N° 443911 Société centrale Moulin neuf

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 29 juin 2022

Lecture du 28 juillet 2022

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , Rapporteur public

Cette affaire va vous conduire une nouvelle fois à examiner les conditions d'articulation entre le droit de moulins hydroélectriques d'exploiter la force motrice de l'eau et les exigences environnementales tenant notamment au rétablissement de la continuité écologique des cours d'eau.

Un rappel des principales affaires jugées ces dernières années permettra de poser la question de principe soulevée aujourd'hui, qui est la conventionalité de l'article L. 214-18-1 du code de l'environnement.

Dans son principe, l'articulation entre droit d'usage de la force motrice de l'eau et respect des obligations liées à la police de l'eau est claire : l'existence d'un tel droit, dont les conditions de disparition sont interprétées avec une certaine rigueur, n'exempte pas l'ouvrage de la soumission à la police de l'eau (en dernier lieu CE, 11 avril 2019, B..., n°414211, publié au Recueil ; voir aussi par ex. CE 2 décembre 2015, Fédération des moulins de France, n° 384204, mentionné aux tables du Recueil ; CE 30 juin 1995, L..., n° 146358, publié au Recueil).

Les dispositions qui figurent aujourd'hui à l'article L. 214-17 du CENV prévoient que pour chaque bassin soit notamment établie une liste de cours d'eau dans lesquels il est nécessaire d'assurer le transport suffisant des sédiments et la circulation des poissons migrateurs. Tout ouvrage doit y être géré, entretenu et équipé selon des règles définies par l'autorité administrative, en concertation avec le propriétaire ou, à défaut, l'exploitant. La loi avait prévu que ces obligations s'appliquent à l'issue d'un délai de cinq ans après la publication des listes règlementaires, aux ouvrages **existants régulièrement installés**.

La mise en œuvre de l'obligation pour les installations existantes d'assurer la continuité écologique est, devant le Conseil d'Etat, une pièce en **quatre actes**, si l'on accepte le pari que la présente affaire puisse constituer l'acte final.

Acte I : Par une première décision MDC Hydro n°408663 du 22 octobre 2018 (ce point étant fiché aux T. dans une affaire similaire du même jour SARL Saint-Léon n°402480) vous avez été conduit à déterminer la portée de la notion d'ouvrages « existants régulièrement installés » de l'article L214-17, en considérant , après avoir examiné les différents renvois de textes, que les ouvrages existants mais qui n'avaient pas mis en œuvre les obligations d'entretien et de mise en conformité qui résultaient des anciennes dispositions de l'article L. 232-6 du code rural, ne pouvaient pas être considérés comme régulièrement installé, et sont donc soumis aux obligations résultant du I de cet article dès la publication des listes qu'il prévoit.

Vous aviez renvoyé l'affaire à la CAA de Douai et son nouvel arrêt a été l'occasion de l'acte II devant vous : la cour de Douai a estimé que le moulin ne bénéficiait pas du délai de 5 ans prévu à l'article L 214-17. Mais devant la cour, la société s'était prévalu d'une nouvelle disposition législative intervenue postérieurement à son 1er arrêt, il s'agit de l'article L. 214-18-1 du même code, qui résulte de l'article 15 de la loi du 24 février 2017.

Cet article indique que « *Les moulins à eau équipés par leurs propriétaires, par des tiers délégués ou par des collectivités territoriales pour produire de l'électricité, régulièrement installés sur les cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux mentionnés au 2° du I de l'article L. 214-17, ne sont pas soumis aux règles définies par l'autorité administrative mentionnées au même 2°.* ». Il précise en outre qu'il ne s'applique qu'aux moulins existant à la date de publication de cette loi. La cour de Douai, dans le cadre de son office de plein contentieux, avait fait application de cet article, estimant que ce nouveau régime d'exemption s'appliquait au moulin en cause, alors même que le régime initial d'exemption ne s'appliquait pas.

