

N° 418658 - ASA de Benon

N° 418706 – Ministre de la transition écologique et solidaire

6^e et 5^e chambres réunies

Séance du 6 septembre 2019

Lecture du 25 septembre 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Par un arrêté préfectoral du 6 août 2012, l'association syndicale autorisée de Benon, au nord de la Charente Maritime a été autorisée à construire et à remplir deux réserves d'eau de substitution pour l'irrigation des cultures : la réserve des Justices sur la commune de Benon et la réserve de la Pincenelle sur la commune de Ferrières. Ces réserves d'eau sont destinées à être remplies lorsque le cours d'eau est au plus haut et à être utilisées lorsque le cours d'eau est à l'étiage, à son plus bas niveau. On limite ainsi les prélèvements en eau lorsque la ressource est la plus rare. Les ouvrages envisagés sont importants puisque les réserves ont des capacités respectives de 87 200 m³ et 197 900 m³ d'eau. De tels ouvrages doivent être autorisés au titre de la police de l'eau, en application de l'article L. 214-3 du code de l'environnement. Deux précédents arrêtés d'autorisation ont déjà été annulés et ce troisième épisode a connu le même sort puisque tant le tribunal administratif de Poitiers, par un jugement du 22 octobre 2015, que par la cour administrative d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 29 décembre 2017, ont jugé les autorisations illégales. L'ASA de Benon et le ministre se pourvoient en cassation. Ce contentieux relève du plein contentieux de la police de l'eau, aujourd'hui régi par les règles du plein contentieux des autorisations environnementales.

Le motif d'annulation de l'arrêté est une incompatibilité avec le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux *Loire-Bretagne*. L'article 7D-1 du schéma applicable en 2010-2015, repris à l'article 7D-3 du schéma applicable en 2016-2021, prévoit que les retenues de substitution « *ne sont autorisées que pour des volumes égaux ou inférieurs à 80% du volume annuel maximal prélevé directement dans le milieu naturel les années précédentes* ». Or la cour a estimé que les volumes autorisés dans les réserves étaient équivalents à respectivement environ 100% (pour la réserve des Justices) et 90% (pour la réserve des Pincenelles). Elle a jugé que ce dépassement rendait l'arrêté incompatible avec le SDAGE et donc illégal. Il faut également signaler que, pour la réserve des Justices, la cour a retenu un second motif d'annulation, tiré de la méconnaissance d'un autre arrêté préfectoral du 9 décembre 2002, qui avait institué un périmètre de protection autour du forage des Carnes, dans lequel se trouve le projet de réserve. Or dans ce périmètre, toute création de nouveau plan d'eau est interdite.

A première lecture, la censure du motif d'annulation fondé sur le SDAGE semble inévitable. Les autorisations délivrées au titre de la police de l'eau, comme toute les « *décisions administratives dans le domaine de l'eau* » doivent être, en vertu de l'article L. 212-1 du code

1

- *Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

de l'environnement, « compatibles » avec le SDAGE. Il n'y a donc pas d'obligation de conformité à ce schéma. Pour bien accentuer la moindre normativité de ces documents programmatiques, vous en qualifiez souvent les composantes d'*objectifs* et d'*orientation*. Le premier terme d'*objectif* ne désigne que le point d'arrivée que l'on se fixe, sans préciser de façon contraignante les moyens d'y parvenir. Le seconde d'*orientation* peut s'appliquer à des indications plus précises sur les évolutions attendues ou les moyens d'atteindre l'objectif mais qui ne sont pas pour autant obligatoires.

