

N^{os} 393777, 393778
Ministre de l'écologie, du
développement durable et de
l'énergie
c/FDSEA de la Haute-Vienne et
autres

Ministre de l'écologie, du
développement durable et de
l'énergie
c/FNSEA et autres

6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 24 février 2017
Lecture du 17 mars 2017

CONCLUSIONS

Mme Suzanne von COESTER, rapporteur public

Sous les numéros qui viennent d'être appelés sont attaqués deux arrêts de la cour administrative d'appel de Nantes du 24 juillet 2015 portant annulation d'un arrêté du préfet coordonateur du bassin Loire-Bretagne délimitant, au sein de ce bassin, les zones vulnérables à la pollution par les nitrates d'origine agricole.

Cet arrêté avait été pris en décembre 2012 pour l'application du décret du 27 août 1993 relatif à la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole, qui transposait la directive « nitrates » n°91/676/CEE du 12 décembre 1991 et a été codifié aux articles R. 211-75 à R. 211-79 du code de l'environnement.

L'annulation prononcée par la cour s'articule en deux temps : l'arrêté est annulé à compter seulement du 15 janvier 2016, sauf pour ce qui est du classement en zone vulnérable du territoire des communes de Saint-Amand Magnazeix, Saint-Hillaire la Treille et Folles, dont l'annulation n'est pas différée – et est donc rétroactive.

L'arrêt annulant le classement en zone vulnérable du territoire de ces trois communes retient le caractère non significatif des prélèvements opérés, compte tenu de leur faible nombre : sur la période de référence du 1^{er} octobre 2010 au 30 septembre 2011, un seul prélèvement a été réalisé sur la commune de Saint Amand Magnazeix, trois sur la commune de Folles et quatre sur Saint-Hillaire.

Le ministre dénonce une insuffisante motivation sur ce point, à tort nous semble-il à la lecture de l'arrêt : « *Considérant qu'en vue du classement en litige l'administration a confronté aux seuils réglementaires visés à l'article R 211-76 du code de l'environnement le percentile 90 de la série des prélèvements effectués, soit la valeur supérieure ou égale à celle de 90 % des mesures relevées ; que compte tenu de l'usage du percentile 90 qui, en l'occurrence et compte*

tenu du faible nombre de relevés pratiqués, conduit à retenir les valeurs les plus hautes parmi celles relevées et alors, ainsi qu'il résulte des termes mêmes du mémoire en défense de l'administration, que les concentrations en nitrates dans les eaux présentent une forte variabilité en fonction des saisons et des conditions hydrologiques, les résultats retenus ne peuvent être regardés comme suffisamment significatifs d'un dépassement des seuils réglementaires de nature à entraîner un classement des communes considérées à l'inventaire des zones vulnérables prévu par les dispositions précitées de l'article R. 211-75 du code de l'environnement ».

La cour a-t-elle commis une erreur de droit en estimant que le nombre insuffisant de relevés privait le taux de nitrate constaté de caractère significatif? Le ministre soutient qu'il n'est nullement exigé de dépassement réitéré des seuils réglementaires pour caractériser une zone vulnérable, c'est-à-dire une zone qui contribue à la pollution des eaux.

En application de l'article R. 211-75, « *sont désignés comme vulnérables, compte tenu notamment des caractéristiques des terres et des eaux ainsi que de l'ensemble des données disponibles sur la teneur en nitrate des eaux, les zones qui alimentent les eaux définies à l'article R. 211-76* ». C'est-à-dire les eaux souterraines et les eaux douces superficielles, notamment celles servant au captage d'eau destinée à la consommation humaines, atteintes ou menacées par la pollution. En vertu de l'article R.211-76, les premières (les eaux atteintes par la pollution) sont celles dont la teneur en nitrate est supérieure à 50 milligrammes par litre, tandis que les secondes (les eaux menacées par la pollution) sont celles dont la teneur en nitrate est comprise entre 40 et 50 milligrammes par litre et montre une tendance à la hausse.

Ici, les relevés faisaient état d'une teneur en nitrate comprise entre 40 et 50 mg par litre.

Si, comme le ministre le fait valoir, aucune disposition n'exige un nombre minimal de prélèvements, il ressort bien des dispositions de l'article R.211-76 qu'il faut caractériser une tendance à la hausse lorsque la teneur en nitrate est inférieure à 50 mg par litre, comme en l'espèce.

Avec des prélèvements rendant compte d'un dépassement du taux de 50 mg par litre, qui suffit à lui seul pour caractériser des eaux atteintes par la pollution, il aurait été plus difficile, en droit, de raisonner comme la cour l'a fait, en opposant le nombre insuffisant de prélèvements – même si l'on pourrait sans doute admettre une marge d'appréciation du juge sur leur caractère suffisamment significatif.

Mais compte tenu de la nécessité de caractériser, ici, une tendance à la hausse pour retenir la qualification d'eaux menacées par la pollution, compte tenu aussi de ce que des points de mesure proches enregistraient pour leur part une tendance à la baisse, ainsi qu'il est relevé dans les motifs de l'arrêt, il nous semble que c'est sans erreur de droit que la cour a pu opposer le caractère non significatif car insuffisant du nombre de prélèvements effectués sur les territoires sur lesquels a porté sa censure.

Elle l'a fait au terme d'une appréciation souveraine qui nous paraît exempte de dénaturation. L'argument avancé par le ministre selon lequel les prélèvements opérés dans les eaux souterraines présentent des valeurs beaucoup plus stables que dans les eaux superficielles ne suffit pas à notre avis à la remettre en cause.

*

L'autre pourvoi du ministre soulève des questions non moins intéressantes.

