

LA COMMERCIALISATION ET LA PRIVATISATION DE L'EAU DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Par Mara Tignino et
Dima Yared***

Le régime juridique du commerce international n'accorde pas un statut spécifique à l'eau, mais de nouvelles tendances concourent toutefois à la soumettre aux règles du commerce international. Afin de pouvoir aborder cette question, il est nécessaire de mettre en évidence plusieurs catégories juridiques, économiques et non-économiques qui sont utilisées pour qualifier l'eau en droit international. La pratique étatique à l'égard des projets de transfert d'eau à grande échelle mérite une attention particulière puisque, dans le cadre de ces projets, l'eau pourrait être considérée comme une marchandise par les États. Si l'eau est considérée comme telle, les accords multilatéraux de l'OMC, notamment l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui régit les marchandises, ainsi que l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui régit les services, seraient donc applicables : nous examinerons les limitations imposées par ces deux accords en matière de gestion de l'eau. L'analyse de la relation entre l'OMC et l'eau doit tenir compte de la spécificité des ressources en eau. Les États reconnaissent plusieurs dimensions de l'eau, soit ses dimensions sociales, environnementales, culturelles et économiques; cette reconnaissance a un impact sur le traitement de cette ressource au sein de l'OMC. Même lorsque l'on se place dans le cadre du système commercial multilatéral, la prise en compte des nombreuses facettes de cette ressource, lesquelles dépassent son seul aspect économique, est primordial et même inévitable au su des paramètres du GATT et de l'AGCS.

The international trade law framework does not grant a specific status to water. However, recent trends lead towards subjecting water to international trade rules. In order to address this issue, it is necessary to draw attention to several legal, economic or non-economic categories which are used to qualify water under international law. State practice with respect to bulk water removals deserves to be specifically addressed since, in the context of such projects, water may be considered by States as a "good." If so, then the World Trade Organisation (WTO) multilateral trade agreements, namely the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and the General Agreement on Trade in Services (GATS), which cover trade in goods and services, respectively, would then be applicable. In this article, we will examine the limits imposed by these two treaties with respect to the management of water. The analysis of the relationship between the WTO and water must take into account the particular nature of water resources. States recognise several aspects to water, such as its social, environmental, cultural and economic aspects. Such recognition has an impact on how this resource is addressed within the context of the WTO. Even once positioned within the context of the multilateral trade system, the various facets of this resource, which go beyond its purely economic ones, must be taken into account given the parameters of the GATT and GATS.

* Mara Tignino est doctorante à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement de Genève et assistante au Département de droit international public et organisation internationale de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Dima Yared tient une maîtrise en relations internationales, spécialisation droit international, de l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement de Genève, et travaille présentement au Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. Les auteurs tiennent à remercier le Docteur Makane Moïse Mbengue pour sa lecture et ses précieux conseils.

L'eau douce est une ressource essentielle pour la santé humaine et l'écosystème; la croissance démographique, les besoins de plus en plus importants des pays en voie de développement et des pays industrialisés et les aléas climatiques en exacerbent particulièrement le caractère vital¹. Cette ressource est ainsi devenue un enjeu économique, social et politique d'importance, tant au niveau national qu'international. La mauvaise qualité de l'eau et sa rareté mettent en danger la vie de millions de personnes et participent au problème de la pauvreté dans les territoires des pays en développement. Ces derniers ne sont toutefois pas les seuls à être concernés par les problèmes de qualité et de quantité de cette ressource indispensable : à l'heure actuelle, il n'y a pas une seule région dans le monde qui ne soit affectée par les problèmes de pollution ou de pénurie d'eau.

On estime que deux tiers de la population mondiale n'aura pas accès à l'eau potable en quantité suffisante pour satisfaire ses besoins vitaux en 2025. Aujourd'hui, 1,1 milliard de personnes n'ont pas accès à un réseau de distribution d'eau, et 2,4 milliards à des services d'assainissement². L'eau et l'assainissement sont au cœur des priorités et préoccupations du développement. L'un des « Objectifs du millénaire pour le développement » (OMD) est de réduire de moitié, d'ici 2015, le pourcentage de personnes qui ne disposent pas d'un accès à l'eau potable ni à des systèmes d'assainissement appropriés³. La réalisation de cet objectif est indispensable pour assurer l'accès universel à cette ressource vitale.

D'après le rapport présenté lors du Troisième forum mondial de l'eau, tenu à Kyoto en 2003 par le Groupe de travail international sur le financement des infrastructures de l'eau et présidé par Michel Camdessus, les dépenses annuelles consacrées aux services d'eau dans les pays en développement, qui s'élèvent actuellement à soixante-quinze milliards de dollars, devront être portées à près de cent quatre-vingts milliards de dollars si l'on veut réaliser l'OMD concernant l'eau et l'assainissement⁴. Or, ce montant est difficile à atteindre avec un financement d'origine exclusivement public⁵; certains gouvernements se tournent donc de plus en

¹ Rapport du groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2007 : The Physical Science Basis 2007* à la p. 8, en ligne : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, <<http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg1/ar4-wg1-spm.pdf>>.

² Organisation mondiale de la santé (OMS) - Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF), *Rapport sur l'évaluation de la situation mondiale de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, 2000*, aux pp. 7 et 31, en ligne : OMS <http://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/gwssa2000f.pdf>. Voir aussi Programme des Nations unies sur le développement humain (PNUD), *Au-delà de la pénurie; pouvoir, pauvreté et crise mondiale de l'eau*, 2006, aux pp. 42 à 47, en ligne : PNUD <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2006/chapters/french/>>.

³ La *Déclaration du millénaire* pose comme l'un de ses objectifs celui « [d]e réduire de moitié, d'ici à 2015, [...] la proportion des personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer ». *Déclaration du millénaire*, Rés. AG 55/2, Doc. off. AG NU, 55^e sess., Doc. NU A/RES/55/2 (2000). Voir aussi « Plan de mise en œuvre du Sommet pour le développement durable » dans *Rapport du Sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable*, 26 août-14 septembre 2002, à la p. 11 (para. 8) (A/CONF.199/20) [*Plan de mise en œuvre de Johannesburg*].

⁴ « *Financing Water for All* », Troisième forum mondial de l'eau, *Report of the World Panel on Financing Water Infrastructure* à la p. 3, en ligne: World Water Council: <http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/www/Library/Publications_and_reports/CamdessusSummary.pdf>.

⁵ *Plan de mise en œuvre de Johannesburg*, supra note 3 à la p. 24 para 26 (g).

plus souvent vers le secteur privé pour trouver des partenaires susceptibles de leur offrir l'accès aux ressources financières nécessaires⁶.

L'une des questions les plus controversées est de savoir si la gestion des ressources en eau doit impliquer leur inclusion dans les mécanismes économiques de gouvernance internationale, tels que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*⁷. Pour certains, cette inclusion pourrait contribuer à la gestion rationnelle et durable de l'eau; pour d'autres, l'idée de soumettre l'eau à des ententes commerciales équivaldrait à vendre cette ressource aux entreprises privées et à consacrer le libre jeu des « forces du marché » en la matière, au détriment des États et de leurs populations.

Pour l'heure, le régime juridique du commerce international n'accorde pas un statut spécifique à l'eau, mais de nouvelles tendances concourent toutefois à la soumettre aux règles du commerce international. Pour illustration, certains États ne disposant que de faibles quantités d'eau cherchent à en obtenir des pays plus riches par le biais de projets de transfert d'eau « en vrac »⁸. Ces projets pourraient être soumis aux règles du commerce international. En outre, les négociations qui se déroulent à l'OMC au sujet des services de captage et de distribution de l'eau témoignent d'un intérêt accru de la communauté internationale à l'égard des échanges internationaux relatifs à cette ressource.

En raison de l'importance des discussions et des négociations qui ont eu lieu au sein du système commercial multilatéral, notre étude se limitera donc à l'analyse de la problématique du statut de l'eau à travers le prisme des accords commerciaux de l'OMC⁹.

Afin de pouvoir aborder ces questions, il est d'abord nécessaire de mettre en évidence plusieurs catégories juridiques, économiques et non-économiques qui sont utilisées pour qualifier l'eau en droit international. L'analyse de cette pluralité de qualifications nous aidera à mettre en lumière la particularité de cette ressource naturelle, indispensable à la vie de l'être humain et de l'écosystème. Dans ce contexte, nous aborderons la question de la valeur économique de l'eau ainsi que la définition des notions de « marchandise » et de « service ». Nous examinerons subséquemment la pratique étatique à l'égard des projets de transfert d'eau à grande échelle; cette question mérite une attention particulière puisque, dans le cadre de ces

⁶ L'intervention du secteur privé dans les services reliés à l'eau soulève des questions relatives au droit international des investissements qui ne seront pas traitées dans le cadre de cette contribution, que nous avons dû limiter au régime de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Sur la question, voir Francesco Costamagna, « Legitimate Regulation vs Regulatory Expropriation in Public Infrastructure Investments after *Azurix* : A Case Study » (2007) 4 : 2 *Transnational Dispute Management*.

⁷ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [ALÉNA].

⁸ Dans cette contribution, nous utiliserons tant l'expression « transfert d'eau en vrac » que « transfert d'eau à grande échelle ».

⁹ Notre analyse des accords commerciaux de l'OMC se limitera à l'étude de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT, infra note 10)* et de l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS, infra note 11)*.

projets, l'eau pourrait être considérée comme une marchandise par les États (I). Si l'eau est considérée comme telle ou comme un service, les accords multilatéraux de l'OMC, notamment l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*¹⁰, qui régit les marchandises, ainsi que l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*¹¹, qui régit les services, seraient donc applicables (II) : nous examinerons les limitations imposées par ces deux accords en matière de gestion de l'eau. Enfin, notre rapport se penchera sur les négociations relatives aux biens et aux services environnementaux qui ont débutées après la *Déclaration de Doha*¹² de 2001. Ces dernières représentent une porte d'entrée spécifique pour l'inclusion de l'eau dans le régime commercial de l'OMC.

I. L'eau, bien ou service économique?

L'eau a toujours été source de bénéfices économiques : de tout temps, les rivières et les lacs furent considérés comme des voies de communication privilégiées. La navigation sur les fleuves internationaux fut, au cours du XIX^e siècle, l'objet de traités internationaux¹³ et elle constitue encore aujourd'hui un intérêt stratégique vital pour de nombreux pays, notamment les États enclavés.

Au cours du XX^e siècle, le droit international fut progressivement appelé à appréhender des activités autres que la navigation. Par exemple, la *Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États*¹⁴ de 1923 ainsi que la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*¹⁵, adoptée en 1997, vinrent prendre en considération des activités économiques telles que la production d'énergie hydroélectrique et les utilisations industrielles et agricoles de l'eau.

L'utilisation et la gestion des ressources en eau sont réglementées par le droit international de l'eau. C'est à partir des années soixante-dix que ce *corpus juris* commença à prendre en compte la protection environnementale de cette ressource naturelle¹⁶. Au nom de la rareté de l'eau douce et de la nécessité de mettre en place un

¹⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [GATT].

¹¹ *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219 [AGCS].

¹² OMC, *Déclaration ministérielle de Doha*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (2001), en ligne : <http://www.wto.org/French/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm> [*Déclaration de Doha*].

¹³ Ainsi, l'*Acte final du Congrès de Vienne* de 1815 et l'*Acte général de la conférence de Berlin* de 1885 reconnaissent tous deux la liberté de navigation aux navires battant pavillon d'États riverains et non riverains sur toute l'étendue navigable d'un cours d'eau. *Acte final du Congrès de Vienne*, 9 juin 1815, 67 Cons. T.S. 453; *Acte général de la conférence de Berlin*, 26 février 1885, t. X, sér. 2 T.I. Agree 416.

¹⁴ *Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États*, 9 décembre 1923, 36 R.T.N.U. 75.

¹⁵ *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Doc. off. AG NU, 51^e sess., Annexe, Doc. NU AG/RES/51/229 (1997).

¹⁶ L'intégration de la dimension environnementale dans la gestion des ressources en eau a pris son essor lors de la conférence de Stockholm de 1972 (« Déclaration finale de la conférence des Nations unies

développement écologiquement rationnel et durable, on souligna ensuite, au cours des années quatre-vingt-dix, la valeur économique de cette ressource¹⁷. Les qualifications économiques de l'eau furent accompagnées par l'émergence de qualifications non-économiques, telles que « bien public », « droit humain » et « patrimoine commun de l'humanité ».

A. Les qualifications non économiques de l'eau

Les qualifications économiques et non-économiques de l'eau caractérisent la définition de son statut en droit international. Lorsque l'on analyse le thème de l'« économisation » de l'eau, il est nécessaire de souligner les multiples facettes de cette ressource, notamment environnementales, sociales, culturelles et économiques. Ces aspects interagissent en démontrant la nature complexe de l'eau.

1. L'EAU EN TANT QUE BIEN ET SERVICE PUBLIC

L'*Observation générale n°15 sur le droit à l'eau* débute en affirmant que l'eau est un « bien public »¹⁸. Ainsi, l'*Observation* a voulu souligner le lien entre le droit humain à l'eau et le caractère public de cette ressource. L'utilisation de l'expression « bien public » appelle néanmoins à quelques précisions¹⁹.

