

## *L'eau, une des préoccupations prioritaires du développement durable*

*Avis du Conseil supérieur pour le développement durable (CSDD) adopté en séance plénière du 30 octobre 2014*

La déclaration de Johannesburg énonce sous son point 11 que *l'adaptation des modes de consommation et de production, ainsi que la protection et la gestion viable du stock de ressources naturelles nécessaires au développement économique et social sont des objectifs primordiaux de développement durable et en sont aussi les conditions préalables.*

### **Le défi**

En tant qu'instrument de transposition de la directive-cadre eau (2000/60/CE) dans notre droit interne, la loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau exige respectivement le maintien et la remise en bon état de toutes les ressources aquatiques au plus tard au 22 décembre 2015. Elle distingue à cet effet entre deux catégories d'eaux: les eaux de surface et les eaux souterraines.

Par « eaux de surface » la loi entend *les eaux qui s'écoulent ou stagnent à la surface du sol.* Quelques exemples :

- les cours d'eau naturels (rigoles, ruisseaux, rivières, fleuves, torrents);
- les étangs, barrages, lacs alimentés par des eaux de pluie, des sources ou de la neige fondante;
- bassins de rétention pour le stockage ou la rétention temporaire des eaux pluviales en provenance des toitures d'immeubles, des voiries et d'autres surfaces scellées (parkings, entrepôts, etc.)

Les eaux de surface peuvent s'évaporer ou alimenter les eaux souterraines. La régénération de celles-ci est dépendante de l'utilisation des surfaces filtrantes, du degré de scellement et de la capacité du sol de retenir de l'eau.

Concernant les eaux de surface, l'article 5.2. de la loi dispose que: *Sauf pour les masses d'eau qualifiées comme artificielles ou fortement modifiées, elles doivent être protégées, améliorées ou restaurées de sorte à répondre aux critères de définition d'eau de bon état au plus tard au 22 décembre 2015.*

Bien que les bassins de rétention pour le stockage ou la rétention temporaire des eaux pluviales en provenance des toitures d'immeubles, des voiries et d'autres surfaces scellées soient de par leur nature à considérer comme des masses d'eau artificielles, du fait que leur trop plein est soit évacué vers des ruisseaux ou rivières, soit s'infiltré dans le sous-sol et peut affecter dès lors les réserves souterraines, il devraient bénéficier des mêmes mesures de protection que les autres eaux superficielles.

La définition des «eaux souterraines» contenue dans ladite loi comprend *toutes les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation et en contact direct avec le sol ou le sous-sol.*

En principe, les eaux souterraines sont enfermées dans les couches aquifères qui peuvent alimenter des puits ou des sources.

L'article 6.2 de la loi prévoit à l'égard des eaux souterraines que: *Toutes les masses d'eau souterraines doivent être protégées, améliorées ou restaurées et un équilibre entre les prélèvements et le renouvellement des eaux souterraines doit être assuré afin qu'elles se trouvent dans un bon état au plus tard au 22 décembre 2015.*

Un facteur important est donc le scellement des surfaces. L'imperméabilisation, donc le recouvrement des sols, contribue lourdement à la perte de surface filtrante et à la pénurie d'eau. Afin d'y remédier, certaines communes ont introduit une taxe de scellement due pour l'évacuation des eaux pluviales dans les canalisations publiques ou dans les cours d'eau (VdL, Diekirch, Esch/Alzette). Sont concernées les surfaces bâties et imperméabilisées du terrain communal. Le but primaire de cette taxe est de financer les réseaux d'eaux. Cependant, comme conséquence, certains propriétaires peuvent être incités à réduire la surface scellée et contribuer ainsi à réduire l'impact de leur projet sur le renouvellement des eaux souterraines.

Certains problèmes - notamment ceux des cours d'eau dont l'origine de la pollution se trouve en dehors du territoire national - ne pourront pas être résolus par des mesures purement nationales. La directive cadre eau prévoit que dans ces cas un rapport doit être fait à la Commission européenne ou à l'Etat membre concerné, avec des recommandations concernant la résolution du problème (art. 12).

A l'exception donc des masses d'eaux artificielles ou fortement modifiées et des cas de pollutions allogènes, toutes les masses d'eau, fussent-elles souterraines ou superficielles, devraient se trouver dans un bon état d'ici à peine un an. Partant, le défi est de taille, ce qui devrait motiver tous les acteurs concernés par la problématique à réfléchir sur des solutions appropriées.

