

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Cette affaire se présente dans **un contexte particulier et complexe à exposer**. Un décret présidentiel du 5 juin 1852 a autorisé le fonctionnement d'une usine hydraulique sur la rivière de La Bruche à Dinsheim-sur-Bruche, dans le département du Bas-Rhin, pour une puissance inférieure à 150kWh, autorisation modifiée par des arrêtés préfectoraux de 1856 et 1904. Cette usine, dite moulin de Breuschmühle, a été rachetée en 2005 par la société MMC. Il faut vous dire un mot de la nature particulière de cette autorisation administrative.

L'eau courante est *res communis*, elle appartient à tous. Un propriétaire n'est donc pas propriétaire de l'eau de la rivière qui traverse sa propriété, mais il peut avoir un droit d'usage sur elle. Si le cours d'eau est domanial, le droit d'usage appartient à l'Etat mais pour les cours d'eau non domaniaux, chacun des riverains est propriétaire de la moitié du lit, avec les obligations d'entretien que cela implique, et a un droit d'usage préférentiel de l'eau. C'est un droit réel attaché à la propriété. Cependant, les riverains doivent aussi préserver les droits des riverains avals et c'est pour cela que les usages les plus importants de la force motrice d'un cours d'eau sont aujourd'hui soumis à une police administrative, ils ne sont plus libres. Du fait d'une sédimentation administrative, on peut distinguer aujourd'hui trois situations :

- les ouvrages les plus anciens bénéficient de ce qui est appelé un « droit fondé en titre », qui date d'avant la révolution ; ce droit résulte soit d'un droit vendu par le roi sur ses cours d'eau avant l'édit de Moulin de 1566 qui a rendu son domaine public inaliénable, soit de droits constitués ou vendus par les seigneurs propriétaires de ces droits sur leurs cours d'eau avant l'abolition des droits féodaux le 4 août 1789, soit de droits acquis lors des ventes des biens nationaux à la révolution ; toutes les législations successives ont reconnus ces droits réels comme encore valables aujourd'hui ;
- après la révolution et jusqu'en 1919, diverses législations ont permis à l'administration de réglementer le droit d'usage de l'eau d'un propriétaire : avoir la propriété du terrain ne suffisait plus pour créer n'importe quelle installation utilisant la force motrice de la rivière, l'administration pouvait réglementer l'usage de l'eau, notamment en fixant une puissance maximale. Ces autorisations administratives ont cependant l'originalité de réglementer un droit réel, et non de conférer un droit personnel : autrement dit, le droit est attaché au bien, à l'installation et est vendu avec elle ; on parle parfois de droits « fondés sur titre » ;
- la loi du 16 octobre 1919 a été créé la police moderne de l'usage de l'énergie hydraulique : désormais, l'usage de cette énergie n'est plus libre, attachée au droit de propriété : il faut systématiquement une autorisation administrative. Cette autorisation est personnelle : la vente de la propriété implique de demander le transfert de

l'autorisation. Mais la loi de 1919 a réservé les droits fondés en titre et les autorisations administratives accordées avant 1919, qui constituent ou réglementent des droits réels ;

- enfin, en 1992, s'est ajoutée à cette police particulière de l'hydroélectricité une police générale de toutes les installations, ouvrage, travaux ou activité utilisant l'eau, la police des IOTA. La loi du 3 janvier 1992, précisée explicitement sur ce point par une ordonnance du 18 juillet 2005 à l'article L. 214-6 du code, préserve elle aussi les droits fondés en titre et sur titre.

