

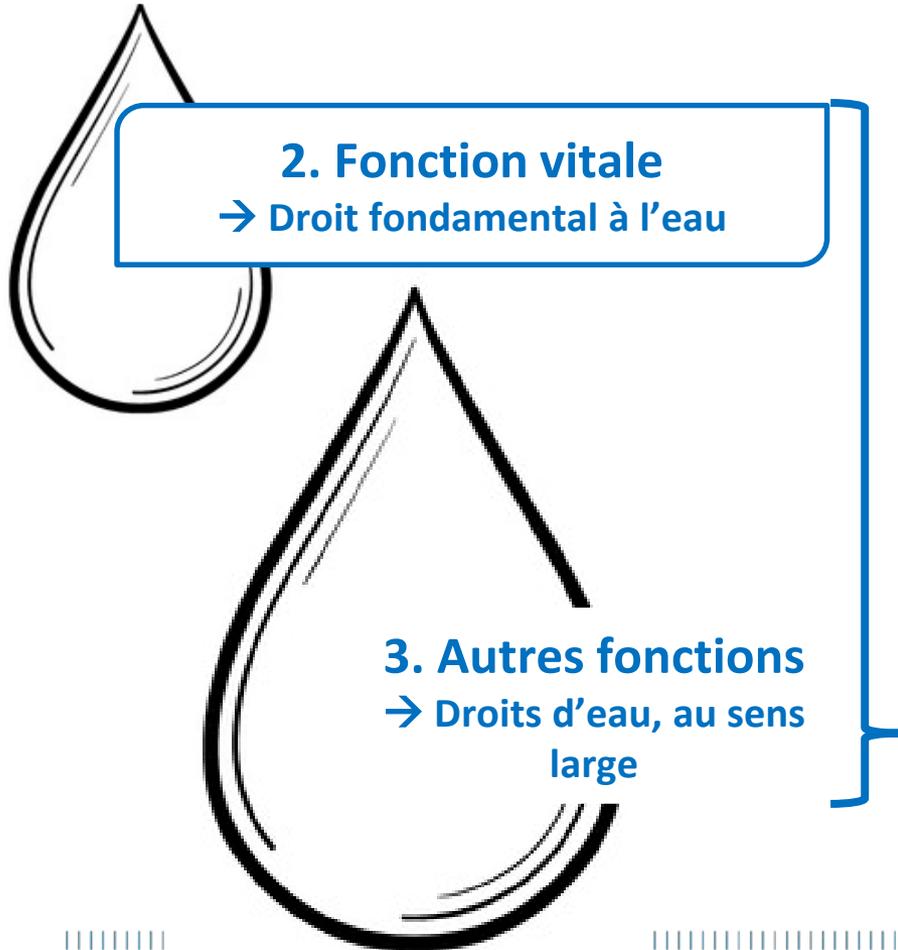
JOURNÉE DE DROIT ADMINISTRATIF 2023

LE DROIT PUBLIC FACE À LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE

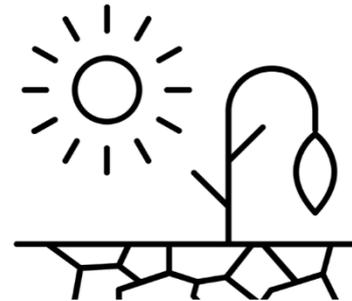
**Le droit public de l'eau
à l'épreuve des
changements
environnementaux**

