



Fédération Française des Associations de sauvegarde des Moulins

Article paru dans la Revue Moulins de France n° 85 janvier 2011
www.moulinsdefrance.org

La circulaire du Ministre de l'Ecologie du 25 janvier 2010 est-elle inscrite dans le marbre ?

Texte du recours www.moulinsdefrance.org/doc/RecoursCE_Decembre2010.pdf

Au cours des dernières années, les textes législatifs et réglementaires applicables aux moulins et centrales hydroélectriques ont connu une inflation toute particulière, obligeant leurs propriétaires et exploitants à un niveau de professionnalisme sans cesse accru.

Le mouvement fut réellement enclenché avec la loi du 3 janvier 1992 sur l'Eau, ses décrets d'application en mars 1993, l'adoption en novembre 1995 de nouveaux décrets d'application de la loi de 1919 *sur l'utilisation de l'énergie hydraulique*, l'adoption de la Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques – LEMA le 30 décembre 2006...

Sans compter les véritables bouleversements intervenus parallèlement au plan de l'achat de l'électricité produite, avec l'adoption de la loi du 10 février 2000 *sur la modernisation du service public de l'électricité*, l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence accompagnée d'un bouleversement du fonctionnement des services d'EDF, ERDF, et très récemment encore le vote de la loi NOME.

Etonnamment durant toute cette période, le Ministère de l'Environnement puis le Ministère de l'Ecologie avaient peu publié de circulaires à l'attention de leurs services, dont on rappelle que la vocation est d'expliquer le fonctionnement des textes, d'en donner des illustrations pratiques...

C'est maintenant chose plus que faite, avec la mise à jour en septembre 2007 du *Guide d'instructions relatif à la police des installations hydroélectriques d'une puissance inférieure ou égale à 4 500 kW*, la publication le 19 septembre 2009 d'une circulaire relative aux conditions de classement des cours d'eau au titre de l'article L 214-17 du Code de l'Environnement, d'une autre circulaire le 8 juillet 2010 *relative à la mise en œuvre de la nouvelle organisation du contrôle de la sécurité des ouvrages hydrauliques en France métropolitaine*, d'un *guide pratique relatif à la police des droits fondés en titre*, d'un *Guide pratique relatif à la police des droits fondés en titre* en septembre 2010...

Et enfin le 25 janvier 2010 a été publiée une circulaire *relative à la mise en œuvre par l'Etat et ses établissements publics d'un plan d'actions pour la restauration de la continuité écologique des cours d'eau*.

Véritable bombe à retardement pour nos barrages et seuils de moulins, ce texte contient de nombreuses précisions

concernant les pouvoirs de police et d'investigation dont disposent les préfets et leurs services, mais aussi un objectif majeur ainsi résumé : « *En tout état de cause, il est essentiel qu'un nombre conséquent d'ouvrages inutiles soit supprimé pour que ce plan de restauration atteigne ses objectifs de résultat* ».

Les services de l'Etat sont ainsi on ne peut plus clairement orientés sur la conduite à tenir...

La circulaire donne aux Préfet et DDT notamment toute une série de précisions sur les orientations à prendre afin d'arriver à l'objectif de restauration de la continuité écologique fixé par le Ministère :

- Repérage des obstacles, notamment avec l'établissement par l'ONEMA du Référentiel des Obstacles à l'Écoulement,
- Définition des priorités d'intervention par bassin (cours d'eau classés, non classés),
- Révision des programmes des Agences de l'Eau afin d'intégrer les objectifs de la circulaire,
- Mise en œuvre par les services de l'Etat dans chaque département d'un programme pluriannuel de mise aux normes des seuils et ouvrages et d'effacement des barrages les plus perturbants,
- Et enfin évaluation des bénéfices environnementaux procurés par les opérations réalisées.

En dépit d'une méthode systématique et a priori bien organisée, les conséquences des travaux qui seront exécutés en application de cette circulaire ne manqueront pas de poser de nombreuses difficultés, relatives notamment à la tenue des berges après arasement d'un ouvrage, à la modification des milieux et à l'accélération redonnée aux eaux notamment en période de crues hivernales (empêchant les rechargements de nappe phréatique...), à l'accélération de l'érosion en aval et surtout en amont des seuils à abattre, mais aussi à l'entraînement des PCB et autres matières polluantes stationnées dans les boues et vases de très nombreuses retenues...

Ce texte pose également d'importants problèmes d'ordre juridique, en raison de la contrariété de plusieurs de ses mesures avec les textes du Code de l'Environnement, mais aussi en termes de dégradation du patrimoine et du potentiel de production d'énergie hydraulique à exploiter pour les années à venir.

Ce sont l'ensemble de ces inconnues et menaces qui ont amené la Fédération Française des associations de sauvegarde des Moulins à envisager un recours contre cette circulaire.

En théorie, une telle circulaire ne doit exprimer que l'interprétation donnée aux textes par le Ministre, ou plus exactement son cabinet ministériel : en tant que tel, ce texte n'est donc pas attaquant.

Si en revanche le Ministre donne des précisions allant au-delà de ce que précise la loi ou le règlement, sa circulaire s'expose à une demande d'annulation qui peut dès lors être formée devant le Conseil d'Etat.

