

N^{os} 435026, 435036, 435060, 435132, 438369

UNION DES ETANGS DE FRANCE et autres

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 25 janvier 2021

Lecture du 15 février 2021

CONCLUSIONS

M. Stéphane Hoyneck, Rapporteur public

La loi n^o 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques s'inscrit dans le cadre des objectifs fixés par la directive cadre du 23 octobre 2000 pour atteindre et maintenir le bon état de la qualité des eaux en France.

La loi de 2006 introduit une section V portant sur les « Obligations relatives aux ouvrages » dans le chapitre IV du titre premier du livre II du code de l'environnement, insérant les articles L. 214-17 à L. 214-19 du code de l'environnement.

L'article L. 214-17 prévoit que les cours d'eau sont classés au sein de chaque bassin en fonction de leur état écologique. S'agissant des cours d'eau qui figurent sur la liste prévue par du I 1^o, aucune autorisation ou concession ne peut être accordée pour la construction de nouveaux ouvrages s'ils constituent un obstacle à la continuité écologique. C'est l'objet de l'article 1^{er} du décret attaqué de définir ou plutôt de redéfinir la notion de continuité écologique pour les cours d'eau de la liste 1.

L'article L. 214-18 exige pour sa part que tout ouvrage à construire dans le lit d'un cours d'eau comporte des dispositifs maintenant un **débit minimal**. Il fixe des obligations chiffrées de débit minimal, mais prévoit que pour les cours d'eau présentant un fonctionnement atypique rendant non pertinente la fixation d'un débit minimal dans les conditions prévues par la loi, le débit minimal peut être fixé à une valeur inférieure. C'est l'objet de l'article 2 du décret que de prévoir un nouveau cas de fonctionnement atypique.

Vous le voyez, les deux articles du décret attaqué portent sur des questions assez différentes et l'on comprend que selon les requêtes, l'intégralité du décret est contesté, ou seulement son article 1^{er} ou son article 2, certains requérants ayant précédé leur recours contentieux d'un recours gracieux. Vous pourrez joindre ces requêtes, qui sont au nombre de 5 et qui émanent de différentes personnes morales, défendant des intérêts divers (pêche, production hydroélectrique, protection de l'environnement), mais qui leur donnent toutes un intérêt à agir, lequel n'est pas contesté en défense. Une intervention en demande a été présentée par

l'association des riverains de France au soutien de la requête 435182 qui est également recevable.

1. De nombreux moyens d'illégalité externe sont soulevés, nous nous permettrons de nous concentrer sur ceux méritent selon nous une véritable discussion, alors surtout que nous pensons que vous devrez annuler l'article 1er du décret pour un motif de fond.

Il nous paraît en particulier que les dispositions combinées de l'article L. 214-8 et de l'article L. 214-9 donnent compétence au pouvoir réglementaire pour réglementer les cours d'eau méditerranéens dont il a estimé qu'ils présentaient un fonctionnement atypique, ce qui sera discuté plus tard au titre de la légalité interne.

Il est également soutenu que le décret attaqué aurait dû être précédé d'une évaluation environnementale en application de la directive 2001/42 CE dites « plans et programmes », s'agissant encore de l'article 2. Vous pourrez vous contenter de répondre que les objectifs de la directive ne peuvent utilement être invoqués alors que celle-ci a été transposée en droit français.

Plusieurs moyens critiques la consultation publique, notamment son organisation au mois d'août, mais cela ne suffit pas à la rendre irrégulière. C'est notamment la place réservée à la question des ouvrages fondés en titre dans cette consultation qui est critiquée. La note de présentation ne nous paraît avoir dû être plus explicite sur ces ouvrages, et les modifications apportées au décret finalement adopté par rapport au texte soumis à consultation n'ont pas eu pour effet de dénaturer le projet initialement publié, ce qui aurait nécessité qu'une nouvelle consultation soit menée selon le principe posé par votre décision Société Marineland du 29 janvier 2018 n°412210 au rec.

