » ; et Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) et Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE), « O fornecimento de água não pode

d'opérateurs publics ont pris les mesures nécessaires pour protéger les personnes en situation de vulnérabilité, par l'approvisionnement en eau de tous, quels que soit les moyens financiers de chacun, ce à quoi appelaient les organisations de la société civile¹⁰⁸.

V. Parer aux risques et mettre en place des garanties

47. En vertu du droit international des droits de l'homme, les obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre s'imposent aux États à tous les échelons, à toutes les étapes du processus de privatisation. Lorsqu'une entreprise mène des activités à l'étranger, l'État d'origine et l'État d'accueil sont tous deux soumis à ces obligations¹⁰⁹. L'obligation de respecter exige des États qu'ils décèlent les conflits potentiels entre les obligations en matière de droits de l'homme et les traités commerciaux ou les contrats conclus avec des entités du secteur privé, et qu'ils s'abstiennent d'adhérer à des traités et de signer des contrats lorsqu'il a été constaté que de tels conflits existent. Le droit des affaires, le droit international de l'investissement et les arbitrages internationaux doivent donc être conformes au droit des droits de l'homme et non pas l'emporter sur lui. L'obligation de protéger exige des États qu'ils envisagent des sanctions et des peines et rend possibles, entre autres, des actions civiles intentées par les victimes et la révocation des permis d'exploitation et des marchés publics, lorsque les activités des entreprises donnent lieu à la violation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement¹¹⁰. L'obligation de mettre en œuvre exige des États qu'ils orientent les efforts des entreprises vers la réalisation progressive des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement et qu'ils empêchent les compagnies de violer ces droits dans d'autres pays¹¹¹. Ces obligations ne peuvent être remplies que si les États adoptent plusieurs mesures avant, pendant et après les processus de privatisation.

48. La délégation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement à des acteurs du secteur privé signifie que les États s'en remettent à une tierce partie pour remplir leurs obligations légales de réaliser les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement. Le cadre des droits de l'homme n'interdit pas aux entreprises privées de jouer un rôle dans la fourniture de services mais demande aux États de mettre en place des mesures préventives afin d'éviter toute incidence sur leur capacité de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Conscient que la fourniture de services est une activité qui conditionne la réalisation des droits à l'eau et à l'assainissement, le Rapporteur spécial estime que la décision de privatiser ou non les services doit s'inscrire dans le cadre d'une stratégie globale visant à réaliser ces droits en veillant en priorité à ce que les personnes qui n'y ont pas accès bénéficient de ces services, qui doivent être d'un coût abordable pour tous. Les États

parar – posicionamento do setor de saneamento sobre medidas de controle da expansão do COVID-19 e decorrentes medidas de proteção social ».

¹⁰⁸ Aqua Publica Europea, « Joint statement: European public water operators commit to the continuity of water services in response to COVID-19 emergency », 19 mars 2020, disponible à l'adresse suivante www.aquapublica.eu/article/news/joint-statement-european-public-water-operators-commit-continuity-water-services ; et Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (ONDAS), « Sustentabilidade financeira dos serviços públicos de água e esgoto é importante, mas a prioridade deve ser salvar vidas », 26 mars 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://ondasbrasil.org/sustentabilidade-financeira-dos-servicos-publicos-de-agua-e-esgoto-e-importante-mas-a-prioridade-deve-ser-salvar-vidas/>.

¹⁰⁹ A/73/162, par. 6.

¹¹⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, par. 15.

¹¹¹ Ibid., observation générale n° 24, par. 24, et observation générale n° 15, par. 33.

doivent donc évaluer pleinement les risques mentionnés dans la section IV et mettre en place des garanties adéquates pour bien parer à ces risques. Dans la section V, le Rapporteur spécial formule des recommandations à l'intention des États, des entreprises et des organisations internationales concernées par les processus de privatisation. Ces recommandations sont fondées sur des obligations et des responsabilités établies.

