LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION ET D'ASSAINISSEMENT DE L'EAU ET LES DROITS FONDAMENTAUX: RÉFLEXIONS EN DROIT COMPARÉ FRANÇAIS ET BRÉSILIEN*

Bibiana Graeff Chagas Pinto**

De récentes lois sur l'eau et l'assainissement ont été approuvées en France et au Brésil, respectivement les 30 décembre 2006 et 5 janvier 2007. Une analyse comparative invite l'observateur avisé à découvrir certains des points communs entre ces deux régimes juridiques et d'aborder leur évolution vers la reconnaissance des droits à l'eau et à l'assainissement en tant que droits fondamentaux.

En ce début de XXI^e siècle, l'accès à l'eau potable représente un enjeu mondial qui a des incidences non seulement sur la gestion de l'eau *in natura*¹, mais aussi sur le régime des services publics de distribution et d'assainissement intégrés au Brésil, avec d'autres services et actions, dans le concept d'assainissement de base². C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente étude comparative des droits français et brésilien, dominée par une réflexion sur l'urgente nécessité de consolidation pour ces services d'un traitement équitable, c'est-à-dire un régime juridique axé sur la primauté des droits fondamentaux.

Nous présenterons d'abord quelques aspects du régime juridique des services publics de distribution d'eau et d'assainissement, lequel a beaucoup évolué ces derniers temps (I). Nous chercherons ensuite à établir quels droits fondamentaux sont liés à de tels services et dans quelle mesure ils sont reconnus par les droits français et brésilien (II).

I. La complexité du régime juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau

La complexité du droit, inhérente à la post-modernité³, naît du phénomène de la multiplication des sources et se retrouve aussi bien au Brésil qu'en France.

* Article originalement publié dans Petites Affiches, v. 98, p. 4-13, 2007.

** Boursière de la CAPES. Doctorante en droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), et à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul.

¹ Pour la gestion de l'eau *in natura* au Brésil et en France, v. S. Teles da Silva. L'eau et l'air en droit français et brésilien, Université Paris I, thèse soutenue le 15 mai 2001.

² Par l'expression services publics d'assainissement de base, nous entendons : l'approvisionnement en eau potable, l'assainissement des eaux usées, la propreté urbaine, la collecte et l'évacuation des déchets et l'évacuation des eaux de pluie. Telle est la définition adoptée par l'article 3-I de la loi 11.445 du 5 janvier 2007, instituant les directives nationales pour les services publics d'assainissement de base, DOU, 8 janvier 2007, seção 1, p. 3 et s.

³ « Inhérente à l'évolution contemporaine de nos sociétés, l'idée de complexification imprègne les développements récents du droit applicable aux services de distribution d'eau et d'assainissement ». B. Teissonnier-Muchielli, L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France, La Documentation Française, 2003, p. 367.

A. L'encadrement législatif

À la fin du XX^e siècle, de profonds changements politiques et socio-économiques ont eu lieu au Brésil. Les années 1980 marquent un retour du pays à la démocratie donnant lieu à la progression des droits fondamentaux de première, deuxième et troisième génération⁴ consacrés par la Constitution et à une nouvelle conception des relations État-citoyen, administration-administré. Dans les années 1990, à partir de l'évolution d'un modèle économique mondialisant et néo-libéral et du constat de la faillite de l'État en tant qu'agent économique garant du bien-être social, le rôle de ce dernier est remis en question, et on assiste à la réouverture au capital étranger⁵, à la « rupture » des monopoles de l'État⁶ et à la privatisation⁷ des services publics.

Certains services publics comme ceux de l'énergie et des télécommunications sont dotés d'une législation propre⁸. D'autres, comme les services publics de l'eau, restaient jusqu'à présent réglementés par des dispositions⁹ dispersées au sein de la législation ordinaire et regroupés, de manière générale, dans un régime constitutionnel des services publics.

Ce retard législatif a été pourtant surmonté, car la loi 11.445 du 5 janvier 2007, instituant les directives pour les services publics d'assainissement de base, vient d'être approuvée. La notion d'assainissement de base n'est pas proprement juridique : « elle a été forgée dans le domaine scientifique pour indiquer un ensemble de facteurs et de circonstances inhérentes à une existence saine »¹⁰.

Elle est constituée d'une série de dispositions en matière d'approvisionnement en eau potable, d'hygiène, de santé publique, de protection environnementale.

La loi adoptée n'a pas mis en place un seul et unique service public¹¹, mais des services publics, qui constituent l'assainissement de base. Ces services publics ont en partie un régime juridique en commun, mais ils gardent leurs particularités et leur indépendance.

⁴ En ce sens, I.-W. Sarlet observe que, pour la première fois dans l'histoire du constitutionalisme brésilien, la matière a été à raison traitée de manière prioritaire, in *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6^e éd., Livraria do advogado, 2006, p. 75.

⁵ L'amendement constitutionnel n° 6 du 15 août 1995 supprime les avantages spéciaux existants pour les entreprises brésiliennes de capital national et l'exigence de contrôle du capital national pour les entreprises de recherche et exploitation de produits miniers et d'utilisation des sources d'énergie électrique. L'amendement constitutionnel n° 7 du 15 août 1995 ouvre la navigation côtière et intérieure aux navires étrangers. L'amendement constitutionnel n° 36 du 28 mai 2002, permet la prise de participation de capitaux étrangers à hauteur de trente pour cent dans le capital des entreprises journalistiques et de radiodiffusion.

⁶ Amendement constitutionnel n° 5 du 15 août 1995, modifiant l'article 25, §2 relatif au gaz canalisé ; amendement constitutionnel n° 8, approuvé le même jour, modifiant les paragraphes XI et XII, dans le domaine des télécommunications et de la radiodiffusion sonore et de sons et images ; et amendement constitutionnel n° 9 du 9 novembre 1995, mettant fin au monopole de l'État en matière de pétrole.

⁷ Instituée par la loi 8.031 du 12 avril 1990, remplacée par la loi 9.491 du 9 septembre 1997.

⁸ Loi 9.247 du 26 décembre 1996 pour les services d'énergie ; la loi 9.472 du 16 juillet 1997 pour les services de télécommunication.

⁹ Loi d'occupation du sol (L. 6.766/79) ; loi relative à l'exercice du droit de grève dans les services publics dits essentiels (L. 7.783/89) ; Code de protection du consommateur (L. 8.078/90), lois sur la délégation de services publics (L. 8.987/95 et L. 9.074/95), statut de la ville (L. 10.257/01), entre autres.

¹⁰ M. Justen, Avis. Rapport commandé par le ministère des Villes sur l'avant-projet de loi visant à établir les directives pour les services publics d'assainissement de base et la politique nationale de l'assainissement de base – PNS, p. 14. Disponible sur : www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=669, page consultée en octobre 2006. Tous les textes de lois et citations en portugais ont été traduits en français par nos soins.

¹¹ « Il n'est pas possible de faire mention à des services publics d'assainissement de base en tant que concept juridique unitaire », M. Justen, préc.

Le panorama juridique en France est quant à lui bien différent. Le service public à la française, notion élaborée au début du XX^e siècle, par l'École de Bordeaux, et développée tout au long de ce même siècle par la jurisprudence, est aujourd'hui remis en question par la notion de service d'intérêt économique général, retenue par le droit communautaire. La doctrine française réagit, revendiquant la capacité de renouvellement et d'adaptation de la notion française, qui doit conserver ses caractéristiques essentielles. Le débat actuel porte moins sur le déclin du service public à la française ou sur le besoin de « privatisation » des services publics, que sur la recherche d'une éthique perdue¹² en cette matière.