On retrouve dans cet article la locution « régulièrement installés » qui figure à l'article L. 214-17 et la question dans cette seconde affaire MDC Hydro était de déterminer la portée de cette nouvelle disposition de l'article L. 214-18-1. Votre second arrêt MDC Hydro du 31 mai 2021 n° 433043 aux T. a confirmé la portée autonome de cet article par rapport à l'article L. 214-17 que vous aviez éclairé dans la décision MDC Hydro I. Nous pouvons vous lire le point fiché de cet arrêt:

« Il résulte de l'article L. 214-18-1 du code de l'environnement, tel qu'éclairé par les travaux préparatoires de la loi n° 2017-227 du 24 février 2017 dont il est issu, qu'afin de préserver le patrimoine hydraulique que constituent les moulins à eau, le législateur a entendu exonérer

l'ensemble des ouvrages pouvant recevoir cette qualification et bénéficiant d'un droit de prise d'eau fondé en titre ou d'une autorisation d'exploitation à la date de publication de la loi des obligations mentionnées au 2° du I de l'article L. 214-17 du même code destinées à assurer la continuité écologique des cours d'eau. »

L'article L. 214-18-1 du code de l'environnement ne peut ainsi pas être interprété comme limitant le bénéfice de cette exonération aux seuls moulins hydrauliques mis en conformité avec ces obligations ou avec les obligations applicables antérieurement ayant le même objet.

Vous aviez donc confirmé la solution de la cour de Douai estimant que le préfet n'avait pas pu imposer des prescriptions de continuité écologique au moulin en cause, qui répondait aux conditions d'exonération prévues par l'article L 214-18-1.

Il faut vous dire un mot plus bref de l'acte III. A la fin de l'année 2021, l'association FNE a engagé un contentieux d'abrogation des dispositions d'application de l'article L. 214-18-1 du code de l'environnement et a notamment soulevé une QPC contre cet article législatif. Votre décision de transmission (CE 8 mars 2022 n° 459292) rappelle la portée de l'article L. 214-18-1 que vous aviez établi l'année précédente dans l'affaire MDC Hydro II, et vous aviez renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel.

Par sa décision n° 2022-991 QPC du 13 mai 2022, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L214-18-1 dans sa rédaction issue de la loi de 2017 conforme à la Constitution. Il a estimé que le législateur a entendu non seulement préserver le patrimoine hydraulique mais également favoriser la production d'énergie hydroélectrique qui contribue au développement des énergies renouvelables et qu'il a, ce faisant, poursuivi des motifs d'intérêt général. Il a relevé que l'exemption ne s'appliquait qu'aux moulins à eau équipés pour produire de l'électricité et qui existent à la date de publication de la loi du 24 février 2017, et qu' « elle ne s'applique pas aux ouvrages installés sur les cours d'eau en très bon état écologique, qui jouent le rôle de réservoir biologique ou dans lesquels une protection complète des poissons est nécessaire ». Il avait relevé enfin que les dispositions contestées ne permettent de déroger qu'aux règles découlant du 2° du paragraphe I de l'article L. 214-17 du code de l'environnement et ne font pas obstacle, en particulier, à l'application de l'article L. 214-18, qui impose de maintenir un débit minimal garantissant en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces aquatiques. Au bénéfice de ce raisonnement, il avait écarté l'ensemble des griefs et confirmé la constitutionnalité de l'article L. 214-18-1.

Nous en venons enfin à l'acte IV, qui se joue dans le cadre du présent pourvoi et qui devrait dénouer pas mal de choses si vous nous suivez. La centrale hydroélectrique du Moulin Neuf est située en bord de Creuse et bénéficie d'un droit fondé en titre à hauteur de 48 kW et, par

ordonnance royale du 11 mars 1842, d'une autorisation d'exploiter dont la puissance a été évaluée à 136 kW. Le préfet de l'Indre, comme dans l'affaire MDC Hydro, lui a imposé des prescriptions supplémentaires à l'autorisation d'exploiter l'énergie hydroélectrique afin d'assurer la montaison et la dévalaison de plusieurs espèces migratrices.

Parmi les nombreux moyens auxquels elle a répondu, la CAA de Bordeaux était saisi de la dérogation de l'article L. 214-18-1 et de son applicabilité au Moulin neuf. La cour a retenu un raisonnement conduisant en substance à assimiler les conditions de bénéfice de cette dérogation à celles nécessaires pour obtenir la dérogation de l'article L. 214-17. La cour s'est visiblement inspiré de votre décision MDC Hydro I de 2018 qui ne concernait que l'article L 214-17, pour la transposer à l'article L 214-18-1. Votre décision MDC Hydro II qui dissocie le régime des 2 articles n'est intervenue que plusieurs mois plus tard, la cour ne l'a pas anticipé et le moyen d'erreur de droit de la société requérante fait donc mouche; la cour ayant fait une lecture inexacte de l'article L. 214-18-1 pour estimer que le moulin en cause n'était pas régulièrement installé au sens de cet article.