Depuis plusieurs dizaines d'années, votre jurisprudence est confrontée à la difficulté récurrente de la définition de ce niveau de normativité atténuée qu'est l'obligation de compatibilité avec un document. La difficulté à appréhender le rapport de compatibilité est encore augmentée lorsque, comme en l'espèce, on ne confronte pas deux documents réglementaires, deux documents programmatiques ou de planification, mais un document réglementaire et une décision individuelle. Dans cet exercice, le droit de l'urbanisme a constitué un laboratoire important, puisque le règlement local d'urbanisme doit être compatible avec le SCOT. Vous avez ainsi jugé que, pour apprécier cette compatibilité, il appartient au juge administratif « de rechercher, dans le cadre d'une analyse globale le conduisant à se placer à l'échelle de l'ensemble du territoire couvert en prenant en compte l'ensemble des prescriptions du document supérieur, si le plan ne contrarie pas les objectifs qu'impose le schéma, compte tenu des orientations adoptées et de leur degré de précision, sans rechercher l'adéquation du plan à chaque disposition ou objectif particulier. » (CE, 18 dec. 2017, R..., n° 395216, T.). Dans une décision *Société Roybon Cottages* du 21 novembre 2018 (CE, n° 408175, Rec.), vous avez transposé, presque terme à terme, cette méthode d'analyse de la compatibilité au SCOT à l'analyse de la compatibilité au SDAGE.

Au regard de ce précédent, la censure de la cour semble donc évidente, puisqu'elle n'a confronté l'autorisation attaquée qu'à la seule disposition de l'article du SDAGE imposant un maximum de capacité de 80% du volume prélevé avant l'existence de la réserve. Elle a certes insisté sur le fait que le simple rapport de compatibilité autorisait à dépasser un peu ce chiffre de 80% mais elle a bien censuré sur le seul fondement de ce dépassement, qu'elle jugeait trop important, sans s'interroger sur les conséquences, pourtant mentionnées dans l'arrêt, qu'il y aurait à tirer du fait que la création de réserves contribue à d'autres objectifs du schéma, notamment en limitant les prélèvements dans les cours d'eau aux périodes d'étiage, et encore moins sur l'impact de ce dépassement au regard des objectifs définis à l'aune de l'ensemble du territoire Loire-Bretagne couvert par le SDAGE.

Avant de prononcer cette censure, il faut cependant vous interroger à nouveau sur le statut des SDAGE et la portée du contrôle de compatibilité. En effet, la décision *Sté Roybon cottages* a entraîné un certain nombre de critiques de la doctrine, qui a souligné que vous aviez parfois validé des censures effectuées au regard d'une seule disposition du SDAGE (CE, 11 février 2011, M. D..., n° 316727, T.). On vous signale même que l'association France nature environnement a déposé une plainte auprès de la Commission européenne.

Si la doctrine vous appelle, non sans arguments, à une pratique différenciée du contrôle de compatibilité selon les domaines du droit où le législateur l'institue, il nous semble que telle n'est pas votre pratique et que cela contribuerait à complexifier encore le panorama déjà bigarré des rapports juridiques entre les différents types d'actes. Il faudrait par ailleurs de très fortes raisons pour remettre en cause une jurisprudence de moins d'un an, mentionnée aux

tables du recueil sur ce point. Or personnellement, la décision *Roybon Cottage* nous semble, correspondre correspond à une lecture fidèle de la loi. La présente affaire vous offre une occasion de préciser les choses et peut-être de l'amender sur un point.

Le contenu et la portée des SDAGE, créés par la loi n° 93-3 du 3 janvier 1992 et réformés plusieurs fois depuis, sont fixés par le long article L. 212-1 du code de l'environnement. Il faut d'abord avoir conscience que les SDAGE correspondent à des territoires très vastes, puisqu'ils concernent des bassins ou groupement de bassins, pour lesquels sont institués un comité de bassin. Il n'y en a que six dans la France métropolitaine. Le schéma directeur, élaboré par le comité de bassin et approuvé par l'autorité administrative, a ensuite pour vocation d'orienter l'action de tous les acteurs concernés pour obtenir un bon état des eaux de surface et des eaux souterraines. L'élaboration et la réalisation du schéma directeur repose sur quatre piliers précisément détaillés par l'article L. 212-1 du code :