Car, si le Luxembourg veut éviter que ne se répète le scénario de sanctions infligées par la Cour de justice de l'Union européenne comme cela a été le cas pour les eaux usées, des mesures assurant la mise en conformité avec le droit de l'Union devront être prises en toute urgence<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Luxembourg a déjà essuyé une condamnation par la Cour de justice de l'Union européenne pour ne pas avoir adopté, dans le délai prescrit, les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive cadre eau. Voir CJUE - affaire C-32/05.

## Les insuffisances sur le plan législatif

Devant le constat que la protection du bien "eau" est actuellement encore largement déficiente, force est de s'interroger au sujet de l'efficacité des instruments légaux et réglementaires et, en tout premier lieu, de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau avec ses règlements d'exécution. On serait bien évidemment tenté d'admettre que ladite loi, pour opérer une traduction assez fidèle de la directive cadre eau dans notre droit national, devrait constituer une base solide pour un ensemble de mesures susceptibles d'assurer une protection efficace tant des eaux souterraines que des eaux de surface.

Assurément, la directive trace nombre de pistes en vue d'une amélioration de la qualité de l'eau et, en ce qui concerne les nappes souterraines, du maintien de leur équilibre quantitatif. Mais, comme son intitulé le laisse entendre, elle se limite à poser un cadre qu'il appartient aux Etats membres de compléter avec les mesures qu'ils jugent nécessaires pour atteindre les objectifs imposés par la directive. Le but de celle-ci n'est donc pas une législation intégrée mais une gestion cohérente et efficace de l'eau.<sup>2</sup>

Pour devenir pleinement efficaces, les mesures prises en exécution de la directive cadre eau, doivent s'inscrire dans un contexte juridique cohérent. Se pose dès lors la question si notre législation, telle qu'elle se présente actuellement, permet de résoudre les problèmes identifiés et, si tel n'est pas le cas, sur quels points elle devra être adaptée.

## Heureux qui est propriétaire

Un aspect qui a jusqu'ici trouvé très peu d'attention dans la problématique autour de l'eau est celui du droit de propriété. A qui appartient l'eau? Cette question est loin d'être dénuée d'importance car, comme l'énonce si bien une règle du droit romain: *Potior est conditio possidentis* - le propriétaire est dans une position de supériorité.

Le droit de propriété étant du ressort du Code civil, c'est donc à ce texte qu'il faudra s'en remettre en l'espèce.

D'entrée de jeu, le ton est donné par l'article 552 qui dispose que : *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*. Sur la base de cet article, la Cour supérieure de Justice a jugé que : *Le propriétaire d'un fonds ayant le droit de disposer de celui-ci à sa surface et dans sa profondeur, peut user de l'eau d'une nappe qui existe à l'intérieur du sol, qu'elle soit stagnante ou mouvante, et quels que seront les inconvénients éprouvés par les propriétaires des fonds inférieurs*. (Cour – 26 juin 1979).

Selon la même logique, l'article 641 du CC attribue la propriété d'une source à celui sur le terrain duquel elle jaillit, ceci sans distinguer que ce jaillissement soit l'effet de la nature ou de travaux de l'homme. Le propriétaire du fonds peut user de la source à sa volonté, sauf d'éventuels droits que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis.

---

<sup>2</sup> Voir p. ex.: Dealing with complexity and policy discretion - A comparison of the implementation process of the European Water Framework Directive in five Member States, Uitenboogaart e.a., 2009. ISBN 9789012131070.

Une source qui devient ruisseau et quitte la propriété où elle a jailli devient *res nullius*, c'est-à-dire elle n'appartient plus à personne, et son usage – qui sera réglé par les lois de police – est commun à tous (CC art. 714). En réaction aux injustices et à l'arbitraire propres à l'ancien régime, le CC se montre généreux vis-à-vis des propriétaires dont les terrains bordent une eau courante. A moins qu'un cours d'eau ne dépende du domaine public, le propriétaire d'un fonds contigu peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés (CC art. 644). Si l'eau traverse sa propriété, il peut même en user, à condition toutefois de la rendre à son cours ordinaire, à la sortie de ses fonds. En vertu de l'article 23 de la loi relative à l'eau, le prélèvement d'eau est toutefois soumis à une autorisation ministérielle.

A partir du moment où une rivière est navigable ou flottable, elle est considérée comme domaine public (CC art. 538).

La lecture des articles examinés ci-dessus mène à la conclusion que le Code civil, dans sa version actuelle, bride l'effet tant de la loi relative à l'eau que des dispositions contenues dans d'autres textes qui, nous l'avons fait remarquer, de par leur éparpillement manquent de toute façon déjà de mordant. Force est même de reconnaître que le Code civil encourage voire incite à une appropriation de la ressource hydrique. Par quels moyens serait-il possible de remédier à cette situation ?