SOMMAIRE

1. L'eau, une ressource multifonctionnelle



6. L'adaptation nécessaire du droit public à incidence hydrique
→ des principes, normes et instruments



5. Changements environnementaux et transition écologique

4. Résolution des rivalités d'usage
→ Droit (public) de l'eau

1. L'EAU : UNE RESSOURCE MULTIFONCTIONNELLE

une ressource renouvelable
→ Cycle de l'eau

une ressource localement épuisable

qualité

quantité

une chose commune
-> haute police de l'Etat sur les eaux publiques

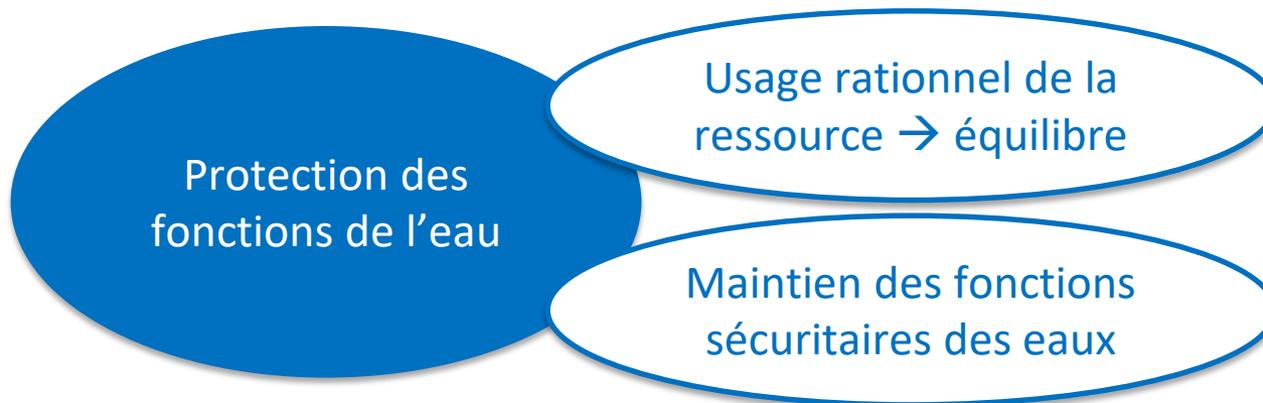


- 1 Glacier
- 2 Prise d'eau
- 3 Barrage
- 4 Conduite forcée
- 5 Canal de fuite
- 6 Eau minérale
- 7 Enneigement
- 8 Réservoir d'eau potable
- 9 Chauffage
- 10 Eaux usées
- 11 Step
- 12 Piscine thermique
- 13 Arrosage
- 14 Industrie
- Refroidissement
- Eau de précédé
- 15 Crues
Inondations
Catastrophes naturelles
- 16 Lac Léman

La préservation des services écosystémiques de l'eau représente un INTERET PUBLIC majeur

Art. 76 Cst. Eaux

¹ Dans les limites de ses compétences, la Confédération pourvoit à l'utilisation rationnelle des ressources en eau, à leur protection et à la lutte contre l'action dommageable de l'eau.



2. LE DROIT FONDAMENTAL ET IRRÉDUCTIBLE À L'EAU



2. Fonction vitale
→ Droit fondamental à l'eau

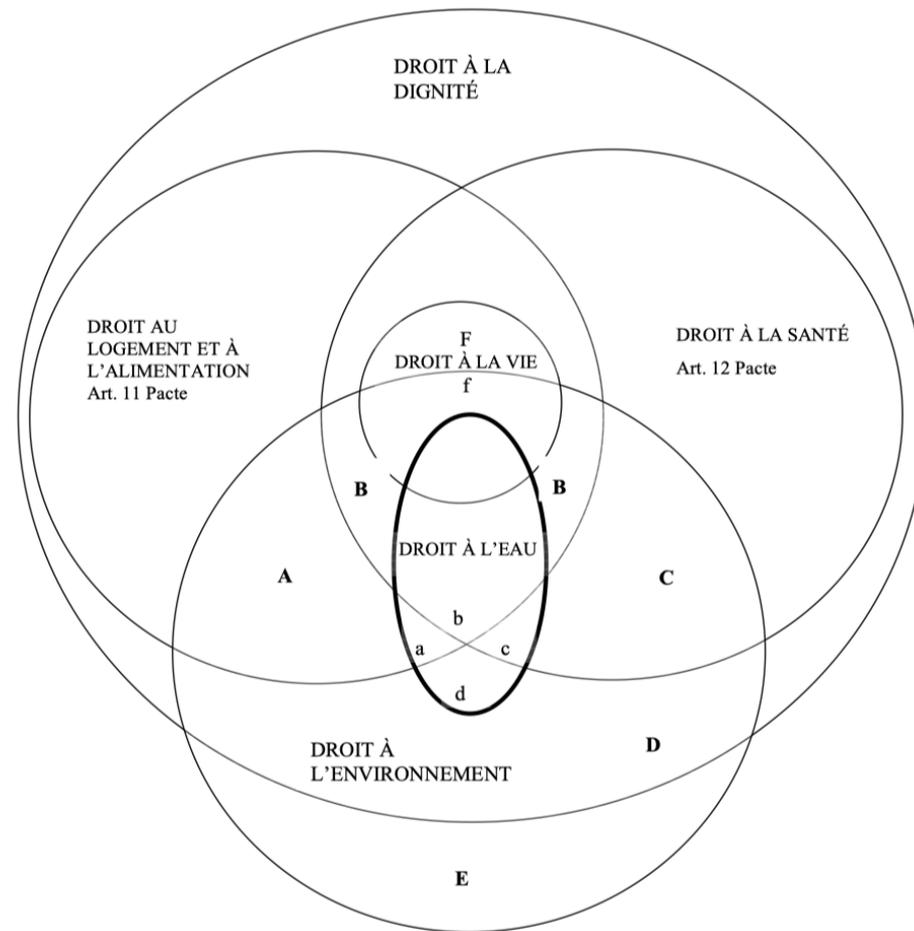
0.103.1 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, Pacte ONU I, du 16.12.1966)

Art. 11

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un **niveau de vie suffisant** pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence.

