

# ENVIRONNEMENT ET DÉVELOPPEMENT DURABLE



Louis de REDON,  
maître de conférences HDR en droit de l'environnement à AgroParisTech,  
chercheur à l'institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS),  
avocat of counsel Mialot Avocats

## Questions sectorielles

### BIODIVERSITÉ

#### 52 Au Conseil constitutionnel, la biodiversité sous haute-tension

**Solution.** – La restauration des continuités écologiques sur les cours d'eau est une des conditions au retour du bon état écologique des eaux visé par la directive-cadre sur l'eau de 2000. La loi n° 2017-227 du 24 février 2017 a introduit une exception en exonérant à l'article L. 214-18-1 du Code de l'environnement les propriétaires de moulin à eau équipé pour produire de l'électricité de leur obligation de mise en transparence de l'ouvrage. Les associations de protection de l'environnement ont saisi le Conseil constitutionnel sur la compatibilité de cette exemption avec l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement qui garantit à chacun le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Les sages ont conclu à la conformité des dispositions dérogatoires à la restauration des continuités écologiques sur les sites occupés par des moulins régulièrement installés et produisant de l'hydroélectricité ; la production d'énergie renouvelable étant d'intérêt général dans le cadre de la lutte contre le changement climatique.

**Impact.** – Les moulins à eau, existant à la date de la publication de la loi n° 2017-227 du 24 février 2017, régulièrement installés et produisant de l'hydroélectricité, ne sont pas soumis aux obligations du 2° de l'article L. 214-17 du Code de l'environnement relatives à l'équipement et à l'entretien des ouvrages hydrauliques en vue d'assurer le transport suffisant des sédiments et la circulation des poissons migrateurs. En revanche, continuent de s'appliquer les dispositions de l'article L. 214-18 relatives à l'installation de dispositifs empêchant la pénétration des poissons dans les canaux d'amener et de fuite et maintenant un débit minimal dans le lit du cours d'eau garantissant la permanence de la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux.

Cons. const., 13 mai 2022, n° 2022-991 QPC, Assoc. France nature environnement et a. (conformité) : JurisData n° 2022-007588

#### NOTE :

##### 1. Sur le contexte factuel et procédural

###### A. - Sur la nécessité de restauration des continuités écologique

La directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau a pour objet (*Dir. 2000/60/CE, art. 1<sup>er</sup>*) la protection des eaux en préservant et

améliorant l'état des écosystèmes aquatiques, et en promouvant une utilisation durable de l'eau, de manière à contribuer – notamment – à l'approvisionnement en eau de bonne qualité pour les besoins d'une utilisation durable, équilibrée et équitable de l'eau.

Ainsi le retour « au bon état écologique des eaux » est un objectif clairement affiché par la directive et il emporte un certain nombre d'objectifs environnementaux (*Dir. 2000/60/CE, art. 4*). Les États membres sont enjoins à protéger, améliorer et restaurer toutes les masses d'eau de surface afin de parvenir à un bon état des eaux de surface au plus tard 15 ans après la date d'entrée en vigueur de la directive. Parmi ces objectifs environnementaux en ce qui concerne les rivières (*Dir. ???, ann. V*) : le régime hydrologique, la structure et le substrat du lit, la structure de la rive, la température de l'eau, la dynamique du débit d'eau, la variation de la profondeur, la concentration en nutriments et la continuité ; autant de paramètres qui sont impactés par les barrages sur le cours d'eau installés en vue de l'utilisation de la force hydraulique par les moulins.

C'est dans ce contexte juridique, que la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques a transposé ces obligations aux articles L. 214-17 et L. 214-18 du Code de l'environnement.

Le 2° de l'article L. 214-17, impose à l'autorité administrative d'établir dans chaque bassin ou sous-bassin hydrographique une liste des cours d'eau, dite « liste 2 », dans lesquels « il est nécessaire d'assurer le transport suffisant des sédiments et la circulation des poissons migrateurs » ; étant précisé que « 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 ».