- en premier lieu des éléments d'analyse et d'évaluation, prévus par le I de l'article (le VIII prévoyant également la mise à jour de données relatives à la prise en charge des coûts liés à l'utilisation de l'eau) ;
- ensuite, une série d'objectifs, qualitatifs ou quantitatifs, destinés à assurer le « bon potentiel écologique et bon état chimique » des différents types d'eau dans différentes zones ; ces objectifs constituent le cœur du schéma. Ils devaient en principe être atteints fin 2015 et doivent ensuite être maintenus ou améliorés. Des reports ou des dérogations sont possibles à certaines conditions.
- pour atteindre ces objectifs, le SDAGE détermine « *les aménagements et les dispositions nécessaires (...) pour (...) assurer la protection et l'amélioration de l'état des eaux et (...) pour atteindre et respecter les objectifs* » qu'il fixe. C'est la traduction concrète des « orientations » dont parle l'alinéa introductif des SDAGE. Les « *aménagements nécessaires* » correspondent notamment à des ouvrages qu'il conviendrait de réaliser ou de ne pas réaliser sur les cours d'eaux. Les « *dispositions nécessaires* » correspondent à d'autres instruments de planification, d'incitation, voire de police qu'il conviendrait de mobiliser pour améliorer la qualité des eaux ;
- enfin, depuis la loi n° 2004-338 du 21 avril 2004, il est prévu à l'article L. 212-2-1, que le SDAGE, qui reste un document général, est complété par un « *programme pluriannuel de mesures contribuant à la réalisation des objectifs et des dispositions du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux* ». Ce document décline de façon opérationnelle les actions à mener par les pouvoirs publics ou, le cas échéant, par des acteurs privés.

C'est au regard d'un tel document que le XI de l'article L. 212-1 dispose que « *Les programmes et les décisions administratives dans le domaine de l'eau doivent être compatibles ou rendus compatibles avec les dispositions des SDAGE* ». Il nous semble qu'en jugeant que le contrôle de la compatibilité au SDAGE doit se faire au regard de la globalité du document, vous avez adopté une position conforme à sa nature. Un tel contrôle est naturel lorsque l'on va comparer un document lui-même programmatique, sur une certaine zone, au SDAGE. Il est plus délicat lorsque, comme ici, on compare une décision individuelle, portant sur un projet ponctuel, à un schéma qui couvre un cinquième du territoire métropolitain. On pourrait craindre qu'un tel exercice conduise à conclure systématiquement à la compatibilité avec le schéma, la goutte d'eau de la décision individuelle n'étant jamais susceptible de polluer à elle seule la mer du SDAGE. C'est pour cette raison que, fort raisonnablement, le droit de l'urbanisme prévoit qu'en principe on ne compare pas les autorisations individuelles

d'urbanisme directement au SCOT, mais qu'on vérifie seulement la compatibilité entre le PLU et le SCOT.¹ Le code de l'environnement a fait un choix différent pour les SDAGE : ce choix se justifie par le fait qu'il n'y a pas toujours l'équivalent d'un PLU encadrant localement les usages de l'eau. En revanche, il nous semble bien que cette compatibilité doit toujours s'apprécier globalement.

Cette jurisprudence ne doit pas être exagérée : elle n'interdit pas qu'en mettant gravement en péril la réalisation d'un seul objectif essentiel du SDAGE, une décision doive être déclarée incompatible avec lui malgré une éventuelle contribution à d'autres objectifs. Il y a d'ailleurs un précédent de 2010 qui semble traduire une tel raisonnement (CE, 17 mars 2010, Min. écologie c§ Ass. Frapna Ardèche, n° 311443, T.). Mais en l'espèce, la cour n'a nullement réalisé un examen global : elle n'a tenu compte que de l'effet négatif conduisant à prélever une grande masse d'eau, au-delà de ce que préconisait le SDAGE, sans s'interroger sur les effets positifs de la réserve dans son environnement, par la limitation des prélèvements aux périodes d'étiage ou sa contribution à d'autres objectifs et orientations du SDAGE. La cour a commis, nous semble-t-il, la même erreur de droit que celle que vous avez censurée l'an dernier par la décision *Roybon Cottage*.

