

# L'USAGE DE L'EAU MIS EN REGLE : ENTRE DROIT DES EQUILIBRES ET EQUILIBRE DES DROITS <sup>1</sup>

Par Philippe BILLET

Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin – Lyon 3  
Directeur de l'Institut de droit de l'environnement (EDPL – EA 666)  
Labex IMU

**Abstract** : La réglementation de l'usage de l'eau repose sur la recherche d'un équilibre entre la préservation d'un milieu et d'une ressource et la satisfaction d'intérêts souvent contradictoires, doublée de la recherche d'un équilibre interne entre ces intérêts. La contrainte sur les usages destinées à satisfaire cet impératif d'équilibre peut emprunter deux voies, qui ne sont opposées qu'en apparence : la contrainte unilatérale, née de l'équilibre à entretenir entre l'exercice de deux droits ou du déséquilibre qu'il faut imposer entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, et la contrainte co-déterminée, qui repose autant sur une organisation de l'usage de la ressource que sur une négociation de celui-ci.

1. - L'équilibre est une notion récurrente en droit de l'environnement, qu'il s'agisse d'imposer aux propriétaires de forêts privées « d'assurer l'équilibre biologique du pays » (*C. forest.*, art. L. 211-1), de refuser une autorisation de défrichement lorsque la conservation des bois ou des massifs qu'ils complètent, ou le maintien de la destination forestière des sols, est reconnu nécessaire « l'équilibre biologique d'une région ou d'un territoire » présentant certaines caractéristiques (*C. forest.*, art. L. 311-3) ou, encore, d'interdire, au titre des arrêtés de biotope, les activités pouvant porter de manière indistincte « à l'équilibre biologique des milieux » concernés (*C. env.*, art. L. 211-14). Elle a même trouvé une place de choix dans la charte de l'environnement, où elle est évoquée à deux reprises, à propos des « équilibres naturels » qui ont conditionné l'émergence de l'humanité, premier considérant de la Charte et comme élément du premier principe consacré, le droit de vivre dans un « environnement équilibré » (*L. constitutionnelle n° 2005-205, 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement : JO 2 mars 2005 p. 3697*). L'équilibre auquel il est fait écho ici est cependant un équilibre écologique, équilibre instable par nature, le dynamisme d'un écosystème impliquant un jeu permanent entre équilibre et déséquilibre, l'évolution d'un équilibre donné vers un nouvel équilibre du fait d'événements, naturels ou non.

2. - L'équilibre prend un tout autre sens lorsque, par le truchement du droit, il met en opposition des intérêts divergents pour une pesée globale de ceux-ci : ainsi en va-t-il du contrôle de l'utilité publique d'une opération, l'application de la théorie du bilan « coûts-avantages » imposant la recherche d'un équilibre entre avantages et inconvénients d'un projet.

C'est cependant en matière d'eau que l'équilibre a trouvé son domaine d'élection, tentant de concilier à la fois impératifs écologiques et intérêts liés à l'eau. Ainsi, la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 organise la gestion équilibrée de la ressource en eau, afin d'assurer tout à la fois la préservation des écosystèmes aquatiques, sites et zones humides, la protection des eaux et la lutte contre les pollutions de toute nature, la restauration de la qualité de ces eaux et leur régénération, le développement et la protection de la ressource en eau et, enfin, la

---

(1) Article révisé paru initialement sous « L'usage de l'eau mis en règle : en droit des équilibres et équilibre des droits » : *Environnement 2005*, Etudes n° 17 (pp. 35-39) (Actes du colloque « L'eau et le droit », Faculté de droit de Montpellier, 7-8 avril 2005).

valorisation de l'eau comme ressource économique et la répartition de cette ressource (C. env., art. L. 211-1, I).