Enfin, un délai de deux ans s'est écoulé entre la consultation et la publication du décret. Cette circonstance est sans influence sur la régularité de la procédure en l'absence de changement de situation au cours de cette période¹.

Plusieurs circonstances nouvelles sont invoquées, mais qui apparaissent déconnectées de l'objet du décret, et elles ne sont en tous cas pas de nature par elles-mêmes à imposer une nouvelle consultation : il en va ainsi de l'entrée en vigueur le 24 décembre 2018 de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables qui fixe des objectifs quant à la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation française finale brute d'énergie, et d'une note technique du 30 avril 2019 au sein du Conseil national de l'eau «

¹ pour une enquête publique CE, 26 octobre 1973, Sieur Leroy, n° 82728, au Recueil ; CE, 25 février 2019, Association Peuple des dunes de pays de la Loire et Commune de Noirmoutier, n° 410170, aux Tables, pour les consultations publiques prévues par les articles L.38 et L.38 1 du code des postes et des communications électroniques CE, 19 juin 2009, Association des renseignements pour tous, n° 310453, aux Tables sur un autre point

relative à la mise en œuvre du plan d'action pour une politique apaisée de restauration de la continuité écologique des cours d'eau », qui est directement dans le thème des mesures adoptées par le décret mais dont nous ne voyons pas en quoi elles pourraient constituer un changement de circonstance de droit ou de fait.

Après avoir signalé l'inopérance du moyen dirigé contre le **titre du décret**, qui est dépourvu de valeur normative (CE, 7 octobre 2015, *Syndicat national des enseignements de second degré*, n° 386436, aux Tables), nous pouvons examiner les moyens de légalité interne dirigés contre chacun des deux articles.

2. S'agissant de l'article 1er du décret attaqué, il présente une nouvelle définition de l'obstacle à la continuité écologique, la présence d'un tel obstacle étant **l'unique** motif pour s'opposer à l'octroi de nouvelles autorisations ou concessions pour des ouvrages sur les cours d'eau en très bon état écologique, aux termes de l'article L. 214-17 du code.

Vous avez eu à plusieurs reprises à vous prononcer sur des circulaires entrant dans le champ de cet article : d'abord par une décision Fédération française des associations de sauvegarde des moulins du 14 novembre 2012 n° 345165 aux T. qui a annulé les dispositions d'une circulaire qui interdisait de manière générale tout nouvel ouvrage, sans distinguer selon qu'ils faisaient obstacle ou pas à la continuité écologique. Ensuite par une décision CE, 11 décembre 2015, Association France énergie planète, n° 367116, s'agissant d'une nouvelle circulaire qui estimait en substance que tous les ouvrages nouveaux constituent nécessairement des obstacles à la continuité écologique et ne peuvent par principe être autorisés, dispensant de ce fait les services d'instruire les demandes d'autorisation. Vous aviez annulé cette nouvelle circulaire.

La critique ici de certains requérants est que les dispositions réécrivant l'article R. 214-109 tendent au même résultat, l'interdiction par principe des nouveaux ouvrages, en présumant qu'ils font obstacles à la continuité écologique, ce qui serait contraire à l'article L214-17.

L'article R. 214-109 énumère donc une liste d'ouvrages situés dans la liste 1 de l'article L. 214-17 dont les caractéristiques constituent un obstacle à la continuité écologique et qui ne peuvent être autorisés de ce fait.

Dans sa version précédant le décret attaqué, la disposition réglementaire s'en tenait à des **caractéristiques qualitatives** des ouvrages, par exemple le fait qu'ils perturbent significativement l'accès des espèces biologiques aux zones indispensables à leur reproduction, leur croissance, leur alimentation ou leur abri ou qu'ils empêchent le bon déroulement du transport naturel des sédiments. Dans la version attaquée, le décret reprend ces caractéristiques, mais y ajoute plusieurs éléments nouveaux, notamment un critère tiré de ce que les seuils ou les barrages en lit mineur de cours d'eau atteignent ou dépassent « *le seuil d'autorisation du 2° de la rubrique 3.1.1.0 de la nomenclature annexée à l'article R. 214-1* ».