Art. 12

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du **meilleur état de santé** physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.



A. Logement sain
B. Alimentation saine
C. Environnement sain
(D. + E. : Biodiversité)
F. Droit à la vie

(Smets 2002)



Observation générale n° 15 (2002)

Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)

1. L'eau est **une ressource naturelle limitée et un bien public; elle est essentielle à la vie et à la santé**. Le droit à l'eau est **indispensable pour mener une vie digne**. Il est une **condition préalable** à la réalisation des autres droits de l'homme.
2. 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. Une quantité adéquate d'eau salubre est nécessaire pour prévenir la mortalité due à la déshydratation et pour réduire le risque de transmission de maladies d'origine hydrique ainsi que pour la consommation, la cuisine et l'hygiène personnelle et domestique.

Respecter
→ s'abstenir

Protéger
→ faire

Mettre en
oeuvre

Unil



Art. 12 Cst. Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse

Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

ATF 131 IV 256, c. 6.2 ; TF 2C_294 du 15.3. 2021, c. 6.1

- **Situation de détresse de l'administré** : les **besoins élémentaires** de la personne humaine ne sont partiellement ou totalement pas couverts (standard minimal).
 - L'administré ne doit **pas être en mesure de subvenir à son entretien** (principe de subsidiarité étatique).
- Garantie spécifique qui l'emporte sur les art. 7 et 10 Cst.
- Obligations positives de l'Etat : aide de l'Etat permettant d'assurer qualitativement et quantitativement la couverture des besoins élémentaires.
- Obligations d'abstention de l'Etat : ne pas priver ou ne pas refuser une prestation essentielle protégée par la Cst.
- Aucune restriction : se confond avec l'essence du droit à des conditions minimales d'existence (ATF 130 I 71, c. 4.1)



Art. 102 Cst. Approvisionnement du pays

¹ La Confédération assure l'approvisionnement du pays en biens et services de première nécessité afin de pouvoir faire face ... à une grave pénurie à laquelle l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens. Elle prend des mesures préventives.

Loi sur l'approvisionnement du pays du 17 juin 2016 (LAP)

Art. 29 Approvisionnement en eau

Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions afin de garantir l'approvisionnement en eau potable lors d'une pénurie grave.

Ordonnance sur la garantie de l'approvisionnement en eau potable lors d'une pénurie grave du 19 août 2020 (OAP)

Art. 2 Quantités minimales

¹ Lors d'une pénurie grave, les quantités minimales d'eau potable suivantes doivent toujours être disponibles:

- a. jusqu'au troisième jour, autant que possible;
- b. à partir du quatrième jour:
 1. pour les particuliers, au moins 4 litres par personne et par jour,

UNIL | Université de Lausanne



Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels

(Loi sur les denrées alimentaires, LDAI)¹

du 20 juin 2014 (Etat le 1^{er} janvier 2022)

¹ Rectifié par la CdR de l'Ass. féd. (art. 33 LREC; RO 1974 1051).

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les art. 97, al. 1, 105 et 118, al. 2, let. a, de la Constitution²,

Art. 7 Sécurité des denrées alimentaires

¹ Seules des denrées alimentaires sûres peuvent être mises sur le marché.

² Une denrée alimentaire n'est pas considérée comme sûre s'il y a lieu de penser qu'elle entre dans l'une des catégories suivantes:

- a. elle est préjudiciable à la santé;
- b. elle est impropre à la consommation humaine.

APPRECIATION

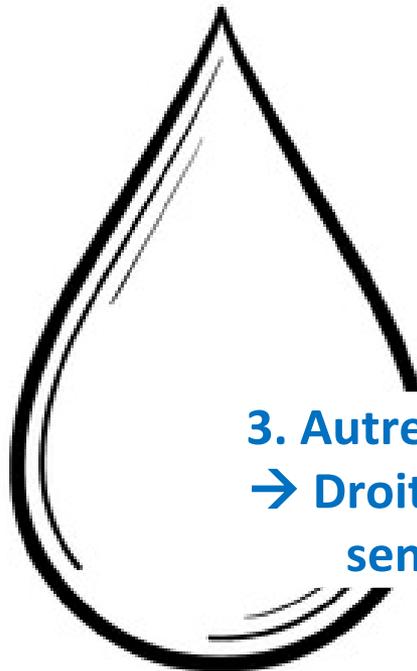
Dans un contexte où la ressource eau vient à être limitée quantitativement ou qualitativement, le **droit à l'eau** tel que construit sur les art. 12, 97 al. 1, 102 et 118 al. 2 let. a Cst. paraît bien fragile :