Conscient du problème, le législateur a décidé d'au moins enlever aux propriétaires fonciers le contrôle de l'eau destinée à l'approvisionnement de la population. Conformément à l'article 44 de la loi relative à l'eau, des zones de protection doivent être délimitées pour les masses d'eau servant de ressource à la production d'eau destinée à la consommation humaine. Ces zones sont subdivisées en zones de protection immédiates, zones de protection rapprochées et zones de protection éloignées. La zone de protection immédiate, destinée à abriter les installations de prélèvement de l'eau, est reconnue d'utilité publique et expropriée au profit de l'Etat, de la commune ou du syndicat de communes qui l'exploite.

Il est évident que l'intention du législateur était de parer à l'effet de l'article 641 du CC qui garantit au propriétaire du fonds le plein usage de l'eau d'une source qui y jaillit. A première vue, l'objectif semble en effet être atteint par le biais de l'expropriation. L'Etat, la commune ou le syndicat étant dorénavant propriétaire, ils se substituent dans les droits de l'exproprié. A y regarder de plus près cependant, on se rend compte que la mesure n'est pas tout aussi efficace qu'elle ne paraît. Si, par exemple, il venait à l'idée au propriétaire du fonds en amont, de profiter également de la masse d'eau – rappelons que l'article 641 du CC ne distingue pas entre le jaillissement d'une source qui est l'effet de la nature et celui résultant de travaux de l'homme – par quel moyen pourrait-il en être empêché ? Bien entendu, la loi dispose que dans les zones de protection rapprochée et éloignée, tous travaux ou activités susceptibles de porter atteinte à la qualité de la ressource hydrique ou à son débit exploitable peuvent être interdits, réglementés ou soumis à autorisation ministérielle. Le problème c'est que ces mesures ne sont pas arrêtées par la loi, mais doivent faire l'objet d'un règlement grand-ducal. Or, dans la hiérarchie des normes, le règlement grand-ducal range au-dessous du Code civil et, en cas de conflit, ce sera ce dernier qui l'emportera.

Force est en outre de rappeler que la propriété range parmi les droits fondamentaux protégés tant par la Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant juste indemnité sera toujours possible. Mais une telle privation du droit de propriété ou de la jouissance du droit de propriété sera difficilement réalisable à grande échelle, tant d'un point de vue juridique que financier.

Donc, tant que le droit de s'approprier l'eau sera le corollaire de la possession du sol, la gestion des réserves souterraines destinées à la consommation humaine ne pourra être réglée de manière efficace et moins encore celle des sources qui alimentent nos ruisseaux et rivières. En France, par exemple, la jurisprudence a créé un régime particulier à l'égard des sources constituant tête de bassin lorsque, en raison de leur débit, elles peuvent être considérées comme ruisseau. Bien qu'il s'agisse d'un incontestable progrès par rapport à notre conception du Code civil, cette ouverture est critiquée comme insuffisante parce qu'elle ne tient pas compte de la grande majorité des écoulements formant le crénel et qui restent de ce fait exclus du droit de l'eau.<sup>3</sup>

### Changements nécessaires sur le plan législatif

Pour remédier à cette situation juridique potentiellement préjudiciable à la conservation de la ressource hydrique, notre législation, et plus particulièrement le Code civil, devrait être adaptée de sorte à tenir pleinement compte non seulement du rôle éminent que l'eau joue dans notre alimentation, mais à assurer également sa pérennité en tant que garant d'un bon équilibre écologique. Nous avons constaté que le problème essentiel réside dans le fait que l'eau n'appartient à personne et que, à l'exception des cours d'eau navigables ou flottables, le droit la considère comme *res nullius*.

Le droit moderne distingue entre le droit public qui régit la *res publica* ou chose publique et le droit privé, dont les piliers principaux sont la liberté individuelle et la propriété.<sup>4</sup> Pour tenir compte du fait que l'eau n'est plus, comme c'était le cas lors de la rédaction du Code civil, disponible en quantité quasi illimitée – pour le moins une eau saine, capable de pleinement remplir les fonctions grâce auxquelles la vie a pu s'installer sur notre planète – une solution envisageable serait de la «mutualiser» c'est-à-dire d'en interdire la possession individuelle et de la placer sous la responsabilité de la société entière. Plus *res nullius* ni *res publica*, elle deviendrait alors *res communis*, un bien à l'usage de tous et sous la responsabilité de tous.