Vous reconnaissez ici un renvoi à la nomenclature IOTA, dont nous allons vous citer le 2° de la rubrique 3.1.1.0 à laquelle le décret se réfère. Cette rubrique concerne les « *installations, ouvrages, remblais et épis, dans le lit mineur d'un cours d'eau* », le 2° visant ceux constituant un obstacle à la continuité écologique, en les soumettant à un régime d'autorisation lorsqu'ils entraînent une différence de niveau supérieure ou égale à 50 cm, pour le débit moyen annuel de la ligne d'eau entre l'amont et l'aval de l'ouvrage ou de l'installation.

Ce renvoi à cette rubrique est le cœur du débat devant vous. Avant d'essayer de le clarifier, nous voudrions vous signaler que le même décret en litige exclut de la définition des ouvrages faisant obstacles à la continuité écologique plusieurs types d'ouvrages à construire pour la sécurisation des terrains en zone de montagne ou en vue de prévenir les inondations et les submersions en l'absence d'alternative, sans que l'on voit bien où se situe la prise en compte de la continuité écologique, même si on comprend le souci de sécurité qui pourrait le justifier.

Mais ceci n'est pas contesté, et pour en revenir au renvoi à la rubrique 3.1.1.0., comme on l'a dit, cette rubrique et son 2° qui est en cause, concerne certains ouvrages constituant un obstacle à la continuité écologique, ceux entraînant une différence de niveau de plus de 50 cm. Est-ce à dire que le décret a entendu ne pas interdire certains ouvrages constituant un obstacle à la continuité écologique au motif qu'ils entraînent une différence de niveau inférieur à 50 cm ? C'est une lecture possible, mais qui serait problématique puisque la loi n'a pas prévu de règle *de minimis*, sauf à démontrer qu'en dessous de 50 cm il n'y a jamais d'obstacle à la continuité écologique, ce qui n'est pas l'hypothèse retenue en tous cas par la nomenclature IOTA.

Une autre lecture possible est en quelque sorte tautologique. La rubrique de la nomenclature précise en effet sa propre définition de la continuité écologique « *Au sens de la présente rubrique, la continuité écologique des cours d'eau se définit par la libre circulation des espèces biologiques et par le bon déroulement du transport naturel des sédiments* ». Ces éléments de définition figurent également dans le décret attaqué, de sorte qu'on semble assister à une forme de boucle de rétroaction perpétuelle. Cette lecture serait littéralement possible, mais elle veut dire qu'en réalité le décret en renvoyant sur ce point à la rubrique de l'arrêté nomenclature, qui incorpore elle-même des éléments de définition qui figure déjà dans le décret, sans en ajouter de nouveaux n'a rien créé de plus. Il nous semble que la formule du président Genevois² pour l'interprétation de la loi selon laquelle « *la loi est réputée avoir une signification et une utilité* » devrait aussi s'appliquer aux règlements et donc conduire à exclure une telle lecture.

Cette lecture n'est d'ailleurs semble-t-il pas l'interprétation que fait le ministre du décret. La note de présentation du décret indique que « *Pour appliquer l'objectif de la loi de protection plus forte [des cours d'eau classés], il est donc indispensable de mieux préciser le niveau*

² RFDA 2002.877 (« le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi »)

d'effet d'obstacle qui ne peut pas être autorisé sur un cours d'eau classé en liste 1 alors qu'il pourrait, éventuellement l'être sur un cours d'eau non classé. »

Ceci semble bien montrer que le gouvernement entend appliquer ce texte comme estimant que, par principe, tout ouvrage créant un effet d'obstacle de plus de 50 cm est considéré comme un obstacle à la continuité écologique, interdisant de l'autoriser quelles que soient ses autres caractéristiques et les prescriptions dont il pourrait être assorti.