Le concept de bien public a été systématisé par l'économiste Samuelson au cours des années cinquante, bien que cette notion puise ses origines historiques dans la pensée des auteurs du XVIII^e siècle, tel Adam Smith²⁰. Dans ses écrits, ce dernier estime que l'intervention de l'État doit être limitée à administrer la justice, assurer la

sur l'environnement », *Conférence des Nations unies sur l'environnement*, 5 au 16 juin 1972, préambule, point 3, principe 2, en ligne : PNUE <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>> et celle de Mar del Plata, en 1977 (« Plan d'action pour l'eau de Mar del Plata », *Conférence des Nations unies sur l'eau*, 14 au 25 mars 1977 (A/CONF.70/29)).

¹⁷ En mettant l'accent sur la valeur économique de l'eau, il a été mis en relief la question d'attribuer un prix à l'eau, considéré comme une solution pour éviter son gaspillage. Ainsi, la « marchandisation » de l'eau serait nécessaire pour répondre à la pénurie d'eau et à la croissance de la demande. Dans ce contexte, la notion de marchandisation est définie comme « *the process of converting a good or service formerly subject to many non-market social rules into one that is primarily subject to market rules* ». Peter Gleick et al., *The New Economy of Water : Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water*, Oakland, Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security, 2002 à la p. 3.

¹⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), *Observation générale n°15 : Le droit à l'eau (art. 11-12)* Doc. off. CES NU, 2002, Doc. NU E/C.12/2002/11 au para. 1 [*Observation générale n°15*].

¹⁹ Stephen McCaffrey, « The Human Right to Water » dans Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes et Nathalie Bernasconi-Osterwalder, dir., *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp. 104 à 106.

²⁰ Meghnad Desai, « Public Goods : Historical Perspective » dans Inge Kaul et al., dir., *Fournir des biens publics mondiaux : gérer la mondialisation*, New York, PNUD; Oxford, Oxford University Press, 2003, 63 aux pp. 65 à 66; Inge Kaul, Isabelle Grumberg et Marc A. Stern, dir., *Les biens publics à l'échelle mondiale : la coopération internationale au 21^{ème} siècle*, New York, PNUD, 1999.

défense nationale et fournir les utilités et les institutions publiques qui ne seraient autrement pas maintenues en raison d'un manque de profit.

La notion de bien public n'a pas de signification juridique propre en droit international; elle dépend du droit national. Selon la définition du *Dictionnaire de droit international public*, « [l]e bien public est un bien appartenant à l'État. L'appartenance dudit bien à l'État est définie, sous réserve de dispositions conventionnelles particulières, par référence au droit interne de l'État »²¹. La référence au droit étatique interne s'explique par le fait que « le droit international coutumier n'a pas établi de critère autonome permettant de déterminer quels sont les biens de l'État »²².

Ainsi les notions de bien et de service publics doivent-elle être analysées dans le contexte des politiques étatiques nationales. À ce sujet, il est intéressant d'observer que dans le domaine de l'eau, les services de captage, de distribution et de purification ont traditionnellement été publics. L'existence d'un intérêt collectif à la base d'un service est souvent l'élément qui attribue le caractère « public » à ce service. En effet, Krajewski propose de comprendre les services publics comme étant ceux qui sont basés sur un intérêt général ou commun²³. De surcroît, ces services sont réglementés de manière à favoriser l'accès à ces services sans discrimination et pour un prix raisonnable²⁴. La réglementation d'un service public est donc souvent basée sur des politiques sociales et de justice distributive.

Avec deux livres publiés par le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) en 1999 et 2003, le débat sur le concept de bien public a pris une toute nouvelle dimension, avec la notion de « biens publics globaux »²⁵. En reprenant la définition classique de Samuelson, est défini comme public et global un bien dont l'exploitation est bénéfique pour tous et qui est « *non-excludable* » et « *non-rivalrous* » dans son utilisation²⁶.

D'un point de vue juridique, la notion de bien public et global se fonde sur la notion de biens communs et sur l'existence d'intérêts collectifs dans la communauté internationale. Les biens communs sont nécessaires à l'usage de tous, puisqu'ils visent à satisfaire des besoins jugés essentiels par la collectivité. Considérant leur caractère vital, l'accès à ces biens doit être assuré pour tous²⁷.

²¹ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « bien public ». *Différend sur les biens immeubles appartenant à l'ordre de Saint-Maurice et Saint Lazare*, Commission de conciliation franco-italienne, sentence du 26 septembre 1964 dans (1965) A.F.D.I. 323 [*Différend sur les biens meubles*].

²² *Différend sur les biens meubles*, *ibid.*

²³ Markus Krajewski, « Public Services and Trade Liberalization : Mapping the Legal Framework » (2003) 6 : 2 J. Int'l Econ. L. 343.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Kaul, Grumberg et Stern, *supra* note 20; Kaul *et al.*, *supra* note 20.

²⁶ Lyla Mehta, « Problems of Publicness and Access Rights : Perspectives from the Water Domain », dans Kaul *et al.*, *supra* note 20, 556 à la p. 558.

²⁷ Jochen Sohnlé, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, Paris, Documentation française, CÉRIC, 2002 à la p. 455.

Lyla Mehta s'est penchée sur le lien entre l'eau et la notion de bien public global en observant que « [i]t can be argued that policies should make water a global public good by design ». Elle a cependant remarqué que « given the contested nature of water, evoking its publicness may not be enough. Making goods public by design is only a means. The desired end of making water a public good is ensuring all people's access to water »²⁸. Ainsi, la notion de bien public et global est liée au droit humain à l'eau.

2. LE DROIT HUMAIN A L'EAU

L'engagement de la communauté internationale à améliorer l'accès à l'eau potable est allé de pair avec l'adoption de nombreux d'instruments internationaux qui appellent les États à la reconnaissance de celle-ci comme constituant un droit humain fondamental. Au cours des années soixante-dix et quatre-vingts, ce droit a été proclamé par deux conventions universelles de protection des droits de l'homme, soit respectivement la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁹, adoptée le 18 décembre 1979, et la *Convention relative aux droits de l'enfant*³⁰, adoptée le 20 novembre 1989. Ces instruments, ratifiés par presque tous les États, obligent ces derniers à prendre des mesures pour l'approvisionnement en eau des personnes considérées comme nécessitant une protection spécifique, notamment les femmes et les enfants³¹.

Au cours de la dernière décennie, le mouvement international pour la reconnaissance du droit humain à l'eau s'est renforcé. Mentionnons notamment l'*Observation générale n°15 relative au droit à l'eau*, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies (CDESC) en 2002³², le *Projet de directives sur la réalisation du droit à l'eau et aux services d'assainissement*, adopté par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme en 2005³³, ainsi que la décision du Conseil des droits de l'homme des Nations unies de 2006, qui promeuvent tous trois la reconnaissance de

²⁸ Mehta, *supra* note 26 à la p. 558.

²⁹ Selon la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, les États doivent assurer aux femmes le droit de « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en eau ». Voir *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, art. 14) 2 h).

³⁰ L'article 24 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit que « [I]es États prennent les mesures appropriées pour lutter contre la maladie grâce à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable ». *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 24 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

³¹ Pierre-Marie Dupuy, « Le droit à l'eau, un droit international? », en ligne : (2006) 6 European University Institute Working Papers <<http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/4252/1/LAW%202006.6%20Dupuy.pdf>>.

³² *Observation générale n°15*, *supra* note 18.

³³ Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Projet de directives pour la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement*, Doc. off. CES NU, 57^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2005/25 (2005).

ce droit³⁴. Une telle reconnaissance n'est toutefois pas du domaine exclusif des instruments des droits de l'homme; par exemple, la *Charte des eaux du fleuve Sénégal* de 2002 reconnaît elle aussi ce le droit à l'eau³⁵.

Tel que défini par le CDESC, le droit à l'eau consiste « en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun »³⁶. Dans une situation particulière telle que celle d'une occupation militaire, l'accessibilité aux ressources en eau peut être mise en danger. Dans son avis de 2004 relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de justice a souligné l'importance du respect des droits économiques, sociaux et culturels pour le bien-être des populations concernées, notant également l'impact de la construction du mur sur l'accès à l'eau de la population palestinienne³⁷.

Le droit humain à l'eau soulève aussi des questions liées à l'« économisation » de cette ressource. Appliqué au droit à l'eau, le principe de non-discrimination devrait assurer l'accessibilité physique et économique à l'eau aux couches de population les plus vulnérables et marginalisées, et la question du prix de l'eau devrait incidemment être lue à la lumière de ce principe. En outre, la notion d'équité joue également un rôle pour déterminer un prix qui prenne en compte la distinction entre les groupes sociaux les plus aisés et les groupes défavorisés³⁸. Selon les principes de non-discrimination et d'équité, un État doit s'assurer que les services en eau ne soient pas interrompus et que l'accès à l'eau ne soit pas refusé de manière arbitraire et injustifiée. En outre, l'État doit veiller que ne soient pas mises en place « des hausses disproportionnées ou discriminatoires du prix de l'eau »³⁹. Les principes de non-discrimination et d'équité peuvent être utilisés dans le cadre des différends économiques présentés devant des mécanismes internationaux de règlement des différends.

³⁴ Conseil des droits de l'homme (CDH), *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau*, Déc. CDH 2/104, Doc. off. CDH NU, 2006, en ligne : CDH <http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104_fr.pdf>.

³⁵ La *Charte des eaux du fleuve Sénégal* de 2002 dispose que « [I]es principes directeurs de toute répartition des eaux du Fleuve visent à assurer aux populations des États riverains, la pleine jouissance de la ressource, dans le respect de la sécurité des personnes et des ouvrages, ainsi que du droit fondamental de l'Homme à une eau salubre [...] ». *Charte des eaux du fleuve Sénégal*, 28 mai 2002, art. 4, en ligne : Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal <http://www.lexana.org/traites/omvs_200205.pdf>.

³⁶ *Observation générale n°15*, *supra* note 18 au para. 2.

³⁷ La Cour a constaté « des difficultés croissantes d'accès aux services de santé et à l'approvisionnement primaire en eau ». *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 à la p. 191.

³⁸ Dans son *Observation générale n°15*, le CDESC affirme que « [I]e prix des services doit être établi sur la base du principe de l'équité, pour faire en sorte que ces services, qu'ils soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés. L'équité exige que l'eau ne représente pas une part excessive des dépenses des ménages les plus pauvres par rapport aux ménages plus aisés ». *Observation générale n°15*, *supra* note 18 au para. 27.

³⁹ *Ibid.* au para. 44 a).

3. L'EAU EN TANT QUE PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITÉ

La notion de « patrimoine commun de l'humanité » a fait son chemin en droit international. Ce concept vise à dépasser le principe de la souveraineté étatique pour affirmer les intérêts communs de la communauté internationale. Les États ont utilisé cette qualification pour des ressources situées en dehors de leur juridiction, telles que la lune, les corps célestes ou la Zone (notamment, les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale)⁴⁰. Au sujet de la notion de patrimoine commun de l'humanité, le professeur Caflisch affirme que

la pensée juridique contemporaine en matière de ressources naturelles montre une tendance marquée à attribuer de telles ressources à l'ensemble des États intéressés. Lorsque les ressources en cause se trouvent au-delà des limites de la juridiction nationale, on le qualifie parfois de « patrimoine commun de l'humanité ».⁴¹

La qualification de patrimoine commun de l'humanité est difficile à utiliser pour des ressources naturelles qui relèvent d'un ordre juridique national. Dans ce cas, le principe de souveraineté fait obstacle à sa reconnaissance. Dans la réglementation relative à l'eau, bien que les États reconnaissent un statut particulier aux ressources en eau traversant leurs frontières, la souveraineté nationale joue un rôle très important et se dresse en obstacle face à la reconnaissance de cette ressource à titre de patrimoine commun de l'humanité. On a ainsi argumenté à propos du besoin d'adapter cette notion sur la base d'une distinction entre *ressources naturelles* et *ressources naturelles vitales*. Ainsi, comme ressource naturelle vitale, l'eau devrait jouir de la qualification de patrimoine commun de l'humanité⁴².

La qualification de l'eau comme patrimoine commun de l'humanité est acceptée dans quelques cadres juridiques particuliers. Ainsi, la *Charte européenne des ressources en eau*⁴³, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 17 octobre 2001 pour remplacer la *Charte européenne de l'eau*⁴⁴ de 1968, affirme que

⁴⁰ *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes*, Doc. off. AG NU, 21^e sess., Annexe, Doc. NU A/RES/2222 (XXI) (1966), art. 11; *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3, art. 136 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994).

⁴¹ Lucius Caflisch, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux » (1989) 219 R.C.A.D.I. 13 à la p. 59.

⁴² Sylvie Paquerot, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

⁴³ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation R(2001)14F sur la Charte européenne des ressources en eau*, 2001, en ligne : Comité des ministres <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=231905&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>>.

⁴⁴ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Résolution (67) 10 sur la Charte européenne de l'eau*, 1968, en ligne : Comité des Ministres <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=583645&SecMode=1&DocId=630438&Usage=2>>.

l'eau est un patrimoine commun. La *Charte de l'eau de la région lémanique*⁴⁵, adoptée lors des États généraux de l'eau de la région lémanique en 2005, qualifie également l'eau de bien commun de l'humanité.

Les États sont réticents à appliquer la notion de patrimoine commun à des ressources naturelles qui, bien que partagées, sont situées sur leur territoire. Ils soulignent l'importance du caractère partagé des ressources en eau en établissant des régimes conjoints entre les riverains. Malgré les frontières politiques qui les séparent, les États riverains d'un cours d'eau international forment ce qui a été appelé une « communauté d'intérêts [et] de droit »⁴⁶. La notion de communauté d'intérêts naît des intérêts communs qui lient les États autour d'un même cours d'eau et qui s'étend au-delà des frontières politiques établies entre eux.