Mais le dernier acte est celui des **rebondissements**. C'est le mémoire en défense de la ministre devant vous qui les provoque.

La ministre s'en remet formellement à votre sagesse pour l'appréciation du bien-fondé du principal moyen du pourvoi, celui de l'erreur de droit de la cour qui, comme on vient de le dire, est patente au vu de votre jurisprudence MDC Hydro II.

Mais de façon beaucoup plus directe, ce mémoire en défense indique que l'interprétation de l'article L 214-18-1 telle qu'elle résulte de votre décision MDC Hydro II n'est compatible ni avec les dispositions de la directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 ni avec le règlement 1100/2007/CE du 18 septembre 2007 instituant des mesures de reconstitution du stock d'anguilles européennes (« Règlement Anguilles »). La ministre vous dit donc de façon très claire que la loi est inconstitutionnelle.

Cette argumentation en défense nous paraît en grande partie exacte, même s'il faut dissiper l'idée que ce serait votre décision juridictionnelle qui serait à l'origine d'une inconstitutionnalité de la loi. La ministre nous fait l'honneur de citer nos conclusions dans l'affaire MDC Hydro II ; mais elle le fait de façon trop sélective pour leur rendre justice, et ce qui est plus important, pour rendre justice à votre décision.

Dans nos conclusions sur l'affaire MDC Hydro II, nous faisons valoir les difficultés d'interprétation de l'article L. 214-18-1, qui pour partie reprenait les mêmes termes que ceux qui figurent à l'article L. 214-17. Pour autant, estimer que le législateur ait voulu à deux articles différents issues de deux lois différentes poser la même règle paraissait pour le moins

surprenant. De la même façon, l'idée que pourraient être exonéré d'une obligation les ouvrages qui respectent déjà cette obligation ne paraissait pas particulièrement rationnel.

Face à une incertitude sur la portée exacte qu'il fallait donner à l'article L. 214-18-1, un recours aux travaux préparatoires de la loi était donc nécessaire. C'est une façon parfaitement classique de raisonner.

L'examen des travaux préparatoires de la loi ne laissait aucun doute sur la volonté du Parlement d'opérer un droit de dérogation en matière de continuité écologique pour les moulins produisant de l'électricité sur les cours d'eau de la liste 2 avant l'entrée en vigueur de la loi **plus large** que celui de l'article L. 214-17. La volonté du législateur était claire même si comme nous vous l'indiquions, la conventionnalité de la loi pouvait être discutée. Mais d'une part, aucune argumentation d'inconventionnalité n'était avancée dans cette affaire MDC Hydro II, c'est un moyen qui ne se relève pas d'office et d'autre part ; comme nous le rappelions aussi, la technique de l'interprétation neutralisante ou conforme que vous appliquez depuis votre arrêt de section « cercle mixte de la Caserne Mortier » (CE 22 décembre 1989 n° 86113) ne pouvait pas être mise en œuvre car il ne peut s'agir, pour assurer une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire, que de lever des **ambiguïtés** ou d'explicitier des non-dits de la loi, pas d'aboutir « à une réécriture de la loi au lieu et place du législateur ».

La lecture que vous avez donnée de l'article L. 214-18-1 était ainsi conforme à la volonté du législateur, tout en assumant implicitement devoir faire abstraction de la question de sa conventionnalité.

Ce point dissipé, il n'en demeure pas moins que l'argumentation en défense du ministre pour considérer que l'article L. 214-18-1 méconnaît tant la directive cadre sur l'eau que le règlement Anguilles du 18 septembre 2007 nous paraît fondé.