- la LAP ne vise que les situations de «pénurie grave» : menace considérable et imminente (art. 2 let. b LAP);
- l'approvisionnement en eau pour les besoins élémentaires ne peut être du seul ressort des milieux économiques (art. 3 al. 1 LAP), même hors d'une pénurie grave;
- la portée de l'art. 12 Cst. demeure très incertaine («besoins élémentaires»), semble avant tout orientée vers l'obligation de s'abstenir de l'Etat (coupures d'eau).

Le droit public devrait consacrer davantage un **droit fondamental à l'eau** :

- extirper le droit du champ des rivalités d'usage (droit non-concurrentiel);
- déterminer les obligations fondamentales de s'abstenir et de faire de l'Etat, obligations de résultats;
- définir ou préciser les besoins élémentaires, prioritairement en se référant au PIDESC : **usages personnels et domestiques** (boire, cuisiner, se laver, prévenir les maladies).

3. LES DROITS D'EAU



3. Autres fonctions
→ Droits d'eau, au
sens large

ALLOCATION DE LA RESSOURCE



Droits d'eau au sens large (usages de l'eau à des buts précis)

- Prélèvements (art. 76 al. 4 Cst.) : matière liquide, poissons, chaleur, froid, matière minérale, ...
- Déversement : rejets, matières solides, chaleur
- Production : énergie, épuration
- Support : navigation, plongée, ski nautique, ...

BASES SUR DES RIVALITES D'USAGE sur la ressource elle-même ou entre ses usages (droits concurrentiels)

- faire des choix
- définir des priorités
- opérer des arbitrages
- concilier ou exclure
- prononcer des interdictions
- établir les limites, fixer des quotas
- prescrire des mesures (économies, stockage, réserves, ...)

Procéder à des pesées des intérêts à divers niveaux

4. LE DROIT (PUBLIC) DE L'EAU

LE DROIT PUBLIC DE L'EAU A POUR OBJECTIF DE GARANTIR LES FONCTIONS DE LA RESSOURCE – DANS LE TEMPS ET L'ESPACE (art. 76 al. 1 Cst.)

- Il définit la notion d'eaux publiques et en détermine les limites (art. 664 CC).
- Il consacre et concrétise l'existence d'un droit fondamental irréductible à l'eau.
- Il garantit l'approvisionnement en eau de la population (LAP, lois cantonales, ...).
- Il soumet à contrôle certains usages de l'eau (art. 29 LEaux par exemple).
- Il limite certains usages (débits résiduels, interdiction de déversement de substances solides, restrictions d'arrosage, ...).
- Il oriente parfois la pesée des intérêts.

Le droit public doit proposer des méthodes d'allocation de la ressource /de résolution des rivalités d'usage :

- aptes à garantir globalement une utilisation rationnelle de la ressource et
- aptes à prévenir une «guerre de l'eau».



UNIL | Université de Lausanne

CASSANDRE

C'était la dernière. La suivante l'attend.

