

N° 393293

**Ministre de l'environnement,
de l'énergie et de la mer
c/ société SJS**

**6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 23 novembre 2016
Lecture du 16 décembre 2016**

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La présente affaire va vous permettre de préciser le mode de calcul de la consistance légale d'un ouvrage hydroélectrique « fondé en titre » ou, pour être plus compréhensible, de la force motrice de l'eau que le propriétaire d'un tel ouvrage peut utiliser sur le fondement du titre ancien dont il se prévaut.

En vertu de l'article L. 511-4 du code de l'énergie, les usines ayant une existence légale ne sont pas soumises aux dispositions du livre V du même code relatif à l'utilisation de l'énergie hydraulique, qui institue un régime de police spéciale de l'énergie hydraulique. L'article L. 511-1 dispose à cette effet, que « Sous réserve des dispositions de l'article L. 511-4, nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat ».

Les usines ayant une existence légale, ou fondée en titre, échappent donc à ce régime de police administratif. Rappelons brièvement que cette exclusion remonte à la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, qui a créé cette police spéciale, son article 29 réservant le cas des ouvrages fondés en titre.

Le régime dérogatoire des usines ayant une existence légale est en grande partie défini par la jurisprudence. Il s'appuie sur des titres acquis sous l'Ancien Régime ou dans le cadre de la vente de biens nationaux accordant des droits d'usage de l'eau¹. Il n'est pas nécessaire de le préciser

¹ Pour l'étendu des droits reconnus, voir les conclusions de Francis Lamy sur la décision Société Laprade Energie du 5 juillet 2004 (n° 246929, Rec. p. 294).

plus avant², le seul point important pour le présent litige étant qu' « un droit fondé en titre conserve la consistance qui était la sienne à l'origine » et « que dans le cas où des modifications de l'ouvrage auquel ce droit est attaché ont pour effet d'accroître la force motrice théoriquement disponible, appréciée au regard de la hauteur de la chute d'eau et du débit du cours d'eau ou du canal d'amenée, ces transformations n'ont pas pour conséquence de faire disparaître le droit fondé en titre, mais seulement de soumettre l'installation au droit commun de l'autorisation ou de la concession pour la partie de la force motrice supérieure à la puissance fondée en titre ». C'est ce que juge la décision Société Laprade Energie du 5 juillet 2004 (n° 246929, Rec. p. 294), développant un principe dégagée par la décision de Section du 18 février 1972, Société hydroélectrique de la vallée de Salle-la-Source (n° 75965, au Rec.).

On comprend dès lors l'importance de déterminer la consistance de l'ouvrage fondée en titre, dont l'exploitant peut disposer sans être soumis à la police de l'énergie hydroélectrique. C'est ce que l'on appelle sa « consistance légale ».

II. Tel est donc le cœur du litige qui vous est soumis.

La société SJS est propriétaire d'une usine hydroélectrique sur le Doubs à Bourguignon. Elle a demandé au préfet en 2011 la reconnaissance du droit fondé en titre attaché à cet ouvrage.

Par un arrêté du 16 mai 2012, le préfet du Doubs a reconnu l'existence du droit mais fixé sa consistance légale à 180 kW, nettement en deçà des attentes du propriétaire de l'usine, mis en demeure par arrêté du 20 juin 2012 de déposer un dossier d'autorisation pour produire de l'électricité au-delà de cette puissance.

Par un nouvel arrêté du 14 janvier 2013, le préfet a fait marche arrière : retirant ces deux arrêtés, il a mis en demeure la société requérante de réaliser une nouvelle expertise pour déterminer la consistance légale de son ouvrage et de régulariser ses ouvrages hydrauliques. La société a demandé au tribunal administratif de Besançon d'annuler les trois arrêtés et d'enjoindre au préfet d'en prendre un nouveau reconnaissant une consistance légale à hauteur de 3 358 kW.

