

N° 422704
Société Valhydrau

6^e et 5^e chambres réunies
Séance du 12 février 2020
Lecture du 11 mars 2020

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Le préfet de l'Isère a autorisé la société Valhydrau, le 6 mai 2013, à exploiter une installation hydroélectrique sur la rivière de La Bonne, à Valjouffrey, dans la région des Ecrins. Il s'agit d'une autorisation délivrée au titre de la police générale de l'eau (art. L. 214-1 sq du code de l'environnement), dite parfois police des IOTA, cette autorisation valant en principe autorisation au titre de la police de l'énergie, pour les installations hydroélectriques soumises au régime de l'autorisation (et non à concession), en vertu de l'article L. 531-1 du code de l'énergie. Cette autorisation a été attaquée par deux associations requérantes, et elles ont obtenu gain de cause en appel, par l'arrêt du 28 mai 2018 de la cour administrative d'appel de Lyon contre lequel la société se pourvoit en cassation.

Les autorisations de police de l'eau s'inscrivent dans le cadre de vastes documents de planification du bon usage des ressources aquatiques : il s'agit principalement des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, ou SDAGE. Celui qui était en cause ici était un schéma du bassin Rhône-Méditerranée-Corse. Ces schémas directeurs sont ensuite déclinés en schémas d'aménagement et de gestion des eaux, ou SAGE, lesquels comprennent un document de planification, le *plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eaux*, et un véritable règlement. Un SAGE a en l'espèce été édicté : le SAGE des eaux du Drac et de la Romanche. La cour statuait en plein contentieux et devait en principe appliquer les documents en vigueur à la date où elle jugeait.

Comme l'illustrera encore le cas d'espèce, la rédaction de ces documents, qui est le fruit d'un long travail de concertation et d'études remarquables, a parfois conduit à perdre un peu de vue la portée que la loi leur avait donnée, aux articles L. 212-1 et suivants du code de l'environnement : il ne s'agit que de documents programmatiques, qui fixent des orientations et des objectifs, avec lesquels les autorisations de police de l'eau ne sont tenues qu'à une obligation de compatibilité, et non de conformité. Seul le règlement du SAGE peut fixer de véritables règles impératives, auxquelles les autorisations doivent, cette fois, être conformes.

Par une récente décision ASA de Benon (CE, 25 sept. 2019, n° 418658, T.), vous avez précisé et légèrement amendé votre jurisprudence sur l'application des SDAGE et des SAGE, telle qu'elle résultait notamment d'une précédente décision *Société Roybon Cottages* (CE, 21 nov. 2018, n° 408175, T.). Vous avez jugé que pour apprécier la compatibilité avec le SDAGE ou la partie programmatique du SAGE, il convient « *de rechercher, dans le cadre d'une analyse globale (...) si l'autorisation ne contrarie pas les objectifs et les orientations fixés par le schéma, en tenant compte de leur degré de précision, sans rechercher l'adéquation de l'autorisation au regard de chaque orientation ou objectif particulier.* » Par cette formule pudique « *en tenant compte de leur degré de précision* », vous prenez acte de ce que, dans la réalité, de nombreux passages des SDAGE ou des programmes des SAGE sont rédigés comme de véritables règlements, posant des interdictions absolues ou des règles de seuil correspondant à des formules mathématiques précises. Vous avez pris le parti de ne pas regarder ces dispositions comme édictées incompétamment, ce qui aurait eu des conséquences dramatiques pour la planification aquatique, mais de redresser ces formules malheureuses de deux façons : d'une part, en rappelant qu'elles ne doivent être lues que comme des orientations, et non des injonctions auxquelles il serait illégal de déroger ; d'autre part, en demandant à l'administration et au juge d'apprécier la compatibilité d'un projet au programme en prenant en considération l'ensemble des objectifs et orientations, à l'échelle du territoire pertinent, c'est-à-dire de l'écosystème aquatique affecté par les effets principaux du projet.