La note du décret et les écritures du ministre devant vous font encore valoir que la « *circulaire du 18 janvier 2013 essayait de préciser cette différence [entre cours d'eaux classés et non classés] mais a été en partie annulée par le Conseil d'État qui a considéré que les dispositions législatives et réglementaires existantes ne permettaient pas de faire cette différence par le biais d'une circulaire* ». Mais comme nous vous l'avons dit, ce n'était pas un problème de niveau de norme, de choix de la circulaire, qui vous a conduit à l'annuler, mais un problème d'interdiction générale, ne prenant pas réellement en compte la réalité d'un obstacle écologique.

Et ici encore, rien ne vous est indiqué pour démontrer que les ouvrages dans le lit mineur d'un cours d'eau qui entraînent à débit moyen une hauteur supérieure ou égale à 50 cm feraient obstacle par principe à la continuité écologique du cours d'eau. Dans ces conditions l'article 1^{er} du décret encourt votre censure.

Si vous décidiez de ne pas prononcer une annulation pour ce motif, il vous faudrait répondre à toute une série de moyens dont nous n'évoquerons que les principaux.

Est critiqué spécifiquement par France Hydroélectricité le 4^o de l'article R 214-109 issu du décret attaqué qui vise : « *4^o les ouvrages qui affectent substantiellement l'hydrologie des cours d'eau, à savoir la quantité, la variabilité, la saisonnalité des débits et la vitesse des écoulements. Entrent dans cette catégorie, les ouvrages qui ne laissent à leur aval immédiat que le débit minimum biologique prévu à l'article L. 214-18, une majeure partie de l'année.* »

Il est soutenu que cet article méconnaît l'article L. 214-18, puisqu'il considère qu'un ouvrage qui maintient le débit minimum écologique à l'aval immédiat tel que prévu par cet article une majeure partie de l'année constitue un obstacle à la continuité écologique. Mais cet article législatif impose que « *tout ouvrage à construire dans le lit d'un cours d'eau doit comporter des dispositifs maintenant dans ce lit un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux au moment de l'installation de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, des dispositifs empêchant la pénétration du poisson dans les canaux d'amenée et de fuite. (...)* ».

Ainsi, le débit minimal que doit préserver tout ouvrage permet précisément de garantir en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces. Dès lors, en fait comme en droit, un ouvrage respectant les prescriptions de l'article L. 214-18 ne devrait constituer un obstacle à la circulation des espèces piscicoles et par suite à la continuité écologique. Le

ministre n'a pas répondu à ce moyen présenté dans l'affaire 435182 et nous sommes enclin à penser au vu des éléments dont vous disposez que le moyen est également fondé.

Plusieurs moyens concernent des objectifs de développement des énergies renouvelables tels qu'ils peuvent découler des articles 3 et 15 de la directive 2018/2001, de l'article L. 211-1 du code de l'environnement, des articles 1er et 19 de la loi du 3 août 2009 et des articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du code de l'énergie. Nous ne pensons pas que ces différents instruments, qu'ils soient directement invocables ou pas, devraient être lu comme imposant le développement des énergies renouvelables, y compris l'hydroélectricité, « quoi qu'il en coûte », notamment sans prise en considération d'autres objectifs qu'il appartient au Gouvernement de mettre en œuvre, comme la protection de l'environnement, notamment le bon état écologique des cours d'eau. Il en résulte nous semble-t-il qu'il n'y a pas de prise pour un contrôle de légalité au regard de ces textes.

Toujours s'agissant de l'article 1^{er} du décret et de l'article R. 214-109 qu'il modifie, il faut vous dire un mot de la question des moulins fondés en titre qui fait l'objet de l'ajout du II de l'article R. 214-109.