Le tribunal a prononcé un non-lieu à statuer sur les deux premières demandes, a annulé le troisième et a fait droit à la demande d'injonction, reconnaissant ainsi la consistance légale revendiquée par la société SJS.

² En vertu d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, les droits fondés en titre constituent des droits réels immobiliers attachés à l'ouvrage lui-même, dont la persistance dépend de l'existence de l'ouvrage et non de son utilisation (Cass Civ, 20 octobre 1942, Dame Dumas ; Cass. Civ., 10 juin 1981, Bernege).

L'appel du ministre chargé de l'énergie a été rejeté par la cour administrative d'appel de Nancy par l'arrêt du 2 juillet 2015 attaqué devant vous.

III. Un moyen d'irrégularité ne vous retiendra pas : le ministre a produit un ultime mémoire le 10 juin 2015, soit la veille de l'audience et après la clôture de l'instruction, que la cour a visé sans l'analyser, ce mémoire faisant suite à la communication, le vendredi 5 juin en fin de journée, d'un 3ème mémoire en défense de la société SJS. Mais aucun de ces mémoires ne comporte d'éléments nouveaux, les parties reprenant le débat déjà largement développé sur l'évaluation de la consistance légale des droits fondés en titre ici en cause.

IV. Car c'est uniquement ce point qui est en litige.

Cette consistance est parfois défini par les actes anciens support de l'existence légale de l'ouvrage, ou elle peut se déduire de ces actes par référence à l'usage de la force de l'eau qui était expressément prévu : voyez par exemple 18 août 1869, M. Colle, au Rec. p. 828 ; 19 juin 1885, M. de Boyer, au Rec. p. 612 ou encore 26 décembre 1947, M. Paul Vincienne, au Rec. p. 862.

Mais le plus souvent, ils doivent être évalués au vu de l'ouvrage lui-même, dans son état actuel, votre jurisprudence ayant admis la présomption que la consistance légale soit celle actuellement constatée, à charge pour l'administration d'établir que l'ouvrage a subi des modifications affectant sa consistance légale : voyez 22 novembre 1989, Min. des travaux publics c/ M. N..., au Rec. p. 1066. Ou plus récemment, 16 janvier 2006, M. A..., n° 263010, inédit.

En l'espèce, l'administration a tenté de le démontrer mais sans convaincre la cour et cette partie de l'arrêt n'est pas contestée devant vous. Le litige se concentre donc sur l'évaluation de la consistance de l'ouvrage tel qu'il existe actuellement, ou plus précisément à la date à laquelle la cour a statué sur le litige de plein contentieux.

IV. La cour a commencé par affirmer, dans la partie de l'arrêt consacrée à la consistance du droit fondé en titre attaché à l'ouvrage appartenant à la société SJS, que « comme dit au point 2 ci-dessus, la puissance maximale brute au sens du code de l'environnement est égale au produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur », le point 2 étant celui dans lequel la cour a cité l'article L. 511-5 du code de l'énergie qui fait le départ, selon la puissance de l'installation hydraulique, entre celles placées sous les régimes de la concession et de l'autorisation et précise que « la puissance d'une installation hydraulique, ou

puissance maximale brute, au sens du présent livre est définie comme le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur ».

V. Un premier moyen d'erreur de droit porte sur cette affirmation.

Dans une première branche, le ministre conteste la référence à l'article L. 511-5, celui-ci n'étant pas applicable aux usines ayant une existence légale come cela résulte expressément des dispositions de l'article L. 511-4.

Mais il faut comprendre que l'article L. 511-5, en se référant à la puissance maximale brute, ne fait que reprendre la notion retenue par votre jurisprudence pour l'évaluation de la consistance légale du droit fondé en titre. Et cet alignement est heureux puisque le régime de police de l'énergie hydroélectrique vient se surajouter à celui des droits fondés en titre en cas de modification de l'ouvrage. Il serait un peu perturbant que les modalités de calcul de la puissance prise en compte ne coïncident pas.

