

N° 367116

Association France Énergie Planète

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies

Séance du 25 novembre 2015

Lecture du 11 décembre 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. Vous avez déjà partiellement annulé, par votre décision Fédération française des associations de sauvegarde des moulins du 14 novembre 2012 (n° 345165, aux T.) une circulaire du ministre chargé de l'écologie du 25 janvier 2010, votre censure ayant notamment porté sur la doctrine administrative interdisant par principe tout équipement hydroélectrique sur les ouvrages transversaux qui pourraient se situer sur les cours d'eau en très bon état écologique.

La circulaire qui vous est soumise, du 18 janvier 2013, revient sur ces questions en y apportant des réponses qui sont de nouveau attaquées.

II. C'est l'application de l'article L. 214-7 du code de l'environnement relatif au classement des cours d'eau qui pose problème.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler dans nos conclusions sur la décision SNC Pervu du 30 janvier 2013 (n° 346120, aux T.), la loi du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur a introduit à l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique une disposition interdisant les autorisations ou concessions pour des entreprises hydrauliques nouvelles sur certains cours d'eau ou sections de cours d'eau classés, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État.

Le classement des cours d'eau a ensuite été réformé par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 qui a créé l'article L. 214-17. Celui-ci distingue deux listes, la première, dite « liste 1 », ayant vocation à succéder aux décrets de classement. Outre la déconcentration de la procédure de classement¹ et l'extension des critères de classement des cours d'eau², la réforme du régime de classement ajuste le régime d'interdiction. En effet, alors que l'article 2 de loi de 1919 interdisait par principe que soit délivrée une autorisation ou une concession pour des entreprises hydrauliques nouvelles, l'article L. 214-17 limite l'interdiction

¹ Le préfet coordonnateur de bassin devient compétent pour élaborer les listes.

² Sont visés par le classement les «cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux parmi ceux qui sont en très bon état écologique ou identifiés par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux comme jouant le rôle de réservoir biologique nécessaire au maintien ou à l'atteinte du bon état écologique des cours d'eau d'un bassin versant ou dans lesquels une protection complète des poissons migrateurs vivant alternativement en eau douce et en eau salée est nécessaire ».

de principe sur les cours d'eau de la liste 1 « aux nouveaux ouvrages qui constituent un obstacle à la continuité écologique ».

L'article R. 214-109 créé par un décret du 14 décembre 2007 précise la notion d'obstacle à la continuité écologique au sens de ces dispositions³.

III. Pourtant, la circulaire attaquée indique, au point 1.1.1 de son annexe 1, relatif à la définition des ouvrages constituant un obstacle à la continuité écologique des cours d'eau, que « L'objectif du classement en liste 1 est, tout d'abord, d'empêcher, a priori, la construction de nouveaux seuils et barrages en lit mineur sans avoir à examiner des dossiers de demande d'autorisation ou de concession au cas par cas, dans le même esprit que les classements en « rivières réservées » au titre de l'article 2 de la loi de 1919 interdisaient a priori toute autorisation d'entreprise hydraulique nouvelle sans qu'il y ait besoin d'instruire les dossiers de demande ».

On ne peut, de prime abord, qu'être étonné de cette rédaction qui revient concrètement à une interdiction de principe de tout nouvel ouvrage dit « latéral ». En effet, la consigne donnée aux services de ne pas instruire les dossiers de demande conduit à transformer l'interdiction *a priori* en un rejet systématique de toute demande.

La circulaire motive longuement cette position de principe.

Son auteur expose qu'« en remplaçant la notion « d'entreprise hydraulique nouvelle » par celle d'« ouvrage s'il constitue un obstacle à la continuité écologique », le législateur a clairement voulu, à travers le classement en liste 1, élargir le caractère non autorisable : / - à tout nouveau seuil ou barrage, quel qu'en soit l'usage (...). / Dès lors qu'un nouvel ouvrage en lit mineur doit être aménagé d'une passe à poisson et être géré pour assurer le transport sédimentaire afin de réduire son impact sur la continuité écologique en la rétablissant partiellement, il fait obstacle, par nature, à la continuité écologique ».

Cette position nous paraît difficilement conciliable avec la loi de 2006 : certes, elle élargit le régime d'interdiction en le faisant porter sur tout type d'ouvrage, tel les digues ou les protections de berges, et plus seulement les entreprises hydrauliques nouvelles. Mais il nous paraît difficile de ne pas y voir également un assouplissement de ce régime, par la restriction de l'interdiction aux ouvrages qui constituent un obstacle à la continuité écologique.

On pourrait tenter de suivre l'interprétation administrative en considérant que tout seuil ou barrage constitue par construction un tel obstacle. Mais tel ne nous paraît pas être la portée donnée à cette notion par le pouvoir réglementaire. L'article R. 214-19 ne prend en effet pas une partie aussi stricte : il précise que constitue un obstacle à la continuité écologique l'ouvrage qui ne permet pas la libre circulation des espèces biologiques, notamment parce qu'il perturbe significativement leur accès aux zones indispensables à leur reproduction, leur croissance, leur

³ Constitue un tel obstacle l'ouvrage entrant dans l'un des quatre cas énumérés : « 1° Il ne permet pas la libre circulation des espèces biologiques, notamment parce qu'il perturbe significativement leur accès aux zones indispensables à leur reproduction, leur croissance, leur alimentation ou leur abri ; / 2° Il empêche le bon déroulement du transport naturel des sédiments ; / 3° Il interrompt les connexions latérales avec les réservoirs biologiques ; / 4° Il affecte substantiellement l'hydrologie des réservoirs biologiques ».

alimentation ou leur abri. Il s'en déduit que ne constitue pas un obstacle à la continuité écologique l'ouvrage qui perturbe non significativement un tel accès. De même il admet que l'ouvrage perturbe le déroulement du transport naturel des sédiments, à la condition qu'il demeure « bon ». Et l'ouvrage peut affecter l'hydrologie des réservoirs biologiques, tant que cet effet n'est pas « substantiel ».