A. Les États

1. Avant l'adoption du modèle de privatisation

49. Lorsqu'ils envisagent d'adopter un modèle de fourniture de services par un opérateur privé, les États devraient favoriser des mécanismes transparents et l'application sans équivoque du principe de responsabilité pour faciliter la prise de décisions et évoquer en toute franchise les autres options avec la société civile et les populations qui pourraient être touchées. Trop souvent, les différentes étapes de la privatisation se déroulent de manière opaque, ce qui limite la capacité des titulaires de droits de prendre part, comme il convient et en temps utile, à la prise de décisions. Les garanties nécessaires pendant la phase de prise de décisions sont notamment les suivantes : une passation de marchés transparente et bien conçue ne donnant pas la possibilité aux entreprises de faire pression sur les autorités publiques afin de distordre les conditions ou de se livrer à du dumping stratégique¹¹². Les débiteurs d'obligations doivent porter tous les documents officiels à la connaissance du public pour examen au cours de cette étape et tenir compte des vues des titulaires de droits.

2. La rédaction des contrats

50. Si un État décide de privatiser, la rédaction du contrat est une étape d'importance capitale pour ce qui est d'atténuer les risques de dégradation des services, de discrimination et d'accessibilité économique. Les clauses contractuelles ne doivent en aucun cas limiter la capacité de l'État de superviser, contrôler et sanctionner les fournisseurs du secteur privé en cas de toute atteinte aux droits de la personne. Les contrats doivent être soigneusement rédigés de telle manière que les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement l'emportent sur les impératifs commerciaux en cas de conflit, faisant ainsi prévaloir les obligations internationales de l'État.

51. Bien que les défenseurs de la privatisation pensent que les contrats peuvent permettre d'obvier à une défaillance du marché et de faire en sorte que l'intérêt public soit respecté, il faut en réalité prévoir des garde-fous. Un universitaire, s'appuyant sur des données d'expérience recueillies à Jakarta, a déclaré que l'efficacité d'un processus de privatisation ne peut être assurée que si les entreprises sont mises en concurrence dans le cadre de l'adjudication du marché, l'incertitude est convertible en risque, le service faisant l'objet du contrat peut être défini de manière précise et la partie déléguant le service peut dénoncer le contrat sans subir de répercussions majeures¹¹³. Cependant, ces conditions sont rarement réunies, en particulier dans les pays en développement.

52. Les contrats doivent clairement définir les attributions et les responsabilités, les objectifs, en donnant en particulier la priorité aux groupes qui n'ont pas accès ou ont

¹¹² A/HRC/15/31, par. 36.

¹¹³ Okke Braadbaart, « Privatizing water – the Jakarta concession and the limits of contract », in *A World of Water: Rain, Rivers and Seas in Southeast Asian Histories*, Peter Boomgaard, dir. (Leyde, Pays-Bas, Brill, 2007). Disponible à l'adresse suivante : www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vd0.15?seq=1#metadata_info_tab_contents.

un accès insuffisant aux services, et les conséquences du non-respect des clauses¹¹⁴. Des objectifs concernant la qualité, l'accessibilité, l'acceptabilité, l'accessibilité économique et la salubrité devraient y être fixés. Des indicateurs et les critères de contrôle du respect des normes relatives aux droits de l'homme doivent être établis et conceptualisés de manière à pouvoir être ventilés en fonction des motifs de discrimination qui sont proscrits¹¹⁵. Cela étant, les questions concernant des règles claires aux fins de la tarification, notamment des mesures visant à ce que les plus défavorisés bénéficient d'une protection financière, par l'utilisation de moyens efficaces pour recenser les personnes dans le besoin et fixer des tarifs abordables sont délicates. En outre, il est impératif, au regard des droits de l'homme, que figure dans les clauses contractuelles une interdiction des mesures régressives telles que l'interruption de la fourniture du service aux usagers qui ne sont pas en mesure de payer leurs factures. Les États doivent également accorder le droit des affaires avec le cadre des droits de l'homme, en veillant à ce qu'en cas de conflit, ce dernier l'emporte.