3. - L'intrusion de la répartition dans ce schéma pourrait sembler incongrue, tant ses liens avec les intérêts précédents semblent distendus. On relèvera cependant la progression continue de l'objectif de la protection, de celle de l'écosystème à celle de la ressource, en eau d'abord, économique ensuite, traduisant la réalité de l'objectif de la protection : l'usage anthropique. La loi sur l'eau assigne ainsi à la gestion équilibrée de la ressource en eau le soin de satisfaire les exigences de nombreux intérêts lors des différents usages, activités ou travaux qui sont fait de l'eau ou relativement à l'eau, puisque pas moins de 19 catégories d'intérêts sont répertoriées, sans compter les intérêts classés de façon générique sous la rubrique des « *autres activités humaines légalement exercées* » (C. env., art. L. 211-1, II). Elle impose surtout de « *concilier* » ces exigences (C. env., art. L. 211-1, II et art. L. 211-2, I, 2°), entremise explicite entre intérêts concurrents tendant à assurer la coexistence de ces usages, à garantir une certaine paix sociale autour des divers usages de l'eau.

4. - S'agit-il cependant bien d'une conciliation des intérêts en présence ? Ne faut-il pas au contraire comprendre que la réglementation qui encadre les usages de l'eau procède à des arbitrages et, par conséquent, à des choix entre ces usages ? La réglementation sur l'eau apparaît moins conciliatrice de ces intérêts que régulatrice de ceux-ci, tentant de réduire des conflits qui pourraient naître de ces divergences d'intérêts. La conciliation appelle la certainement recherche d'un équilibre, une solution de compromis que les parties seront libres d'accepter ou de refuser. Or, lorsque le code de l'environnement fait référence à la possibilité d'interdire « *des faits quelconques susceptibles d'altérer la qualité des eaux et des milieux aquatiques* » (art. L. 211-2, II, 3°, b), qui compromettraient ainsi d'autres usages, il ne s'agit plus d'un équilibre entre usages : un usage étant inconciliable avec un autre, le compromis doit céder devant le risque de compromission de la ressource. Il y a donc nécessairement privilège d'usages au détriment d'autres usages et non plus coexistence d'usages, traduisant ainsi un arbitrage entre usages plutôt qu'un choix médiant. La répartition équilibrée de la ressource peut donc passer par un déséquilibre des intérêts en présence. Ainsi, si les dispositions relatives aux objectifs d'une gestion équilibrée de la ressource en eau invitent à prendre en compte, dans la gestion de la ressource en eau, les exigences de l'agriculture, « *il n'interdit pas que des restrictions soient apportées à l'exercice des activités agricoles en vue de la préservation d'une zone humide* » (TA Nantes, 5 déc. 2002, Assoc. sauvegarde des marais du lac de Grand Lieu, req. n° 9800077). De même, comme le suggère le projet de loi sur l'eau actuellement en discussion, le schéma d'aménagement et de gestion des eaux peut « *définir des priorités d'usage de la ressource en eau ainsi que la répartition de volumes globaux de prélèvement par usage* » (Projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques, art. 32 : Doc. AN n° 2276, 14 avril 2005).

5. - L'altérité dans l'usage de l'eau et les conflits potentiels qui en découlent imposent donc un encadrement des comportements, une contrainte sur les usages. Cet encadrement peut intervenir sous une forme impérative : l'élaboration de la règle est unilatérale et ses destinataires n'en sont que les exécutants (I). De plus en plus cependant, « *On assiste à l'émergence d'une conception toute différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements juridiques traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, relevant d'une direction juridique non autoritaire des conduites... Si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires* » (J. CHEVALLIER, *Vers un droit postmoderne ?* in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *préc.*, *Les transformations de la*

*régulation juridique, Droit et Société, Recherches et Travaux n° 5, LGDJ 1998, p. 36).*  
Négociée, la contrainte devient co-déterminée (II).