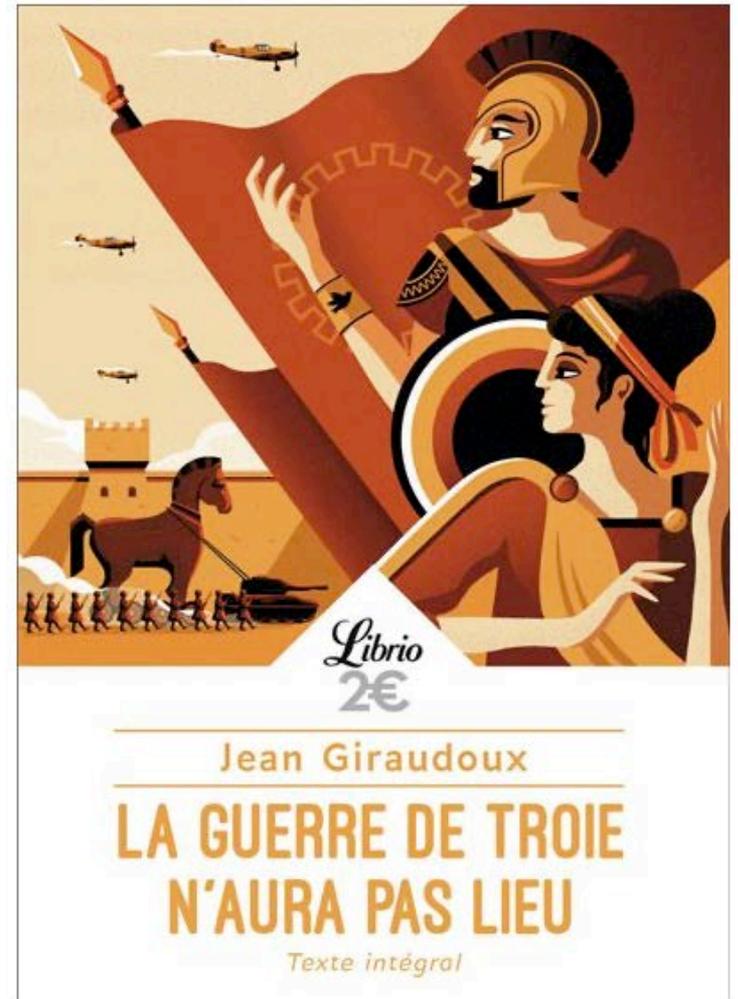
ANDROMAQUE

Cela ne te fatigue pas de ne voir et de ne prévoir que l'effroyable ?

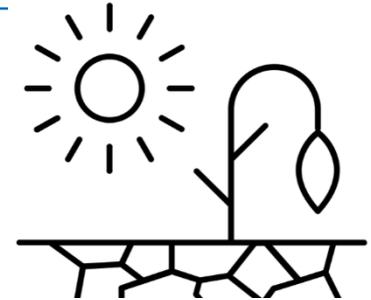
CASSANDRE

Je ne vois rien, Andromaque. Je ne prévois rien. Je tiens seulement compte de deux bêtises, celle des hommes et celle des éléments.

→ LE DROIT PUBLIC POUR
ÉVITER LES «BÊTISES» ...
DES HOMMES !



5. CHANGEMENTS ENVIRONNEMENTAUX ET TRANSITION ÉCOLOGIQUE



Monde Publié le 9 janvier 2021 à 08:03



Ces guerres de l'eau qui nous menacent



La bataille de l'eau / Géopolitis / 25 min. / le 10 janvier 2021

Dérèglement climatique, démographie et urbanisation galopante exacerbent les tensions autour de l'accès à l'eau douce. Plus d'une trentaine de pays sont menacés à terme par l'épuisement de leurs réserves.

Une partie du monde la perçoit comme une ressource inépuisable, lorsque d'autres se démènent pour en obtenir à peine quelques litres. Ressource vitale, l'eau pourrait bien devenir ces prochaines années un bien plus précieux que le pétrole, selon les projections des Nations unies. Et pas seulement pour les pays localisés dans la grande "diagonale de la soif". D'ici 2030, le manque d'eau devrait affecter près de 40% de la population mondiale.

Recours accru
aux énergies
renouvelables
d'origine
indigène

Changements
climatiques
(répartition des
précipitations,
sécheresses, ...)

Pollution des eaux

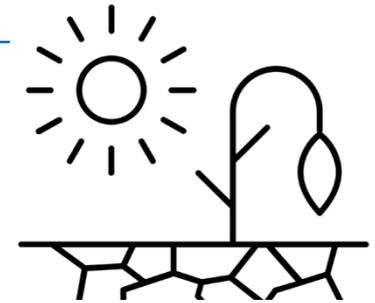
Perte de
biodiversité
(disparition de milieux
humides)

Les changements environnementaux et la transition écologique

- renforcent les **rivalités d'usage**
- induisent d'**importantes incertitudes** – dans le temps et dans l'espace - sur :
 - leurs effets (types, ampleur, déroulement, synergie, récurrence);
 - l'évolution globale ou locale de l'environnement;
 - les besoins, avec l'apparition de nouveaux tels que l'approvisionnement des alpages, le stockage d'eau;
 - l'altération de certaines fonctions des eaux (épuration, absorption de CO₂, ...).

→... que le droit public doit **absorber et intégrer**.

6. L'ADAPTATION NÉCESSAIRE DU DROIT PUBLIC À INCIDENCE HYDRIQUE



- Maintenir le **droit fondamental à l'eau** hors du champs des rivalités d'usage
- Définir le cadre de l'**allocation de la ressource** / de **résolution des rivalités** ... en intégrant les nouveaux besoins et les incertitudes (temporelles et spatiales) liées à la transition écologique.

- **Régulation publique** : normes, obligations, droits d'eau, incitations, arrangements institutionnels.
- **Régulation informelle** : gestion partagée, arrangements entre acteurs.