53. En ce qui concerne les contrats et autres normes, il est absolument essentiel de tenir compte des conditions nécessaires à la déchéance du fournisseur privé et à la reprise en main de la prestation de services en cas d'atteintes aux droits de la personne, de non-respect des objectifs de réalisation attendue ou de manquement systématique en matière de responsabilité et de transparence. Lorsque la résiliation d'un contrat entraîne une charge financière pour l'État, l'obligation de l'État d'agir au maximum des ressources disponibles pour réaliser les droits de l'homme peut être mise en péril. De telles clauses pourraient avoir des conséquences particulièrement préjudiciables lorsqu'une décision prise par un gouvernement pèse sur les décisions des gouvernements qui prennent la suite et qui pourraient être disposés à reprendre le contrôle de ces services afin de remplir leurs obligations en matière de droits de l'homme mais ne pas être en mesure d'allouer les indemnités calculées en fonction d'éléments prévus dans les contrats.

3. La phase d'exploitation

54. Lorsque le prestataire privé assure l'exploitation, l'administration centrale doit renforcer les capacités et faciliter le développement institutionnel de ceux qui sont chargés de superviser la prestation de services. Il faudrait que les organismes de réglementation bénéficient des conditions juridiques et des ressources nécessaires pour non seulement assurer comme il se doit le suivi du respect des obligations contractuelles et faire respecter ces obligations mais aussi travailler dans un environnement institutionnel sain en s'appuyant sur un cadre juridique solide, conformément au droit des droits de l'homme. Ces organismes doivent soumettre leurs activités à l'examen du public, appliquer le principe de responsabilité et être guidés par le cadre des droits de l'homme¹¹⁶.

55. La responsabilité et l'accès à des recours utiles sont aussi des conditions indispensables car les fournisseurs de services et l'État ont l'obligation de rendre des comptes pour la détérioration des services, des normes de performance non satisfaites, des augmentations de tarifs injustifiées, l'inefficacité des mesures sociales ou d'autres manquements¹¹⁷. Des mécanismes judiciaires, quasi-judiciaires et administratifs

¹¹⁴ OCDE, *Private Sector Participation in Water Infrastructure: OECD Checklist for Public Action* (La participation du secteur privé aux infrastructures en eau : guide pour l'action publique). Disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/env/resources/42350657.pdf.

¹¹⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 15, par. 53.

¹¹⁶ A/HRC/36/45, par. 39.

¹¹⁷ A/HRC/15/31, par. 56.

d'application du principe de responsabilité devraient être mis en place et accessibles à ceux qui ont subi les conséquences de pratiques qui pourraient être abusives.

4. La phase de renégociation ou la résiliation

56. Bien qu'elles ne soient pas souhaitables, des renégociations de contrat peuvent être engagées lorsque des aspects de la prestation de service qui ont de l'importance ne sont pas prévus dès le départ et ne sont pas pris en compte dans les contrats. Néanmoins, les renégociations ne peuvent pas entraîner de mesures régressives, qui représentent des atteintes aux droits de la personne. Elles devraient plutôt servir à accorder les contrats avec les prescriptions relatives aux droits de l'homme.

57. Les conditions de résiliation du contrat sont également d'une importance déterminante. Si la période de concession arrive à son terme, en principe, le fournisseur, en vertu du droit des droits de l'homme, doit coopérer avec les autorités et veiller à ce que la transition se déroule bien, dans la transparence et avec un accès total à l'information.

58. Compte tenu de ces éléments, le Rapporteur spécial recommande que les États :

a) Lors de l'adoption de mesures législatives qui autorisent la privatisation, affirment expressément que l'eau et l'assainissement sont des droits, posent en principe que les prestataires privés doivent respecter le même niveau d'obligations que les prestataires publics et précisent qu'une évaluation de la situation des droits de l'homme doit être menée avant que la décision de privatiser ou non les services ne soit prise ;

b) Procèdent à une évaluation de la situation des droits de l'homme dans laquelle sont présentées d'autres options avant de se décider pour la privatisation des services et, ce faisant, retiennent le type de prestation le plus approprié et le mieux adapté à la situation locale afin de promouvoir la réalisation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement pour tous ;

c) Mettent en place des mécanismes d'application du principe de responsabilité et des voies de recours efficaces et transparents afin de garantir que les atteintes aux droits de la personne qui seraient imputables à des prestataires privés donnent lieu à une enquête en bonne et due forme et soient sanctionnées ;