B. Le contenu variable de la qualification économique de l'eau

Depuis les années quatre-vingt-dix, il existe en droit international une tendance visant à reconnaître explicitement la valeur économique de l'eau, et plusieurs instruments juridiques mettent l'accent sur une approche exclusiviste de sa qualification en tant que bien économique. Ainsi, le principe 4 de la *Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable* de janvier 1992⁴⁷ affirme-t-elle que « l'eau, utilisée à des multiples fins, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme bien économique »⁴⁸.

Cette tendance à l'« économisation » de l'eau fait toutefois face à des poches de résistance. La *Déclaration de Dublin* affirme d'ailleurs qu'« en vertu de ce principe [la valeur économique de l'eau, utilisée à des fins multiples], il est primordial de reconnaître le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate »⁴⁹. En outre, le programme *Action 21*⁵⁰, adopté lors de la Conférence des

⁴⁵ *Charte de l'eau de la région lémanique*, 27 octobre 2005, art. 1 en ligne : Association pour la sauvegarde du Léman (ASL) <<http://www.asleman.org/actions/charte/charte.pdf>>. La *Charte* a été « adoptée par la société civile » lors des États généraux de l'eau de la région lémanique, organisés par l'ASL à Genève, en octobre 2005.

⁴⁶ Voir l'affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie c. Pologne)* (1929), C.P.J.I. (sér. A) n° 23 à la p. 27. Le concept de la « communauté de droits et d'intérêts » a été repris dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 7 à la p. 56, ainsi que dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Ordonnance du 13 juillet 2006, [2006] C.I.J. rec. 2 aux pp. 10 et 16. Voir aussi *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 (Pays-Bas c. France)* (2004), au para. 97, en ligne : Cour permanente d'arbitrage <<http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/PBF/Sentence%20I.pdf>>.

⁴⁷ « Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable », *Conférence internationale sur l'eau et l'environnement*, 26 au 31 janvier 1992, en ligne : Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) <<http://www.wmo.ch/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedec.html>>.

⁴⁸ *Ibid.*, principe 4.

⁴⁹ *Ibid.*

Nations unies sur l'environnement et le développement de Rio de Janeiro de 1992, se réfère lui aussi à la pluralité des valeurs de l'eau en affirmant que « la gestion intégrée des ressources en eau est fondée sur l'idée que l'eau fait partie intégrante de l'écosystème et constitue une ressource naturelle et un bien social et économique »⁵¹. La dimension économique de l'eau peut être lue de manière séparée de ses autres dimensions. À travers le principe du développement durable, le droit international prône l'intégration des aspects économiques et environnementaux de cette ressource⁵². En outre, le développement durable est aussi porteur d'une dimension sociale. Le Sommet de Johannesburg a rappelé son importance :

Nous assumons notre responsabilité collective, qui est de faire progresser, aux niveaux local, national, régional et mondial, le développement économique, le *développement social* et la protection de l'environnement, piliers interdépendants et complémentaires du développement durable.⁵³
[Nos italiques]

Enfin, quelques instruments aménagent des approches intermédiaires. Le CDESC a déclaré dans son *Observation générale n°15* que l'eau « devrait être considérée comme un bien social et culturel et non essentiellement comme un bien économique »⁵⁴. L'affirmation d'un droit humain à l'eau est importante afin de souligner le besoin de trouver un équilibre entre les approches économiques, sociales, culturelles et environnementales de la gestion de l'eau. L'exigence de parvenir à cet équilibre est soulignée par des instruments internationaux, tel qu'en témoigne le *Protocole sur l'eau et la santé*⁵⁵ adopté sous les auspices de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe :

L'eau a une valeur sociale, une valeur économique et une valeur environnementale et il faudrait donc la gérer de manière à combiner le plus durablement et de la façon la plus acceptable possible ces différentes valeurs.⁵⁶

⁵⁰ « Action 21 » dans *Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, art. 18.8 (A/CONF.151/26 [Vol. II]).

⁵¹ *Ibid.*, art. 18.8.

⁵² Ce principe fut solennellement consacré par la *Déclaration Rio sur l'environnement et le développement* de 1992 : « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considéré isolément ». « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans *Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, principe 4 (A/CONF.151/26[Vol. I]).

⁵³ « Déclaration de Johannesburg sur le développement durable » dans *Rapport du Sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable*, *supra* note 3, à la p. 1.

⁵⁴ *Observation générale n°15*, *supra* note 18 au para. 11.

⁵⁵ *Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, Doc. off. CES NU, 54^e sess., Doc. ECOSOC MP.WAT/AC.1/1999/1 (1999) (entrée en vigueur : 17 juin 2003).

⁵⁶ *Ibid.*, art. 5 g). Voir aussi *White Paper for a National Water Policy in South Africa*, 1997, en ligne : Department of Water Affairs and Forestry, Republic of South Africa <<http://www.dwaf.gov.za/Documents/Policies/nwppw.pdf>>; *Protocol for Sustainable Development of Lake Victoria Basin*, 2003, préambule, en ligne : East African Community <http://www.eac.int/lvdp/Protocol_LV_Basin.pdf>.

1. CRITÈRES POUR DÉTERMINER LA NOTION DE MARCHANDISE ET SERVICE

Les accords commerciaux multilatéraux tels le *GATT* et l'*AGCS* ne définissent pas les notions de marchandise et de service. Néanmoins, nous identifierons les critères qui délimitent les contours de ces notions afin de répondre à la question de savoir si l'eau peut être considérée comme une marchandise ou un service.

a) *Complexité de la notion de marchandise*

La notion de marchandise se rapporte à une « chose mobilière pouvant faire l'objet d'un commerce, d'un marché »⁵⁷. Elle renvoie également à la notion de « produit », qui est définie comme une substance qui résulte « d'un processus naturel, d'une opération humaine »⁵⁸.

Deux critères peuvent être utilisés pour déterminer les caractéristiques du concept de marchandise : le degré d'intervention humaine et l'attribution d'un prix⁵⁹. D'après ces deux critères, pour que l'on puisse parler de produit, il est nécessaire que le bien soit transformé par une intervention humaine et que lui soit attribuée une valeur marchande. L'eau en bouteille répond certainement à ces deux critères : les processus de pompage, de gazéification et d'emballage transforment l'eau en une marchandise pour laquelle le consommateur paie un prix. Cette catégorie comprend l'eau minérale et les produits contenant de l'eau, par exemple les jus ou les boissons non alcoolisées⁶⁰. En outre, les produits agricoles qui nécessitent une grande quantité d'« eau virtuelle » pour leur production sont également des marchandises importées et exportées entre les pays⁶¹.

D'autres utilisations de l'eau pourraient par ailleurs répondre aux deux critères évoqués, notamment les projets de transfert d'eau à grande échelle. Des auteurs ont souligné que l'eau, même si transférée en vrac, restait une ressource

⁵⁷ *Le petit Robert* (2007), s.v. « marchandise ».

⁵⁸ *Ibid.* Dans cette contribution, nous attribuons la même signification aux mots « marchandise » et « produit ».

⁵⁹ Mireille Cossy, « Le statut de l'eau en droit international économique : principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce » dans Laurence Boisson de Chazournes et Salman M.A. Salman, dir., *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005 aux pp. 175 à 178; Esther J. De Haan, « Balancing Free Trade in Water and the Protection of Water Resources in GATT » dans Edward Brans, Andre Nollkaemper et Jan Rinxema, dir., *The Scarcity of Water : Emerging Legal and Political Responses*, La Haye, Kluwer Law, 1997, aux pp. 248 à 249.

⁶⁰ Edith Brown Weiss, « Water Transfers and International Trade Law » dans Brown Weiss, Boisson de Chazournes et Bernasconi-Osterwalder, *supra* note 19 à la p. 66.

⁶¹ Selon le Conseil mondial de l'eau, « [t]he amount of water consumed in the production process of a product is called the "virtual water" contained in the product. For example, to produce one kilogram of wheat we need about 1,000 litres of water ». Voir Arjen Hoekstra, éd., *Virtual Water Trade : Proceedings of the International Expert Meeting on Virtual Water Trade*, Delft (Pays-Bas), UNESCO-IHE Institute for Water Education, 2003.

naturelle dont la gestion ne pouvait être soumise à des règles commerciales : le fait de soumettre les transferts d'eau en vrac aux dispositions du *GATT* constituerait une contrainte lourde dans la gestion d'une ressource naturelle indispensable⁶².

La *Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, adoptée par l'Organisation mondiale des douanes en 1983, a mis en place un *Système harmonisé (SH)* dont l'objectif est de fournir un modèle commun pour harmoniser les listes tarifaires nationales en matière de commerce de marchandises⁶³. Plusieurs positions et sous-positions contenues dans le *SH* font mention de l'eau⁶⁴. Or, l'insertion de cette dernière dans le cadre juridique de la *Convention* de 1983 et dans des listes tarifaires nationales n'implique pas automatiquement qu'elle puisse être qualifiée de marchandise⁶⁵.

b) *Complexité de la notion de service*

La définition de la notion de « service » est difficile à distinguer de celle de « marchandise ». L'*AGCS* indique que « les “services” comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »⁶⁶. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) propose en revanche la définition suivante: « *services are heterogeneous outputs produced to order and typically consist of changes in the condition of the consuming units realized by the activities of the producers at the demand of the customers* ». Autrement dit, un service représente un changement apporté à un produit par l'entremise d'une activité effectuée par un fournisseur, à la demande d'un consommateur.

Les services, en raison de leur nature intangible et parce qu'il est souvent difficile d'identifier les facteurs temporels et spatiaux relatifs à leur commerce, ne sont pas faciles à identifier. L'*AGCS* englobe le concept de « commerce des services » en prévoyant quatre méthodes de *fourniture* : 1) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre; 2) sur le territoire

⁶² Brown Weiss, *supra* note 19 à la p. 67.

⁶³ *Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, 14 juin 1983, J.O. L 198 à la p. 0003 [*Système harmonisé*]. Cet instrument également disponible en ligne : Les autorités fédérales de la Confédération suisse <http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_632_11/index.html>.

⁶⁴ *Ibid.*, chapitre 22, « Boissons, liquides alcooliques et vinaigres ».

⁶⁵ Dans ce contexte, il est intéressant de mentionner des observations faites par le ministère des Affaires étrangères canadien, qui a énoncé : « La liste tarifaire ne définit pas ce qu'est un bien, mais elle fournit simplement un organigramme devant servir aux négociations tarifaires et à l'administration douanière. Autrement dit, elle ne nous dit pas si l'eau est un bien ni quand elle le devient; elle nous indique seulement *que lorsque* l'eau est classée comme un bien, elle entre dans une position tarifaire donnée ». Ministère des Affaires étrangères et du commerce international du Canada, *Bout du papier sur les prélèvements massifs d'eau et considérations relatives au commerce international*, 16 novembre 1999, en ligne : Gouvernement du Canada <http://geo.international.gc.ca/can-am/washington/shared_env/bulkwater_considerations-fr.asp>.

⁶⁶ *AGCS*, *supra* note 11, art. I : 3 b). Nous traiterons plus particulièrement de cette disposition plus loin dans ce texte.

d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre; 3) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre; et 4) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre⁶⁷. De même, cet accord s'applique directement aux fournisseurs de services⁶⁸.

Or, certaines caractéristiques particulières du commerce international des services peuvent être identifiées. L'une de ces caractéristiques est le fait qu'une portion significative des services ne traverse pas les frontières; en effet, c'est plutôt le fournisseur ou le consommateur de services qui se déplace. Ainsi, par opposition aux produits, la fourniture et la consommation des services impliquent souvent un contact direct et personnel entre le fournisseur et le consommateur, comme dans le cas des services juridiques ou de d'autres services de nature professionnelle.

2. LE CAS DES TRANSFERTS INTERNATIONAUX D'EAU : EST-CE QUE L'EAU PEUT ÊTRE CONSIDÉRÉE PAR LES ÉTATS COMME UNE MARCHANDISE?

Les transferts internationaux d'eau en vrac peuvent être décrits comme des prélèvements massifs d'eau réalisés par un État, dont le contenu est transféré à un autre par le biais d'une dérivation par canal ou par pipeline. Ce type de transfert d'eau nécessite une intervention humaine élevée : des processus de pompage, de stockage et de transport sont impliqués. En outre, dans les dernières décennies, des projets de transfert d'eau en vrac par voie maritime sont venus s'ajouter à ces projets d'ingénierie hydraulique. Ces transferts internationaux peuvent être réalisés par différents acteurs, étatiques ou non. Ils sont réalisés tant sous l'auspice de traités interétatiques que sur des contrats internationaux qui impliquent des compagnies privées, lesquels prévoient évidemment l'attribution d'un prix à l'eau.

Quelques États considèrent présentement la réalisation de projets de transfert d'eau en vrac à long terme. Adopté en 1986, le traité conclu entre le Lesotho et l'Afrique du Sud relatif au projet *Lesotho Highlands Water (LHWP)* est la première convention qui mette en place un régime relatif à un transfert international d'eau à grande échelle⁶⁹. Le projet de contrat entre Israël et la Turquie relatif aux prélèvements d'eau de la rivière Manavgat est lui aussi un exemple pertinent en la matière⁷⁰.

⁶⁷ *Ibid.*, art. I : 2 a) à d).