L'article 4 de la directive, comme la CJUE l'a indiqué à plusieurs reprises, ne se limite pas à énoncer, selon une formulation programmatique, de simples objectifs de planification de gestion, mais déploie des effets contraignants, une fois déterminé l'état écologique de la masse d'eau concernée, à chaque étape de la procédure prescrite par cette directive (cf notamment arrêt de grande chambre C-461/13 du 1er juillet 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V. contre Bundesrepublik Deutschland pt43). S'agissant plus particulièrement des rivières, l'annexe V retient la continuité comme l'un des principaux éléments de qualité permettant d'apprécier l'état des eaux et précise qu'un très bon état est caractérisé par une continuité qui « n'est pas perturbée par des activités anthropogéniques et permet une migration non perturbée des organismes aquatiques et le transport de sédiments ».

C'est dans ce contexte que l'article L. 214-17 a prévu un classement des cours d'eau et des sujétions applicables aux activités qui y sont déployées pour assurer la continuité écologique. On voit bien qu'une dispense générale pour certaines installations en dehors de toute considération environnementale de l'obligation de rétablissement de la continuité écologique met par principe en péril la réalisation de cet objectif contraignant de la directive, potentiellement d'ailleurs pour l'ensemble du cours d'eau concerné et pas seulement aux abords de l'ouvrage exonéré, la rupture de continuité écologique en un lieu pouvant avoir des effets sur l'ensemble du cours d'eau concerné, notamment pour ce qui concerne la migration des poissons.

S'agissant du règlement Anguilles, celui-ci prévoit le recensement des différents bassins hydrographiques situés sur leur territoire national qui constituent l'habitat naturel de l'anguille européenne et la mise en place d'un plan de gestion permettant de réduire la mortalité anthropique afin d'assurer avec une grande probabilité un taux d'échappement vers la mer d'au moins 40 % de la biomasse d'anguilles argentées. Sur ce fondement, le plan de gestion de l'anguille de la France a été établi et approuvé par la Commission européenne le 16 février 2010 en vertu de l'article 5 du règlement. Afin d'atteindre l'objectif à long terme d'un taux d'échappement de 40 %, ce plan prévoit des mesures de gestion des ouvrages affectant les mouvements migratoires des anguilles qui reposent sur les mesures de classement de cours d'eau prévues au I de l'article L. 214-17, ainsi que sur les prescriptions pouvant être imposées aux ouvrages identifiés comme susceptibles d'affecter les mouvements migratoires des anguilles installés sur ces cours d'eau sur le même fondement. Ici encore, la dérogation de plein droit aux obligations qui peuvent être imposées aux ouvrages existants sur le fondement de cet article qui est prévue par l'article L. 214-18-1 est contraire au règlement.

Pour autant, cette argumentation en défense de la ministre est nouvelle en cassation, votre jurisprudence sur les moyens nouveaux en cassation s'appliquant également aux moyens soulevés en défense (Section, 6 décembre 1974, Min. des anc. combattants c/ R..., n° 95428, au rec.).

La société du Moulin Neuf ayant invoqué à son bénéfice l'application de l'article L. 214-18-1 devant le juge d'appel, c'est bien devant lui que le ministre aurait dû faire valoir une exception d'inconventionnalité même si il soutient que c'est votre décision MDC Hydro II qui a « révélé » cette inconventionnalité.

Vous ne pourrez donc pas tenir compte de cette argumentation d'inconventionnalité en cassation.

Nous avons envisagé la possibilité de substituer le motif de non application de l'article L. 214-18-1 tiré de son inconventionnalité à celui erroné retenu par la cour tiré de ce que l'installation n'entrait pas dans les prévisions du régime dérogatoire de l'article L 214-18-1. Certes, il s'agirait d'un motif de pur droit, mais dans ce cas de figure, vous exigez que le motif de substitution réponde à un moyen invoqué devant les juges du fond ou qui est d'ordre public, (CE 13 mars 1998, M. V..., n° 171295, aux tables ; CE, 2 juin 2010, A... et autres, n° 307814, Tab. Pour une application très récente : CE 10 mars 2022 n° 441089 commune de saint martin la Plaine).

Ce moyen n'est pas d'ordre public comme on l'a déjà dit, et il est nouveau en cassation. La rigueur du raisonnement conduit donc à vous proposer de casser l'arrêt pour erreur de droit au regard de votre jurisprudence MDC Hydro II et à régler l'affaire au fond.