d) Encouragent la participation active, libre et effective de la société civile et les populations concernées à toutes les étapes de la prise de décisions concernant le type de prestation, en veillant à ce que les vues des populations locales soient dûment prises en compte ;

e) Décèlent les conflits potentiels entre, d'une part, le droit des affaires et le droit de l'investissement et, d'autre part, le droit des droits de l'homme et les dénoient afin que l'État respecte ses obligations fondamentales minimales et l'obligation d'agir au maximum de ses ressources disponibles en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ;

f) Définissent les obligations contractuelles en fonction du contenu normatif des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement, en donnant la priorité à ceux qui n'ont pas accès ou ont un accès limité aux services, en délimitant clairement les attributions et les responsabilités, en fixant des objectifs concernant la qualité, l'accessibilité, l'acceptabilité, l'accessibilité économique et la salubrité et en précisant l'interdiction des mesures régressives telles que l'interruption de l'accès au service des usagers qui ne sont pas en mesure de régler leurs factures ;

g) Fassent figurer, dans les clauses contractuelles, les conditions et les modalités leur permettant de mettre en œuvre un processus de dé-privatisation solide, transparent et financièrement rationnel lorsque le prestataire n'honore pas le contrat, en particulier en cas d'atteintes aux droits de la personne ou de non-respect des obligations contractuelles fondées sur les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement ;

h) Créent des entités autonomes chargées de contrôler le respect des obligations contractuelles et de faire respecter ces obligations et doter ces entités de ressources humaines et financières suffisantes pour qu'elles puissent s'acquitter de leur mandat et faire réellement participer la société civile à leurs activités ;

i) Appliquent des mesures législatives qui obligent les entreprises menant des activités à l'étranger à se conformer aux normes relatives aux droits de l'homme ;

j) S'abstiennent d'exiger, comme condition pour la coopération bilatérale, que les pays d'accueil procèdent à la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement.

B. Les acteurs du secteur privé

59. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, qui mettent en accord la participation du secteur privé et les normes relatives aux droits de l'homme, sont l'instrument international qui retient le plus l'attention dans ce domaine. Il y est fait observer que les « États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction » au moyen « de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires » et que les pouvoirs publics devraient « exercer un contrôle adéquat [...] lorsqu'ils s'assurent par contrat auprès d'entreprises des services qui peuvent avoir une incidence sur l'exercice des droits de l'homme, ou s'ils légifèrent en la matière ». Comme il s'agit de « droit souple », le respect de ces principes et cadres est volontaire, mais leur existence reste utile à l'élaboration de normes et, d'un point de vue juridique pluraliste, ils sont acceptés comme droit par ceux qui y souscrivent. Pour ce qui est de la relation entre les États qui délèguent des services et les entreprises concernées, les Principes directeurs posent les fondements de ce que les entreprises devraient en principe faire et des types de mécanismes de contrôle qui devraient être mis en place.

60. Dans le cadre actuel du droit international, la question des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme a suscité des controverses¹¹⁸. En 2018, le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, créé par le Conseil des droits de l'homme, a établi un avant-projet d'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises¹¹⁹. Ce document définit plusieurs obligations qui seraient mises à la charge des États afin que ceux-ci adoptent

¹¹⁸ Andrés Felipe López Latorre, « In defence of direct obligations for businesses under international human rights law », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, n° 1 (janvier 2020). Disponible à l'adresse suivante : www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/EEB34BECDE016C2E6BC1F18BFE2F10A5/S2057019819000270a.pdf/in_defence_of_direct_obligations_for_businesses_under_international_human_rights_law.pdf.

¹¹⁹ Voir www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf.

des mesures législatives et réglementaires garantissant que les entreprises privées respectent comme il se doit les droits de l'homme, ce qui revêt une très grande importance pour la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement. Même s'il ne produit pas encore ses effets, ce document constitue un cadre supplémentaire qui peut faciliter la définition des obligations des prestataires privés de services à l'échelon national.