⁶⁸ Voir ci-dessous pour une discussion plus approfondie des règles de l'AGCS et de leur impact sur l'eau.

⁶⁹ *Lesotho Highlands Water Project Treaty*, 24 octobre 1986, en ligne : Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) <<http://www.fao.org/docrep/W7414B/w7414b0w.htm>> [*Traité relatif au LHWP*].

⁷⁰ *Manavgat water agreement*, Israël et Turquie, 25 mars 2004 (non publié). Voir : Ýbrahim Güler Mehmet Ülge « Manavgat River Water: A Limited Alternative Water Resource for Domestic Use in the Middle East » dans SHUVAL, Hillel et DWEICK, Hassan, dir., *Water Resources in the Middle-East, Israel-Palestinian Water Issues : From Conflict to Cooperation*, Berlin, Springer, 2007, pp. 175-183.

Il est difficile de prévoir si les projets de transferts d'eau en vrac se développeront véritablement dans le futur⁷¹. Cependant, le nombre croissant de négociations entre les États⁷² ainsi que certaines législations étatiques, telle celle de la Bolivie⁷³, laissent supposer que l'option de les mettre en place sera de plus en plus souvent considérée dans le futur.

Les transferts d'eau en vrac pourraient donner à l'eau la qualité de marchandise, car non seulement ces projets demandent-ils une intervention humaine élevée, mais un prix peut être attribué à l'eau par leur entremise. Cette catégorie de projets se distingue d'autres échanges d'eau : dans la pratique internationale, il y a plusieurs cas où l'eau est notamment transférée d'un pays à un autre afin de faire face à des situations d'urgence. Par exemple, dans le cadre de l'assistance humanitaire, l'eau est souvent expédiée pour répondre à des crises provoquées par des catastrophes naturelles ou par des conflits armés. Ces types de transferts d'eau étant envisagés comme des solutions à court terme, et il n'est alors pas attribué un prix à cette ressource⁷⁴.

a) *Le projet « Lesotho Highlands Water »*

Le *Traité relatif au LHWP* a mis en place l'un des projets hydroélectriques les plus complexes de l'Afrique. Son objectif principal est de transférer l'eau des Hautes terres du Lesotho vers le cœur industriel de l'Afrique du Sud, à savoir les

⁷¹ À ce propos, Gleick affirme en concluant son analyse sur le phénomène des transferts d'eau que de tels projets sont peu réalisables, spécialement à cause de leur coût élevé. En particulier, il soutient que « *our analysis suggests that large-scale, long-term water exports of water across international borders are unlikely for many reasons, especially the high economic costs of moving water* ». Gleick et al., *supra* note 17 à la p. 54.

⁷² À ce propos, il est intéressant de mentionner le projet de transfert d'eau actuellement en cours de négociation entre les villes de Marseille et Barcelone. Voir Michel Samson, « Victime de la sécheresse, Barcelone envisage de faire venir de l'eau par bateau de Marseille », *Le Monde*, 20 mars 2008. De plus, l'Espagne envisage un projet de transvasement de l'Ebre, fait partie du *Plan hydrologique national*, présenté par l'Espagne en 2000. En 2002, la Commission européenne a émis des commentaires au sujet de ce plan au gouvernement espagnol, en soulevant notamment le respect de la *Directive 2000/60/CE* (CE, *Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau*, [2000] J.O. L 327) ainsi que la *Directive 2001/42/CE* (CE, *Directive 2001/42/CE du Parlement Européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement* [2001] JO L 197). À ce propos, voir « Plan hydrologique national : questions envoyées par la Commission européenne le 23 mai 2002 », « Plan hydrologique national : relance envoyée par la Commission européenne le 19 décembre 2002 au gouvernement espagnol », « Plan hydrologique national : *Respuesta del gobierno espanol a la comision europea en el 08 de enero 2003* », en ligne : Rivernet <http://www.rivernet.org/Iberian/planhydro_f.htm>. Le rôle significatif joué par la *Directive européenne* à l'égard de l'analyse des transferts internationaux d'eau envisagés en Europe a été soulevé lors du Colloque. Voir : Paquerot, *Débats*.

⁷³ La Bolivie a adopté une législation nationale afin de promouvoir des études et des investigations sur le sujet dans l'un de ses départements, le Potosi. Bolivia, *legislatura 2001-2002* (presidencia de Jorge Quiroga Ramirez), *Ley N° 2267 del 21 de noviembre de 2001 (Recursos hidricos de Potosi)*, 2001, en ligne : Congreso nacional boliviano <<http://www.congreso.gov.bo/11leyes/ver24/leyfinal.asp?cadena2=2267&B1=Buscar&tipo=1>>.

⁷⁴ Gleick et al., *supra* note 17 à la p. 45.

régions du Gauteng et de Johannesburg. L'eau est ainsi prélevée du bassin Senqu/Orange, qui s'écoule naturellement du Lesotho vers l'Afrique du Sud, et transférée à l'Afrique du Sud par la construction d'un système complexe de canaux et de galeries. Ce *Traité* comprend également une composante hydroélectrique afin de répondre aux besoins énergétiques du Lesotho⁷⁵.

Lors de la conclusion du *Traité*, il fut prévu que 70 m³ d'eau par seconde serait transféré à l'Afrique du Sud. Vu son ampleur, le projet fut planifié en plusieurs phases. La première, commencée en 1989, fut conclue en 2004. Elle comprenait la construction de deux barrages (Katse et Muela) ainsi que la mise en place de centaines de kilomètres de galeries souterraines pour transférer l'eau. Les autres phases du projet sont présentement en cours de négociations. Des cas de corruption ainsi que les protestations des populations affectées par la construction des barrages ont, depuis le début des travaux, retardé la réalisation des phases successives.

Le *Traité relatif au LHWP* a institué la *Lesotho Highlands Development Authority* au Lesotho, et la *Trans Caledon Tunnel Authority (TCTA)* en Afrique du sud. Une commission technique conjointe, la *Lesotho Highlands Water Commission*, a été créée afin de superviser la mise en œuvre du projet dans son ensemble⁷⁶. L'article 10 du *Traité* de 1986 prévoit que les coûts du projet relatifs au transfert d'eau incomberont à l'Afrique du Sud, tant pour les travaux réalisés sur son territoire que pour ceux effectués sur celui du Lesotho. Pour sa part, le Lesotho soutient les coûts du projet relatif à sa composante hydroélectrique.

Sur la base de l'article 12 du *Traité relatif au LHWP*, l'Afrique du Sud paie aussi des royalties au Lesotho, ce qui laisse supposer l'attribution d'une valeur marchande à l'eau. Or, les royalties constituent plutôt un moyen de partager les bénéfices issus de la réalisation du projet⁷⁷. Le *Traité* prévoit également des méthodes pour calculer le partage des bénéfices entre les deux parties, méthodes qui se fondent principalement sur la comparaison entre deux projets, l'un entièrement situé en Afrique du Sud, le projet Orange-Vaal, et l'autre qui requiert la participation du Lesotho, le *LHWP*. Le premier projet prévoyait la canalisation de l'eau du fleuve Orange vers le barrage de Vaal. Au cours des années quatre-vingts, les études de faisabilité ainsi que l'analyse des coûts démontrèrent que le *LHWP* était plus efficace et moins coûteux que le projet Orange-Vaal. Les travaux de mise en fonction du *LHWP* sont aussi plus faciles à réaliser parce que l'eau descend naturellement des montagnes du Lesotho; en conséquence, un système de pompage des eaux n'est pas nécessaire.

⁷⁵ L'article 4 du *Traité relatif au LHWP* se lit comme suit : « 1) *The purpose of the Project shall be to enhance the use of the water of the Senqu/Orange River by storing, regulating, diverting and controlling the flow of the Senqu/Orange River and its effluents in order to effect the delivery of specified quantities of water to the Designated Outlet Point in the Republic of South Africa and by utilizing such delivery system to generate hydro-electric power in the Kingdom of Lesotho* ». *Traité relatif au LHWP*, *supra* note 69, art. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, art. 6 4) 5) 6) et 7 à 9.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 12.1. L'article 12.1 du *Traité* prévoit que « [...] *South Africa undertakes to share with Lesotho, by way of royalty payments, on the basis of fifty-six per cent on the part of Lesotho and forty-four per cent on the part of South Africa, the net benefit [...]* » [Nos italiques].

Les royalties comprennent deux composantes, dont l'une est fixe et l'autre variable. La composante fixe est calculée sur la base des bénéfices gagnés par la différence d'investissements entre les deux projets. Elle est payable mensuellement au Lesotho jusqu'en 2045. La composante variable, quant à elle, est constituée par la différence des coûts d'électricité destinés aux opérations de pompage, ainsi que des coûts relatifs à la mise en place et au maintien des projets alternatifs⁷⁸. Cette composante est transformée en tarifs, et le montant qui doit être payé chaque mois varie selon la quantité d'eau reçue. En ce qui la concerne, aucune limite temporelle n'est fixée. Les royalties doivent être payées tout au long de la période durant laquelle l'eau est livrée du Lesotho à l'Afrique du Sud⁷⁹.

Le système institué par le *Traité relatif au LHWP* prévoit un régime particulier relatif aux royalties. Ainsi, l'Afrique du Sud paie pour partager des bénéfices plutôt que pour « payer l'eau » en tant que telle. Les autorités sud-africaines ont tenu à clarifier le terme « royalties » par cette affirmation de la *TCTA* : « *South Africa does not pay Lesotho for the water. Lesotho does receive a financial benefit but for different reasons* »⁸⁰. Cette observation de l'organisme sud-africain permet de mettre en lumière la réticence de l'Afrique du Sud à considérer le transfert international d'eau mis en place avec le Lesotho en termes d'échange commercial.

b) *Le projet de transfert d'eau à grande échelle entre la Turquie et Israël*

Contrairement au *Traité LHWP*, le *contrat* conclu entre Israël et la Turquie le 25 mars 2004 est clairement venu manifester la volonté de l'État turc de souligner la nature commerciale du transfert international d'eau. Ce contrat constitue ni plus ni moins qu'un véritable régime d'exportation de l'eau d'un État à un autre. Lors de sa signature, un porte-parole du ministère des Affaires étrangères turc a par ailleurs

⁷⁸ *Ibid.*, art. 12. L'article 12 du *Traité relatif au LHWP* prévoit que *The share of Lesotho of the net benefit shall, subject to the provisions of paragraph (11), be due to Lesotho in the form of a royalty comprising: (a) a fixed component relating to the investment element of the net benefit in the form of a monthly amount which shall be derived in accordance with the provisions of paragraph (12) and which shall accrue in accordance with the provisions of paragraph (15); (b) a variable component relating to the operation element of the net benefit representing the difference in electricity costs attributable to pumping operations, in the form of a monthly amount which amount shall be derived by applying the unit rate computed in accordance with the provisions of paragraph (13) and which shall accrue in accordance with the provisions of paragraph (16); and (c) a variable component relating to the operation and maintenance element of the net benefit representing the difference in the remaining operation and maintenance costs, in the form of a monthly amount which amount shall be derived by applying the unit rate computed in accordance with the provisions of paragraph (14) and which shall accrue in accordance with the provisions of paragraph (16).*

⁷⁹ L'Afrique du Sud paie les royalties à travers la *Trans Caledon Tunnel Authority (TCTA)*. Elles sont versées dans le *Lesotho Highlands Water Reserve Fund*, lequel est administré par le gouvernement du Lesotho. En 2003, l'Afrique du Sud a payé environ cent millions de rands pour la composante fixe, et quatre-vingts millions pour la composante variable. Elle a reçu environ 580 millions de m³ d'eau du Lesotho. Voir en ligne : <http://www.tcta.co.za/projects/lhwp_royalties.htm>.

⁸⁰ « *LHWP Funding* », en ligne : TCTA <http://www.tcta.co.za/article.jsp?menu_id=185>.

affirmé qu'il marquait une étape fondamentale qui faisait de l'eau « *an internationally accepted "commodity"* »⁸¹.

En vertu de ce contrat, 50 millions de m³ d'eau seront prélevés dans le fleuve Manavgat pendant vingt ans. Alors que le transport de l'eau sera assuré à court terme par des navires-citernes (*tankers*), la Turquie envisage à long terme de mettre en place un pipeline sous-marin traversant la mer Méditerranée. Un projet de pipeline similaire est déjà en cours pour transporter l'eau de la Turquie vers la partie nord de Chypre. La quantité d'eau fournie par la Turquie à Israël devrait compter pour 3% de la consommation israélienne annuelle en eau, laquelle est estimée à environ 1,5 milliard de mètres cube⁸². Alors que les questions relatives au coût du transfert de l'eau ne sont pas encore entièrement déterminées, le prix devrait néanmoins graviter autour d'un dollar par mètre cube⁸³.

Au début des années quatre-vingt-dix, Israël et la Turquie avaient déjà entamé des négociations relatives à la réalisation d'un transfert d'eau. Israël a toutefois hésité pendant longtemps à l'égard de ce projet, considérant que la mise en place de projets de désalinisation de l'eau aurait été moins coûteuse. Au fil des ans, la conclusion d'un accord entre les deux États pour mettre en place un transfert international d'eau est cependant devenue un outil stratégique, la Turquie l'ayant lié à la conclusion de plusieurs autres dans des domaines tels que les armes et le pétrole⁸⁴. L'État turc a d'ailleurs affirmé sa volonté de réaliser d'autres transferts d'eau avec plusieurs pays de la région du Proche-Orient, tels que la Jordanie⁸⁵. Depuis 1986, avec la proposition du projet de l'« Aqüeduc de la paix », lequel devait livrer de l'eau aux pays du Golfe, la Turquie a démontré sa volonté de se transformer en une forme d'Arabie Saoudite de l'eau.