En ce qui concerne l'eau et l'assainissement, ils ne manquent pas de subir l'influence du droit communautaire, s'agissant notamment des exigences sanitaires¹³. En matière de gestion, ces services subissent des critiques et des recommandations formulées par deux rapports de la Cour des comptes, l'un paru en 1997¹⁴, l'autre en 2003¹⁵, et par une étude menée en 2001 par la commission des finances de l'Assemblée nationale¹⁶. Les problèmes généraux soulevés étaient : l'opacité des prix, l'existence des transferts anormaux aux dépens des usagers, le manque d'information, d'expertise et de maîtrise de la part des collectivités, le manque d'information et de participation des usagers, des contrôles insuffisants ou peu rigoureux des délégations, une concurrence imparfaite.

La nouvelle loi sur l'eau et les milieux aquatiques, loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006¹⁷, aurait pu apporter des réponses à ces questions. Certaines mesures pour accroître la maîtrise des collectivités ont été adoptées. Mais en matière de transparence, d'équilibre des prix et de participation des usagers, elle n'a pas établi des changements substantiels¹⁸.

Le régime juridique des services publics de l'eau et de l'assainissement en France, de même qu'au Brésil, s'inscrit dans de différents instruments légaux¹⁹. Les dispositions sont

¹² J. Morand-Deviller, Le service public français : à la recherche d'une éthique perdue, Journée de droit administratif, Genève, édité par Thierry Tanqueret et François Bettanger, Schulthess, 2005.

¹³ Cette influence paraît s'accroître et se perfectionner à la mesure de l'évolution de la construction européenne. Elle apparaît déjà d'un mode claire, concret et obligatoire en matière de qualité de l'eau (directive 80/778/CEE du 15 juillet 1980 et directive 98/83/CE du 3 novembre 1998) ou des eaux usées (directive 91/271/CEE du 21 mai 1991). Jusqu'à présent, le droit communautaire s'applique plus en matière d'exécution que d'organisation de ces services. Ces idées intègrent les conclusions de B. Teissonnier-Muchielli, *op. cit.*, p. 367 et s.

¹⁴ Cour de comptes, La gestion des services publics locaux d'eaux et d'assainissement, rapport public particulier, Les éditions des Journaux officiels, 1997.

¹⁵ Cour de comptes, la gestion des services publics locaux d'eaux et d'assainissement, rapport public particulier, Les éditions des Journaux officiels, 2003.

¹⁶ Y. Tavernier, Mission d'évaluation et de contrôle : de l'opacité à la transparence : le prix de l'eau, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 3081, commission de finances, 2001.

¹⁷ JO n° 303 du 31 décembre 2006 p. 20285.

¹⁸ En matière d'assistance technique pour les communes, en ce qui concerne l'assainissement, la loi prévoit une participation des départements (en son article 73, art. L. 3232-1-1 du CGCT). Quant au contrôle des délégations, l'article 54 établit une obligation pour le délégataire de rendre compte dans le rapport annuel de l'exécution des travaux prévus dans un programme prévisionnel (CGCT, art. L. 2224-11-3). D'autres dispositifs semblent répondre plutôt à l'intérêt des délégataires, comme l'interdiction des modulations des aides publiques aux communes ou leurs groupements en fonction du mode de gestion du service (CGCT, art. 2224-11-5), étant donné que ces modulations permettaient aux conseils généraux d'accorder des aides aux municipalités ayant opté pour la régie. Aucun dispositif est prévu pour perfectionner la concurrence, ni pour accroître la participation des usagers. En matière de prix, nous ne constatons pas non plus des vrais progrès dans l'intérêt de l'usager domestique, à part l'interdiction des demandes de caution ou de versement d'un dépôt de garantie (prévue à l'article L. 2224-12-3 du CGCT).

¹⁹ Mise à part la nouvelle loi sur l'eau de 2006, qui modernise la gestion de la ressource et de ses services reposant sur les lois du 16 décembre 1964 et du 3 janvier 1992, ainsi que sur la directive cadre adoptée en octobre 2000 et transposée par la loi du 21 avril 2004, certains de ces instruments sont : la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures applicables dans

en effet éparpillées dans divers Codes, comme le Code général des collectivités territoriales (CGCT), le Code des communes, le Code de la santé publique, le Code de l'environnement ou encore le Code de l'urbanisme.

Le CGCT, dans son ancien article L. 2224-7, présentait une définition du service d'assainissement sans mentionner le service public de distribution d'eau. La nouvelle loi sur l'eau de 2006 a apporté une définition du service public de distribution d'eau : « Tout service assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine est un service de distribution d'eau potable » (CGCT, art. L. 2224-7-I)²⁰. En plus d'apporter des précisions sur l'assainissement non collectif, elle a également intégré les tâches de contrôle des raccordements au réseau public de collecte et d'élimination des boues produites dans la définition du service d'assainissement (CGCT, art. L. 2224-8-II et III).

Au Brésil, la nouvelle loi sur l'assainissement de base fournit pour la première fois les concepts des services publics de l'eau. Le service public de distribution d'eau potable est : « constitué par les activités, infrastructures et installations nécessaires à l'approvisionnement public en eau potable, depuis le captage jusqu'aux branchements particuliers ainsi que les instruments de mesure ; » (art. 3-I, a). L'assainissement quant à lui est : « constitué par les activités, infrastructures et installations opérationnelles de collecte, transport, traitement et aménagement final, adéquats, des égouts sanitaires, depuis les branchements particuliers jusqu'à leur rejet final dans l'environnement ; » (art. 3-I, b).

Le droit des services publics d'eau et d'assainissement exige l'appréhension et la définition de concepts et notions techniques. Tant au Brésil, quant en France la législation évolue dans ce sens, devenant de plus en plus spécialisée et exigeant des juristes des nouvelles connaissances.

B. Caractéristiques communes et particularités

Les activités de distribution de l'eau et d'assainissement ont la qualité de services publics. En France, cette reconnaissance a des origines assez lointaines dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation²¹.

Bien que la notion française de service public ne soit pas exactement équivalente à celle utilisée au Brésil, il est possible de dégager certains éléments communs : il s'agit d'une activité d'intérêt général, ou dotée d'une mission d'intérêt général, qui présente un lien organique avec l'administration et qui est soumise à un régime juridique spécial, totalement ou partiellement issu du droit public.

certaines contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption, la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation ; la loi n° 95-101 du 1^{er} février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement ; la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de services publics ; la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

²⁰ JO n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20301.

²¹ Quant à la distribution de l'eau potable les arrêts : CE, 27 avril 1877, ville de Poitiers, Lebon, p. 385 ; 28 décembre 1877, ville de Carpentras, Lebon, p. 1058 ; ou Cass. com., 30 avril 1889, commune d'Alet, DP, 1889-I-375. Quant aux services d'assainissement CE, 5 janvier 1850, Lebon, p. 11.

Les services publics de la distribution de l'eau et de l'assainissement ont ainsi une spécificité propre. Ces activités « n'ont pas le statut applicable à la production des biens et services ordinaires ; elles ne relèvent pas de l'habituelle liberté du commerce et de l'industrie »²². Le premier élément essentiel relatif à la nature de ces activités est donc le fait d'être constituées en tant que services publics et non en tant que simple activité économique.

Des services publics locaux ou « d'intérêt local » en situation de « monopole naturel ». Traditionnellement, en France, les services publics de l'eau sont des services publics locaux²³. Ainsi, « l'eau est une ressource locale, prélevée, transportée et distribuée sur un territoire ne dépassant pas l'échelle communale ou intercommunale et la distribution d'eau est une industrie de réseaux qui implique l'occupation durable du domaine public, que seules les communes peuvent autoriser »²⁴, lorsqu'elles sont propriétaires du domaine.