Notre usine hydraulique bénéficie d'un droit fondé « sur titre » qui est donc en principe encore valable malgré les ventes successives. Ce droit bénéficie en outre de la protection classique des droits réels : le non usage ne les éteint pas, seule la disparition complète du bien les fait disparaître. Vous jugez ainsi, tant pour les droits fondés en titre que sur titre, que le droit ne disparaît que si la force motrice du cours d'eau n'est plus « *susceptible* » d'être utilisée, « *du fait de la ruine ou du changement d'affectation des ouvrages essentiels* ». Le délabrement des installations n'est, en revanche, pas de nature à éteindre le droit s'il suffit de les réparer (CE, 5 juillet 2004, SA Laprade Energie, n° 246929, Rec. pour les droits fondés en titre ; CE, 13 décembre 2013, Sté Energie verte de Teyssode, n° 356321, Rec. pour les droits fondés sur titre). Pour les droits fondés sur titre, où le droit réel est réglementé par une autorisation administrative prise entre la révolution et 1919, la disparition du droit réel implique évidemment l'abrogation de l'acte administratif. Ajoutons enfin que le fait que ces droits réels aient été maintenus ne veut pas dire que la police administrative ne peut s'exercer, pour éviter les dangers ou préserver l'environnement. La loi de 1919 a même expressément prévu la possibilité de la suppression de ces autorisations.

Ce contexte déjà complexe est encore compliqué ici par une circonstance assez baroque : cette usine, un ancien moulin, est alimentée par un « canal usinier », dérivé de la rivière de La Bruche, qui amène l'eau jusqu'au générateur électrique. A l'entrée du canal, un petit barrage et des vannes permettaient la prise d'eau et l'augmentation du débit. Tout cela, comme l'usine elle-même, est abandonné. Les vannes sont encore là et l'eau coule dans le canal avec un certain débit, mais le barrage semble presque entièrement détruit. Or, la plus grande partie du canal a été vendue par le précédent propriétaire à la Fédération pour la pêche et la protection du milieu aquatique du Bas-Rhin (FDPPMA), qui voulait utiliser le canal pour une activité de pisciculture. L'acte de vente dit que les parcelles du canal sont vendues « en ce compris le droit de l'eau du canal usinier ». Il n'est pas facile de déterminer si cette mention implique simplement que le droit d'usage de l'eau du canal est vendu avec le canal, ce qui est évident, ou si le propriétaire a entendu vendre à la fédération une partie du droit d'eau attachée à l'usine hydroélectrique, alors qu'un tel droit semble indivisible. Il y a par ailleurs, peut-être, une servitude de passage du canal bénéficiant à l'usine. Vous n'aurez pas à trancher ces questions de droit privé aujourd'hui.

La fédération ayant acquis ce terrain a renoncé à son projet de pisciculture. Elle a alors demandé au préfet d'abroger le droit d'eau dont elle estimait disposer sur son terrain et déposé un dossier de remise en état du canal consistant à supprimer les vannes encore existantes, à enrocher l'entrée en canal à la place des vannes, et à combler partiellement le canal de terre à cet endroit. Sauf erreur de notre part, ce projet empêchera définitivement toute reprise de l'activité de l'usine hydraulique. Par un arrêté du 18 septembre 2012, le préfet a abrogé le droit d'eau résultant du décret de 1872 et a prescrit, sur le fondement de l'article L. 214-361 du code de l'environnement, les travaux de remise en état tels que proposés par la fédération.

Cela n'a pas été du goût du propriétaire de l'ancienne usine, la société SCI MMC, qui souhaite préserver le droit d'eau qu'elle a acquis, sans qu'on sache si c'est afin de pouvoir un jour remettre en état l'installation ou en vue d'une possible revente. La société se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 6 octobre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a, comme avant elle le tribunal administratif de Strasbourg le 6 octobre 2016, rejeté son recours.

Un des moyens nous semble fondé. La société soutenait que l'arrêté était illégal car son droit d'eau était encore valable, ne pouvait pas être abrogé, et qu'on ne pouvait donc pas boucher le canal. Les conditions dans lesquelles le droit d'eau peut disparaître ou dans lesquelles l'administration peut le remettre en cause sont étroitement encadrées et donnent lieu à des débats factuels et juridiques difficiles. En l'espèce, les parties ont débattu de la hauteur de la chute d'eau en l'état, de celle pouvant être restaurée, et des débits correspondants... Mais, en amont de ces débats, la société soutenait qu'on ne pouvait pas abroger le droit d'eau bénéficiant à son usine sans la mettre en cause, sur la demande de son seul voisin, la fédération. Avant de supprimer ce droit, et donc de diminuer la valeur de sa propriété et l'usage qu'on peut en faire, il nous semble qu'il faut mettre en cause le propriétaire de l'usine, au titre du principe général des droits de la défense, ou en application de l'article L. 121-1 du Code des relations entre le public et l'administration, puisqu'on abroge une décision créatrice de droit.