Pour censurer l'arrêté préfectoral dans son ensemble, tout en retenant une date d'effet différée, la cour a accueilli le moyen tiré de l'illégalité de la circulaire du 22 décembre 2011 relative au réexamen de la liste des zones vulnérables, pour incompetence.

Pour admettre l'opérance de l'exception d'illégalité de la circulaire, elle a d'abord relevé le caractère impératif du point 3 de son annexe technique, qui *« pour déterminer la concentration en nitrates des eaux, impose le recours à la seule méthode dite du « percentile 90 » issu de la campagne de surveillance 2010/2011 ou des deux campagnes 2010/2011 et 2009/2010, excluant ainsi le recours à d'autres méthodes, susceptibles d'induire des résultats différents »*. Elle a ensuite relevé *« que, par ailleurs, l'arrêté attaqué constitue une mesure d'application de cette circulaire, dès lors que la mesure de la concentration en nitrates constitue un critère indispensable pour procéder à la révision des zones vulnérables aux pollutions par les nitrates d'origine agricole ; qu'il en résulte que la FNSEA et les autres requérants peuvent utilement exciper de l'illégalité de cette circulaire »*.

Cette motivation nous paraît très suffisante et claire, contrairement à ce qui est allégué. Elle nous paraît en outre fondée : si le ministre fait valoir que la circulaire, lue dans son ensemble, laisse une marge d'appréciation aux services, en « proposant » seulement de retenir le percentile 90 des concentrations en nitrates pour définir les eaux atteintes par la pollution, le passage relevé par la cour est clairement impératif : *« Pour la révision des zones vulnérables, vous utiliserez le percentile 90 issu de la campagne de surveillance 2010-2011 (ou des deux campagnes 2009-2010 et 2010-2011) »*. C'est à juste titre nous semble-t-il que la cour a pu lire la circulaire comme ne laissant nullement le recours à cette méthode à la libre appréciation des services.

Pouvait-elle en déduire la possibilité d'exciper de son illégalité à l'appui du recours contre l'arrêté ?

Le ministre le conteste, faisant valoir qu'une circulaire interprétative, même à caractère impératif, ne saurait donner prise à une exception d'illégalité. Nous partageons a priori son analyse : si la circulaire n'est qu'interprétative, et même si elle est rédigée de façon impérative, n'est-elle pas transparente par rapport au texte qu'elle interprète ? Elle peut sans doute être contestée, par la voie de l'excès de pouvoir, en application de votre jurisprudence *Duvignères*, mais peut être pas par la voie de l'exception, faute de pouvoir remplir les critères de votre jurisprudence *Sodemel* (Section, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire*, n° 320735, au recueil) : la circulaire interprétative ne saurait être la base légale d'une mesure, c'est le texte interprété par la circulaire qui l'est ; et on peut se demander si un acte pourrait être regardé comme une mesure d'application d'une circulaire seulement interprétative, même rédigée en termes impératifs.

On se trouverait à front renversé par rapport à la jurisprudence sur les directives ou lignes directrices, dont la légalité peut être contestée par voie d'exception à l'occasion d'un recours contre la décision individuelle, mais pas par voie d'action, faute de faire directement grief – en l'état de la jurisprudence sur le droit souple, du moins.

Quoi qu'il en soit de cette intéressante question, nous ne croyons pas qu'elle se pose en ces termes s'agissant du cas d'espèce.

La cour ne s'en est pas tenue au caractère impératif des dispositions de la circulaire sur le recours à la méthode du percentile 90. Elle a en effet reconnu un caractère prescriptif, et non seulement interprétatif, aux dispositions de la circulaire qui posent une règle nouvelle en imposant l'usage de la méthode du percentile 90 pour mesurer la concentration en nitrates.

Cette méthode a d'ailleurs été depuis lors inscrite dans un arrêté pris le 5 mars 2015 sur le fondement de l'article R.211-76.

Dans ces conditions, c'est-à-dire en présence de dispositions réglementaires (fussent-elles inscrites dans une circulaire) qui ajoutent aux textes applicables, nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à ce qu'il puisse être excipé de leur illégalité à l'appui d'un arrêté pris pour leur application. Une décision du 21 juillet 1970, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, n°73300, au recueil, semble avoir été rendue dans une telle configuration.

Si vous nous suivez pour écarter l'erreur de droit sur ce point, il vous reste à juger si la cour a commis une erreur de droit pour retenir qu'en l'espèce l'arrêté préfectoral litigieux désignant les zones vulnérables à la pollution par les nitrates dans le bassin Loire-Bretagne constituait une mesure d'application de la circulaire du 22 décembre 2011.

La cour a estimé que « *l'arrêté attaqué constitue une mesure d'application de cette circulaire, dès lors que la mesure de la concentration en nitrates constitue un critère indispensable pour procéder à la révision des zones vulnérables aux pollutions par les nitrates d'origine agricole* ».

De tels arrêtés sont pris en application des articles R. 211-75 et suivants du code de l'environnement, qui fixent les critères de délimitation et en constituent la base légale.

La circulaire relative à la délimitation de ces zones rappelle ces critères, et dans cette mesure reste transparente par rapport à ces dispositions du code. Cependant, ainsi que la cour l'a relevé à l'appui de son raisonnement, la circulaire fixe aussi une règle nouvelle, qui ne figure dans aucun texte. Il nous semble que c'est dès lors sans erreur de droit que la cour a pu juger que l'arrêté délimitant les zones vulnérables avait été pris par le préfet non seulement en application mais aussi pour l'application de cette méthode imposée par voie de circulaire. Son appréciation sur ce point n'est pas incontestable, mais elle nous semble exempte d'erreur de droit, qui est le seul moyen soulevé.

PCMNC au rejet des deux pourvois et à ce que l'Etat verse la somme de 2000 euros aux défendeurs ayant produit sous le second numéro.