Malgré la volonté de l'État turc de considérer le transfert international d'eau à l'égard d'Israël en termes d'échange commercial, le fait que la question relative au prix de l'eau transférée ne soit pas encore réglée illustre la difficulté des parties d'évoquer l'échange commercial à l'égard de l'eau. La question du prix est déterminante afin de définir le transfert international d'eau en tant qu'échange commercial⁸⁶.

c) *Les transferts internationaux d'eau à grande échelle et la législation canadienne*

⁸¹ « Israel Signs Agreement to Buy Water from Turkey » (2004), en ligne: Us Water News Online <<http://www.uswaternews.com/archives/arcglobal/4israsign3.html>>.

⁸² Mithat Rende, « Water Transfer from Turkey to Water-Stressed Countries in the Middle East », rapport présenté lors de la conférence *Water for Life* (IPCR), 10-14 octobre 2004, en ligne : Israel/Palestine Centre for Research and Information <<http://www.ipcri.org/watconf/papers/mithat.pdf>>.

⁸³ John Vidal, « Israeli "Water for Arms" Deal with Turkey », en ligne : (6 janvier 2004) The Guardian <<http://www.guardian.co.uk/world/2004/jan/06/turkey.israel>>.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ « Jordan to Assess Turkey's Offer to Supply it with Water », Jordan Times (18 janvier 2000).

⁸⁶ De Haan, *supra* note 59 aux pp. 248 à 249; Cossy, *supra* note 59 aux pp. 177 à 178.

La décision d'un État de mettre en place des transferts d'eau internationaux à grande échelle a des impacts sur la gestion de ses ressources en eau au niveau national. Le débat canadien sur ces transferts est significatif à cet égard.

Au Canada, les compagnies privées considèrent avec intérêt les profits potentiels qui pourraient dériver de la réalisation des transferts internationaux d'eau à grande échelle et en vrac. Lorsque l'État fédéral a adopté en 1999 un moratoire sur les projets de transferts internationaux d'eau, plusieurs projets étaient déjà en cours de réalisation⁸⁷. La province de la Colombie-Britannique avait notamment donné l'autorisation à plusieurs compagnies canadiennes pour effectuer des transferts d'eau en vrac par navire-citerne dès 1991. L'une de ces compagnies constitua un *joint-venture* avec une compagnie américaine, *Sun Belt*, pour approvisionner en eau la ville californienne de Goleta. Avec l'adoption du moratoire fédéral canadien, la Colombie-Britannique dû retirer les concessions consenties ; face à ce retrait, *Sun Belt* déposa une plainte au titre du chapitre onze de l'*ALÉNA*, invoquant des dommages pour plus de deux cent millions de dollars⁸⁸.

La plupart des provinces canadiennes ont quant à elles adopté des lois qui posent des limitations aux transferts internationaux d'eau à grande échelle et en vrac. À titre d'exemple, une loi adoptée par le Québec prévoit l'interdiction de transférer hors de la province des eaux qui sont prélevées à l'intérieur de ses frontières nationales. Cependant, cette interdiction ne s'applique pas aux eaux qui sont prélevées pour la production d'énergie électrique ou celles qui sont prélevées pour être commercialisées dans des petites quantités et destinées à la consommation humaine. Il est également prévu que l'eau peut être transférée hors du Québec pour l'approvisionnement en eau potable d'habitations situées dans une zone limitrophe et pour l'approvisionnement de navires ou d'avions. En outre, le gouvernement québécois peut décider de ne pas appliquer l'interdiction de transférer l'eau hors du Québec pour des motifs d'urgence ou des motifs humanitaires⁸⁹. Ainsi, des cas particuliers peuvent justifier le transfert d'eau hors du Québec.

Les législations provinciales canadiennes jouent un rôle significatif quant à l'eau située sur leur territoire respectif, puisque que le gouvernement fédéral n'a que des pouvoirs limités en la matière. À cet égard, il dispose d'une politique dont l'objectif est « d'encourager l'utilisation rationnelle et équitable de l'eau douce au Canada, de manière à satisfaire les besoins sociaux, économiques et

⁸⁷ Il s'agit des projets « Sun Belt », de la Colombie Britannique, « McCurdy Group », de Terre-Neuve et « Nova Group », de l'Ontario.

⁸⁸ *Sun Belt Water Inc. c. le Gouvernement du Canada, Notice of claim and demand for arbitration*, 12 octobre 1999, en ligne: NAFTA Claims <<http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/Sunbelt/SunBeltNoticeClaimDemandArbitration.pdf>>. Cette affaire n'a pas encore été réglée par les tribunaux de l'*ALÉNA* ; aucune plainte n'a, à ce jour validement été soumise à l'arbitrage. Voir « Poursuites contre le gouvernement du Canada : *Sun Belt Water Inc. c. le Gouvernement du Canada* », en ligne : Affaires étrangères et commerce international Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/dis-disp/Sunbelt.aspx?lang=fr>>.

⁸⁹ *Loi visant la protection des ressources en eau*, L.R.Q. c. P-18.1, art. 1 à 3.

environnementaux des générations actuelles et futures »⁹⁰. Par cette politique, le gouvernement canadien envisage une stratégie de coopération avec les provinces en matière d'eau et il entend « prendre toutes les mesures possibles, dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels, pour interdire l'exportation des eaux canadiennes au moyen de dérivations entre bassins »⁹¹. En 2002, la *Loi du traité des eaux limitrophes internationales*⁹², promulguée par le Canada afin de se conformer au *Traité des eaux limitrophes internationales*⁹³ conclu avec les États-Unis en 1909, a elle aussi été amendée par le gouvernement fédéral : cet amendement interdit le captage et le transfert des eaux limitrophes hors de leur bassin hydrographique⁹⁴.

La pratique étatique témoigne des développements récents en matière de transferts d'eau en vrac. Alors que certains pays ont mis en place des législations nationales afin d'interdire tout transfert, d'autres qui disposent d'importantes ressources en eau ont commencé à effectuer des transferts à grande échelle vers ceux qui en manquent. Nous croyons néanmoins nécessaire de rappeler, tel que nous l'avons souligné, que les perceptions de l'utilité et du fondement de ces opérations varient d'une partie à l'autre; prenons pour exemple la Turquie qui affirme la dimension commerciale des transferts d'eau qui s'effectuent en provenance de son territoire, tandis que l'Afrique du Sud affirme plutôt qu'ils expriment un partage des bénéfices entre son gouvernement et celui du Lesotho. Cette divergence de vues illustre que chaque transfert international d'eau est spécifique et caractérisé par des particularités. Il est donc difficile de définir ces projets, en termes généraux, comme mettant en place des échanges commerciaux ayant pour objet l'eau.

II. Le régime commercial multilatéral de l'OMC et l'eau

Malgré la reconnaissance de la valeur économique de l'eau, la pratique conventionnelle démontre que l'aspect économique de cette ressource naturelle ne prévaut pas sur ses dimensions sociales, environnementales et culturelles. En outre, en matière de transfert d'eau à grande échelle, les États se montrent plutôt réticents à considérer celle-ci en tant que marchandise à laquelle un prix pourrait être attribué.

Or, l'application des accords commerciaux de l'OMC, tels que le *GATT* et l'*AGCS*, ne pourra être omise si cette ressource en vient à être considérée en tant que marchandise ou service par les États. Dans un tel cas de figure, ces deux accords imposeraient des limitations aux échanges et à la gestion de l'eau. Si elle devenait l'objet de transactions commerciales, un État membre de l'OMC qui adopte des mesures qui viseraient à limiter ou à interdire ces transactions à des fins de protection

⁹⁰ Environnement Canada, *Politique fédérale relative aux eaux* (énoncé général de la politique), 1987, en ligne : Environnement Canada <http://www.ec.gc.ca/Water/fr/info/pubs/fedpol/f_fedpol.htm#4>.

⁹¹ *Ibid.*, « Applications précises de la politique; transferts entre bassins », au para.8.

⁹² L.R.C. 1985, c. I-17.

⁹³ *Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les États-Unis (États-Unis et Canada)*, 11 janvier 1909, en ligne : Chambre de commerce du Canada, <<http://www.chamber.ca/cmslib/general/intltraite.pdf>> [*Traité des eaux limitrophes internationales*].

⁹⁴ *Loi modifiant la Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*, L.C. 2001, c. 40, modifiant L.R.C. 1985, c. I-17.

de ses ressources en eau ou de la santé humaine pourrait être considéré comme violant ses obligations en vertu de ces deux accords.

A. Les restrictions imposées par le *GATT* sur l'eau si cette dernière pouvait être considérée comme objet de transactions commerciales

Le *GATT* vise d'une part à réduire les obstacles tarifaires et les restrictions quantitatives aux échanges et, d'autre part, à supprimer toute mesure nationale qui discriminerait les produits nationaux vis-à-vis des produits importés. Les principes de base de cet accord figurent aux articles I, III et XI du *GATT*.

1. LES ARTICLES I, III ET XI DU *GATT*

L'article I du *GATT* prévoit le principe de la nation la plus favorisée, lequel constitue la charpente de tout le système commercial multilatéral. Cette clause énonce que tous les « avantages, faveurs, privilèges ou immunités »⁹⁵ accordés à un produit originaire d'un membre de l'OMC doivent être étendus « immédiatement et sans condition » à tout produit similaire originaire des autres membres de l'OMC. Ainsi, cette disposition interdit toute discrimination entre eux des produits importés en fonction de leur origine. Dans la mesure où le *GATT* pouvait s'appliquer à l'eau, l'État membre de l'OMC qui exporterait de l'eau devrait élargir ses « faveurs » à tout autre partie contractante.

L'article III du *GATT* prévoit le principe du traitement national, d'après lequel les marchandises importées ne doivent pas être traitées de façon moins favorable que les marchandises d'origine nationale. D'après le paragraphe 4 de cette disposition, les produits importés

ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.⁹⁶

Par exemple, un État qui transfère de l'eau à l'intérieur de ses frontières nationales devra adopter la même législation à l'égard de l'eau importée et de l'eau située sur son territoire national.

L'article XI du *GATT*, qui prévoit l'élimination générale des restrictions quantitatives, est une disposition cruciale en matière d'échanges d'eau. En particulier, il prévoit l'interdiction de mettre en place des prohibitions ou des restrictions, autres que des droits de douane, tant à l'exportation qu'à l'importation d'un produit.

⁹⁵ *GATT*, *supra* note 10, art. I.

⁹⁶ *Ibid.*, art. III.

Aux termes du *GATT*, le régime d'importation et d'exportation est caractérisé par des symétries et des asymétries. D'une part, l'article XI : 2) a) prévoit des exceptions à l'interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation. D'autre part, les règles relatives aux mesures tarifaires concernant les exportations sont moins détaillées que celles relatives aux importations. En effet, le *GATT* se concentre surtout sur les mesures affectant les importations de marchandises. Ainsi, la plupart des litiges portés devant un groupe spécial de l'OMC concernent des restrictions quantitatives à l'importation de produits. Rares sont les affaires afférentes à des exportations de marchandises.

Par exemple, dans une affaire de 1988 portée devant l'Organe de règlement des différends (ORD) par les États-Unis contre le Canada, l'objet du différend avait trait à des mesures prises pour interdire l'exportation d'une ressource naturelle, notamment certains types de harengs et de saumons non préparés⁹⁷. Dans le rapport adopté par le Groupe spécial, on lit que

ces prohibitions sont contraires à l'article XI:1 de l'Accord général [le *GATT*], aux termes duquel les parties contractantes n'institueront ou ne maintiendront pas de prohibitions à l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante.⁹⁸

Comme il a déjà été relevé, « dans l'histoire du *GATT* et de l'OMC, l'enjeu principal des discussions sur les restrictions à l'exportation a été la gestion des ressources naturelles »⁹⁹. Ces réflexions formulées par le Secrétariat du *GATT* lors de la crise du pétrole pourraient s'appliquer à un contexte de pénurie d'eau :

Quoi que réserve l'avenir, il est maintenant possible de se représenter concrètement des situations où les restrictions à l'exportation pourraient être un facteur important dans le commerce mondial. Jusqu'ici, toute l'organisation de l'économie internationale s'est fondée sur le postulat qu'il était possible d'assurer le libre-échange en donnant à toutes les nations le droit de vendre à l'étranger; il faudra peut-être, à l'avenir, y ajouter dans certains domaines le droit d'acheter aux autres pays.¹⁰⁰

L'article XI : 1 du *GATT* pourrait avoir un impact significatif sur la gestion de l'eau, un État exportateur d'eau ne pouvant, selon les termes de l'*Accord*, instituer aucun type de prohibition ou de restriction aux transferts d'eau en vrac. D'après le deuxième paragraphe de ce même article, des exceptions ont toutefois été prévues. Selon l'article XI : 2 a), un gouvernement peut maintenir des restrictions quantitatives à l'exportation « pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits

⁹⁷ *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés (Plainte des États-Unis)* (1988) *GATT Doc. BISD 35S/98*, au para 4.1, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/gt47ds_f.htm>.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Cossy, *supra* note 59 à la p. 186.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 187.

alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ».