### **I. – LA REGULATION UNILATERALE**

**6.** - Le caractère unilatéral de la régulation des conflits en matière de gestion des eaux suppose que le comportement de l'utilisateur soit induit par une décision qui lui échappe dans son élaboration ou par une situation à laquelle il est étranger, mais auxquelles il doit adhérer à peine de sanction. La première hypothèse est celle de l'existence de droits concurrents sur l'eau, qui oblige à une régulation réciproque des usages (A). La seconde est celle de l'intervention d'une décision de l'autorité administrative qui règle les modalités d'usage de l'eau et impose le respect de certaines règles (B).

#### **A. – La concurrence des droits sur l'eau, régulation obligée**

**7.** - Un droit sur une chose s'exerce dans un contexte social donné. Il trouve nécessairement son fondement et ses limites dans l'existence d'autres droits. L'eau n'échappe pas à la règle et la régulation des conflits peut trouver sa source dans le respect obligé des droits d'autrui sur celle-ci. Cependant, pour pouvoir envisager les modes de régulation liés à l'existence de droits concurrents, il faut s'interroger sur la qualification de ces droits sur l'eau : s'analysent-ils comme un droit de propriété, ou constituent-ils seulement un simple droit d'usage ?

**8.** - Le code civil ne tranche pas la question du statut de l'eau au regard du droit des biens. On en voudra pour seul exemple les eaux souterraines : ces eaux sont considérées par certains comme des *res nullius*, des choses sans maître qui peuvent être appropriées par occupation. « *Seules sont susceptibles d'appropriation celles qui sont effectivement recueillies ou captées* » souligne ainsi Jacques Sironneau (*La nouvelle loi sur l'eau ou la recherche d'une gestion équilibrée : RJE 1992/2, p. 40. V. dans le même sens Varnerot, L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines : RJE 2/2002, p. 166*). D'autres auteurs estiment, au contraire, que l'eau qui se trouve enfermée dans le sol est une partie intégrante du fonds, « *au même titre que la terre, le sable et les pierres qui le constituent* » et qu'elle appartient en conséquence au propriétaire du sol en vertu de l'article 552 du Code civil (*Demolombe, Cours de Code Napoléon, Paris, Durand-Hachette 1870, T. XI, n° 29*). Certains, enfin, laissent prudemment la question en suspens (*Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, LGDJ 1957, T. II, n° 2567 et s*).

**9.** - Seules les eaux souterraines des départements d'outre mer sont explicitement définies comme *res propriae*, choses appropriées, puisqu'elles sont classées dans le domaine public de l'Etat « *par dérogation aux dispositions de l'article 552 du code civil* » (*C. dom. Etat, art. L. 90*). Un tel classement a été justifié pour faire face aux graves menaces pesant sur leur pérennité dans ces départements, du fait de « *la rareté de l'eau et [le] risque de mélange d'eau saumâtre qui [pouvait] résulter de pompages trop importants ou trop profonds* » (*JO Sénat, CR, 12 avril 1973, p. 184*). Plus artificiellement, si les eaux souterraines captées par une commune « *afin d'assurer l'alimentation en eau de sa population, ainsi que les ouvrages destinés à les recueillir constituent, à raison de leur affectation et de leurs aménagements, des éléments du domaine public communal, les eaux susceptibles d'être recueillies dans les ouvrages dont il s'agit, et non encore captées... ne présentent pas ce caractère* » (*CE, 16 nov. 1962, Ville de Grenoble, CJEG 1963, jurispr., p. 141, note anonyme ; JCP 1963, II, 13395, note Dufau. Dans le même sens, CAA Lyon, 24 oct. 1995, Cne Saint-Ours-des-Roches, RDIImm. Juill.. sept. 1996, p. 356*).