Les cours d'eau placés en liste 2 constituent la base de la trame bleue établie à l'article L. 371-1 et suivants du Code de l'environnement ; la trame bleue ayant « pour objectif d'enrayer la perte de biodiversité en participant à la préservation, à la gestion et à la remise en bon état des milieux nécessaires aux continuités écologiques, tout en prenant en compte les activités humaines [...] ». La liste 2 s'oppose à liste 1 en ce que cette dernière les cours d'eau qui sont déjà dans un « très bon état écologique » et dans lesquelles « une protection complète des poissons migrateurs est nécessaire ».

L'article L. 214-18 dispose 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'amener et de fuite [...] ».

###### B. - Sur la nécessité de maintenir et développer la production d'énergie renouvelable

Ces dispositions législatives favorables à la restauration et à la protection de la biodiversité aquatique sont cependant venues perturber la gestion de nombreux moulins dont l'existence dépend de la présence d'un barrage en amont ; barrage qui permet le maintien du niveau d'eau nécessaire à la sauvegarde du bâtiment (souvent les fondations en bois nécessitent d'être

immergées) et au fonctionnement de la turbine (souvent utilisée pour la production d'hydroélectricité).

Ainsi pour restaurer les continuités des cours d'eau au niveau des moulins, microcentrales électriques, deux solutions sont possibles : l'aménagement de passes à poissons ou l'effacement du barrage. La première solution a le mérite de sauvegarder l'activité énergétique de l'installation alors que la seconde entraîne la disparition pure et simple de toute possibilité de production d'hydroélectricité.

Considérant le fait qu'une passe à poissons n'est transparente en moyenne qu'à 80 % et, qu'avec les effets cumulés de l'équipement de plusieurs barrages sur un même cours d'eau, le taux de transparence s'établit rapidement à moins de 50 % (dès la 4<sup>e</sup> passe à poissons), l'Administration a décidé de favoriser l'effacement des barrages qui seul assure une restauration complète de la continuité écologique. Conséquemment les aides financières des agences de l'eau ont été réservées aux uniques projets d'effacement.

Sans aides publiques, le coût des passes à poissons est très vite apparu comme prohibitif pour les exploitants de microcentrales hydroélectriques ; une passe à poissons se chiffrant en millions d'euros alors que le chiffre d'affaires des exploitants de microcentrales hydroélectriques se situe généralement autour de quelques dizaines de milliers d'euros annuels.

Une situation de blocage est donc apparue entre administration et producteurs d'hydroélectricité. Ceux-ci ne pouvant financer les passes à poissons, l'Administration les a régulièrement mis en demeure d'effacer leurs ouvrages. Cette position de l'Administration a rapidement mis en péril la production hydroélectrique sur l'ensemble des cours d'eau placés sur la liste 2.

C'est dans ce contexte juridique que le législateur est donc intervenu une nouvelle fois à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2017-227 du 24 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables.

Aux fins de maintien d'une production d'énergie hydroélectrique décarbonée dans un contexte de lutte contre le changement climatique, des mesures dérogatoires ont été intégrées au Code de l'environnement au sein d'un nouvel article L. 214-18-1 : « *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° [...]* » ; l'ensemble des quelques 2 300 microcentrales hydroélectriques françaises produisant un total de 2 460 MW (un réacteur de centrale nucléaire produit en moyenne 880 MW).

C'est la constitutionnalité de ce régime dérogatoire à la loi sur l'eau que les associations de protection de l'environnement ont entendu contesté par une QPC transmise par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel le 8 mars 2022. Les associations requérantes reprochaient qu'il résultait de l'exemption accordée aux moulins produisant de l'hydroélectricité une méconnaissance du droit à vivre dans un environnement équilibré protégé par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement dont la préservation des continuités écologiques des cours d'eau est une composante.

## 2. Sur la décision du Conseil constitutionnel et sa portée

### A. - Sur l'exception des moulins à eau équipés pour produire de l'hydroélectricité

Le Conseil constitutionnel est obligé de trancher sur un sujet qui oppose deux sujets relatifs à la protection de l'environnement : d'un côté la conservation de la biodiversité, de l'autre le maintien et le développement des énergies renouvelables en vue de l'intensification de la lutte contre le changement climatique.

Les sages rappellent tout d'abord que, s'il est loisible au législateur de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, « *il ne saurait priver de garanties légales le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé consacré*

*par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement* ». Et de préciser que « *les limitations apportées par le législateur à l'exercice de ce droit doivent être liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

En ce qui concerne le critère d'intérêt général, les sages observent qu'en créant l'article L. 214-18-1 au Code de l'environnement 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 que ce faisant il a poursuivi des motifs d'intérêt général.