L'article XI : 2 : a) n'a jamais été interprété dans un litige soumis à l'ORD. Cette exception prévue à l'article XI du *GATT* pourrait être invoquée dans un litige relatif à des restrictions quantitatives à l'exportation d'eau. Dans certaines circonstances, comme par exemple une sécheresse, une contamination de l'eau causée par un accident industriel, une catastrophe naturelle ou un autre cas d'urgence, des restrictions pourraient être justifiées au sens de l'article XI : 2 a). Cependant, ces mesures doivent être temporaires et elles doivent « prévenir une situation critique ».

2. L'ARTICLE XX DU *GATT*

L'analyse des articles I, III et XI du *GATT* démontre l'impact que ces dispositions pourraient avoir sur la gestion de l'eau. Cet accord prévoit toutefois à son article XX qu'un État puisse, sous certaines conditions, mettre en œuvre des mesures nationales qui seraient incompatibles avec d'autres de ses dispositions.

L'article XX du *GATT* prévoit plusieurs exceptions, énumérées aux paragraphes a) à j) de cette disposition. Dans le domaine de l'eau, les deux exceptions les plus pertinentes sont celles contenues aux paragraphes b) et g). Au titre du paragraphe b), un État peut maintenir une mesure incompatible avec d'autres dispositions de l'*Accord* si cette mesure est « nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». En outre, un État qui veut justifier une interdiction d'exportation d'eau pourrait peut-être invoquer le paragraphe g) selon lequel un État peut prendre des mesures « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales »¹⁰¹.

Pour qu'une mesure adoptée par un État soit justifiée au regard de l'article XX, il est nécessaire d'analyser si elle répond aux exigences du paragraphe introductif de cette disposition. Ce paragraphe introductif (communément désigné sous le terme « chapeau ») prévoit que les mesures nationales ne doivent pas constituer « soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international »¹⁰². Selon l'Organe d'appel de l'OMC, le préambule de l'article XX s'applique « non pas tant à la mesure en cause ou à sa teneur spécifique proprement dite, mais plutôt dans la manière dont cette mesure est appliquée »¹⁰³. Il précise que « le but et l'objet des clauses introductives de l'article XX est de prévenir "l'abus des exceptions énumérées" » à l'article XX du *GATT*¹⁰⁴. L'évaluation de la conformité d'une mesure avec le chapeau de l'article XX est étroitement liée aux faits à l'origine d'un litige, et

¹⁰¹ *GATT*, *supra* note 10, art. XX g).

¹⁰² *Ibid.*, art. XX.

¹⁰³ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R, à la p. 22 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 28.

les groupes spéciaux ainsi que l'Organe d'appel de l'OMC bénéficient d'un pouvoir d'appréciation large. Il est donc difficile de prévoir quelles seraient leurs conclusions dans un litige relatif à l'eau.

L'article XX de la *GATT* a été invoqué dans des litiges soumis à l'ORD pour des mesures qui visaient la protection de la santé humaine ou la préservation des animaux. La jurisprudence du mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être utile pour déterminer si une mesure est « nécessaire » au titre de l'article XX b). Par exemple, dans l'affaire *Coré – Mesures affectant les importations de viande de bœuf frais, réfrigéré et congelé* de 2000, l'Organe d'appel, analysant le mot « nécessaire » au titre de l'article XX d) de la *GATT*, n'a pas limité son analyse à la signification de la notion de mesure « indispensable », mais il a étendu ses conclusions à la signification du terme « favoriser »¹⁰⁵. À ce sujet, il a observé que « la portée du mot “nécessaire” n'[était] pas limitée à ce qui [était] “indispensable”, “d'une nécessité absolue” ou “inévitable” », affirmant au contraire que « d'autres mesures [pouvaient] elles aussi ressortir à cette exception »¹⁰⁶. D'ailleurs, il indiqua à cette occasion qu'afin de déterminer si une mesure nationale était « nécessaire », il devait être tenu compte des « intérêts communs » et des « valeurs communes » poursuivis par cet acte¹⁰⁷. En particulier, « plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la “nécessité” d'une mesure conçue comme un instrument d'application »¹⁰⁸.

Le raisonnement suivi par l'Organe d'appel pour identifier le contenu du mot « nécessaire » au titre de l'article XX d) de la *GATT*, peut être utilisé pour définir si une mesure est « nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux »¹⁰⁹ [Nos italiques]. Les mesures de protection et de conservation de l'eau se placent au rang des intérêts communs et valeurs communes, tels que mentionnés par l'Organe d'appel.

Malgré le fait que l'article XX b) ait été invoqué dans ces litiges relativement à des mesures de restrictions à l'importation des marchandises, il pourrait aussi être invoqué dans le cadre des mesures concernant des restrictions à l'exportation de marchandise. Un État pourrait ainsi soutenir avoir pris des mesures de restriction à l'exportation d'eau pour des fins environnementales et de protection des écosystèmes des ressources en eau, mesures visant à protéger la santé humaine et la préservation de la flore et de la faune.

La jurisprudence de l'ORD est également très utile pour interpréter le paragraphe g) de l'article XX, en particulier la notion de « ressource naturelle épuisable ». Selon celle-ci, cette notion recouvre des ressources « renouvelables »

¹⁰⁵ *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf frais, réfrigéré et congelé (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS161/AB/R au para 161 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.* au para 164.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para 162. Voir aussi *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC. Doc. WT/DS135/AB/R au n° 172 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁰⁹ *GATT*, *supra* note 10, art. XX b).

comme le thon, le saumon ou les tortues marines. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹¹⁰, l'Organe d'appel considéra que l'expression « ressources naturelles épuisables » devait être analysée « à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et conservation de l'environnement »¹¹¹. Il releva également que les membres de l'OMC, en incluant le « développement durable » en tant qu'objectif poursuivi par l'Organisation dans le préambule de l'*Accord de Marrakech*¹¹², avaient montré qu'ils étaient « conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale »¹¹³. L'Organe d'appel ajouta que « [l]es ressources biologiques [étaient] toutes aussi "limitées" que le pétrole, le minerai de fer et les autres ressources non biologiques », et que, ce faisant, même des ressources vivantes en principe renouvelables pouvaient dans certaines circonstances « se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines »¹¹⁴. Dans une autre affaire¹¹⁵, le Groupe spécial considéra que l'air était une ressource naturelle épuisable puisqu'il pouvait être épuisé par des polluants¹¹⁶. Les prélèvements d'eau, la pollution et les dérivations peuvent altérer le cycle de l'eau et diminuer la quantité disponible de cette ressource. Ainsi, l'eau pourrait être considérée comme une « ressource naturelle épuisable » aux termes de l'article XX g).

B. Les restrictions imposées par l'AGCS sur l'eau si cette dernière pouvait être considérée comme un service

1. LA STRUCTURE GÉNÉRALE DE L'ACCORD ET L'EAU

L'eau n'est pas spécifiquement mentionnée dans l'AGCS, accord cadre auquel les membres de l'OMC sont invités à donner une portée concrète à travers des négociations multilatérales¹¹⁷. Le champ d'application de cet accord est défini à son article I : 1, qui prévoit que l'AGCS s'applique aux « mesures qui affectent le commerce des services ». En outre, le terme « services » comprend « tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » (article I : 3 b). Il n'existe donc aucune exception *per se* à la

¹¹⁰ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de la Malaisie)* (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Crevettes*].

¹¹¹ *Ibid.* au n° 129.

¹¹² *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord de Marrakech*].

¹¹³ *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 110 au n° 129.

¹¹⁴ *Ibid.* au n° 128.

¹¹⁵ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/R (Rapport du Groupe spécial).

¹¹⁶ *Ibid.* au n° 6.37.

¹¹⁷ Dominique Carreau et Patrick Julliard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz-Sirey, 2005 à la p. 281.

portée matérielle de l'AGCS¹¹⁸. De plus, les *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services*¹¹⁹ prévoient qu'« aucun secteur de service ni mode de fourniture ne sera exclu *a priori* ». L'un des buts de l'AGCS est d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue « de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive »¹²⁰.

L'OMC prévoit deux méthodes de classification des services : le *Provisional Central Product Classification of Product Classification (CPC Prov)*¹²¹ ainsi que la *Classification sectorielle des services* de 1991 (*W/120*)¹²². Cette dernière est considérée comme étant une version simplifiée du *CPC Prov* : douze secteurs de services sont répertoriés, divisés en cent soixante sous-secteurs, indiquant pour chacun le numéro *CPC Prov* correspondant. Le dernier secteur est un « *catch-all* », qui se réfère aux services qui ne sont pas énumérés ailleurs. Il est nécessaire de souligner que le *W/120* n'est pas obligatoire – c'est-à-dire que les Membres ne sont pas liés par la classification sectorielle qu'il propose. Le *W/120* sert de base de négociations et il est donc sujet à modification. Les Membres ne seront liés que par les secteurs pour lesquels ils se sont engagés avec le numéro *CPC Prov* correspondant, et suivant les conditions et les limites de leurs engagements, tels qu'ils sont détaillés dans leurs « Listes » respectives.

L'aspect dynamique de l'AGCS opère par le biais des « engagements spécifiques » entrepris par les Membres et manifestés dans la Liste de chacun d'eux¹²³. Les engagements spécifiques sont les garanties offertes par les Membres aux fournisseurs de services étrangers. Ils régissent les conditions d'accès aux marchés et de concurrence vis-à-vis des fournisseurs domestiques¹²⁴. Les Membres disposent d'une grande latitude lorsqu'ils contractent des engagements spécifiques – ils peuvent choisir et définir les secteurs, et choisir les méthodes de fourniture de services.

Les Listes précisent les restrictions applicables au commerce des services quant à leurs divers modes de fourniture en ce qui concerne deux clauses particulières : l'accès aux marchés et le traitement national¹²⁵. Ces deux clauses ne

¹¹⁸ *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte de l'Équateur et al.)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/R/ECU au para 7.285 (Rapport du Groupe spécial, *Plainte de l'Équateur*) [*CE – Bananes III*]. Voir aussi : Carreau et Julliard, *ibid.* à la p. 282.

¹¹⁹ OMC, Conseil du commerce des services, *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services* (2001), OMC Doc. S/L/93, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/pres01_f/pr217_f.htm>.

¹²⁰ *AGCS*, *supra* note 11, préambule.

¹²¹ Département des affaires économiques et sociales des Nations unies (DESA), Division de statistique, *Provisional Central Product Classification*, Doc. off DESA NU, Doc. NU E.91.XVII.7 (1991).

¹²² OMC, Note du Secrétariat, « Classification Sectorielle des Services », OMC Doc. MTN.GNS/W/120, en ligne : OMC <http://www.wto.org/French/tratop_f/serv_f/serv_f.htm01>.

¹²³ « Chaque Membre indiquera dans une liste les engagements spécifiques qu'il contracte au titre de la Partie III du présent accord ». *AGCS*, *supra* note 11, art. XX : 1.

¹²⁴ *Ibid.*, art. XVI, XVII; Cossy, *supra* note 59 à la p. 120. Les listes d'engagements spécifiques sont annexées à l'AGCS et en font partie intégrante (art. XX : 3).

¹²⁵ *AGCS*, *supra* note 11, art. XVI, XVII; Carreau et Julliard, *supra* note 117 à la p. 300.

créent pas d'obligations générales sous l'AGCS, et ne sont applicables que dans les secteurs visés et seulement lorsque les Membres ont contracté des engagements spécifiques. D'autre part, les Membres peuvent déroger à leurs engagements, par exemple pour des raisons de santé, de moralité ou d'ordre public (article XIV).

Lorsque les Membres n'ont pas signifié d'engagements spécifiques, les obligations générales de l'AGCS s'appliquent. Il s'agit notamment du « traitement de la nation la plus favorisée », qui prévoit l'obligation des Membres de traiter tous les autres Membres sur un pied d'égalité, ainsi que de l'obligation de transparence.

Le *W/120* n'énumère aucun secteur ou sous-secteur particulier pour la distribution de l'eau potable, et aucun Membre n'a, jusqu'à aujourd'hui, pris d'engagement à cet égard. En fait, la question de savoir s'il faudrait y inclure une mention explicite est peut-être l'un des éléments les plus contentieux des négociations entourant l'AGCS et de celles relatives aux biens et services environnementaux, étant donné que des Membres ont proposé l'inclusion, dans ces derniers, des services de l'eau.

L'eau est absente du système de classification, et les Membres n'ont pas contracté d'engagements spécifiques à l'égard de la distribution de l'eau. Néanmoins, certaines activités liées à l'eau sont incluses dans des secteurs déjà classifiés et pour lesquelles les Membres ont déjà pris des engagements. Par exemple, trente Membres ont contracté des engagements spécifiques à l'égard des services de voirie (sous-secteur du secteur sur les services environnementaux), parmi lesquels vingt ont assuré l'accès aux marchés et le traitement national aux fournisseurs étrangers¹²⁶. Notons que les services de voirie incluent les services d'évacuation, de traitement et d'élimination des eaux usées. D'autre part, quarante et un Membres ont contracté des engagements spécifiques à l'égard de travaux de construction, de réparation et de transformation de canalisation d'égouts (sous-secteurs du secteur de travaux d'entreprises générales de construction d'ouvrages de génie civil), parmi lesquels vingt-neuf ont assuré l'accès aux marchés et le traitement national aux fournisseurs étrangers. Toutefois, même si l'inclusion de l'eau dans un système de classification n'est pas indispensable, il a été souligné que

*including an explicit reference to water distribution may have an impact on the dynamics of the multilateral services negotiations, because governments are inclined to follow classification instruments, in particular the WTO W/120. Hence, identifying water distribution may facilitate requests and prompt specific commitments.*¹²⁷

À cet égard, les Membres peuvent poursuivre leurs négociations sur la question de la classification de l'eau. Cela inclut notamment : les services de captage, de purification et de distribution; les services d'assainissement et de gestion des déchets; les services concernant la protection de l'air, du climat et de l'eau; ainsi que

¹²⁶ Rapport UNISFÉRA, aux pp. 12 à 13.