Cette sorte de remise en ordre des documents de planification aquatique est postérieure à l'arrêt attaqué, qui ne s'inscrit pas dans ce cadre de raisonnement et la cassation nous semble donc inévitable. En effet, selon la cour, le SAGE des eaux du Drac et de la Romanche indique au point 1.C de son objectif 8 que tout nouvel aménagement hydroélectrique est interdit sur le sous-bassin versant de la Bonne, qui est en cause en l'espèce. La cour en a déduit que le principe même de l'autorisation était donc incompatible avec le SDAGE, et annulé l'arrêt attaqué. Nous pensons qu'elle a, ce faisant, commis une erreur de droit : tout en employant le mot « incompatible », elle semble bien avoir pris l'interdiction du SDAGE comme indérogeable, et non comme une simple orientation, et elle ne s'est pas, dès lors, interrogée sur la contribution ou les obstacles créés par le projet pour les autres objectifs et orientations du schéma. Au regard de votre jurisprudence maintenant précisée, vous devez en principe casser l'arrêt. A la racine de l'erreur, il y a encore une fois un SDGAE qui est rédigé comme un document réglementaire au sens fort, avec obligation de conformité, en se bornant à poser une interdiction absolue de nouvelle installation hydroélectrique dans certains secteurs, ce qui ne devrait pas être le cas.

Ajoutons que, lorsqu'on regarde le texte de la disposition du SAGE il y a en outre un doute sur la portée de l'interdiction de tout nouvel aménagement hydroélectrique car, en tête de ce que le SAGE appelle le « *projet politique de la commission locale de l'eau* », le SAGE indique dans le document « objectif 8 » que « *la commission, dans l'attente de la validation du SDAGE se limite à définir des secteurs à préserver de nouveaux aménagement hydroélectriques* ». Les conséquences qu'il faut tirer de ces mentions ne sont pas claires à nos yeux, car cela peut vouloir dire qu'on s'est limité aux interdictions les plus nécessaires sur le

long terme ou à l'inverse que ces interdictions localisées n'avaient vocation qu'à attendre les orientations fixées par le nouveau SDAGE, lesquelles devraient donner lieu à une révision du SAGE. Or le nouveau SDAGE a été approuvé le 20 novembre 2009 et était donc en vigueur quand la cour a statué. Cela pouvait peut-être conduire à relativiser l'interdiction du SAGE, qui lui, n'était pas encore révisé lorsque la cour a rendu son arrêt. Il l'est depuis, et a été approuvé par un arrêté du 15 février 2019. Il indique que la production hydroélectrique de la zone est importante mais peut encore être augmentée, en apportant certaines précisions.

Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il y a une erreur de droit dans l'annulation prononcée. Cette censure n'aurait pas justifié que l'affaire soit inscrite devant vos chambres réunies mais, pour retenir cette erreur de droit, vous serez vous-mêmes conduits à préciser à la cour la façon dont il convient d'appliquer le SAGE en question. Si par hasard il ressortait clairement du dossier que le SAGE appliqué par la cour était inapplicable, il vous faudrait soulever d'office cette question de champ d'application de la norme. Or l'applicabilité du SAGE qu'a cité la cour est vigoureusement contestée en cassation et pose une question intéressante et inédite sur laquelle il convient donc, nous semble-t-il, que vous vous prononciez.

La loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, qui a créé la police générale de l'eau, a dès l'origine prévu cette architecture à deux étages de planification des usages raisonnés de l'eau et des actions à mener pour améliorer l'état des ressources et écosystèmes aquatiques : quelques SDAGE pour les grands bassins ou groupements de bassins, déclinés ensuite en SAGE par unité hydrographique. Ces documents sont élaborés par des instances où sont représentés tous les intérêts en présence : le comité de bassin et le comité local de l'eau. Une fois adoptés par ces instances, ils doivent ensuite être approuvés par le préfet pour rentrer en vigueur. Il ne s'agissait alors que de programmation, le règlement du SAGE n'existant pas : il a été créé par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, dite LEMA, qui a sensiblement réformé ces dispositions en créant les articles L. 212-5-1 et 2, qui prévoient que le SAGE est désormais composé de deux éléments : le plan d'aménagement et de gestion de la ressource en eau, avec lequel il faut être seulement compatible, et le règlement, qui fixe des règles pleinement « opposables ». Un article L. 212-10, codifié et modifié depuis, organise la transition entre les deux mondes des SAGE. Il envisage deux situations :

- en premier lieu, le législateur a prévu que les SAGE déjà adoptés par la commission locale de l'eau mais non encore approuvés, pouvaient être approuvés par le préfet ; en revanche, ces SAGE n'ont valeur que de plan, ne sont que la moitié d'un SAGE. Après une nouvelle modification législative ([loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 - art. 157](#)), la date maximale d'adoption valable de ces « demi-SAGE » par les commissions locales de l'eau a été fixée à la date de publication du décret prévu à l'article L. 212-11, soit le décret n° 2007-1213 du 10 août 2007, publié le 14 août ; l'approbation par le préfet de ces longs documents étant souvent très longue, l'article prévoit un délai d'approbation maximal du demi-SAGE de trois ans. En revanche, pour les SAGE non encore adoptés le 14 août 2007, ils ne peuvent plus être adoptés puis approuvés en

l'état : la commission doit d'abord reprendre sa copie pour le compléter d'un règlement ;