PRINCIPES D'ALLOCATION / RESOLUTION

- Durabilité (art. 73 Cst.)
- Intégration
- Approche ressourcielle
- Participation

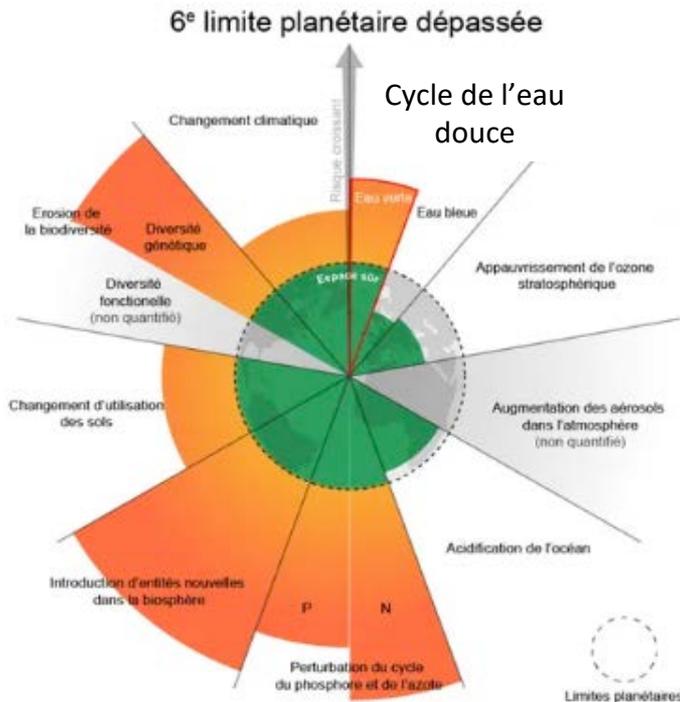
PRINCIPES DE GESTION DES INCERTITUDES

- Précaution (art. 74 al. 2 Cst.)
- Flexibilité et adaptabilité
- Participation
- Efficacité et effectivité (évaluation continue)

PRINCIPE DE DURABILITE

Art. 73 Cst. Développement durable

La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain.



Objectif : préserver la capacité de renouvellement des services écosystémiques de l'eau – **dans les limites de la ressource.**



Moyens (dans le cadre des pesées des intérêts) :

TF 1C_573/2018 (Grenchenberg) → interprétation «contemporaine»

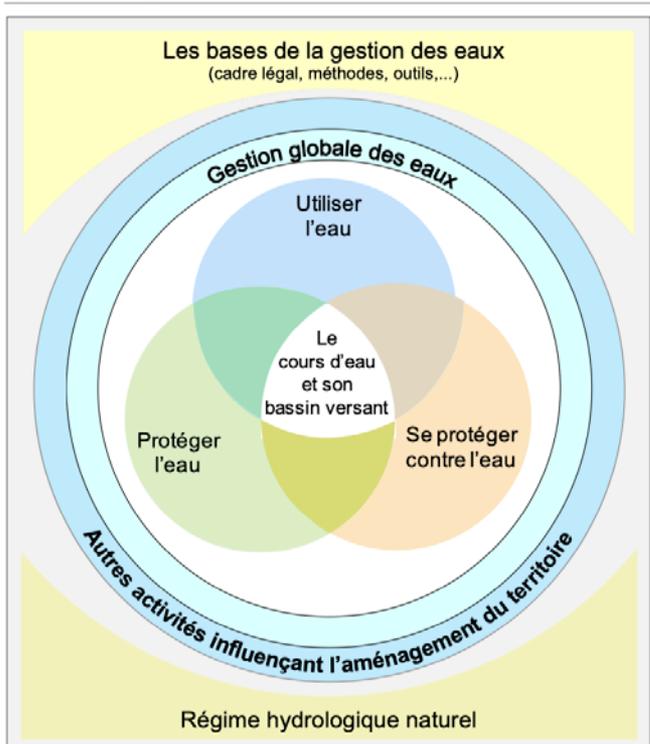
(c. 13.6) Il faut au contraire viser à ce que chaque parc éolien soit conçu et exploité de manière à éviter tout risque cumulé insupportable, même si d'autres installations sont construites dans la région. Ce n'est qu'à cette condition que l'exploitation de l'énergie éolienne répond aux exigences du principe de durabilité (art. 73 Cst.) ...