En ce qui concerne le critère de proportionnalité, ils relèvent que l'exemption accordée aux moulins ne concerne que ceux qui sont équipés pour produire de l'électricité et qui existent à la date de publication de la loi du 24 février 2017. Que par ailleurs, cette exemption ne s'applique pas aux ouvrages installés sur les cours d'eau en très bon état écologique (liste 1) ; cours d'eau jouant le rôle de réservoir biologique ou dans lesquels une protection complète des poissons est nécessaire. Enfin, l'exemption ne permet pas de déroger aux dispositions établies par 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.

Conséquemment, l'exemption de mise en transparence des moulins produisant de l'hydroélectricité situés sur des cours d'eau placés en liste établie article L. 214-18-1 poursuit un objectif d'intérêt général tout en étant proportionnée aux enjeux. Dès lors, pour le Conseil constitutionnel, « *le grief tiré de la méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement doit être écarté* ».

### B. - Sur les limites à l'exception à la restauration des continuités écologiques

Il convient de noter que l'application de l'exception de l'obligation de mise en transparence des moulins posée à l'article L. 214-18-1 du Code de l'environnement est conditionnée à plusieurs critères très précis : le moulin doit être situé sur une rivière inscrite en liste 2, il doit être équipé pour produire de l'hydroélectricité, il doit être ancien (c'est à dire exister à la date de publication de la loi ; i.e. au 24 février 2017) et enfin il doit être régulièrement installé.

C'est ce dernier critère de régularité de l'installation qui suscite le plus de tension entre les propriétaires de moulins et l'Administration. Si les propriétaires entendent la régularité de l'installation par la détention d'un droit fondé en titre ou d'une autorisation environnementale, les services de l'État considèrent que la situation administrative du moulin ne suffit pas à caractériser la régularité de l'installation.

En effet, l'Administration, jusqu'à très récemment, entendait bien mener une politique d'effacement de l'ensemble des barrages. De manière à justifier la non-application des dispositions dérogatoires de l'article L. 214-18-1, elle avait pris pour habitude de motiver ses mises en demeure sur une interprétation restrictive du critère de régularité de l'installation : un tableau électrique vétuste, un écartement de grille non suffisant, un déversoir trop haut de quelques centimètres ou d'autres légères inconformités, même facilement et rapidement corrigibles.

Conséquemment, il est très vite apparu qu'aux yeux de l'Administration, il n'existait point de moulins « *régulièrement installés* » en France. Et finalement les dispositions dérogatoires de l'article L. 214-18-1 de ne jamais s'appliquer ; des dispositions devenant *de facto* sans objet et inapplicables sur le terrain. Cela a bien évidemment, et malheureusement, nourri un contentieux important devant les juridictions administratives.

De manière à mettre fin à cette guerre de tranchées opposant propriétaires et exploitants de moulins aux services de l'État (DDT et OFB), le législateur est encore une fois intervenu en 2021 à l'occasion de l'adoption de la loi climat issue de la convention citoyenne.

L'article L. 214-17 a été complété, « *s'agissant plus particulièrement des moulins à eau, l'entretien, la gestion et l'équipement des ouvrages de retenue sont les seules modalités prévues pour l'accomplissement des obligations relatives au franchissement par les poissons migrateurs et au transport suffisant des sédi-*

*ments, à l'exclusion de toute autre, notamment de celles portant sur la destruction de ces ouvrages », et un article L. 214-17-1 a été ajouté, « dans le cadre de la mise en œuvre des obligations de restauration de la continuité écologique des cours d'eau, l'État encourage, en lien avec les collectivités territoriales concernées, la mise en place de processus de conciliation amiable, non obligatoires et non contraignants [...] ».*

Reste donc à savoir si ces nouvelles dispositions sont constitutionnelles... Et nul doute qu'une nouvelle manche devant le Conseil constitutionnel se prépare. L'encre des tribunaux n'a pas fini de couler sous la roue des moulins. **Louis DE REDON**

*Mots-Clés* : Environnement et développement durable - Questions sectorielles - Biodiversité - ÉnergieContinuités écologiques