Au Brésil, l'enjeu réside plutôt dans la détermination de la prédominance d'un « intérêt local »²⁵, ou d'un « intérêt commun ». Malgré les divergences doctrinales au sujet de la compétence (*titularidade*) – municipale ou des États-fédérés – en la matière, les juristes reconnaissent le plus souvent l'existence d'un « intérêt local » qui s'y attache²⁶. Cet « intérêt local » est cependant confronté à l'existence d'un « intérêt commun », dans le cas des aires métropolitaines, des agglomérations urbaines et des micro-régions (art. 25, § 3 de la Constitution de 1988²⁷). Dans cette hypothèse, selon une partie de la doctrine²⁸, l'intérêt commun se superpose à l'intérêt local, déterminant exceptionnellement la compétence des États fédérés.

Dans les deux pays, les juristes se sont appropriés la notion économique de « monopole naturel » pour caractériser les services publics de l'eau : « il peut être moins coûteux d'en confier la production à une seule entreprise que de mettre en concurrence deux ou plusieurs entreprises pour les fournir »²⁹. Pour L.-F. Villares e Silva, le « monopole naturel ou de fait est l'inexistence d'autre agent économique intéressé à l'activité économique monopolisée, car elle n'est pas économiquement attirante, en raison des coûts élevés de la production. Il n'existe de place que pour l'action d'une entreprise, car la concurrence apporterait une diminution si grande dans les avantages de l'activité de production que cela la rendrait non

²² B. Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 43. Au sujet de la distinction entre service public et activité économique au Brésil : O. Medauar, *Serviços públicos e serviços de interesse geral*, in D. Moreira-Neto (dir.), *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, Renovar, 2003, p. 115.

²³ J.-F. Auby, *Les services publics locaux*, Berger-Levrault, 1997 ; Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 49-51.

²⁴ P. Schmidt, *Guide pratique de l'eau et de l'assainissement*, Berger-Levrault, 2005, p. 70.

²⁵ La notion de « services publics d'intérêt local » est énoncée par l'article 30 de la Constitution : « Il est de la compétence des communes : (...) V – d'organiser ou d'assurer, directement ou sous régime de concession ou de permission, les services publics d'intérêt local ».

²⁶ H. Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1985, 5^e éd., C. Tácito, *Serviços de saneamento básico*, R. dir. adm., 229, 2002, p. 1 ; N. Brunoni, *A Tutela das Águas pelo Município*, in V. Freitas, (coord.), *Águas, aspectos jurídicos e ambientais*, Juruá Editora, 2002, p. 76 ; L.-H. Alochio, *A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto) : Taxa ou Tarifa/Preço Público ?*, Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n° 6, juin-juillet 2006, p. 48 ; L.-F. Silva, *Privatização : a gota d'água*, R. dir. adm., octobre-décembre 2003, p. 266.

²⁷ Article 25, § 3 : « Les États peuvent, par des lois complémentaires, instituer des régions métropolitaines, des agglomérations urbaines et des micro-régions, constituées par regroupement de communes limitrophes, pour intégrer l'organisation, la planification et l'exécution des fonctions publiques d'intérêt commun ».

²⁸ D. Moreira-Neto, *Parer. Companhia de Saneamento do Pará (Cosampa)*, R. dir. adm., n° 219, janvier-mars 2000, p. 360.

²⁹ B. Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 40.

rentable économiquement »³⁰. V. Shirato considère également que l'« on vérifie l'existence de monopole naturel dans la prestation des services d'assainissement de base, ayant vu que la duplication des moyens nécessaires pour la prestation de tels services serait trop coûteuse, voire impraticable »³¹.

Des services publics industriels et commerciaux et *uti singuli*. En France, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont considérés comme des services publics industriels et commerciaux tant par la jurisprudence que par la doctrine³².

En droit brésilien, la distinction entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs n'a pas la même force, en raison de l'inexistence d'une juridiction administrative spécialisée comme en droit français. De ce fait, le problème de compétence juridictionnelle par rapport aux services publics n'existe pas au Brésil. Peu de juristes proposent ce classement³³, et il n'est pas toujours tout à fait équivalent au sens français, comme est le cas de la distinction entre services administratifs et services industriels, proposée par l'éminent Hely Lopes Meirelles³⁴. Chaque juriste brésilien propose des nuances et des classements différents, toutefois la notion d'une prestation individualisée qui se distingue d'une prestation généralisée reste présente.

Une des classifications souvent évoquées est la distinction entre les services *uti singuli* et les services *uti universi*. Les services publics de distribution et d'assainissement de l'eau sont certes des services *uti singuli*, c'est-à-dire, ils possèdent des « usagers déterminés et un usage particulier et mesurable pour chaque destinataire »³⁵. H. Meirelles rajoute dans sa définition de services *uti singuli* qu'ils sont également « facultatifs ». Mais si la prestation des services publics de l'eau est individualisée, elle n'est pas tout à fait facultative, le raccordement des immeubles aux réseaux ou l'assainissement non-collectif étant obligatoires. Il est plus juste d'affirmer qu'il en est fait un usage « spécifique et mesurable »³⁶, mais non un usage entièrement « facultatif », mot qui ne traduit pas fidèlement la réalité.

Des services obligatoires et essentiels. Aussi bien au Brésil qu'en France, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont obligatoires. Si le niveau de consommation d'eau reste évidemment et nécessairement facultatif (sauf pour les cas exceptionnels de consommation forfaitaire), le raccordement aux réseaux est en principe obligatoire, pour des impératifs de santé publique.

³⁰ Op. cit., p. 265.

³¹ Setor de saneamento básico : aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias, R. dir. adm., juillet-septembre 2004, p. 120.

³² CE, 6 mai 1931, Sieur Tondut, Lebon, p. 477 ; 13 janvier 1961, Département du Bas-Rhin, Lebon, p. 38 ; T. confl., 28 juin 1976, Burlat c/ commune de Somme-Suippe, Lebon, p. 701 ; CE, 23 mai 1980, Carpentier, Lebon, p. 643 ; T. confl., 19 février 1990, M. Thomaz c/ commune de Franczal, Lebon, p. 618 ; CE, 14 janvier 1991, M. Bachelet, Lebon, p. 13, RFDA, 1993, p. 689. Dans le sens contraire, classant les services publics de l'eau en tant que services administratifs : CE, 7 mai 1982, Verdier, Lebon, Tables, p. 565.

³³ M.-S. Di-Pietro, *Direito Administrativo*, 15^e éd., Atlas, 2003, p. 105 et s.

³⁴ D'après l'auteur, les services industriels seraient « impropres à l'activité de l'État, en raison du caractère consubstantiel des activités économiques, qui ne peuvent être exploitées directement par l'administration que lorsqu'elles sont « nécessaires aux impératifs de sécurité nationale ou à des intérêts collectifs définis par la loi » (Constitution fédérale – CF, art. 173) », in *Direito Administrativo Brasileiro*, 31^e edição, Malheiros Editores, 2005, p. 329.

³⁵ H. Meirelles, op. cit., p. 329.

³⁶ Expression employée par la jurisprudence brésilienne, par exemple, dans l'arrêt du Tribunal supérieur de justice (STJ) Resp 705.203/SP, DJU du 7 novembre 2005.

En droit brésilien, l'article 11 de la loi n° 2.312/54 du 3 septembre 1954³⁷ (l'ancien Code national de la santé) disposait : « Toute construction considérée comme habitable doit être raccordée au réseau d'eau et d'assainissement, dont l'effluent aura une destination déterminée, fixée par l'autorité compétente ». Cette loi a été remplacée par celle du 19 septembre 1990, loi n° 8080³⁸, qui curieusement n'a pas reproduit dans son texte cette obligation. Malgré ce silence, la doctrine, la jurisprudence³⁹ et la législation locale⁴⁰ reconnaissent le caractère obligatoire de ces services, employant d'ailleurs souvent le terme « compulsório »⁴¹.