**10.** - Ces incertitudes militent en faveur de la reconnaissance d'une qualification plus conforme à la réalité, qui consisterait à qualifier les eaux souterraines de *res communes* au sens de l'article 714 du code civil, choses qui n'appartiennent à personne mais dont l'usage est commun à tous. Comme l'a souligné Martine Rémond-Gouilloud, à propos de la chose sans maître : « *Si elle n'appartient à personne et si chacun peut en user à sa guise, sans contrainte, c'est d'abord parce que l'on ne craint pas d'en manquer : il y a profusion* » (*Ressources naturelles et choses sans maître : D. 1985, chr., p. 28*). Si l'eau souterraine peut être qualifiée de *res nullius*, c'est qu'elle semble inépuisable : chacun devrait donc pouvoir s'en emparer. Mais sitôt que l'on prend conscience du caractère altérable de ses quantité et qualité, elle devient périssable et il faut trouver un statut plus adapté à la réalité de son nouvel état. « *Avec la pénurie, ou plutôt la crainte de pénurie, apparaît la ressource commune* » : la rareté devient donc l'essence de la communauté, sans pour autant la faire échapper à l'appropriation, puisqu'il faut bien l'appréhender pour en faire usage. Comme le relèvent justement MM. Mazeaud, dire que les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation est inexact : « *La personne qui boit l'eau d'un torrent ou la fait boire à son bétail, ou qui la met en bouteille... [fait] acte de propriétaire. Mais cette appropriation ne doit pas gêner l'usage de tous sur ces choses. Cette limitation apportée aux droits de chacun dans l'intérêt de tous est la caractéristique des choses communes, celle que soulignaient déjà les romains* » (*Leçons de droit civil, Montchrestien 1989, 7<sup>ème</sup> éd., T. I, vol. 1, p. 310, n° 209*).

**11.** - L'eau serait donc chose commune en ce sens qu'elle doit être partagée par tous mais, paradoxalement, elle n'en demeurerait pas moins appropriable par occupation. « *Le droit ne peut aller contre les faits dans lesquels il puise l'énergie de son développement* », avertit cependant Gilles Martin : il est ainsi impossible de maintenir le statut de *res communis* « *à une eau qui est utilisée de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps* » (*Le droit à l'environnement, De la responsabilité pour faits de pollutions au droit à l'environnement, PPS 1978, p. 127*). Dans cette optique, la communauté d'usages ne peut être maintenue que par une régulation des droits sur la ressource, qui va naître de la concurrence entre eux.

**12.** - Le droit de propriété a en effet pour limites « *celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits* » (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 4*), afin de faire respecter la pluralité des droits existants. Si les actes accomplis dans l'exercice normal de la propriété ne peuvent pas être constitutifs d'une faute, cette dernière naît en revanche du dépassement des prérogatives reconnues par la loi. Le propriétaire sort alors de la sphère juridique qui protège la mise en œuvre des privilèges qu'il tient de sa situation : son droit n'existe en effet que sous réserve « *qu'il n' [en] abuse pas... et que notamment il n'agisse pas par malveillance ou sans utilité pour lui-même* » (*Civ., 3<sup>ème</sup>, 26 nov. 1974 : Bull. civ. III, p. 341, n° 441*) : l'acte « *inspiré exclusivement par l'intention de nuire prend ... le caractère d'une entreprise portée sur le fonds voisin, pour toucher sa substance et anéantir ou amoindrir un bien naturel* » (*CA Lyon, 18 avril 1856 : D. 1856, 2, p. 199*).

**13.** - L'existence de droits de tiers sur l'eau impose ainsi une restriction d'usage, une régulation obligée à peine de sanction, que celle-ci soit fondée sur la théorie des troubles anormaux de voisinage, sur celle de l'abus de droit ou sur l'existence d'un fait de pollution faisant l'objet d'une incrimination pénale, pour lequel l'admission de la constitution de partie civile manifeste la reconnaissance du trouble dans un usage tiers de l'eau (*C. env., art. L.*

216-6). Cependant, si l'usage qui est fait des eaux reste « normal » au regard des règles issues du droit de propriété ou de la protection du voisinage, et ne viole aucune disposition pénale, le conflit d'usages peut exister sans pouvoir trouver de règlement. L'obligation civile de respect des droits de l'autre et la limitation subséquente de ses propres droits ne suffit donc plus à réguler les conflits et il faut recourir à l'intervention d'un tiers : l'autorité de police.