La SCI s'appuie plus spécifiquement sur les articles R. 214-26 et suivants du code de l'environnement qui organisent la procédure d'abrogation des autorisations de police de l'eau et qui sont, au moins en partie, applicables aux droits fondés sur titre.

La cour a fait, aux points 19 et 20 de son arrêt un raisonnement subtil : elle a estimé que, contrairement à ce que soutenait la société MMC, la destruction du petit barrage avait enlevé toute force motrice au canal et que le droit réel n'existait donc plus. Ayant souverainement tranché ce débat de fait, la cour a estimé que l'abrogation du préfet n'était pas une véritable abrogation d'une décision créatrice de droit, mais un simple constat de disparition, pour lequel la SCI MMC n'avait pas à être mise en cause.

Nous vous proposons de ne pas valider ce raisonnement, dont la subtilité et la rigueur juridique aboutissent ici à un résultat qui nous semble contraire à l'esprit du principe des droits de la défense : il est vrai que le droit réel très particulier en cause ici préexistait à l'autorisation administrative de 1872, mais la décision préfectorale tranche, sans motivation, un débat de fait sur la subsistance de la force motrice du canal et sur la subsistance du droit réel. Consacrant la disparition factuelle de ce droit réel, l'arrêté préfectoral fait diminuer la valeur de la propriété de la société. Tout cela intéressait au premier chef la société MMC.

Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen. Vous devez, dans votre office, déterminer ce qu'il conduit à annuler dans le dispositif de la cour. Certainement la partie de l'arrêt relative à l'abrogation du droit d'eau. Mais il nous semble que ce moyen conduisait aussi à annuler l'autre partie de l'arrêté, également attaqué, qui prescrit le comblement du canal.

L'article L. 214-3-1 dispose que lorsque les travaux, ouvrages ou activités utilisant l'eau (relevant de la police des IOTA) sont arrêtés, l'exploitant doit « *remettre le site dans un état tel qu'aucune atteinte ne puisse être portée à l'objectif de gestion équilibrée de la ressource en eau* ». L'exploitant doit informer l'administration de la cessation d'activité et de ce qu'il va

faire pour remettre le site en état. De son côté, le préfet peut à tout moment, y compris des années après, lui imposer des prescriptions pour la remise en état du site.¹

La fédération a, en application de cet article, déposé un dossier indiquant au préfet qu'elle entendait remettre en état le site en comblant ce canal. Il était logique qu'elle demande par la même occasion l'abrogation du droit d'eau de l'usine car cette forme de « remise en état » empêchait toute future utilisation de ce droit.

En réponse à ce dossier, le préfet a pris un arrêté, qui vise l'article L. 214-3-1 et dont le titre indique qu'il prescrit les modalités de remise en état. Quoique son article 2 s'intitule « travaux autorisés », il s'agit d'une injonction, prise en application de cet article. Vous ne pouvez le regarder comme une autorisation de ces travaux au titre de la police des IOTA, pris en application de l'article L. 214-1, qui n'est pas visé, car cette procédure n'a pas été empruntée. Autrement dit, le préfet, recevant l'information de l'ancien exploitant, a répondu en lui « prescrivant » de faire les travaux qu'il envisageait. Cette façon de faire n'a de sens que si, dans l'esprit du préfet, cette injonction préfectorale dispense l'intéressé de procéder aux formalités en principe nécessaires à ces travaux au titre de la police des IOTA.

Si vous nous suivez pour juger que l'abrogation de l'autorisation de 1852 ne pouvait pas intervenir sans mettre en cause la SCI MMC, il nous semble évident que l'autre partie de l'arrêté, qui prescrit, en quelque sorte, la destruction du canal usinier, ne pouvait intervenir non plus sans ce contradictoire préalable : l'abrogation du droit d'eau en était une condition nécessaire.