Nous voudrions cependant vous proposer de préciser votre jurisprudence sur un point pour répondre en partie aux critiques de la doctrine. Nous la rejoignons pour trouver que l'expression « *se placer à l'échelle de l'ensemble du territoire couvert* », adaptée pour les objectifs d'aménagement du territoire d'un SCOT, est inadaptée pour le territoire d'un SDAGE. L'ensemble des eaux du bassin vit dans une certaine dépendance, et si l'on imaginait demain construire un grand barrage sur la Loire, il faudrait regarder ses effets sur tout le territoire couvert par le SDAGE Loire-Bretagne. Mais les objectifs, qui peuvent d'ailleurs être déclinés selon les masses d'eau et selon les zones, doivent souvent être atteints en tout lieu. Pour la plupart des projets autorisés, il convient de raisonner à une échelle locale : si on pollue l'eau de Lyon, ce n'est pas l'état exceptionnel des eaux dans les Alpes qui doit faire estimer qu'on atteint globalement l'objectif de leur unique SDAGE. En l'espèce, si l'on prélève beaucoup d'eau pour créer deux réserves dans la Charente, que nous importe l'abondance de l'eau pour créer des réserves au nord de la Bretagne ! Nous vous invitons à amender légèrement, sur ce point, la rédaction adoptée l'an dernier pour inviter le juge à se placer à l'échelle du territoire pertinent au regard du projet autorisé et des objectifs considérés.

Cet amendement ne répondra pas aux critiques qui vous reprochent d'affaiblir la portée d'une disposition telle que celle en cause en l'espèce, qui limite précisément le volume des nouvelles réserves. Mais, selon nous, la faute n'en revient pas tant à votre jurisprudence qu'aux SDAGE : on ne devrait en réalité pas trouver de disposition aussi précise et aussi impérative, applicable sur près d'un cinquième du territoire métropolitain, dans un SDAGE. Nulle part dans la loi on ne trouve, à nos yeux, la création au profit du comité de bassin d'un pouvoir réglementaire au sens fort, d'un pouvoir de police aussi puissant.

On peut se demander si cette compétence ne peut être déduite du IX de l'article L. 212-2 qui dispose que le SDAGE indique les aménagements et « dispositions » nécessaires pour atteindre les objectifs. Ces dispositions peuvent-elles être de véritables règles, telles celles de l'espèce, à la réserve près que la simple exigence de compatibilité permettrait d'y déroger à la marge ?

¹ Sauf pour les décisions limitativement énumérées à l'article R. 142-1 du code de l'urbanisme.