TF 1C_393/2022 (Transports publics) → interprétation «harmonisante»

(c. 3.3.1) «... une interprétation isolée d'une disposition constitutionnelle - pour elle-même - n'a pas lieu d'être; de même, le simple fait qu'une norme constitutionnelle est plus récente qu'une autre n'est pas déterminant; enfin, ces normes doivent a priori être considérées comme étant de rang égal».

PRINCIPE D'INTEGRATION / APPROCHE RESSOURCIELLE

Fig. 1 > Gestion intégrée des eaux



Objectif : cohérence de la gestion de la ressource (observation 15, N 51).

Moyens :

- Cohérence législative – au niveau de la ressource.
- Conceptions (art. 13 LAT), plans sectoriels cantonaux.
- Planification directrice (art. 8 et 8b LAT), planification d'affectation.
- Coordination des usages et des droits d'usages.
- Echelle de gestion fonctionnelle.

Art. 46 OEaux Coordination

¹ Au besoin, les cantons coordonnent entre elles les diverses mesures à prendre en vertu de la présente ordonnance de même qu'avec les mesures à prendre dans d'autres domaines. Ils veillent par ailleurs à coordonner ces mesures avec les cantons voisins.

PRINCIPE DE PRÉCAUTION

DÉCLARATION DE RIO SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT : Principe 15

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, **l'absence de certitude scientifique absolue** ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

« ... prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » (CJUE C-280/02 du 23.9.04, 34).

Objectif :

- **Art. 3 LEaux** : empêcher les atteintes nuisibles à l'eau (devoir de diligence).
- **Art. 6 LEaux** : sauvegarde générale de la qualité des eaux.

Moyens : agir

- au niveau de la norme pour y intégrer la gestion de l'incertitude.
- au niveau des instruments d'allocation des droits d'eau pour leur permettre d'absorber l'incertitude.
- au niveau de l'échelle spatiale et temporelle adéquate.

PRINCIPES DE FLEXIBILITÉ ET D'ADAPTABILITÉ

Fin de la relation juridique, dans un avenir lointain

Garantir la réalisation de l'intérêt public tout au long de la relation juridique

Saisir les incertitudes – renforcées avec le temps – par le droit

Définition du régime d'usage de la ressource naturelle

Selon les circonstances et les connaissances actuelles

Le cas de la concession hydroélectrique,
avec les débits résiduels

**Fin du droit d'eau
(80 ans, art. 58 LFH)**

Garantir :

- utilisation rationnelle des eaux
- sécurité de l'approvisionnement énergétique
- autres fonctions des eaux

**Saisir les
incertitudes par le
droit :**

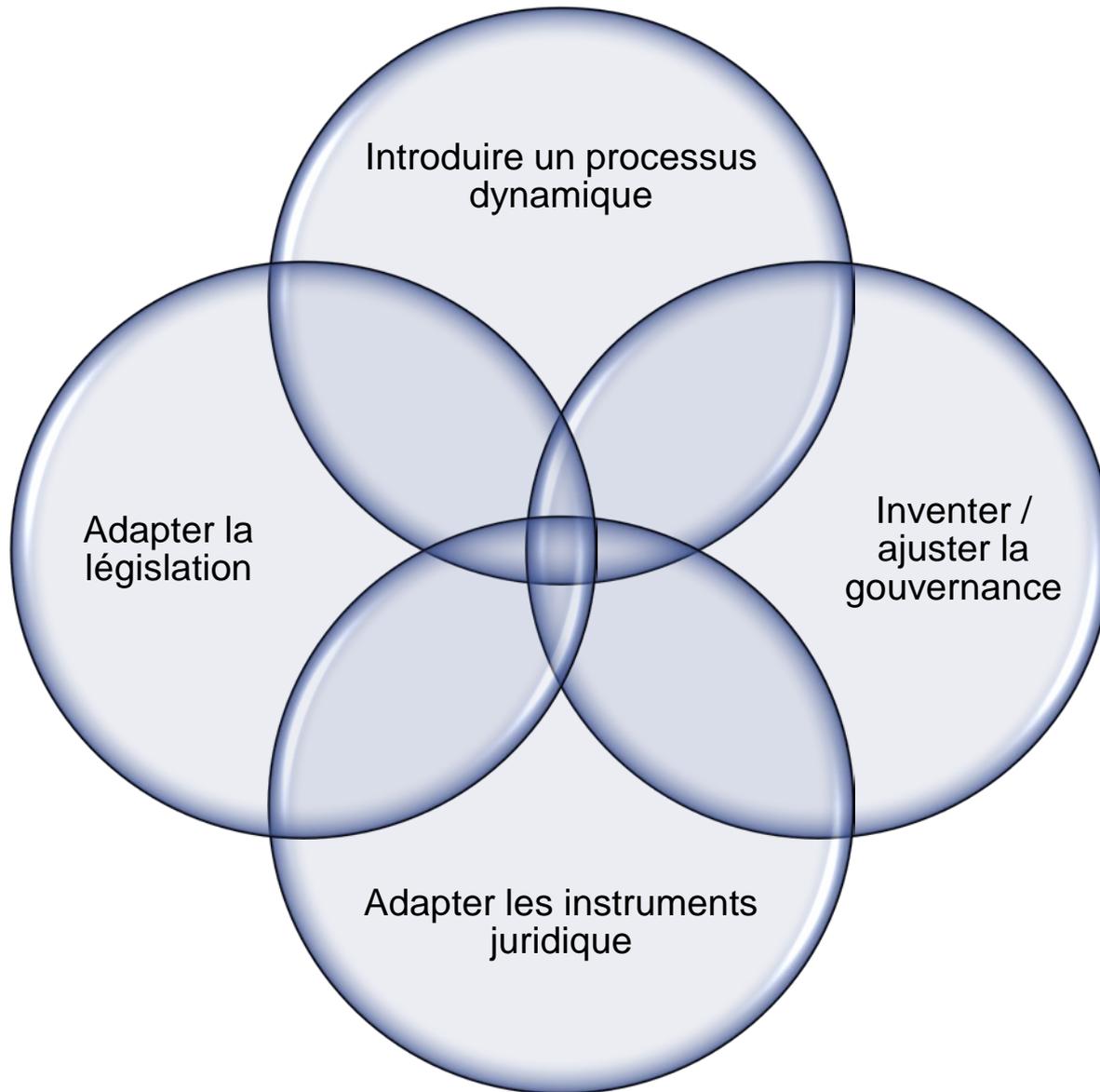
Climat,
environnement,
écosystèmes,
besoins humains