C'est votre décision Ulrich du 28 juillet 1866 (au Rec. p. 885 avec les conclusions éclairantes du président Aucoc) qui a fermement établi la différence entre la « force motrice brute, qui résulte du volume, de la hauteur et de la pente de la chute d'eau » et la « force utile » que l'exploitant en retire, qui tient aux caractéristiques de l'usine, la force utile pouvant être augmentée sans que soit modifiée la force motrice brute dont dispose l'usine. Et la décision Ulrich, modifiant l'état de la jurisprudence, pose pour principe que la consistance légale de l'usine correspond à la force motrice brute dont l'ouvrage fondé en titre peut disposer.

La puissance maximale brute est donc la puissance maximale théorique que le détenteur du droit peut tirer de la chute d'eau, au vu de l'ouvrage faisant l'objet de ce droit, notamment le positionnement et le niveau de la retenue, les caractéristiques de ses ouvrages régulateurs et le cas échéant du vannage d'entrée qui alimente les turbines hydrauliques. Le point important est que cette l'évaluation de la consistance légale fait abstraction de la force utile tirée de l'ouvrage à un instant donné, et notamment à la date à laquelle le droit a été acquis ou utilisé pour la première fois.

L'une des justifications de cette solution est d'encourager le détenteur du droit fondé en titre à l'exploiter le plus complètement et le plus efficacement possible : préoccupation qui demeure, l'énergie hydroélectrique constituant la part principale de l'énergie renouvelable appelée à prendre une part de plus en plus importante dans la production nationale d'électricité. Et nous vous précisons que si l'ouvrage fondé en titre échappe à la police de l'énergie, il relève en

revanche de la police de l'environnement : c'est ce qu'indique l'article L. 214-6 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 juillet 2005³.

Relevons que la décision Ulrich de 1866 retient en revanche la force motrice réellement utilisée, en un mot la force utile, lorsqu'il convient de déterminer le droit à indemnité de l'usurier en cas d'altération de la force motrice de l'ouvrage fondé en titre à la suite de travaux publics. Voyez pour des cas d'application vos décisions du 20 mai 1881, Min des TP c/ Chalot, au Rec. p. 346 ou 8 mai 1869, Pierron, au Rec. p. 432. Cette distinction un peu subtile peut être source de confusion, et explique sûrement une décision divergente (heureusement inédite) qui retient la force utile pour l'évaluation de la consistance légale : 10 février 1997, J..., n° 129748.

La loi de 1919, dans sa rédaction initiale, s'en était tenue strictement à la notion de force motrice brute issue de votre jurisprudence, en se référant à la puissance maximum définie comme le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation. Ce n'est qu'à l'occasion de sa codification par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 que le législateur en a donné une définition scientifiquement plus rigoureuse⁴, en complétant le produit par un troisième terme qui est constant : la valeur de la gravité terrestre.

La définition retenue par le code de l'énergie n'est donc que la traduction physique du concept de force motrice brute dégagée par votre jurisprudence il y a 150 ans. Vous pourrez donc juger que la cour ne commet pas d'erreur de droit en se référant à la définition scientifiquement correcte de la puissance brute donnée par l'article L. 511-5 du code de l'énergie.

V. Dans une seconde branche du moyen, il est reproché à la cour d'avoir affirmé que la consistance légale est égale au produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur, ce qui est la reprise de la formulation du code de l'énergie, alors que votre jurisprudence impose seulement de déterminer la puissance fondée en titre « au regard de la hauteur de la chute d'eau et du débit du cours d'eau ou du canal d'amenée ».

Mais si la formulation est plus prudente, c'est surtout qu'elle est moins scientifique et qu'elle ne s'intéresse qu'aux deux variables, la hauteur et le débit. Mais dans les deux cas, il s'agit bien d'évaluer la puissance maximum brute. D'ailleurs, la cour a, un plus tôt dans son arrêt, dans un

³ Ordonnance du 18 juillet 2005 portant simplification, harmonisation et adaptation des polices de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets.