61. Bien que les acteurs du secteur privé ne soient pas directement liés par le droit international des droits de l'homme, le droit interne et les conventions et la réglementation nationales définissent un ensemble d'obligations auxquelles sont assujetties les entreprises, qui peuvent inclure des obligations relatives au droit international des droits de l'homme. Les clauses contractuelles fondées sur un cadre juridique et institutionnel qui intègre les droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement devraient imposer aux entreprises des obligations en matière de droits de l'homme dans l'ordonnement juridique national. En outre, il incombe aux entreprises de s'abstenir d'agir au mépris du cadre des droits de l'homme en excluant des mesures telles que les coupures de service et d'agir d'une manière compatible avec la réalisation de ces droits. Les entreprises doivent donc prendre l'initiative de repérer et de résoudre les problèmes liés aux droits de la personne dans le cadre de la passation de marchés, en évitant de se rendre complices de situations qui pourraient faire obstacle à l'exercice de ces droits. Elles doivent également donner suite aux plaintes des usagers en temps voulu et communiquer les informations relatives aux atteintes présumées des droits de la personne, même lorsque les clauses contractuelles ne les y obligent pas. Alors que les grandes sociétés multinationales se sont déclarées en faveur de la reconnaissance des droits à l'eau et à l'assainissement¹²⁰, un écart reste à combler en ce qui concerne le rôle actif des entreprises dans la promotion de la réalisation des droits de l'homme et le respect de ces droits en faisant correspondre leurs intérêts commerciaux aux obligations des États en matière de droits de l'homme.

62. Le Rapporteur spécial recommande donc que les acteurs du secteur privé qui gèrent des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement :

a) Fassent leurs des obligations en matière de droits de l'homme, fixées ou non dans le droit interne, qui soient conformes aux normes du droit international des droits de l'homme ;

b) Prennent l'initiative de repérer et de résoudre les problèmes liés aux droits de l'homme en évitant de se rendre complices de situations qui pourraient nuire à l'exercice de ces droits ;

c) Fassent connaître au public les moyens par lesquels l'entreprise veille à ce que ses intérêts commerciaux soient compatibles avec la réalisation des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement ;

d) S'abstiennent d'agir au mépris du contenu normatif des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement, notamment d'interrompre le service lorsque les usagers ne sont pas en mesure de régler leurs factures ou de choisir de fournir des services aux secteurs de la société dont les moyens financiers sont plus importants et d'investir dans des infrastructures au profit de ces derniers ;

e) Communiquent au public les informations relatives à la situation financière et aux activités d'exploitation sous une forme accessible, afin que les pouvoirs publics et la société civile puissent surveiller sur tous les plans la qualité des services.

¹²⁰ Contribution d'Aquafed.

C. Institutions financières internationales

63. Plusieurs organisations internationales ont joué un rôle essentiel dans la promotion de la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement, dans le cadre de leurs stratégies de développement ou en y subordonnant l'octroi de subventions, de prêts et d'une assistance technique aux pays en développement, comme ce fut le cas du FMI et de la Banque mondiale dans les années 1990 et au début des années 2000. Le Rapporteur spécial est préoccupé par le fait que de telles pressions continuent d'être exercées et estime qu'il faudrait exclure une fois pour toutes les mesures d'incitation à la privatisation des services proposées aux États¹²¹. Les institutions financières internationales ont des obligations spécifiques en matière de droits de l'homme qui devraient valoir lorsque leurs activités concernent la fourniture par des opérateurs privés de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement¹²².

64. **Le Rapporteur spécial recommande que les institutions financières internationales :**

a) S'emploient activement à faire leur le cadre des droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement, en contribuant à le faire connaître auprès des États partenaires lorsqu'ils prennent une décision concernant le type de prestataire ;

b) Excluent de subordonner l'octroi de subventions, de prêts et d'une assistance technique à la privatisation par les États des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement ;

c) Adoptent un cadre des droits de l'homme au moment de se prononcer sur l'apport d'un appui à des activités menées par des acteurs du secteur public ou du secteur privé dans des pays particuliers et sur la promotion des réformes institutionnelles et structurelles.

¹²¹ Contribution du Programme des Nations Unies pour le développement.

¹²² A/71/302, par. 13.