En France également, le Code de la santé publique préconise dans son article L. 1331-1 que tous les immeubles soient raccordés aux « réseaux publics de collecte disposés pour recevoir les eaux usées domestiques (...) » dans le délai, normalement, de deux ans à compter de la mise en service de l'égout ou alors « équipés d'une installation d'assainissement non collectif dont le propriétaire fait régulièrement assurer l'entretien et la vidange par une personne agréée par le représentant de l'État dans le département, afin d'en garantir le bon fonctionnement », une exception étant prévue pour certains immeubles (article L.1331-1-1, I inséré par la nouvelle loi sur l'eau de 2006). La doctrine française considère également que le raccordement des habitations aux services publics de l'eau (exigé en matière de construction – article L.421-5, l'exception étant donnée par l'article R.111-11 du Code de l'urbanisme) est un élément essentiel du droit à un logement décent⁴².

Une partie de la doctrine et du ministère public brésilien⁴³ soutient que les personnes bénéficiant du raccordement au réseau public de distribution d'eau potable ont une obligation de consommation humaine de l'eau fournie par le système public d'approvisionnement. Elle contraint l'usager à consommer en priorité l'eau distribuée par le réseau public, au lieu de consommer les eaux de sources alternatives, comme les eaux souterraines, dans le but de garantir la police de la qualité de l'eau et de freiner la croissante exploitation des eaux souterraines au Brésil.

Les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont aussi des services publics essentiels⁴⁴. Le droit brésilien comporte une catégorie de services publics essentiels, établie par la loi 7.783 du 28 juin 1989, dans laquelle s'inscrivent les services publics de l'eau⁴⁵.

³⁷ DOU du 9 septembre 1954.

³⁸ DOU du 20 septembre 1990.

³⁹ Resp 818649/MS du 6 avril 2006, DJ du 2 mai 2006, p. 273.

⁴⁰ Les municipalités peuvent soumettre la délivrance de l'autorisation d'habitation au branchement de l'immeuble aux réseaux de l'eau et des égouts. Dans l'État de Espírito Santo, par exemple, la loi 7.499/03 du 23 juillet 2003 institue dans son article 4 l'obligation de raccordement des immeubles aux réseaux d'assainissement, prévoyant des pénalités pour le non respect de cette règle (art. 5). DOES du 23 juillet 2003, p. 4, cit., par L.-H. Alochio, *A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto)* : Taxa ou Tarifa/Preço Público ?, *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n° 6, juin-juillet 2006, p. 43, p. 52 et p. 53.

⁴¹ Terme adopté au Brésil par L.-H. Alochio, préc., p. 50 et s.

⁴² P. Schmidt, op. cit., p. 69.

⁴³ E. Viegas, *Visão Jurídica da Água*, Livraria do Advogado, 2005, p. 116 et s.

⁴⁴ D'après Y. Frediani, le service public essentiel est l'« activité qui, dès par son importance et son usage, dépasse la sphère de l'intérêt collectif d'une catégorie déterminée, constituant l'intérêt de la société elle-même », *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*, LTr, 2001, p. 85.

⁴⁵ L'article 10 de la loi 7.783, du 28 juin 1989, définit comme des services essentiels ceux de l'eau, de l'énergie électrique, gaz et combustibles ; de santé ; de distribution et commerce de médicaments et d'aliments ; le service funéraire ; le transport collectif ; le captage et le traitement des égouts et des déchets ; les télécommunications ; les substances radioactives ; le trafic aérien ; la compensation bancaire et l'enregistrement des données liées à ces services.

Aussi le Code du consommateur reprend l'expression « essentiels » pour désigner les services publics soumis au principe de continuité (art. 22)⁴⁶, sans préciser quels sont ces services. La doctrine les considère – d'un point de vue large – comme : « tout service public indispensable à la vie en communauté »⁴⁷, ou – d'un point de vue plus restrictif – comme : tout service *uti singuli* rémunéré⁴⁸ ; incluant évidemment les services publics de l'eau⁴⁹. La loi 11.445 du 5 janvier 2007 reprend le mot essentielles pour caractériser les fonctions des services publics de l'eau liées à la santé publique⁵⁰. En France, ces services peuvent aussi être nommés services urbains fondamentaux⁵¹ (au même titre que le service de distribution de l'énergie), ou de services urbains de base⁵².

Si comme l'affirmait Saint-Exupéry : « l'eau est la vie », il nous paraît justifiable que ces services soient considérés comme « les plus essentiels des services essentiels »⁵³. Ce classement en tant que service « essentiel » met en exergue le lien entre ces services et l'exercice des droits fondamentaux vitaux, qui constitue leur objectif primordial.

II. L'eau et l'assainissement : en quête de promotion au rang de droit fondamental

L'existence d'un lien entre les services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux est évidente et cette relation revêt une importance particulière par son degré d'intimité, la nature des droits en jeu et un nouvel enjeu auquel l'humanité est confrontée depuis la fin du XX^e siècle : la crise environnementale, dont l'accès à l'eau potable constitue un élément capital. Les défis à relever en matière d'eau ne sont pas seulement d'ordre environnemental, mais également d'ordre socio-économique, car il s'agit de services ayant un coût d'installation et d'exécution élevé, et ce alors qu'une grande partie de la population mondiale vit audessous du seuil de pauvreté et n'a pas accès à ces services.

Dans un premier temps, seront présentés des droits fondamentaux déjà consacrés sur le plan international pouvant être directement ou indirectement liés à la prestation des services publics de l'eau (A). Ensuite, nous évoquerons l'émergence de « l'universalisation de l'accès aux services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et la protection d'un minimum vital » (1.) et du « droit à l'eau » (2.), déclarés respectivement par les nouvelles lois brésilienne et française, déjà mentionnées.

⁴⁶ L'article 22 détermine que l'administration ou ses entreprises délégataires sont obligées de « fournir des services adéquats, efficaces, sûrs et, quant aux services essentiels, continus ».

⁴⁷ A. Benjamin, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, p. 111.

⁴⁸ C. Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4^e éd., RT, 2002, p. 486 et s.

⁴⁹ P. Martins, Corte de energia elétrica por falta de pagamento — prática abusiva — Código do Consumidor, in Revista dos Tribunais, 778, août 2000, p. 100.

⁵⁰ La loi définit comme une des directives de la tarification desdits services : « la priorité de la prise en compte des fonctions essentielles liées à la santé publique » (art. 29, § 1, I). Le projet de loi antérieur, élaboré par le gouvernement, PL 5296/05, était plus incisif : « les services publics d'assainissement de base possèdent un caractère essentiel » (art. 5).

⁵¹ E. Sabran-Ponteves, Le droit aux services urbains fondamentaux. Eaux, assainissement, ramassage des déchets ménagers et électricité, in J.-Y. Chérot et T. Reenen (org.), Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation. PUAM, 2005, p. 237.

⁵² J.-Y. Chérot et T. Reenen, *idem*, p. 15.

⁵³ Dans ce sens, R.-M. Luft, Marcos legais e institucionais para a redefinição do serviço público de saneamento básico, in A.-C. Costaldello, (coord.), Serviço Público, Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Juruá Editora, 2005, p. 216.

A. Les droits fondamentaux en question

Jacqueline Morand-Deville observe l'importance de la reconnaissance des droits de troisième génération, « droits de la solidarité, droits-devoirs imposant une nouvelle conception de la responsabilité plus collective et ouverte vers le futur, droits fondés sur la communion plus que sur l'exclusion, sur la sérénité plus que sur l'agression, sur la générosité que sur l'égoïsme »⁵⁴. En matière de services publics de distribution et d'assainissement de l'eau, ces droits-devoirs, notamment le droit à l'environnement et le droit à l'eau, garant d'un minimum vital, s'ajoutent aux droits sociaux au logement et à la santé, sans lesquels l'existence d'un droit à la vie ne pourrait assurer la dignité humaine.