Il nous semble donc que l'erreur de droit commise par la cour vous conduira à annuler entièrement son arrêt. Régulant l'affaire au fond, vous en tirerez la conséquence qu'il faut annuler tout l'arrêté préfectoral du 18 septembre 2012.

Vous pouvez vous arrêter là mais, si vous le souhaitez, vous pourrez dire un dernier mot, pour clarifier la situation de droit sur la portée de ces prescriptions qu'a prises le préfet dans son arrêté de 2012. Un débat a eu lieu devant les juges du fond pour savoir si l'édiction de ces « prescriptions » dispensait la FDPPMA de déposer une déclaration ou une demande d'autorisation au titre de la police des IOTA. La cour avait jugé le moyen inopérant, et elle avait, selon nous, raison : que cette prescription dispense ou non de déposer un dossier de déclaration ou d'autorisation, cela regarde l'exécution de l'arrêté et n'influe pas sur sa légalité. Mais si vous souhaitiez préciser ce point, il nous semble que vous ne pourriez pas juger que l'édiction d'une prescription par le préfet dispense du respect de la législation sur les IOTA, c'est-à-dire dispense de déposer une déclaration ou d'obtenir une autorisation si les travaux prescrits le nécessitent.

Pour les autorisations, c'est évident puisque cela reviendrait à dispenser de l'enquête publique prescrite par la réglementation, et qui permet le respect du principe constitutionnel de participation du public. Pour la déclaration, cela ne nous semble pas non plus possible puisque la prescription prévue par l'article L. 214-3-1 peut intervenir sans dépôt d'un dossier de déclaration, et encore moins un dossier qui satisfasse aux longues et précises dispositions des articles R. 214-32 et suivants du code de l'environnement. Nous admettons tout à fait que lorsqu'un dossier de déclaration est déposé, ce dossier puisse valoir en même information au

¹ A l'époque cet article n'était pas applicable aux entreprises disposant d'une concession hydroélectrique, mais ce n'est pas le cas de notre usine, qui n'est qu'autorisée à produire cette énergie.

titre de la cessation d'activité, le silence du préfet signifiant sa non opposition. Mais une injonction préfectorale au titre de l'article L. 214-3-1 ne remplace pas le dépôt d'un dossier de déclaration s'il est obligatoire pour les travaux en cours.

De façon incidente, dans une décision du 14 novembre 2012 Fédération française des associations de sauvegarde des moulins (CE, n° 345165, T. sur un autre point), vous avez jugé légale une circulaire du 25 janvier 2010 qui, s'agissant du démantèlement d'ouvrages soumis à la police des IOTA, notamment des moulins, indiquait que les travaux de démantèlement « *devront être exécutés conformément aux dispositions des articles L. 214-1 à L. 214-3 du code de l'environnement, selon la procédure d'autorisation ou de déclaration* ».

La plupart du temps, la remise en état n'impliquera que des travaux qui ne seront pas soumis à la police des IOTA. Pour les projets plus importants, comme ici, une simple déclaration suffira souvent et elle pourra peut-être, le cas échéant, valoir également information au titre de la remise en état. Mais nous vous invitons à ne pas juger qu'une prescription édictée par le préfet au titre de l'article L. 214-3-1 du code de l'environnement dispense par elle-même la personne à qui il est enjoint de réaliser certains travaux de remise en état de l'obligation d'avoir déposé cette déclaration ou obtenue l'autorisation prévue par la nomenclature. Même dans un cas où la mesure serait strictement nécessaire à la remise en état du site, nous pensons que, si elle relève des autorisations IOTA, elle doit obtenir cette autorisation, ce qui nécessite une enquête publique.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation de l'arrêt de la CAA de Nancy du 6 octobre 2016 et du jugement du TA de Strasbourg du 1^{er} juillet 2005 ;
- à l'annulation de l'arrêté préfectoral du 18 septembre 2012 ;
- et au versement par la Fédération pour la pêche et la protection du milieu aquatique du Bas-Rhin et par l'Etat d'une somme de 3000 euros en remboursement des frais exposés (art. L. 761-1 du CJA).