⁴ La puissance maximale brute est la quantité d'énergie dite potentielle de la chute d'eau disponible par unité de temps. L'énergie potentielle est égale au produit de la masse d'eau disponible, de la pesanteur et de la hauteur de chute. Par commodité, la masse d'eau est convertie en volume afin de retenir comme variables pour le calcul de la puissance potentielle le débit (volume d'eau divisé par l'unité de temps) et la hauteur de chute.

considérant de principe sur le droit fondé en titre, affirmé que « la détermination de la puissance fondée en titre s'opère au regard de la hauteur de la chute d'eau et du débit du cours d'eau ou du canal d'amenée et ce débit doit être apprécié au niveau du vannage d'entrée ».

VI. Cette formule est l'objet d'un autre moyen d'erreur, le ministre estimant que le débit doit être apprécié, non pas au niveau du vannage d'entrée, mais à celui de la dérivation qui alimente l'usine, et même au niveau de débit maximum de cette dérivation.

La formulation retenue par la cour est empruntée à votre jurisprudence. Elle apparaît la première fois dans une décision Société Hydro SIA du 1^{er} février 2012 (n° 324580, inédit), reprise ensuite par Ministre c/ B... du 16 juillet 2012 (n° 374874, inédit).

Mais il faut interpréter le membre de phrase « au niveau du vannage d'entrée » comme visant le débit au sein de la dérivation, ou du canal d'amenée, immédiatement avant l'entrée dans le vannage d'entrée qui alimente l'usine. En un mot, il convient bien d'évaluer le débit juste avant que l'énergie hydraulique accumulée se transforme en énergie cinétique qui va ensuite alimenter la turbine.

VII. Il est enfin soutenu que la cour a commis une erreur de droit en retenant, pour procéder à l'évaluation de la puissance maximale brute, les valeurs maximales de la hauteur de chute et du débit de la dérivation, et non la combinaison de ces grandeurs telles qu'elles ont été réellement mesurées.

Il faut préciser que l'administration a procédé à des campagnes de mesures concernant l'ouvrage en cause, portant sur le débit traversant le canal d'amenée et la hauteur des plans d'eau supérieur (au niveau de la retenue) et inférieur (après la restitution). Comprenons à ce stade que l'écoulement du cours d'eau crée un système assez complexe, et d'autant plus complexe dans le cas où, comme en l'espèce, l'usine est alimentée par une partie de la masse d'eau dérivée dans un canal d'amenée. Les variations de débit du cours d'eau crée dès lors des variations permanentes, tant de débit du canal d'amenée que de hauteur de la chute.

C'est la raison pour laquelle, par un souci de simplification, votre jurisprudence puis le code de l'énergie ont retenu la notion de puissance maximale brute, qui est, nous l'avons dit, de nature théorique : c'est la puissance hydraulique maximale dont l'usine peut tirer partie. Et cette puissance s'appuie sur les deux valeurs déjà citée, la hauteur de chute et le débit maximal, la première étant évaluée au regard des caractéristiques de l'ouvrage, c'est-à-dire la côte normale de la prise d'eau et celle de la restitution.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en procédant à une évaluation autonome de ces deux valeurs, la première par référence à l'ouvrage et la seconde au regard des caractéristiques de la dérivation. Nous vous précisons que c'est exactement la méthode préconisée le ministère dans son « Guide pratique relatif à la police des droits fondés en titre » édité en septembre 2010, disponible sur le site Internet du ministère⁵.

Nous ne voyons aucune raison de la remettre en cause :

- la méthode à la vertu d'épargner à l'administration la réalisation de campagnes de mesure complexes et onéreuses...