1. Le droit à la vie⁵⁵ et à la dignité humaine

Si l'eau est un élément vital, il est impossible de ne pas faire le lien entre les services qui lui sont affectés et le droit à la vie, ce qui évoque souvent la doctrine brésilienne⁵⁶.

Mais la reconnaissance d'un droit à l'eau lié au droit à la vie changerait la conception originale du droit à la vie, liberté fondamentale. « Si l'on considère que ce droit comprend l'accès à l'eau, support nécessaire à la vie humaine, on se trouve du coup en présence d'une lourde obligation à la charge des États, consacrée dans les principaux instruments contraignants. Une interprétation prescrivant des mesures étatiques positives ne protégerait pas seulement l'individu contre la privation arbitraire de la vie par l'État, mais garantirait sa survie grâce à la fourniture par l'État d'eau en quantité et qualité suffisante »⁵⁷.

Si le lien « assainissement de base »/« droit à la vie » (liberté fondamentale) apparaît relativement indirect, il en est tout autre lorsqu'il s'agit du principe de la dignité de la personne humaine⁵⁸.

Une grande partie de la doctrine franco-brésilienne reconnaît une dimension vaste⁵⁹ et absolue⁶⁰ de la dignité, consacrée comme principe fondamental de l'État brésilien (art. 1-

⁵⁴ In *L'individu et le corps social : corps biologique et corps social*, L'identité, Science, histoire et société, PUF, 2006, p. 84.

⁵⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 6-1) ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (art. 2) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, de 1969 (art. 4).

⁵⁶ D'après M.-J. Granziera, la consommation humaine constitue l'usage prioritaire de l'eau, car elle est liée au droit à la vie, *Direito das Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces*, Editora Atlas, 2001, p. 124. « Le droit fondamental à la vie, consacré dans la Constitution Fédérale, ne signifie pas seulement le droit d'être vivant, mais aussi le droit à vivre avec dignité, dans des conditions de base de santé et de bien-être. Devant ces circonstances, un des principaux défis actuels du Pouvoir public consiste en le dépassement des déficits de la prestation du service d'assainissement de base », R.-M. Luft, op. cit., p. 232.

⁵⁷ J. Sonhle, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, La Documentation française, 2002, p. 439.

⁵⁸ Article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Préambule du pacte des nations unies ; articles 3 et 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de 1950 ; articles 7 et 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 de l'ONU.

⁵⁹ Au Brésil, I.-W. Sarlet affirme que la dignité de la personne humaine, « qui « attire te contenu de tous les droits fondamentaux », exige et présuppose la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux de toutes les dimensions », *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, 2001, p. 87. Pour A.-P. Barcellos, la dignité de la personne humaine va même au-delà des droits fondamentaux : « Sera respectée la dignité de l'individu dont les droits fondamentaux seront observés et réalisés, même si la dignité ne se limite pas à ces droits », *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2002, p. 110. En France, S. Calmes nous rappelle que « Même si le concept [de dignité de la personne humaine] a été forgé pour lutter contre des actes graves, tout ou presque peut être qualifié d'atteinte à la dignité : l'irrespect du corps (lancer de nain), convention de strip-tease, tatouage sur les fesses, les difficultés sociales et économiques (droit à un logement), droit au minimum vital... La notion s'épuise dans la liste toujours plus longue des droits subjectifs », *Le droit au respect de l'être humain*, in L. Bourgeois-Larsen (coord.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 129.

⁶⁰ La protection de la dignité de la personne humaine a aujourd'hui un caractère plus absolu que la protection du droit à la vie.

III de la Constitution fédérale). En droit communautaire européen, la Charte européenne des droits de l'homme, orientée par la dignité de la personne humaine, ne la restreint pas à la simple protection de l'intégrité physique de la personne et prévoit d'autres formes de protection dans les chapitres sur la solidarité.

« La dignité implique la possibilité pour chacun à accéder à un niveau de vie adéquat pour lui et sa famille, ce qui inclut nourriture, vêtements et logement. Il est évident que la dignité n'est pas assurée à ceux qui sont affamés, nus et sans logis »⁶¹ et il est évident que ceux qui sont privés d'eau pour vivre sont privés d'une existence digne.

2. Le droit à la santé⁶²

Le droit à la santé s'inscrit parmi les droits sociaux reconnus par le droit brésilien et par le droit français, ayant un traitement intégré avec d'autres droits comme celui au logement et celui de l'environnement⁶³, ainsi qu'avec l'accès à l'eau potable et à l'assainissement⁶⁴.

En France, le droit à la santé a été reconnu dans le Préambule de la Constitution de 1946, et déclaré comme principe à valeur constitutionnel⁶⁵. Ce droit est réaffirmé dans la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, « loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », qui prévoit des actions spécifiques contre les maladies générées par la situation insalubre des logements. Une de ces maladies, le saturnisme, provoquée par une intoxication due à un excès de plomb consommé dans l'eau distribuée dans des immeubles anciens et/ou insalubres, illustre parfaitement le rapport entre l'insalubrité du logement, l'accès à l'eau potable et l'attente à la santé⁶⁶.

Au Brésil, le droit à la santé fut consacré à l'article 6 de la Constitution, sans que son contenu soit précisé. Plus récemment, un amendement constitutionnel (n° 29/2000)⁶⁷ a fixé pour l'Union, les États fédérés, les municipalités et le district fédéral, un montant minimal d'investissements dans le domaine de la santé, une mesure concrète d'effectivité de ce droit.

D'après S. Calmes, selon les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le droit à la vie n'est pas un droit à protection absolue puisqu'il comporte des exceptions : la peine de mort, admise par de nombreux textes, ou encore la légitime défense et la guerre elle-même, qui justifient le meurtre. En revanche, la dignité, qui sous-tend l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ne souffre aucune limitation, même partielle ou temporaire, op. cit., p. 133.

⁶¹ Idem, p. 131.

⁶² Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 25) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 12-2 b).

⁶³ Agenda 21, § 6.1, qui affirme l'objectif de réduire les risques à la santé résultants de la pollution et des menaces environnementales (§ 6.39 et 6.41 - c).

⁶⁴ Agenda 21, 1992, § 6.10, 6.12 (e) ; 6.13 (d i) ; 6.3 ; 6.5 (a i) ; 6.33 ; 18.48 ; 18.50 (a) - (d) ; 18.76 (a ii) et (g iii) ; plan d'action du 26 mars 1997, recommandations 15-17). Dans le contexte régional européen, le Protocole sur l'eau et la santé, adopté le 17 juin 1999, dans le cadre de la Convention de Helsinki de 1992. Ce texte apporte une série d'objectifs concrets, tels que : la prise de mesures positives de lutte contre les maladies liées à l'eau, l'accès de tous à l'eau potable et à l'assainissement. Le texte est très complet, apportant une série de définitions, comme par exemple celle de « maladie liée à l'eau » (art. 2, § 1). Il détermine aussi que l'accès de tous à l'eau suppose un approvisionnement en eau salubre et exempt de micro-organismes, de parasites ou de substances qui, en raison de leur quantité ou de leur concentration, constituent un danger potentiel pour la santé de l'homme (art. 4, § 2, a). Quant à l'assainissement, il doit être adéquat, pouvant protéger suffisamment la santé de l'homme et de l'environnement, grâce, en particulier, aux systèmes collectifs mis à disposition des particuliers et des entreprises (art. 4, § 2 b, art. 6, § 1 b et art. 2, § 9 b).