- en second lieu, pour les SAGE déjà approuvés, et pour ceux approuvés juste après la loi en application du dispositif que nous venons d'évoquer, le législateur donne un délai de six ans à compter de la promulgation de la loi, c'est-à-dire jusqu'au 30 décembre 2012, pour les compléter du règlement, ce qui signifie *a contrario* qu'ils s'appliquent tous, dans l'intervalle, comme la partie « plan » d'un SAGE, ce qui est logique.

Le projet de SAGE qu'a appliqué la cour a été adopté par la commission locale de l'eau le 27 mars 2007, soit juste à temps pour pouvoir se hisser au rang de « demi-SAGE ». Il devait être approuvé avant le 14 août 2010 et l'a été la veille... Il est donc devenu un « *plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eau* ». Mais il est certain qu'il n'a jamais été complété d'un règlement, ni avant la fin de l'année 2012, ni après : il a été jugé plus opportun de reprendre tout le document, qui a été adopté le 10 décembre 2018 et approuvé le 15 février 2019. Le pourvoi en tire pour conséquences que ce demi-SAGE n'était plus applicable à compter de 2013, qu'il est caduc : lorsque l'administration a autorisé le projet puis que le juge d'appel a statué, il n'y aurait donc plus eu de restriction à l'implantation de nouvelles installations hydrauliques dans un document de programmation aquatique.

Nous ne vous proposons pas de suivre cette lecture, et ce pour deux motifs.

Tout d'abord, si vous avez parfois découvert des abrogations implicites, il n'y a en principe pas de caducité des normes en droit public. Pour retenir la caducité, il faut donc la lire comme la sanction logique du non respect de l'obligation de compléter ce « demi-SAGE » avant 2011. Ce n'est pas impossible, mais ce n'est pas non plus écrit expressément.

Ensuite, nous serions tenté de dire prosaïquement qu'il vaut mieux un demi-SAGE que pas de SAGE du tout. L'expérience a montré que le niveau de planification du SAGE est beaucoup plus pertinent pour apprécier la compatibilité d'un projet individuel de taille modeste ou intermédiaire, comme en l'espèce, avec des objectifs généraux de bonne gestion des eaux. Il vaut mieux se placer au niveau du Drac et de la Romanche que du Rhône tout entier. L'intention du législateur a clairement été de favoriser le déploiement des SAGE et il ne nous semble pas qu'il ait entendu sanctionner de caducité le plan de gestion régulièrement approuvé mais non complété. En revanche, il n'emporte qu'obligation de compatibilité.

En sens inverse, on peut faire valoir deux arguments : l'absence de sanction effective du délai prévu par le législateur, un contentieux indemnitaire étant probablement assez vain ; surtout, une synthèse juridique et technique relative à la révision des SAGE, établie par l'administration, qui a été produite aux débats, indiquait que le « demi-SAGE » non complété dans le délai légal perd « sa portée ». On peut donc hésiter à s'éloigner de l'interprétation qu'a fait l'administration de ce texte : cela crée toujours un certain désordre. Cette interprétation en faveur d'une applicabilité à éclipse, qui mobilise quelque peu le texte, ne semble cependant

pas avoir été défendue de façon constante. Le SAGE est en effet visé par l'arrêté d'autorisation attaqué du préfet et l'administration n'a pas soutenu devant les juges d'appel qu'il était inapplicable...

Nous vous proposons donc de retenir une interprétation selon laquelle les SAGE incomplets valablement approuvés en application de l'article L. 212-10 n'ont valeur que de plan d'aménagement et de gestion mais demeurent en vigueur même s'ils n'ont pas été complétés par un règlement d'eau avant le 30 décembre 2012. Cela vous permet ensuite de retenir l'erreur de droit dont nous vous avons déjà parlé.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation de l'arrêt du 29 mai 2018 et au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon ;
- à ce que les associations défenderesses versent une somme de 3000 euros à la société requérante en remboursement de ses frais (art. L. 761-1 CJA).