Vous rejetterez tout d'abord des conclusions nouvelles en appel tendant à ce que soit donné acte de la puissance autorisée pour son installation.

L'arrêté préfectoral est alors critiqué, d'abord pour non-respect de la procédure contradictoire prévue par l'article R. 214-17 du code de l'environnement, mais plusieurs échanges ont eu lieu entre l'exploitant et les services de l'Etat sur le projet d'arrêté, dans des conditions qui vous permettent d'écarter ce moyen sans difficulté.

Viens ensuite la question de l'applicabilité au Moulin neuf de chacun des 2 régimes de dérogation prévus par les article L. 214-17 et L. 214-18-1. Le 1^{er}, correspondant à votre jurisprudence MDC Hydro I ne pose pas de difficulté : comme vous l'avez jugé dans cette affaire, pour en bénéficier, il convenait que les ouvrages concernés, dont fait partie le moulin en cause ici, respectent une ancienne obligation de mise en conformité en application de l'article L. 232-6 du code rural, devenu l'article L. 432-6 du code de l'environnement. A la date de l'arrêté litigieux, , la société requérante n'avait mis en place aucun dispositif permettant la circulation des poissons migrateurs, en méconnaissance des exigences de la législation antérieure, de sorte qu'elle ne peut pas se prévaloir du délai dérogatoire prévu par cet article L. 214-17.

S'agissant du régime dérogatoire de l'article L214-18-1 dont nous vous avons longuement entretenus, les écritures du ministre ont désormais fait entrer dans le débat contentieux la question de sa conventionnalité. Pour les raisons que nous avons développées plus tôt, la méconnaissance par cette disposition des objectifs de la directive cadre et du règlement Anguilles vous conduiront à laisser cette disposition inappliquée dans le présent contentieux.

L'arrêté étant bien applicable au Moulin neuf, le contentieux prend alors une tournure plus habituelle, de contestation des prescriptions imposées par le préfet.

Une première série de prescriptions critiquées visent à garantir la montaison et la dévalaison des espèces migratrices. Vous avez certainement à l'esprit que l'anguille en particulier est un poisson thassalotoque et catadrome, c'est-à-dire que son aire de reproduction se trouve dans l'océan mais qu'elle évolue le reste du temps en eaux douces. Les prescriptions en cause ici prévoient, dans l'attente de dispositifs permanents, que les installations de la centrale ne pourront faire usage de la force motrice de l'eau pendant les mois de mai et juin qu'à la condition de laisser se déverser sur le seuil une lame d'eau d'une épaisseur minimale de 20 cm afin de faciliter le franchissement du seuil à la montaison par les espèces migratrices. Ces prescriptions comprennent aussi plusieurs périodes d'arrêt des turbines et un dispositif de contrôle. Les éléments de l'instruction confirment la présence de plusieurs espèces migratrices pour lesquelles les installations de la centrale font obstacle à la montaison. L'estimation du taux de mortalité des anguilles sur lequel se fonde l'ONEMA, qui prudemment n'estime pas que toutes les anguilles passeront par la turbine de la centrale, apparaît raisonnable et se fonde sur les données constatées pour des installations comparables utilisant le même type de turbine. Le risque est donc suffisamment documenté et justifie les prescriptions prises.

S'agissant enfin des prescriptions relatives au débit minimum biologique, vous avez très récemment dans cette formation et par une décision société de Lauture n° 441187 du 22 juin 2022, jugé que pour garantir cette règle du débit minimal posée par les articles L. 214-17 et L. 214-18, il devait être tenu compte, en application de l'article L. 214-18, du bon fonctionnement et des caractéristiques des dispositifs mis en place par les exploitants pour garantir la continuité écologique. Dans la décision QPC FNE précitée, le Conseil constitutionnel rappelle également la possibilité de prescrire un tel débit minimal.

L'arrêté préfectoral prescrit une augmentation du débit minimal entre le 1^{er} décembre et le 30 juin à 5 m³/s. Le préfet s'est fondé sur plusieurs études et rapports pour déterminer ce débit. L'argumentation de la société qui se plaint essentiellement de l'impact économique que cela engendre pour elle ne peut pas conduire à remettre en cause ce chiffre et cette prescription.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de l'appel de la société centrale moulin neuf et au rejet du surplus.