⁶⁵ Cons. const., 15 janvier 1975, déc. n° 75-54, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JO du 16 janvier 1975, p. 671 ; 8 janvier 1991, déc. n° 90.283, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, JO du 10 janvier 1991.

⁶⁶ J.-S. Cayla, L'accès aux soins et la politique de santé publique, in F. Monéger, op. cit., p. 412 et 414.

⁶⁷ Cet amendement du 13 septembre 2000 a modifié les articles 29, 35, 156, 160 et 198 de la Constitution.

Une résolution⁶⁸ du Conseil national de santé, établissement public de l'État, a décidé que les investissements en assainissement de base n'entraient pas dans la catégorie d'actions prises en compte dans le sens de l'amendement n° 29/2000, même si la participation à la formulation et à l'exécution des actions d'assainissement de base ainsi que la collaboration dans la protection de l'environnement sont des attributions du système national de la santé (art. 200, IV et VIII de la Constitution). Cette directive prétend ainsi garantir un minimum d'investissements directs pour les actions et services publics de santé.

3. Le droit au logement décent

Le droit au logement, droit fondamental essentiel en matière de cohésion sociale, est directement lié aux services publics d'eau. Comme le montrent les exigences du droit sanitaire, du droit d'urbanisme et du droit de la construction, le concept de logement décent impose que les immeubles en général soient raccordés aux réseaux d'eau et d'assainissement (cf. *supra*).

En France, ce droit n'est pas affirmé par la Constitution. Mais le Conseil constitutionnel a décidé en 1995⁶⁹ et en 1998⁷⁰ que l'accès à un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle. Cette affirmation ne garantit pas l'effectivité pleine de ce droit, mais elle sert en tant que paramètre d'interprétation, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité abstrait et *a priori* des lois⁷¹. C'est ainsi que la loi n° 98-657 déjà mentionnée a pu affirmer que la lutte contre les exclusions, en tant qu'« impératif national », a comme but de garantir l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux, dont l'accès au logement (art. 1^{er})⁷². La loi n° 2006-872, du 13 juillet 2006, « loi portant engagement national pour le logement »⁷³, présente des dispositions importantes concernant les services publics d'eau, comme nous le verrons par la suite.

Au Brésil, le droit au logement a été intégré à travers l'amendement constitutionnel n° 26/2000, à la liste des droits fondamentaux sociaux (art. 6 de la Constitution). Les difficultés pour sa mise en pratique sont toutefois importantes, la situation étant plus grave qu'en France : 78 % de la population urbaine brésilienne vit dans des *favelas*, dans un milieu insalubre, souvent non-équipé pour l'eau et l'assainissement.

4. Le droit à un environnement équilibré

Le plus souvent considéré comme un droit de troisième génération, le droit à l'environnement n'a pas été reconnu par les grands textes internationaux des droits de l'homme. Il est pourtant reconnu directement ou indirectement par les instruments régionaux de protection des droits fondamentaux⁷⁴ ainsi que par le droit français et brésilien.

⁶⁸ Résolution n° 322/2003 du 8 mai 2003. M. Franca et N. Franca, A força normativa das diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n° 29/2000, R. CEJ, juillet/septembre 2005, p. 13.

⁶⁹ Cons. const., 19 janvier 1995, déc. n° 94-359 DC, diversité de l'habitat, cons. n° 7, RJC I-613.

⁷⁰ Arrêt n° 98-403 du 28 juillet 1998, JO du 31 juillet 1998, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de dispositions de la loi n° 98-657, du 29 juillet 1998, « loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », qui est venue renforcer les grands programmes d'action lancés par la loi 8810-88 du 1^{er} décembre 1988, qui avait créé le RMI, revenu minimum d'insertion, et qui avait donné naissance à la politique d'accès au logement (loi n° 90-449, du 31 mai 1990), comme la première politique d'insertion.

⁷¹ L. Gay, L'accès au logement en France et en Afrique du Sud : perspectives constitutionnelles et politiques comparées, in J.-Y. Chérot et T. Reenen (org.), op. cit.

⁷² R. Lafore, L'accès à un logement, in F. Moneger (org.), La lutte contre les exclusions, Dalloz, 1999.

⁷³ JO n° 163 du 16 juillet 2006.

⁷⁴ Article 11 du Protocole de San Salvador, Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. En droit européen, une interprétation extensive du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8), a fait du droit à l'environnement un composant du droit au respect

Le droit adopté au Brésil est un droit à l'environnement écologiquement équilibré. Il est reconnu depuis la promulgation de la Constitution de 1988, qui proclame en son article 225, que : « chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré, bien à l'usage commun du peuple et essentiel à une saine qualité de vie ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe à la puissance publique et à la collectivité. » Une série de paragraphes précisent cette disposition. En France ce n'est qu'en 2005 qu'il acquiert un statut constitutionnel, s'inscrivant à l'art. 1^{er} de la Charte constitutionnelle environnementale⁷⁵. A. Capitani⁷⁶ observe que le droit consacré en France en tant que « droit humain »⁷⁷ n'est pas exactement un droit à l'environnement équilibré, mais « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », ce qui dénote que le sujet de ce droit n'est pas la nature (qui bénéficie indirectement de cette protection), mais l'individu (incluant, de forme subjacente, la collectivité, et les générations futures).

B. L'émergence de nouveaux droits

1. L'universalisation de l'accès à l'eau et à l'assainissement et la protection du « minimum vital » au Brésil

La récente loi brésilienne L. 11.445 du 5 janvier 2007 établit comme un des principes fondamentaux de la prestation des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau : « l'universalisation de l'accès » (art. 2, I).

Le projet de loi PL 5296/05 élaboré par le gouvernement, déjà mentionné, était quant à lui plus ambitieux. Il affirmait un droit d'accès aux services publics de distribution d'eau et d'assainissement, lorsque leur inexistence, interruption ou prestation défectueuse portait nuisance ou empêchait la promotion du droit de vivre dans un environnement sain. Ce projet de loi consacrait également le droit à l'assainissement de base, une obligation de résultat à la charge de l'administration⁷⁸. Ce droit aurait été qualifié en tant que droit public subjectif, ce qui signifiait que chaque citoyen aurait pu, individuellement, l'exiger de l'administration⁷⁹.

du domicile (CEDH, 9 décembre 1994, López Ostra, JCP 1995. I. 3823, chron. F. Sudre, n° 33 ; 19 février 1998, Guerra, JCP 1999. I. 105, chron. F. Sudre, n° 43).

⁷⁵ Loi constitutionnelle n° 2005-205, promulguée le 1^{er} mars 2005, JO n° 51 du 2 mars 2005, p. 3696.

⁷⁶ In La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?, RFDC n° 63, 2005, p. 493.

⁷⁷ Idem, p. 498.

⁷⁸ Un des chapitres prévus par ce projet de loi s'intitulait : « le droit à la salubrité environnementale ». Son article 3 proclamait : « tous ont le droit à une vie dans un environnement sain, dont la promotion est un devoir des pouvoirs publics et de la collectivité ». L'énoncé du paragraphe suivant était quant à lui plus intéressant, qualifiant le devoir des pouvoirs publics : « il constitue une obligation de la puissance publique de promouvoir la salubrité environnementale, spécialement à travers des politiques, d'actions et la prestation universelle et égalitaire des services publics nécessaires ». Finalement, l'article 4 consacrait non seulement le droit à un niveau adéquat de salubrité environnementale, mais le droit à un niveau croissant de salubrité : « il est assuré à tous le droit à des niveaux adéquats et croissants de salubrité environnementale et d'exiger aux responsables des mesures préventives, atténuantes, compensatoires ou réparatrices face à des activités nuisibles ou potentiellement nuisibles à la salubrité environnementale ».