Ce point peut faire débat. Il ne nous semble pas que c'est ce qu'ait voulu le législateur. Le texte donne en effet un exemple de telles « dispositions » mentionnées par le SDAGE : la trame bleue figurant dans les schémas régionaux de cohérence écologique mentionnés à l'article L. 371-3 ou les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires mentionnés à l'article [L. 4251-1](#) du code général des collectivités territoriales. Or les deux schémas où figurent cette trame bleue sont distincts du SDAGE et adoptés par des autorités distinctes. En demandant au SGADE de mentionner les « *dispositions nécessaires* » pour atteindre les objectifs du SDAGE, le législateur n'a pas entendu créer, selon nous, une nouvelle police spéciale, mais confier aux rédacteurs du SGADE le soin d'orienter, de planifier, l'intervention des autorités titulaires des différents pouvoirs de police. La première de ces dispositions qui peuvent être prévues par le SDAGE est d'ailleurs la rédaction d'un SAGE, d'un schéma d'aménagement et de gestion des eaux, élaboré pour une partie du territoire couvert par le SDAGE par une commission locale de l'eau, créée par le préfet. Ce document, outre un *plan d'aménagement et de gestion durable* qui revêt lui aussi un caractère programmatique en définissant au niveau local une stratégie pour atteindre les objectifs fixés par le SDAGE, contient aussi un véritable *règlement*, qui peut créer des obligations précises sur certains points précisément indiqués par le II de l'article L. 212-5-1 : maxima de prélèvement selon les usages et priorités d'usage en cas de pénuries ; mesures nécessaires à la restauration et à la préservation de la qualité de l'eau, dans des conditions précisées par l'article R 212-47 ; obligation d'ouverture régulière des vannages pour certains ouvrages hydrauliques. Il n'y a pas que le SAGE et la trame bleue qui puissent contribuer à la réalisation des objectifs du SDAGE : celui-ci peut aussi prévoir l'intervention des autorités qui disposent, elles, d'un pouvoir de police de l'eau : pour les cours d'eau non domaniaux, cette police est exercée, en application des articles L. 215-7 et suivants du code de l'environnement, à la fois par des arrêtés ministériels qui définissent le régime des cours d'eau ou de section de cours d'eau, par le préfet qui peut prendre « toutes dispositions pour assurer le libre cours des eaux » et par les maires qui « *peuvent, sous l'autorité des préfets, prendre toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau* ». Il est d'ailleurs beaucoup plus satisfaisant de fixer une telle limite en fonction des circonstances locales que de façon uniforme sur un cinquième du territoire français. Le SDAGE n'aurait donc pas, selon nous, dû prévoir ce maximum de 80%, mais, au titre des dispositions nécessaires à sa mise en œuvre, indiquer qu'il y avait lieu de fixer des maxima de capacité pour les nouvelles réserves, à édicter par les autorités compétente et que le chiffre de 80% des prélèvements antérieurs apparaissait une référence pertinente. Si l'on passe outre la maladresse de rédaction du SDAGE, c'est d'ailleurs exactement ce qui s'est passé puisque le chiffre de 80% a été repris par l'article 10 du règlement du SAGE applicable en l'espèce, le SAGE de la Sèvre niortaise et du marais poitevin, adopté le 17 février 2011, et qui a, lui, pleine valeur réglementaire. Enfin, ajoutons en dernier argument dans le sens de cette lecture, que reconnaître, sur le fondement du seul mot « dispositions » du IX de l'article L. 212-1, un véritable pouvoir de police au SDGAE, même tempéré par cette exigence atténuée de compatibilité, nous semblerait une lecture de la loi confiant à l'incompétence négative. Lorsqu'il institue un pouvoir de police spéciale, le législateur doit le faire précisément, en encadrant les fins poursuivies et les moyens employés. Or les dispositions qui peuvent figurer dans le SDAGE ne sont absolument pas encadrées, limitées, ce qui est acceptable si elles revêtent une dimension programmatique, mais plus douteux si elles instituent un pouvoir de police. A l'inverse, le domaine d'intervention du règlement du SAGE a lui été précisément défini.

Vous n'avez pas à faire aujourd'hui une théorie de ce recouvrent ces « dispositions » que déterminent le SDAGE. Il vous suffit de constater que le législateur n'a prévu un rapport de conformité qu'avec le règlement du SAGE et un simple rapport de compatibilité avec les documents programmatiques que sont le plan d'aménagement et de gestion du SAGE et le SDAGE tout entier.