Bien entendu, un changement dans ce sens impliquerait une modification substantielle du Code civil afin d'atténuer sa propension à favoriser la propriété privée au détriment de l'usage commun. N'oublions pas que ce vénérable texte est entre-temps plus que deux fois centenaire et que la société pour laquelle il a été fait a bien évolué depuis. Si, comme l'énonce la directive-cadre eau, *l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres, mais un patrimoine*

---

<sup>3</sup> La protection juridique des cours d'eau, Aude Farinetti, Editions Johanet 2012. ISBN 979-10-91089-01-2.

<sup>4</sup> Voir p. ex.: Agora Vox – Entre la *res publica* et le droit privé, la *res communis*.

*qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel*, nous devons repenser radicalement notre conception de la propriété de ce bien.<sup>5</sup>

## **La pollution accidentelle du lac de la Haute-Sûre et les leçons qu'il faut en tirer**

Bien que le présent avis soit prioritairement destiné à aborder la situation dans laquelle se trouvent nos ressources aquatiques d'une manière générale plutôt que d'entrer dans le détail de telle ou telle situation particulière, le CSDD ne pourra pas passer sous silence le récent accident ayant affecté la réserve d'eau potable du lac de la Haute-Sûre. Déjà dans son avis relatif au Programme de développement rural du 15 avril 2014, le CSDD avait mis en garde devant la pression émanant de l'agriculture tant sur les eaux de surface que sur les eaux souterraines.

Et s'il avait vraiment fallu une confirmation de son analyse, les événements récents en ont démontré la pertinence. Mais, plus inquiétante encore que la pollution due à l'accident même est la mise en évidence d'une contamination quasi généralisée de nos ressources d'eau potable. De là s'imposent deux conclusions:

1. Le risque inhérent à la forte dépendance d'une seule source d'approvisionnement a trop longtemps été ignoré, voire accepté. Pourtant, il n'a pas manqué dans le passé d'incidents qui auraient dû servir d'avertissements et déclencher un revirement. Certes, des solutions de rechange ont été prévues, mais comme il apparaît actuellement, elles n'offrent guère plus de sécurité que la ressource qu'elles sont censées relayer.

La cheville d'Achille du barrage de la Haute-Sûre est son étendue et le nombre de ses affluents. En raison de l'impossibilité de mettre en place un système de protection à cent pour cent sûr et contrôlable, il faut diversifier davantage les sources d'alimentation des réseaux de distribution d'eau potable.

2. Comme il s'est avéré, ni les dispositions de la loi relative à l'eau, ni les mesures de protection mises en œuvre ne suffisent pour garantir une eau potable saine et en quantité suffisante.

Le CSDD salue l'intention du Gouvernement de revoir le Programme de développement rural à la lumière des conclusions qui s'imposent en raison des résultats d'analyses récents. Aussi considère-t-il qu'une modification conséquente de la loi relative à l'eau sera un pas dans la bonne direction. Ceci toutefois à condition que les dispositions relatives aux zones de protection soient revues à la lumière des connaissances actuelles.

Le CSDD estime par ailleurs que le principe pollueur-payeur devrait devenir la règle plutôt que l'exception. Afin de pouvoir mieux identifier dans la masse de la pollution diffuse l'origine des pollutions, il est indispensable que les services l'Administration de la gestion de l'eau disposent des ressources humaines et matérielles nécessaires.

---

<sup>5</sup> Premier considérant du préambule de la directive 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

Bien que les problèmes récemment décelés soient essentiellement imputables au secteur agricole, ceci ne doit pas faire oublier les autres sources de pollution comme les ménages, les communes, les services publics, les entreprises, etc. Pour réduire et éviter une pollution latente des ressources aquatiques par l'infiltration de produits chimiques, un contrôle plus strict de ces produits est essentiel. Ainsi, la vente en libre-service de pesticides dans les surfaces commerciales devrait être interdite. Leur utilisation par les communes et les services publics doit être réglementée et complètement interdite lorsqu'une contamination de l'eau ne peut pas être exclue avec certitude.

En ce qui concerne la protection du lac de la Haute-Sûre, dont l'importance pour l'alimentation nationale restera une évidence aussi dans le futur, on pourrait utilement s'inspirer de l'approche des Stadtwerke München.<sup>6</sup> Grâce à une politique de protection conséquente reposant sur deux piliers, qui sont l'acquisition des terrains importants pour la protection de la nappe phréatique et des sources, d'une part, et la promotion et le subventionnement de l'agriculture biologique, de l'autre, la qualité de l'eau potable qu'ils fournissent à leurs clients est excellente, ceci sans qu'un traitement coûteux ne soit nécessaire (annexe 2).

---

<sup>6</sup> <http://www.swm.de/privatkunden/m-wasser/gewinnung/wasserschutz.html>