⁷⁹ À propos du « droit à l'assainissement de base » prévu par le projet de loi en question, R.-M. Luft avait écrit : « Même s'il s'agit d'un droit social qui est mis en pratique à partir de politiques publiques, chacun peut, individuellement, demander à l'administration l'accès aux services qui lui sont rattachés. Il s'agit d'une espèce de remède juridique transformant un droit trans-individuel en un droit subjectif, permettant à chaque citoyen d'exiger de l'État l'accomplissement des obligations constitutionnellement prévues », op. cit., p. 223-224.

Le législateur brésilien a été prudent. Il a défini « l'universalisation de l'accès » comme étant : « l'amplification progressive de l'accès de tous les domiciles occupés à l'assainissement de base » (art. 3-III de la loi 11.445/07). Dès l'entrée en vigueur de cette loi, les autorités administratives sont donc obligées de promouvoir cette amplification progressive, en vue de la consécration d'un « droit au service » effectif.

L'universalisation de l'accès aux services bénéficie à la collectivité et aux générations futures. Un autre enjeu majeur est la consécration d'un droit individuel à un minimum vital d'eau.

L'eau est essentiellement un bien vital et social⁸⁰, ne pouvant pas être considéré comme une simple marchandise⁸¹. L'existence de personnes qui, par des difficultés économiques, ne peuvent pas accéder à cette ressource est un problème qui touche, dans des proportions différentes, tant le Brésil, que la France, et les deux pays sont à la recherche de solutions, comme une politique tarifaire sociale⁸² ou des aides financières à des usagers en situation précaire⁸³.

La coupure du service pour défaut de paiement est une pratique acceptée par les jurisprudences française et brésilienne. Au Brésil, même si la juridiction des États considère parfois les coupures de fourniture d'eau comme illégales⁸⁴, ces arrêts sont presque systématiquement reformés par le Tribunal supérieur de justice (STJ)⁸⁵. La récente loi 11.445-

⁸⁰ S. Paquerot, L'urgence, reconnaître le droit d'accès à l'eau, in R. Petrella (org), *L'eau : Res publica ou marchandise ?*, La Dispute, 2003, p. 27.

⁸¹ La directive-cadre sur l'eau 2000/60 de la Communauté européenne, adoptée en octobre 2000, proclame, dans son deuxième considérant : « l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres ».

⁸² Au Brésil, la loi 8.987/95 sur les délégations de service public, autorise dans son article 13 l'échelonnement tarifaire, selon les diverses catégories d'usagers. De plus, le STJ considère le tarif progressif légal (décision Resp n° 625.221/RJ - 2003/0238382-7). Dans son vote (doc. 1907640), le rapporteur, D. Arruda, estime que « devant les inégalités sociales et économiques des usagers des services publics, cette politique de discrimination tarifaire permet de mettre en pratique, à partir de critères raisonnables et proportionnels, l'égalité juridique et de mettre en place la justice sociale », p. 6, ce qui a aussi « comme but de stimuler l'usage rationnel des ressources hydriques », p. 8. Dans le même sens, Resp 485.842/RS, DJU du 24 mai 2004, p. 237. La loi 11.445 du 5 janvier 2007 a établi comme l'une des directives de la tarification : « l'accroissement de l'accès des citoyens et des localités à faibles revenus aux services » (art. 29, § 1, II). De plus, elle a autorisé l'adoption de subsides tarifaires pour les usagers en situation économiquement précaire et les localités dont la capacité économique est insuffisante pour couvrir le coût intégral des services (art. 29, § 2). La tarification peut aussi prendre en compte plusieurs critères d'ordre social tels que : a) les différentes catégories d'usagers, dont le critère de distinction est le niveau de consommation (art. 30, I); b) une consommation minimale, au bénéfice des usagers les plus démunis (art. 30, III); c) la capacité de paiement des consommateurs (art. 30, VI).

⁸³ Au Brésil, la loi 11.445 du 5 janvier 2007, autorise les aides financières aux usagers en situation précaire article 29, §2 et article 31. En France : loi n° 88-1088, préc., complétée par la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992; loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, préc., qui établit le droit d'accès à des ressources minimales. Cette loi a modifié plusieurs dispositions du Code de la consommation, comme l'article L. 331-2, accordant au consommateur endetté la réserve d'un minimum vital, appelé « reste à vivre ». V. aussi l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles, accordant le droit à une aide pour la fourniture d'eau, récemment modifiée par la loi du 13 juillet 2006, préc. Pour la doctrine : A. Baschenis, *Le droit à des ressources minimales* et P. Mozas, *La lutte contre les exclusions et l'endettement*, tous les deux in F. Monégier (org), op. cit.

⁸⁴ Dans ce sens, la décision du Tribunal de l'État du Rio Grande do Sul, reformée récemment par le STJ (Resp n° 816.233, RS 2006/0021946-2).

⁸⁵ Ainsi, le Tribunal juge aujourd'hui licite la coupure (décisions : Resp n° 816.233, RS 2006/0021946-2 du 14 mars 2006, doc. 23000889, DJ, 23 mars 2006; Resp n° 647.222, RS 2004/0030542-4 du 7 février 2006, doc. 2236655, DJ, 20 février 2006). Toutefois, cette mesure est critiquée par certains juges du Tribunal supérieur qui la considèrent comme un attentat à la dignité humaine : « la coupure de la fourniture de services essentiels – l'eau et l'énergie électrique – comme un moyen de contraindre l'usager au paiement du tarif ou d'une amende, c'est une procédure qui extrapole les limites de la légalité et affronte la clause du respect à la dignité humaine, puisque le citoyen fait usage des services publics essentiels pour sa vie », EREsp 337.965/MG, DJU du 8 novembre 2004. De plus, lorsque le prestataire s'est refusé à octroyer un crédit à l'usager, le Tribunal a considéré la coupure « un acte reprouvé, inhumain et illégal », rappelant que l'entreprise « est obligée à fournir l'eau à la population d'une manière adéquate, efficace, sûre et continue, n'exposant pas le consommateur au ridicule et à la gêne », STJ, DJU du 10 mai 1999, p. 125).

07 confirme cette position (art. 40, V), mais adopte une disposition en faveur de certaines catégories d'usagers : « l'interruption ou la restriction de la fourniture d'eau pour défaut de paiement à des établissements de santé et d'éducation et à des usagers résidentiels à faible revenu, bénéficiaires d'un tarif social, devra obéir à des délais et critères assurant les conditions minimales de préservation de la santé des personnes atteintes » (art. 40, V, § 3). À travers cette disposition, le législateur semble faire un pas vers la reconnaissance d'un droit au minimum vital en matière d'eau et d'assainissement.

En France, pour essayer de résoudre le problème de coupure des services publics essentiels (l'énergie et l'eau) pour les usagers en situation précaire, une pratique administrative s'était développée à partir de 2004 : l'adoption de délibérations ou d'arrêtés municipaux anti-coupure. Ils ont été systématiquement suspendus ou annulés par le juge administratif, mais ont suscité un intéressant débat doctrinal⁸⁶.

En effet, l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles accorde aux personnes en situation précaire le droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau. Cette disposition comprenait déjà une obligation de maintenance du service jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. La loi du 13 juillet 2006, portant engagement national pour le logement, a modifié cet article L. 115-3, précisant que « du 1^{er} novembre de chaque année au 15 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz et les distributeurs d'eau ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz ou de la distribution d'eau » aux personnes « bénéficiant ou ayant bénéficié, dans les douze derniers mois, d'une décision favorable d'attribution d'une aide du fonds de solidarité pour le logement ».