Ces dispositions réglementaires obligent donc à vérifier les caractéristiques de l'ouvrage, sans que l'administration puisse en rester à la position de principe que tout ouvrage du type seuil ou barrage remplit les conditions de l'article R. 214-109 le faisant basculer dans la catégorie des obstacles à la continuité écologique. Le ministre ne peut donc édicter des dispositions impératives qui méconnaissent les règles prises par le pouvoir réglementaire. Et nous précisons qu'à notre sens ce dernier n'aurait pu légalement définir la notion d'obstacle à la continuité écologique au sens du 1° du I de l'article L. 214-17 dans le sens que préconise la circulaire.

IV. La circulaire avance un second argument : il est tiré de l'effectivité de l'objectif de protection renforcée poursuivie par le classement en liste 1, par comparaison avec les autres dispositions du code qui imposeraient déjà, sur n'importe quel cours d'eau, un aménagement ou une gestion assurant la circulation des poissons et le transport suffisant des sédiments à l'occasion de l'autorisation d'un nouveau barrage.

On peut notamment se référer à la seconde liste prévue par l'article L. 214-17, qui concerne les cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux dans lesquels il est précisément nécessaire d'assurer le transport suffisant des sédiments et la circulation des poissons migrateurs. S'impose alors l'obligation de gérer, entretenir et équiper les ouvrages selon des règles définies par l'autorité administrative, en concertation avec le propriétaire ou, à défaut, l'exploitant, sans que le classement en liste 2 ne comporte de restriction de principe aux nouveaux ouvrages.

On voit ainsi que la loi a prévu une graduation des exigences s'imposant aux exploitants, qui suffit à donner une portée utile au classement en liste 1.

V. Vous pourrez donc faire droit aux conclusions tendant à l'annulation des dispositions que nous avons citées du point 1.1.1 de l'annexe 1 de la circulaire.

Vous pourrez en revanche écarter le moyen dirigé contre les éléments de la circulaire, énoncés à l'appui de la motivation que nous venons de citer, qui précisent que « l'obligation d'assurer la continuité écologique n'est pas réservée aux seuls cours d'eau classés en liste 1 ou 2. Son rétablissement est un des intérêts mentionnés au 7° du I de l'article L. 211-1 du code de l'environnement au titre de la gestion équilibrée et durable de l'eau. Ainsi des prescriptions dûment justifiées peuvent être imposées à tout moment aux ouvrages en lit mineur de cours d'eau non classés pour réduire leur impact sur cette continuité ».

Nous ne sommes pas certain du caractère impératif de ces dispositions destinées à conforter la doctrine administrative. Mais en tout état de cause, le pouvoir qui est critiqué résulte des dispositions combinées des articles L. 214-1 et L. 214-3 qui instituent un régime d'autorisation ou de déclaration des ouvrages en cause, ces dernières assorties de prescriptions nécessaires à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 211-1, au nombre desquels figure le rétablissement de la continuité écologique au sein des bassins hydrographiques, l'article 214-3 prévoyant en outre que si le respect de ces intérêts n'est pas assuré par l'exécution des

prescriptions édictées en application des articles L. 211-2 et L. 211-3, l'autorité administrative peut, à tout moment, imposer par arrêté toutes prescriptions particulières nécessaires.

VI. Vous annulerez en revanche les dispositions attaquées du point 1.1.4 de l'annexe 1 de la circulaire relatif à la reconstruction d'un ouvrage fondé en titre dont le droit d'usage s'est perdu du fait de sa ruine ou de son changement d'affectation, assimilée à la construction d'un nouvel ouvrage, ainsi que la rehausse d'un ouvrage qui le fait basculer dans le régime de l'autorisation au vu de la nomenclature prévue à l'article L. 214-2 : dans les deux cas, les éléments attaqués de la circulaire aboutissent à une interdiction de principe qui méconnaît l'article L. 214-17 et les dispositions prises pour son application à l'article R. 214-109 pour les mêmes raisons que celles déjà mentionnées.

VII. Vous pourrez en revanche écarter un dernier moyen soulevé à l'appui des conclusions dirigées contre le point 1.1.6 de la circulaire, relatif à l'instruction du renouvellement d'autorisation ou de concession. Le ministre considère qu'« il doit être mis à profit pour repenser de manière approfondie les solutions de réductions des impacts ainsi que les mesures compensatoires ». L'association requérante estime au contraire que l'ouvrage peut se prévaloir d'un droit acquis, de telle façon que s'il affecte la continuité idéologique, il convient de revoir le classement en liste 1 qui n'est alors plus justifié.

Mais c'est ignorer le 3^{ème} alinéa de l'article L. 214-17, applicable aux cours d'eau bénéficiant de ce classement, qui dispose que « Le renouvellement de la concession ou de l'autorisation des ouvrages existants, régulièrement installés sur ces cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux, est subordonné à des prescriptions permettant de maintenir le très bon état écologique des eaux, de maintenir ou d'atteindre le bon état écologique des cours d'eau d'un bassin versant ou d'assurer la protection des poissons migrateurs vivant alternativement en eau douce et en eau salée ».

Et par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation des dispositions citées des points 1.1.1 et 1.1.4 de l'annexe 1 de la circulaire attaquée.
- à ce que l'État verse à l'association requérante la somme de 2 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- au rejet du surplus des conclusions de la requête.