Pour sauver l'arrêt de la cour, l'association France nature environnement développe une autre argumentation tendant à critiquer la conventionnalité de l'article L. 212-1, tel qu'interprété par le Conseil d'Etat, au regard de la directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000, dite directive cadre sur l'eau, qui exigerait un rapport de conformité au SDAGE et non de simple compatibilité. Argumentation de défense paradoxale car elle conduirait, dans un premier temps, à annuler l'arrêt de la cour en vous obligeant à écarter la base légale de la censure. Quoi qu'il en soit, nous ne sommes pas convaincus par cette analyse qui nous semble résulter d'une lecture tronquée de notre législation, limitée aux seuls SDAGE : les objectifs de la directive sont mis en œuvre par l'ensemble de la réglementation et des outils de police dont nous vous avons parlé. On ne peut donc pas se borner à affirmer que la directive 2000/60/CE, qui ne dit rien de précis sur ce point, exigerait un rapport juridique de conformité, au sens du droit français, entre les décisions prises dans le domaine de l'eau et les programmes qu'elle prévoit.

A ce stade du raisonnement, nous vous proposons donc de réaffirmer votre jurisprudence *Roybon Cottage*, en l'amendant légèrement, et de censurer le motif retenu par la cour. Cela fait tomber l'arrêt en ce qui concerne la réserve des Pincenelles. Pour la réserve des Justices, la cour a également retenu un autre motif de censure, tiré de la méconnaissance du périmètre de protection du forage des Carnes, institué par l'arrêté du 9 décembre 2002. Ce périmètre interdit en effet la création de nouveaux plans d'eau. L'ASA de Benon conteste le fait qu'on puisse contrôler son autorisation au regard de l'arrêté qui a déclaré d'utilité publique le forage des Carnes, car les deux arrêtés seraient de même valeur juridique. Certes, mais l'arrêté du 9 décembre 2002 a également institué un périmètre de protection autour du forage, en application de l'article L. 1321-2 du code de la santé publique. Ces dispositions ajoutées à la déclaration d'utilité publique ont valeur réglementaire, et la cour devait donc contrôler leur respect par l'autorisation attaquée. Quant à la réserve, elle devait bien être réalisée sous la forme d'un plan d'eau, selon le sens commun de ce terme. Vous pourrez donc rejeter le pourvoi en tant qu'il conteste l'annulation de l'arrêté d'autorisation de la réserve des justices, en ayant au préalable écarté un moyen relatif à la régularité du jugement qui nous semble infondé. Les autres moyens étant relatifs au motif d'annulation fondés sur le SDAGE, votre censure, si vous nous suivez, vous dispensera d'y répondre.

Nous vous proposons enfin de régler l'affaire au fond s'agissant de la réserve des Justices puisque, comme nous vous le disions, le moyen appuyé non sur le SDAGE mais sur l'article 10 du règlement du SAGE nous semble fondé. Il existe un débat technique pour savoir si le volume qui est limité à 80% des prélèvements antérieurs correspond au volume total de la réserve, y compris le volume de lestage qu'on doit toujours laisser dans le plan d'eau, ou au seul volume utile à l'irrigation. La disposition du SAGE n'est guère explicite mais on peut la rapprocher des indications du plan d'aménagement et de gestion durable du SAGE et du SDAGE, qui sont rédigées de façon plus claire et parlent globalement du volume de la réserve. Vous pourrez pour ce motif confirmer l'annulation de l'autorisation de créer la réserve de la Pincenelle, annulation prononcée depuis quatre ans maintenant. Les travaux ayant été

entrepris entre temps, il n'est pas impossible qu'une régularisation soit envisageable en modifiant la consistance de l'ouvrage, mais vous ne disposez pas d'éléments suffisants pour y procéder vous-mêmes et aucune demande spécifique n'est formée en ce sens.

Par ces motifs nous concluons :

- **à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il confirme l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 6 août 2012 autorisant la création et le remplissage de la réserve de la Pincenelle et, réglant l'affaire au fond, au rejet des conclusions d'appel dirigées contre l'annulation de cette décision par le tribunal ;**
- **à ce que l'ASA de Benon et l'Etat versent dans chaque requête 1 500 euros à l'association en remboursement de ses frais (art. L. 761-1 CJA) ;**
- **au rejet du surplus des conclusions.**