- mais surtout, il faut garder à l'esprit que l'exploitant de l'usine ayant une existence légale est fondé à retirer de la chute d'eau toute la puissance qu'elle est en mesure de délivrer, tant qu'il ne modifie pas les caractères de l'ouvrage. L'argumentation de l'administration qui soutient que l'exploitant « turbine » une puissance supérieure à la consistance légale du droit fondé en titre est donc vaine puisque, par construction, la consistance légale est nécessairement supérieure à la puissance turbinée... Il y a donc une contradiction à exiger du propriétaire de l'usine, à ouvrage inchangé, de soumettre au régime de déclaration une partie de l'exploitation de la chute d'eau faisant l'objet du droit fondé en titre.

L'objectif est plutôt d'évaluer raisonnablement la consistance légale, à partir de la mesure de la hauteur de chute et du débit maximale de la dérivation. Il est vrai que peuvent être pris en compte, à cette fin, des mesures réelles de débit ou bien des valeurs de la puissance turbinée, mais ces éléments n'ont pour intérêt que de fournir une indication sur la valeur en deçà de laquelle la consistance légale ne peut être fixée, mais non une limite supérieure.

IX. Vient enfin le moyen de dénaturation sur la détermination de la consistance légale. N'est critiqué devant vous que l'évaluation du débit maximal de la dérivation.

La cour commence par affirmer qu'il s'évalue en fonction des caractéristiques physiques du canal d'amenée et non par les mesures réelles observées sur le site qui varient notamment en fonction de l'équipement aval et des modalités de son fonctionnement.

Ce point n'est pas contesté devant vous sur le terrain de l'erreur de droit, et n'est pas contestable d'ailleurs : d'une part, les mesures à un moment donné ne saisissent pas le débit maximal ; d'autre part, le débit passant par la dérivation varie selon les caractéristiques du turbinage. Comme vous le savez, tout fluide s'écoule là où son passage est le plus facile : la résistance mis à son passage par le canal d'amenée affecte donc la répartition des eaux entre le

⁵ http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_police_des_droits_fondes_en_titre.pdf

cours principal et le canal d'amenée... En un mot, la mesure du débit correspond à la puissance turbinée à un moment donnée, celle-ci affectée des pertes de puissance cinétique puis mécanique dues au passage de l'eau par le canal d'amenée puis par la turbine. La mesure est certes intéressante, mais difficile à rapporter à la puissance maximale brute.

La cour poursuit en jugeant qu'il ne résulte pas de l'instruction que les méthodes utilisées par le cabinet Hydraulicana pour calculer le débit maximal du canal d'amenée, évaluée à une valeur proche de 75 m³/s, soient erronées. Il ne nous semble pas que vous pourrez voir de dénaturation sur ce point.

Le ministre avance les mesures effectuées par ses services, qui aboutissent à un débit maximal de 42,2 m³/s, mais sans expliquer comment les rapporter à la puissance maximale brute.

La société SJS explique pour sa part que les quatre turbines installées sont dimensionnées pour un turbinage de près de 61 m³/s maximum. Sauf à penser qu'elle a consenti à un surinvestissement, cet élément consolide son évaluation du débit maximal de la dérivation, nécessairement supérieur au volume turbiné du fait des pertes de rendement dû à l'usine.

En un mot, nous ne voyons pas de raison de censurer la cour qui a retenu l'évaluation théorique de la société SJS faute d'éléments convaincants avancés par l'administration qui, nous vous le rappelons, a commencé par reconnaître une consistance légale près de 20 fois inférieure à celle retenue par les juges du fond... De plus, nous ne voyons guère de raison de faire durer un litige qui, en tout état de cause, ne peut aboutir à soumettre l'installation au régime de la déclaration au titre de la police de l'énergie hydroélectrique dès lors que, comme nous l'avons dit, il est acquis que l'ouvrage n'a pas été modifié depuis la reconnaissance de son existence légale.

Vous pourrez donc rejeter le pourvoi et mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 3.000 € à la société SJS au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.