Prendre en compte :

- l'existence de droits acquis
- la viabilité économique

**Octroi de la concession
hydro-électrique**

En fonction des circonstances
et des connaissances actuelles



Construire la norme et le droit d'usage sur des scénarios en droit

- démarche anticipative critique visant à éclairer l'action présente à la lumière des futures possibles – de sorte à construire le régime d'usage en intégrant les effets des changements climatiques prévisibles, mais également envisageables ;
 - élaboration de trajectoires reposant sur un ou des objectifs à long terme prédéfinis dans la norme ou l'acte d'allocation des droits d'usage, compte tenu des intérêts publics en présence;
 - établissement de scénarios prédictifs (que va-t-il se passer ?) permettant d'orienter la gouvernance de la ressource naturelle dans l'unité fonctionnelle et dans le temps – de définir son régime juridique d'usage.
- Adapter la gouvernance aux besoins de gestion de la ressource, avec délégations ou non de compétences (par exemple : agence de bassin versant).

Gérer l'incertitude environnementale / climatique

- **Introduire une réserve d'adaptation dans la concession, en fonction de l'existence de circonstances nouvelles**
 - limite la portée des droits acquis, mais génère une incertitude juridique
- **Admettre un régime de révocation / révision de la concession, pour les aspects unilatéraux**
 - peut porter atteinte aux droits acquis (indemnisation)
- **Instaurer un régime de concession par étapes temporelles**
 - permet d'adapter la trajectoire à la cible prescrite
 - distinguer les droits acquis des droits/obligations susceptibles d'évoluer
- **Prescrire un raccourcissement des durées de concession ou d'autorisation en cas de renouvellement**
 - processus lourd et peu efficace
- **Fixer dans l'acte d'allocation le cadre du droit d'eau en déléguant certaines compétences d'ajustement à une entité tierce (participative) préétablie**
 - mécanisme flexible, avec une certaine incertitude juridique

PRINCIPE DE PARTICIPATION

Information active et
passive

Participation du public

Convention d'Aarhus du 25 juin 1998

- Art. 4, accès à l'information sur l'environnement.
- Art. 5 al. 2, mise à disposition du public des informations sur l'environnement.
- Art. 6 et 7, participation du public aux décisions relatives à des activités particulières et en ce qui concerne les plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement.

Nécessité d'étendre la participation au niveau de la loi, de l'allocation des droits d'eau et de la gouvernance de l'eau → fort potentiel d'amélioration

- art. 4 LAT. Information, participation, droit d'accès
- art. 10 al. 2 LAT. Coopération à l'élaboration des plans directeurs (ONGs, communes)
- Jurisprudence peu ambitieuse (par exemple TF 1C_94/2020 du 10 décembre 2020)

Merci de votre attention



thierry.largey@unil.ch