Contrairement à ce qui est soutenu par plusieurs requêtes, ces dispositions, qui visent la reconstruction d'un ouvrage, et les cas dans lesquels une telle reconstruction est assimilable à une nouvelle construction nécessitant une autorisation, ne remettent pas en cause les droits acquis d'un ouvrage fondé en titre, puisque le décret prend soin d'assimiler les travaux sur de tels ouvrages à une reconstruction seulement lorsque leur ruine a été constatée en application de l'article R. 214-18-1. Dans une telle hypothèse, le moulin a perdu son titre, il n'a plus de droit et il est justifié que sa reconstruction ne préserve pas ces droits perdus (cf notamment CE Bouqueton 11 avril 2019 n° 414211 au rec.) . Les moyens soulevés ne justifient pas l'annulation ciblée de ce II, mais en revanche, si vous nous suivez pour annuler le I, le II doit suivre le même sort par voie de conséquence nous semble-t-il, puisque sa rédaction par référence au I le rend indivisible.

3. L'article 2 du décret contesté par certaines des requêtes ne présente pas de lien direct avec l'article 1^{er} et il traite de questions que l'on peut elles-mêmes séquencer. Il modifie l'article R. 214-111, qui définit les cours d'eau dont le fonctionnement est atypique, de sorte que comme le prévoit l'article L. 214-18, il est possible de prévoir pour ceux-ci un débit réservé différent du droit commun.

Dans sa version issue du décret attaqué, l'article R. 214-111 liste 4 types de cours d'eau atypiques.

3.1 Est d'abord contesté le nouveau 2° de cet article, qui précise la définition d'une catégorie qui existait déjà, et qui concerne les barrages d'une hauteur supérieure à 20m. Il s'agit donc de ne pas soumettre aux règles de débit réservé de droit commun les barrages de l'hydroélectricité industrielle, dont l'association des Etangs de France souligne qu'une part

importante est concédée à EDF. Son moyen est foisonnant, en invoquant la rupture d'égalité devant les charges publiques ou un détournement de pouvoir. Mais en l'occurrence il s'agit seulement, comme l'indique le ministre, de tenir compte des successions de grands barrages : lorsque le pied d'un barrage est noyé par la retenue de celui situé à l'aval, le décret considère que l'on est dans un fonctionnement atypique, car il ne s'agit pas d'une partie normale d'un cours d'eau et nous ne lui donnons pas tort sur ce point.

3.2 Est ensuite critiqué le 4° de l'article R. 214-111, qui crée une catégorie véritablement nouvelle cette fois-ci. Les cours d'eau concernés sont ceux du bassin méditerranéen situés dans un nombre défini de départements et qui présentent un étiage « normal » inférieur au dixième du module, c'est-à-dire du débit moyen interannuel calculé sur une période de cinq ans. La dérogation est en outre spécialement encadrée, en autorisant un débit minimal inférieur au 20ème du module aux cas où les prélèvements destinés à l'alimentation en eau potable ou à l'irrigation gravitaire en période d'étiage estival ne seraient pas possibles autrement.

Plusieurs requêtes soutiennent que ce choix relève d'un pur critère géographique et non d'un critère en lien avec l'objet de la norme, qui est selon l'article L. 214-18 de caractériser un fonctionnement atypique. Mais comme on l'a dit seuls certains cours d'eau du bassin méditerranéens sont concernés, les éléments de dossier ne laissent pas apparaître que des cours d'eau ayant les mêmes caractéristiques, dites selon le dossier, de cours d'eau de « montagne sèche », existent dans d'autres régions du territoire. Il ne paraît pas absurde que certaines particularités hydrologiques correspondent à des espaces géographiques particuliers, qui ne correspondent pas simplement à des limites administratives. Le pouvoir réglementaire nous paraît dans ses conditions avoir bien retenu des critères d'atypicité comme l'exige la loi.