¹²⁷ Cossy, *supra* note 59 aux pp. 124 à 125.

les services concernant la protection de la biodiversité. Toutefois, les négociations sur cette question sont hautement politisées et complexes, car le débat sur l'eau en tant que service est ponctué par des mésententes à plusieurs niveaux : est-ce que les services d'eau devraient être sujets au commerce? Comment garantir une distribution d'eau potable à toute la population à un prix abordable, étant donné que le droit à l'eau a été reconnu comme un droit humain indispensable à la poursuite d'une vie en digne¹²⁸? Quels sont les méthodes les plus appropriées afin de gérer les ressources en eau? Tels que nous allons l'aborder, certains États ont, dans le contexte des négociations relatives aux biens et services environnementaux, rappelé le droit de sauvegarder leurs objectifs de politique générale publique, tels que le service universel et la qualité du service fourni. Indéniablement, ces questions, surtout lorsque posées dans le cadre d'un accord multilatéral sur le commerce, révèlent un débat sur la relation recherchée, voire voulue, entre les secteurs publics et privés dans le domaine de l'eau.

2. LA « PRIVATISATION » DE L'EAU ET L'AGCS

Étant donné la classification traditionnelle de l'eau en tant que bien et service publics, lorsqu'on tente d'inclure l'eau dans le cadre d'un accord multilatéral sur le commerce tel l'AGCS, la question qui se pose est celle de savoir si un tel accord favorise la privatisation, remettant ainsi en question le statut de l'eau comme un bien et un service public¹²⁹. Si oui, quelles sont les conséquences d'une telle tendance? Il a été avancé que la vraie question de la privatisation de l'eau et du rôle de l'AGCS était axée sur le *contrôle* des services de l'eau et le droit à l'usage de ceux-ci, plutôt que sur leur droit de propriété¹³⁰.

L'AGCS ne fait aucune mention du terme « privatisation », et certains auteurs ont donc fait cas de l'apparente neutralité de cet accord face à la question de la privatisation des services¹³¹. L'AGCS n'exige pas que les fournisseurs de services soient publics ou privés : son article XXVIII n'indique aucune préférence à cet égard¹³². Nonobstant cela, les opposants à la privatisation des services de l'eau¹³³ soulèvent que le cadre de l'AGCS, et plus particulièrement ses dispositions concernant les fournisseurs monopolistiques de services, l'accès aux marchés et le traitement

¹²⁸ Voir *Observation générale n°15*, *supra* note 18.

¹²⁹ La notion de privatisation est définie comme le « *transfert of the production, distribution, or management of water or water services from public entities into private hands* ». Gleick *et al.*, *supra* note 17 à la p. 3.

¹³⁰ Cossy, *supra* note 59 aux pp. 136 à 137.

¹³¹ *Ibid.* à la p. 125.

¹³² L'article XXVIII g) de l'AGCS dispose que « l'expression "fournisseur de services" s'entend de toute personne [physique ou morale] qui fournit un service », et une « personne morale » au sens de l'AGCS peut être constituée à des fins lucratifs ou non et détenue (ce qui implique la détention de plus 50% du capital social) soit par le secteur public, soit par le secteur privé (art. XXVIII l)).

¹³³ À titre d'exemple, voir Elizabeth Tuerk *et al.*, *GATS and Water : Retaining Policy Space to Serve the Poor*, Washington D.C., Center for International Environmental Law Brief, 2003 à la p. 19.

national, tout comme celles qui concernent la réglementation interne, encouragent la privatisation. Nous examinerons tour à tour ces arguments¹³⁴.

a) *Fournisseurs monopolistiques de service*

L'article VIII de l'AGCS permet à chaque Membre d'accepter l'existence de fournisseurs monopolistiques de services sur son territoire, pourvu que ces fournisseurs n'agissent pas d'une manière incompatible avec les obligations de l'État membre concernant le traitement de la nation la plus favorisée et les engagements spécifiques de ce dernier. Un « fournisseur monopolistique de services » s'entend de toute personne, publique ou privée, qui, sur le marché pertinent du territoire d'un Membre, est *agréé* ou *établi formellement* ou *dans les faits* par ce Membre comme étant le fournisseur exclusif de ce service (article XXVIII h). Par cette disposition, l'AGCS permet donc à un Membre de conserver la fourniture d'un service donné dans le secteur public. Advenant cette éventualité, il semble que ce Membre doive s'abstenir de contracter des engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS¹³⁵. Cet article, en prévenant des situations d'abus de pouvoir dont pourrait bénéficier le fournisseur monopolistique à l'égard d'autres fournisseurs potentiels, cherche à favoriser la concurrence.

Toutefois, la question n'est pas aussi évidente lorsqu'on traite des monopoles « naturels », tels que ceux relatifs aux services de l'eau. Un monopole naturel existe lorsque les particularités économiques et/ou technologiques d'un secteur imposent une limite sur le nombre de fournisseurs de services dans un marché quelconque¹³⁶. Par exemple, dans le secteur des chemins de fer, le nombre limité de fournisseurs repose sur des considérations de nature géographique et pratiques, ce nombre limité étant la seule option économiquement réalisable. En outre, les monopoles naturels dans le domaine de l'eau sont courants, puisque les services de l'eau s'appuient souvent sur des infrastructures coûteuses. Ceci dit, la privatisation de l'eau pourrait, en certaines circonstances, mener à la substitution d'un fournisseur public par un fournisseur privé plutôt qu'à une situation de concurrence. Cossy souligne que : « *What may be at stake, then, is perhaps less the need to protect commercial operators than to ensure that the interests of consumers are defended against potential abuses from private enterprise operating in a non-competitive environment* »¹³⁷.

b) *L'accès aux marchés et le traitement national*

Le principe de l'accès aux marchés n'est pas une obligation générale prévue par l'AGCS. Dans les secteurs où des engagements spécifiques en matière d'accès aux

¹³⁴ Cette articulation de la discussion sur la privatisation reprend l'approche de Mireille Cossy, *supra* note 59.

¹³⁵ *Ibid.* à la p. 127.

¹³⁶ Tuerk *et al.*, *supra* note 133 à la p. 8.

¹³⁷ Cossy, *supra* note 59 à la p. 128.

marchés ont été contractés par les Membres, l'article XVI : 2 de cet accord prévoit certaines limites aux mesures que les États parties peuvent adopter dans le but de favoriser cet accès. Par exemple, aucun Membre ayant contracté un engagement spécifique au sujet de l'accès à ses marchés ne peut limiter le nombre de fournisseurs de services, ou la valeur totale des transactions ou des avoirs en rapport avec ces services¹³⁸. De plus, un gouvernement ne peut pas garantir qu'une proportion de la fourniture de services demeure publique, ni limiter les investissements étrangers au cours d'un processus de privatisation¹³⁹.

De son côté, le principe du « traitement national » – qui n'est pas non plus une obligation générale – empêche les États d'accorder un traitement préférentiel aux fournisseurs nationaux. L'article XVII : 1 de l'AGCS prévoit que « chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre [...] un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ». Cette disposition fait ainsi référence à la notion de « similarité » des services et des fournisseurs de services.

Dans son rapport relatif à l'affaire de *Communautés Européennes – Bananes III*, le Groupe spécial a indiqué que, dans la mesure où des entreprises fournissaient des services similaires, elles seraient considérées comme des fournisseurs de services similaires¹⁴⁰. Dans ce rapport, le Groupe spécial ne définit pas les caractéristiques du fournisseur de services, mais il sembla néanmoins établir que dans l'éventualité où un fournisseur étranger de services d'eau était considéré comme « similaire » à un fournisseur national, un Membre serait tenu d'accorder un traitement identique aux deux. Dans le domaine des services publics, tels que l'eau, ce traitement pourrait avoir des implications sur les subventions¹⁴¹ : en particulier, l'octroi de subventions aux fournisseurs publics nationaux pourrait être considéré comme contraire au traitement national, dans un contexte où les autres fournisseurs étaient exclusivement étrangers. Une telle situation est en effet assez fréquente dans les pays en voie de développement¹⁴².

Si ces principes peuvent sembler encourager la privatisation, il semble important de souligner que les engagements spécifiques réalisés par le biais des Listes des États membres pourraient contribuer à clarifier les doutes relatifs à la relation entre l'eau et les normes de l'AGCS concernant l'accès aux marchés et au traitement national.

¹³⁸ AGCS, *supra* note 11, art. XVI.

¹³⁹ *Ibid.*, art. XVI : 2 f).

¹⁴⁰ CE – *Bananes III*, *supra* note 118 au n° 7.322.

¹⁴¹ Krajewski, *supra* note 23 à la p. 361.

¹⁴² Rapport UNISFÉRA, *supra* note 126 aux pp. 14 à 15.

c) *Réglementation interne*

L'article VI de l'AGCS contient des dispositions relatives à la réglementation intérieure (par exemple en matière de normes techniques ou de prescriptions en matière de licence) des Membres à l'égard des engagements spécifiques qu'ils ont pris. Bien qu'aucun engagement spécifique à l'égard de la distribution de l'eau n'ait encore été contracté, cette disposition pourrait avoir un impact sur des négociations futures à propos des services de l'eau. Ces normes ou prescriptions sont choses courantes dans les réglementations encadrant la construction des infrastructures d'eau potable et leur utilisation¹⁴³. À ce sujet, il faut souligner que l'AGCS prévoit que toute norme technique ou prescription en matière de licence doit être soumise à un test de nécessité. Par cette dernière expression, l'Accord indique que de telles normes ou prescriptions doivent être fondées sur des critères objectifs et transparents, telle que la compétence. En particulier, ces critères ne doivent pas être plus rigoureux que ce qui est nécessaire pour assurer la qualité du service. D'ailleurs, dans le cas des procédures de licences, de tels mécanismes ne doivent pas constituer en soi une restriction à la fourniture d'un service¹⁴⁴. Si ces normes semblent pouvoir imposer des limites significatives aux politiques nationales de gestion de l'eau, il est encore difficile d'évaluer leur impact concret sur la mise en œuvre de l'AGCS ainsi que leur relation avec des concepts aussi vastes que la privatisation et la commercialisation de l'eau.

3. UN RÔLE POUR LE SECTEUR PUBLIC?

La question de la relation entre l'AGCS et le secteur public se situe parmi les plus problématiques et contestées de l'OMC. Il s'agit ainsi de déterminer quelles sont les limites fixées par cet accord si les États souhaitent que la fourniture de l'eau soit publique, ou encore s'ils veulent retenir un certain niveau de contrôle sur la fourniture privée de l'eau. À ce propos, il faut souligner qu'il est fait mention dans le préambule de l'AGCS du « droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale »¹⁴⁵.

Le même accord prévoit à son article I : 3 b) l'exclusion des « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »¹⁴⁶. Le contenu de cette expression n'est toutefois pas clair et les rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel ne sont d'aucune aide, aucune affaire relative à cette disposition n'ayant été portée, jusqu'à présent, devant l'ORD. L'AGCS n'utilise pas les termes « service public » ou « service d'intérêt général »¹⁴⁷. Comme il a déjà été remarqué par Krajewski, il serait nécessaire de décortiquer la définition de « pouvoir

¹⁴³ *Ibid.* à la p. 18.

¹⁴⁴ AGCS, *supra* note 11 aux art. VI : 4, VI : 5 a).

¹⁴⁵ *Ibid.*, préambule.

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. I : 3 b).

¹⁴⁷ Toutefois, l'AGCS définit l'expression « mesures des Membres qui affectent le commerce des services » comme incluant « l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont ces Membres exigent qu'ils soient offerts au public en général. ». *Ibid.*, art. XXVIII c) ii).

gouvernemental »¹⁴⁸. Dans cette notion, on devrait distinguer les actes d'autorité de l'État en tant que gouvernement de ses actes de gestion, en tant qu'acteur économique. Ces derniers semblent reposer sur une relation égale entre les citoyens et l'État, et ils tirent leurs règles du droit privé.

Les positions doctrinales à l'égard de l'interprétation à donner à l'article I : 3 b) de l'AGCS démontrent la difficulté de déterminer la signification juridique de la relation entre « services publics » et « pouvoir gouvernemental ». Tel qu'il le fut déjà souligné par des auteurs, les concepts de « services publics » et de « pouvoir gouvernemental » ne doivent pas être interprétés comme étant synonymes ; en effet, ces deux notions pourraient prendre différentes colorations fondées sur le degré de l'engagement étatique dans la fourniture du service¹⁴⁹. La nature publique d'un service se fonde sur un intérêt général manifesté par la garantie d'accès à ce service sans discrimination et à un prix raisonnable.