Et tel est bien le cas de la circulaire du 25 janvier 2010, qui prévoit une application impérative pour les services, sanctionnée par une obligation de résultat, et dont les interprétations sont parfois plus qu'hâtives.

Voici quelques-uns des griefs qui ont pu être relevés et inclus dans le recours en instance de dépôt devant le Conseil d'Etat :

- La circulaire demande aux services en charge de la police de l'eau, sur les ouvrages sans usage à l'heure actuelle, de privilégier l'effacement du barrage sur tout autre usage potentiel.

Or, c'est oublier un peu vite que le Code de l'Environnement (article L 211-1) prévoit que la ressource en eau doit être gérée en respectant chacun des usages qui peut en être fait, parmi lesquels se trouve le rétablissement de la qualité des eaux, mais aussi la valorisation de l'eau comme ressource énergétique, sans aucune hiérarchie.

La circulaire, qui demande expressément aux services de l'Etat de donner la priorité au rétablissement du libre écoulement des eaux – présumant que cela contribuera nécessairement au rétablissement du bon état écologique – apparaît donc contraire sur ce point aux textes.

- Il est également prévu que sur les seuils et barrages établis en travers des cours d'eau sans usage connu à l'heure actuelle, l'administration pourra intervenir afin d'autoriser par une procédure simplifiée les travaux de destruction et de remise en état d'origine du cours d'eau.

Le cadre juridique pour l'exécution de ces travaux ne tient toutefois pas totalement compte des prévisions des articles 214-1 à L 214-3 et R 214-1 du Code de l'Environnement, qui prévoient une nomenclature des opérations soumises à déclaration ou à autorisation au titre de la police des eaux, dont la circulaire tend en fait à s'affranchir.

Sur ce point encore, la circulaire apparaît contraire au Code de l'Environnement, les objectifs fixés par le Ministre ne pouvant être atteints en s'affranchissant de la loi existante.

- Au titre de la procédure en cours pour l'établissement des nouveaux classements de cours d'eau au titre de l'article L 214-17 du Code de l'Environnement (liste 1 : réservoirs biologiques, liste 2 : circulation piscicole et des sédiments), la circulaire indique encore qu'aucun nouvel équipement hydroélectrique ne pourra être autorisé, même sur un barrage ou seuil existant.

Mais la loi ne dit pas cela, l'article en cause du Code de l'Environnement prévoyant seulement que, sur les cours

d'eau classés au titre de la liste 1, ne pourront pas être autorisés les ouvrages créant un obstacle à la migration piscicole, ce qui n'est pas la même chose...

- La circulaire prévoit encore que, lorsqu'un propriétaire de seuil ou de barrage établi en travers du cours d'eau ne peut pas produire d'autorisation administrative ou de document prouvant l'existence d'un droit fondé en titre à l'usage de l'eau, l'administration doit l'informer que son ouvrage n'est *a priori* pas autorisé, et qu'il pourrait donc convenir de le détruire.

En cela, la circulaire méconnaît encore la loi, l'article L 214-6 II du Code de l'Environnement prévoyant en fait que la quasi-totalité des barrages et seuils établis avant 1992 (cas de l'hydroélectricité mis à part), bénéficient d'une existence présumée régulière au sens de la loi.

- Le ministre indique encore à ses services la méthode à suivre en matière de droits fondés en titre à l'usage de l'eau, dont la disparition pourrait être constatée dès lors que le barrage est en ruine, ou que le canal est comblé.

Mais la jurisprudence, notamment du Conseil d'Etat, indique que la perte d'un droit fondé en titre peut être constatée dès lors que la faculté d'utiliser le débit et la pente du cours d'eau a disparu, ou encore que le propriétaire y a renoncé, ce qui n'est pas la même chose : autrement dit, si le barrage créait la chute et que cet ouvrage a disparu, le droit fondé en titre a disparu avec lui ; si en revanche le barrage a disparu mais que l'essentiel de la chute subsiste, le droit fondé en titre n'est pas nécessairement perdu.

Ce qui n'est bien évidemment pas la même chose.

- Enfin, la circulaire indique que le débit réservé de 10% applicable à tous les ouvrages hydrauliques en application de l'article L 214-18 du Code de l'Environnement peut être porté à une valeur supérieure si les circonstances l'exigent, et que le Préfet peut à cette fin imposer à l'exploitant de procéder à une étude hydro biologique du débit réservé visant à en fixer la valeur.

Cette affirmation est doublement inexacte : le débit réservé minimal applicable aux ouvrages anciens est égal à 2,5% du débit moyen du cours d'eau jusqu'au 1^{er} janvier 2014 (date à laquelle il passera à 10%), et le préfet ne peut pas dans le cas d'un ouvrage existant obliger l'exploitant à réaliser une telle étude (ce sont au contraire les services de l'Etat qui doivent y procéder afin de justifier le cas échéant leur volonté d'augmenter la valeur du débit réservé).

Bref, il y a bien des critiques à faire au sujet de cette circulaire, et si une annulation par le Conseil d'Etat n'est jamais certaine, il est certain en revanche que les questions qui se posent à son sujet sont au moins sérieuses...

Réponse dans quelques mois... !

Le 18 décembre 2010

Jean-Marie PINGAULT
Jean-François REMY
Avocat au Barreau de Nancy