Cette procédure de solidarité pourrait être efficace pour garantir le minimum vital d'eau à chacun. Il faudrait pour cela que les usagers soient informés de ce droit, une obligation d'information à cet égard devant être établie pour le prestataire. De plus, le financement de cette procédure devrait être reformulé, à travers, par exemple la participation des prestataires (tel qu'il est déjà prévu pour EDF).

Les services public d'eau, des services publics essentiels – voire vitaux, méritent d'avoir un traitement spécial : une vision sociale et solidaire doit prévaloir sur une vision purement économique.

2. La reconnaissance d'un droit à l'eau

« Il est étonnant que les grands instruments classiques des droits de l'homme ne reconnaissent pas à l'individu un droit à l'eau, malgré l'importance de ce droit pour la vie et la civilisation humaines, tandis que les textes consacrés à la protection de l'environnement insistent sur l'importance des droits de l'homme »⁸⁷.

⁸⁶ S. Braconnier, Les arrêtés municipaux anti-coupure d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel, *AJDA*, 2005, p. 614 ; B. Kern, Légalité des arrêtés anti-coupures EDF-GDF et renégociation des contrats de concession, *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 1, avril 2005, p. 53 ; J. Moreau, Les problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures, *RJEP/CJEG* n° 629, mars 2006, p. 97.

⁸⁷ J. Sohnle, *op. cit.*, p. 439.

Peu de textes internationaux, rarement contraignants, consacrent un droit substantiel à l'eau⁸⁸. Toutefois, ce droit « est inhérent à d'autres droits de l'homme »⁸⁹. Le droit à l'alimentation⁹⁰ et le droit à la santé n'auraient aucun sens sans l'existence d'un droit à l'eau. Certains auteurs l'associent également au droit de l'environnement : « l'approvisionnement en eau propre, destinée à la consommation, devrait être considéré comme le premier et le plus élémentaire des droits environnementaux d'une famille et de toute la communauté »⁹¹. En effet, la doctrine, à travers ses interprétations extensives, joue un rôle décisif pour la consécration du droit à l'eau⁹².

À l'heure actuelle, le droit à l'eau n'est pas explicitement déclaré au Brésil. Il peut cependant être déduit de plusieurs dispositifs⁹³. En France, il pouvait aussi être dégagé du Préambule de la Constitution (l'eau étant essentielle à la sécurité matérielle et à la santé) et d'autres lois, telles que la loi sur les rapports locatifs (l'eau étant indispensable à la salubrité du logement) et la loi de 1992 sur la lutte contre les exclusions, qui instaure un droit à une aide pour l'accès à l'eau. Avec la nouvelle loi sur l'eau, loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, ce droit dévient explicite.

La nouvelle loi française sur l'eau de 2006, introduit en droit français la déclaration expresse d'un droit à l'eau. La proposition retenue modifie le deuxième alinéa de l'article L. 210-1 du Code de l'environnement : « Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous »⁹⁴. La portée de ce droit dépendra de l'interprétation accordée aux « conditions économiquement acceptables », et surtout de la réglementation pour son application.

Une interprétation possible accorderait à l'expression « conditions économiquement acceptables » le sens selon lequel l'eau doit avoir des tarifs modiques. À partir de cette vision, ce « nouveau » droit à l'eau n'apporte rien de nouveau, puisque la loi reconnaît déjà que l'usage de l'eau appartient à tous, ainsi que les principes d'égalité des usagers et de modicité tarifaire. Une autre possibilité interprétative serait que, pour les personnes en situation précaire, la seule « condition économiquement acceptable » est de ne pas payer ou de bénéficier des

⁸⁸ Convention relative aux droits de l'enfant (art. 24, al. 2) du 20 novembre 1989 ; la Déclaration de Madère sur la gestion durable des ressources hydriques (art. 7), adoptée par le Conseil européen de droit de l'environnement (CEDE) le 17 avril 1999 ; la résolution 2000/8 sur la promotion de la mise en œuvre du droit à l'eau potable et à l'assainissement, adoptée le 17 août 2000 par la sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme, de la Commission des droits de l'homme (ONU), et la Charte européenne de l'eau du 17 octobre 2001.

⁸⁹ J. Sohnle, op. cit., p. 439.

⁹⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 25) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 11-2) ; Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1988 (art. 12).

⁹¹ N. Brunoni, op. cit., p. 84 ; J. Sohnle, p. 441.

⁹² En France, H. Smets, *L'eau du robinet*, in *Actes séminaires de droit comparé sur l'eau, 2000/2001*, p. 23 ; Y. Jegouzo, idem., p. 31 et F. Vatiron, idem., p. 32 ; B. Drobenko, *Les nouveaux grands principes du droit moderne de l'eau*, *Revista de direito ambiental*, 25, p. 28, spécialement p. 31 et s. Au Brésil, C. Caubet, *A água, a lei, a política... e o meio ambiente ?* Juruiá, 2006, p. 101 ; S. Teles da Silva, op. cit., p. 9 et p. 10 ; E. Viegas, *Saneamento básico, mercantilização e privatização da água*, *R. de Direito Ambiental* n° 40, p. 42.

⁹³ « Les Constitutions de la Belgique, de l'Espagne, des Pays-Bas, du Portugal, du Brésil, du Chili, de l'Indonésie, entre autres, comportent des dispositions reconnaissant le droit à l'eau », B. Teissonier-Mucchielli, op. cit., p. 19.

⁹⁴ JO n° 303 du 31 décembre 2006 p. 20285 et p. 20286.

subventions spécifiques à cette finalité. Cela ne signifie pas d'instaurer la gratuité du service (car ces dépenses seraient assurées par un fonds spécifique ou par le principe de progressivité des tarifs). Le texte qui avait été approuvé par le Sénat présentait au lieu de « acceptables » le mot « supportables »⁹⁵. Cette ancienne version menait d'avantage à la deuxième hypothèse interprétative. Avec l'adjectif « acceptable » la première interprétation risque de s'imposer, et de transformer cette déclaration en un droit à l'eau illusoire.

Cette déclaration d'un droit à l'eau aurait pu être accompagnée de mesures plus concrètes, telles que garantir un minimum de 40 litres d'eau par jour et par habitant⁹⁶ – quantité correspondante à un minimum vital – pour les personnes en situation précaire. Le texte retenu aurait pu tout au moins inscrire pour le service une obligation d'information, en cas d'impayés, des modalités d'application de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 ou de tout autre dispositif pris pour l'application de l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles, et une obligation de maintien d'un débit minimal de fourniture d'eau en cas d'absence d'intervention des services sociaux⁹⁷.

S'il est vrai, comme l'observe Antônio H. Benjamin, que la question environnementale est un défi encore « plus grand pour les pays moins développés, car ils sont obligés de trouver en même temps des solutions leur permettant de sortir de la pauvreté généralisée qui les caractérise et de protéger leurs ressources naturelles »⁹⁸, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement doivent être conçus aujourd'hui comme des services locaux essentiels dans l'ensemble des pays de la planète.

Leur bonne prestation dépend de la durabilité environnementale et vice-versa, et la consécration du droit de vivre avec dignité ne deviendra effective que si elle est accompagnée du droit à la santé, du droit à un logement décent, du droit à un environnement équilibré et du droit à l'eau, dont l'universalisation de l'accès aux services n'est qu'une première étape.

⁹⁵ AN, Projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques, Documents législatifs, n° 3303, septembre 2006, p. 3.

⁹⁶ Cf. l'amendement 450. Sénat, session extraordinaire de 2005-2006, Séance du jeudi 7 septembre 2006, JORF du 8 septembre 2006, p. 5548.

⁹⁷ Cf. l'amendement n° 278, *idem.*, p. 5547.

⁹⁸ In A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos : o caso da América Latina, Revista de Direito Ambiental n° 0, octobre-décembre 1995, p. 84.