L'article I : 3 c) de l'AGCS prévoit que les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sont « tous les services qui [ne] sont fournis ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs ». À la lumière de cette disposition, on peut donc se demander si l'article I : 3 c) propose une définition exhaustive ou s'il ne serait pas nécessaire de prendre en compte la nature *publique* d'un service dans la notion de « pouvoir gouvernemental ». La majorité des auteurs semble indiquer *qu'au sens de l'AGCS*, les qualités non-commerciale et non-concurrentielle du service sont les indicateurs d'un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. Mireille Cossy a proposé l'idée selon laquelle les services « fournis sur une base commerciale » sont ceux qui le sont « à but lucratif »¹⁵⁰. Quant à la deuxième condition relative à « la concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs », il semble qu'elle soit difficilement applicable aux services de l'eau, car la fourniture de cette ressource est souvent faite par voie de monopole naturel. En effet, ce dernier concept rejette, de par sa nature, la possibilité de concurrence.

Un autre moyen pour sauvegarder le rôle de l'État dans le cadre de l'AGCS repose sur la possibilité pour les Membres de limiter leurs engagements spécifiques en « découpant » certains secteurs et sous-secteurs de service du champ l'application de cet accord. Par la limitation de leurs engagements, les États membres de l'AGCS peuvent ainsi réserver certains secteurs au domaine public. Par exemple, l'annexe des Communautés européennes (CE) octroie aux autorités publiques le contrôle à l'égard de « services considérés comme étant les entreprises de services publics au niveau national ou régional » : par cet énoncé, les CE retiennent ainsi le droit de définir quels services peuvent être considérés comme étant des entreprises de service public. De plus, selon l'annexe des CE, la qualification des entreprises de services comme étant publiques prend appui sur la *nature* du service, et non sur l'entité de l'entreprise¹⁵¹.

¹⁴⁸ Krajewski, *supra* note 23 à la p. 350.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Cossy, *supra* note 59 à la p. 126.

¹⁵¹ Pour d'autres exemples de limitations aux engagements spécifiques, voir Tuerk *et al.*, *supra* note 133 à la p. 5 : « Nordic/Swiss approach ».

Un autre enjeu relatif à la mise en œuvre de l'AGCS a trait aux subventions. À cet égard, la plupart des États membres ont inclus dans leur Liste une limitation horizontale au traitement national pour les subventions aux fournisseurs publics. L'AGCS donne des possibilités, bien que limitées, pour sauvegarder le rôle du secteur public dans la fourniture des services tels que ceux associés à l'eau. Dans ce cadre, il apparaît toutefois qu'il incombe aux États membres de bien définir, circonscrire et limiter leurs engagements spécifiques afin de retenir un certain niveau de contrôle public sur les services d'une ressource indispensable comme l'eau.

C. Une porte d'entrée spécifique pour l'eau au sein de l'OMC : les biens et les services environnementaux

Le concept de biens et services environnementaux se retrouve dans la pratique de certaines organisations internationales telles que l'OCDE et le forum de Coopération économique Asie-Pacifique (APEC). Dans le cadre de l'OMC, cette notion joue un rôle depuis la *Déclaration de Doha* qui, à son paragraphe 31 iii), a convenu de négociations concernant « la réduction ou, selon qu'il [serait] approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux »¹⁵².

Les travaux de l'OCDE fournissent certains éléments dans la définition de ces biens et services. Selon le manuel OCDE/EUROSTAT, l'industrie de l'environnement comprend

les activités qui produisent des biens et des services servant à mesurer, prévenir, limiter ou corriger les atteintes à l'environnement, telles que la pollution de l'eau, de l'air et du sol, ainsi que les problèmes liés aux déchets, au bruit et aux écosystèmes. Cette industrie comprend les technologies, les procédés, les produits et les services qui réduisent les risques pour l'environnement, minimisent la pollution et économisent les ressources.¹⁵³

Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC (CCE) est chargé d'identifier les catégories de biens et services environnementaux qui devraient faire l'objet de la réduction des obstacles tarifaires. À ce sujet, les négociations entre les États afin de définir ces biens se révèlent particulièrement difficiles. À ce propos, il est intéressant de mentionner que le CCE a suggéré aux États de fournir des exemples pratiques quant aux biens et services qu'ils désireraient inclure dans cette catégorie. Dans le cadre de ces négociations, il a été mis en relief qu'il faudra tenir compte des intérêts des pays en développement dans l'identification de cette catégorie de biens et

¹⁵² *Déclaration de Doha*, supra note 12 au para. 31 iii).

¹⁵³ Cette définition est donnée dans : OMC, Comité du commerce et de l'environnement (CCE), *Communication du Secrétariat de l'OCDE sur les travaux de l'OCDE relatifs aux biens et services environnementaux à la réunion de la session extraordinaire du Comité du commerce et de l'environnement des 12 et 13 octobre 2004*, OMC Doc. TN/TE/INF/8 (2004).

services, de façon à améliorer le transfert de technologies vers ceux-ci en la matière¹⁵⁴.

Quelques États membres de l'OMC ont proposé d'inclure certaines activités reliées à l'eau, telles que le captage, la distribution et la gestion des eaux usées dans la définition des biens et services environnementaux¹⁵⁵. Tout en reconnaissant que la libéralisation pouvait favoriser un développement durable, les Membres ont toutefois rappelé le droit de réglementer l'accès à leurs ressources naturelles et de sauvegarder leurs objectifs de politique générale publique¹⁵⁶. Les États qui se sont prononcés en faveur de l'inclusion de l'eau dans la définition des biens et services environnementaux ont souligné le caractère particulier de l'eau du point de vue humain en insistant sur le besoin d'assurer l'accès à l'eau et, du point de vue environnemental, en mettant en exergue la protection environnementale nécessaire de cette ressource¹⁵⁷.

Du fait que les négociations n'ont pas encore abouti eu égard à l'identification de ces biens et services, il est difficile de tirer des conclusions à ce sujet. Il faut toutefois mentionner que l'inclusion de certaines catégories relatives à l'eau dans la classification des biens et services environnementaux ainsi que l'affirmation du caractère particulier de cette ressource naturelle par les États membres de l'OMC pourront contribuer à déterminer si l'eau a une place dans le régime commercial international.

* * *

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Voir OMC, CCE, *Accès aux marchés pour les biens environnementaux – communication des Communautés européennes*, OMC Doc. TN/TE/W/47 (2005) et OMC, CCE, *Accès aux marchés pour les biens environnementaux – addendum des Communautés européennes*, OMC Doc. TN/TE/W/47/Add.1 (2005); OMC, CCE, *Biens environnementaux – communication de la Nouvelle-Zélande*, OMC Doc. TN/TE/W/46 (2005). Voir *supra* pour les implications de cette inclusion à l'égard de l'AGCS.

¹⁵⁶ OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport conjoint sur la discussion informelle concernant les services environnementaux dans le contexte du PDD – communication de l'Australie, des Communautés européennes, des États-Unis, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, et du territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu*, OMC Doc. TN/S/W/28 (2005).

¹⁵⁷ Il doit être souligné que dans le préambule de l'*Accord de Marrakech* (*supra* note 112), les membres de l'OMC ont affirmé que « leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie [...] tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». (*Accord de Marrakech*, *supra* note 112, préambule). En outre, adoptée lors de la quatrième conférence ministérielle, la *Déclaration de Doha* édicte : « Nous réaffirmons avec force notre engagement en faveur de l'objectif du développement durable, tel qu'il est énoncé dans le Préambule de l'Accord de Marrakech. Nous sommes convaincus que les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement ». (*Déclaration de Doha*, *supra* note 12 au para. 6).

La question de l'eau n'a pas encore été l'objet d'une véritable attention au sein du régime commercial de l'OMC. Cependant, dans le cadre de l'ALÉNA, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont explicitement adressé la question de l'eau en relation avec cet accord de libre-échange. Concernant l'application de l'ALÉNA à l'eau, ces trois gouvernements ont décrété ce qui suit en 1993 :

*L'ALÉNA ne crée aucun droit aux ressources en eau naturelle de l'une ou l'autre Partie. [...] L'eau qui se trouve à l'état naturel dans les lacs, les rivières, les réservoirs, les aquifères, les bassins hydrographiques, etc. n'est ni une marchandise ni un produit, ne se vend pas dans le commerce et, par conséquent, n'est pas et n'a jamais été visée par les conditions d'un accord commercial quel qu'il soit.*¹⁵⁸

En outre, dans son rapport de 2000 sur la protection des eaux des Grands Lacs, la Commission mixte internationale entre le Canada et les États-Unis (instituée par le *Traité des eaux limitrophes internationales*¹⁵⁹) a réaffirmé que l'eau n'était pas un produit ou une marchandise dans son état naturel, notant toutefois que lorsqu'elle était « captée » et faisait l'objet d'un commerce, elle pouvait être soumise à des obligations en vertu du *GATT* et de l'ALÉNA¹⁶⁰.

Il convient de préciser que la relation entre l'eau et l'OMC doit être analysée dans le contexte du rôle accru du secteur privé dans le domaine des services en eau. Les années quatre-vingt-dix ont été caractérisées par une vague de privatisations dans plusieurs domaines, y compris celui de l'eau; un grand nombre de contrats de concession ayant été conclus par les États avec des compagnies privées afin d'assurer sa distribution. En même temps, le nombre de traités bilatéraux d'investissement destinés à protéger l'investisseur étranger a également augmenté. Les questions relatives à la privatisation des secteurs publics de l'eau relèvent en partie du droit international des investissements. Au cours de la dernière décennie, les différends relatifs aux investissements en rapport avec l'eau sont devenus fréquents dans la pratique de l'arbitrage international au sein du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI)¹⁶¹.

¹⁵⁸ *Déclaration des gouvernements du Canada, des États-Unis et du Mexique sur les ressources en eau et l'ALÉNA*, 1993, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/EB/prb995-f.htm>>.

¹⁵⁹ *Supra*, note 93.

¹⁶⁰ Commission mixte internationale (CMI), *Rapport final sur la protection des eaux des Grands Lacs présenté aux gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique*, 2000, en ligne : CMI <<http://www.ijc.org/rel/boards/cde/finalreport/rapportfinal.html>>.

¹⁶¹ Voir *Aguas Provinciales de Santa Fe (S.A.)*, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona (S.A.) et Interagua Servicios Integrales de Agua (S.A.) c. Argentine* (2006), Décision sur la compétence, affaire n° ARB/03/17 (Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI)), en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_En&caseId=C19>; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania* (2006), 46 I.L.M. 15 (CIRDI); *Azurix Corporation c. Argentine* (2006), affaire n° ARB/01/12 (CIRDI), en ligne : <http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_azurix_argentina_july.pdf>.

Par opposition à l'*ALÉNA*, qui prévoit la protection des droits des investisseurs¹⁶², il n'y a pas encore d'accord relatif aux investissements dans le cadre de l'OMC. L'*AGCS* traite cependant de l'investissement étranger dans les services, qui est l'un des quatre modes de fourniture de services qui y sont prévus, et l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord relatif aux MIC)*¹⁶³ porte sur le traitement national à l'égard des produits importés et sur l'élimination générale des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation¹⁶⁴. Ce dernier accord se fonde sur les disciplines énoncées dans le *GATT* au sujet du commerce des marchandises. À ce propos, dans l'affaire *CE – Bananes III*, le Groupe spécial a affirmé que l'*Accord relatif aux MIC*

[interprétait] et [précisait], pour l'essentiel, les dispositions de l'article III (ainsi que celles de l'article XI) [du *GATT*] pour ce qui [était] des mesures concernant les investissements et liées au commerce. En conséquence, l'*Accord sur les MIC* n'augmente ni n'affaiblit les obligations découlant du *GATT*, bien qu'il précise que l'article III : 4 peut s'appliquer aux mesures concernant les investissements.¹⁶⁵

L'analyse de la relation entre l'OMC et l'eau doit tenir compte de la spécificité des ressources en eau. La pratique des États démontre que ces derniers reconnaissent plusieurs dimensions de l'eau, soit ses dimensions sociales, environnementales, culturelles et économiques; cette reconnaissance a donc un impact sur le traitement de cette ressource lors de toute négociation au sein de l'OMC. En d'autres termes, même lorsque l'on se place dans le cadre du système commercial multilatéral, la prise en compte des nombreuses facettes de cette ressource, lesquelles dépassent son seul aspect économique, est primordial et même inévitable au su des paramètres du *GATT* et de l'*AGCS*. À titre d'exemple, face à la rareté de l'eau et à l'inégalité naturelle de la distribution de cette ressource entre les États, ces derniers pourraient développer des projets de transfert d'eau dans lesquels il lui serait attribué un prix.

Par le développement des mécanismes économiques de gouvernance internationale, les États se sont attribué le rôle principal de gérer leurs relations économiques. Lorsque l'on traite d'une ressource essentielle de l'environnement indispensable pour satisfaire les besoins humains, la responsabilité assurée des États

¹⁶² *ALÉNA*, *supra* note 7, chapitre XI.

¹⁶³ *Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises – Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 410 [*Accord sur les MIC*].

¹⁶⁴ En annexe, l'*Accord sur les MIC* donne une liste indicative de mesures concernant les investissements et liées au commerce dont il a été convenu qu'elles étaient incompatibles avec les principes du traitement national et de l'élimination générale des restrictions quantitatives. Cette liste comprend par exemple les mesures qui exigent qu'une entreprise achète un certain volume ou une certaine valeur de produits d'origine locale ou qui limitent le volume ou la valeur des importations que cette entreprise peut acheter.

¹⁶⁵ *CE – Bananes III*, *supra* note 118 au para 7.185; voir aussi *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte du Japon et des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc. WT/DS139/R et OMC Doc. WT/DS142/R aux para 10.58 à 10.64 (Rapport du Groupe spécial).

est d'autant plus conséquente et invite à concevoir des solutions particulières qui soient équitables.