Il est également soutenu que cet ajout va à l'encontre de la directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 dont l'article 4 fixe des objectifs d'amélioration de la qualité des masses d'eaux. Mais cette directive trouve d'abord sa traduction en France dans les SDAGE prévus aux articles L. 212-1 et sv du code de l'environnement, dont la portée n'est pas remise en cause par le décret.

La méconnaissance du principe de non-régression prévu par l'article L. 110-1 du code est invoquée. En défense, le ministre fait valoir que le décret crée une réglementation spécifique aux cours d'eaux méditerranéens, mais qu'elle n'a pas pour effet d'entraîner une baisse du niveau de protection de l'environnement puisque l'obligation de résultat que constitue la préservation du débit minimum biologique prévu l'article L. 214-18 du code de l'environnement n'est pas remise en cause. C'est un point dont devra s'assurer le préfet s'il est saisi d'une demande de dérogation et qui permet d'écarter le moyen.

3.3 Plusieurs moyens critiquent la dérogation prévue destinée à permettre des prélèvements en eau aux fins d'alimentation en eau potable et d'irrigation gravitaire en période d'étiage estival. L'article L. 211-1 II énonce une priorité de la gestion équilibrée de l'eau en faveur

notamment de l'alimentation en eau de la population, et indique qu'elle doit également permettre de satisfaire ou concilier plusieurs autres exigences parmi lesquelles figure l'agriculture. Le décret ne remet pas en cause ces priorités, dont la conciliation ne se prête qu'à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation. Dans cet exercice de conciliation, le pouvoir réglementaire n'était pas tenu d'aménager une dérogation pour chacun des intérêts en cause dont nous ne vous avons pas fait la liste complète, de sorte que le moyen, formulé comme une rupture d'égalité du fait de la sélectivité de la dérogation ne pourra qu'être écarté.

Est avancé la méconnaissance du principe de prévention et de correction des atteintes à l'environnement qui figure à l'article L. 110-1 que vous considérez comme invocable tant à l'encontre d'une autorisation administrative (CE, 4 août 2006, Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire, n° 254948, au Recueil), que d'une réglementation environnementale comme celle en cause ici (CE, 12 janvier 2009, France nature environnement, n° 289080, inédit, cf s'agissant de l'article 3 de la charte de l'environnement CE Ass. 7 juillet 2013 fédération nationale de la pêche en France n° 344522)).

En l'espèce, il nous paraît que le décret en prévoyant « la mise en œuvre ou la programmation de toutes les mesures d'économie d'eau techniquement et économiquement réalisables » s'inscrit dans cet ensemble de moyens qui concrétisent le « principe de prévention et de correction », la formulation du décret apparaît même comme un écho à l'article L. 110-1 qui invite à utiliser les meilleurs techniques disponibles à un coût économiquement acceptable, contrairement à ce que soutient FNE

La fédération nationale de la pêche relève pour sa part que les cours d'eau méditerranéens subissent fortement les conséquences des changements climatiques et l'aggravation de l'intensité et de la durée des étiages et estime que les dérogations en cause sont de nature à accentuer ces phénomènes, en méconnaissance du principe de prévention. Mais lorsque le débit dérogatoire est fixé, au cas par cas, il appartient au préfet de prendre en compte l'ensemble des paramètres pertinents et leurs évolutions, afin de respecter l'obligation de résultat à laquelle il n'est pas possible de déroger comme nous l'avons déjà dit, l'article L. 214-18 imposant que le débit minimal garantisse en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux.

Dans ces conditions, il n'y aura pas lieu d'ordonner de médiation en application de l'article L. 114-1 du code de justice administrative comme vous y invite France nature environnement.

PCMNC :

A l'admission de l'intervention de l'Association des riverains de France, à l'annulation de l'article 1^{er} du décret attaqué, à ce que soient mis à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros à verser à la Fédération électricité autonome française, d'une part, au syndicat France hydro-électricité et autres, d'autre part et au rejet du surplus des conclusions.