## **B. – La police de l'eau, régulation imposée**

**14.** - Les risques de pénurie ou d'atteintes qualitatives et quantitatives à la ressource en eau imposent parfois, à titre préventif, des choix entre les usages revendiqués, que le seul jeu entre acteurs concernés ne suffit pas - ou plus - à réguler. L'intervention de l'autorité de police, mue par d'autres considérations que personnelles et dotée de pouvoirs suffisants pour imposer sa décision devient alors indispensable pour éviter que le conflit d'usages ne remette en cause la pérennité de la ressource. La loi sur l'eau du 3 janvier 1992 a, comme on le sait, profondément remanié la police de l'eau, dans le sens de son unification, en déterminant un mécanisme de contrôle des prélèvements et des rejets reposant sur une nomenclature « eau » qui permet de concilier les intérêts de diverses catégories d'utilisateurs. Elle a également renforcé les pouvoirs du préfet afin de garantir la ressource dans des situations de plus grande fragilité de celle-ci.

**15.** - Le préfet peut tout d'abord « *prendre des mesures de limitation ou de suspension provisoire des usages de l'eau, pour faire face à une menace ou aux conséquences d'accidents, de sécheresse, d'inondations ou à un risque de pénurie et édicter des prescriptions spéciales et les conditions dans lesquelles peuvent être interdits ou réglementés tous forages, notamment dans les zones de sauvegarde de la ressource, déclarées d'utilité publique pour l'approvisionnement actuel ou futur en eau potable* » (C. env., art. L. 211-3 ; D. n° 92-1041, 24 sept. 1992 relatif à la limitation ou à la suspension provisoire des usages de l'eau : JO 27 sept. 1992). Ces mesures sont nécessairement temporaires et prescrites pour une période déterminée : dès lors que les conditions redeviennent normales, il doit y être mis fin (TA Poitiers, 15 juin 1991, FDSEA Deux-Sèvres : RJE 1992/1, p. 85 – CE, 21 fév. 1997, Min. env. c/ Synd. des agriculteurs irrigants du Val-d'Allier-Bourbonnais : Rec. CE, T., p. 971 ; Dr. adm. 1997, n° 137). Par ailleurs, dans les « zones d'alerte » de l'article L. 211-3 du code de l'environnement, les utilisateurs de l'eau doivent faire connaître leurs besoins réels et prioritaires, afin que le préfet puisse, à l'occasion de ces mesures de protection de la ressource, sauvegarder les besoins « incompressibles » en eau. Les prescriptions préfectorales peuvent d'ailleurs hiérarchiser ces différents usages incompressibles, à commencer par le maintien d'un débit minimum dans le milieu naturel et les besoins d'alimentation en eau potable (circ. n° 92/83, 15 oct. 1992 relative à l'application du décret n° 92-1041 du 24 septembre 1992 relatif à la limitation et à la suspension provisoire des usages de l'eau : BOMELT n° 59-93/1, 20 janv. 1993).

**16.** - L'équilibre est ainsi maintenu entre usages et disponibilité de la ressource, et un arbitrage est assuré entre usages, mesure d'autant plus adaptée que « *le préfet est tenu de mettre fin de façon anticipée aux mesures qu'il a prescrites, au besoin graduellement, dès lors que les conditions d'écoulement ou d'approvisionnement en eau redeviennent normales* » et qu'il « *peut à l'inverse, si la situation l'exige, prendre à tout moment de nouvelles mesures restrictives pour une période limitée* » (TA Orléans, 18 juin 1996, Syndicat de gestion des eaux et de l'environnement du Gâtinais-Est : RJE n° 1996/3 p. 343, obs. Romi). Cette solution vient compléter les pouvoirs dont il disposait déjà au titre du code général des collectivités territoriales, qui l'autorise à réglementer dans toutes les

communes du département « *les utilisations non essentielles* » de l'eau en cas de sécheresse, comme l'arrosage des pelouses, jardins d'agrément et golfs, le remplissage des piscines et le lavage des véhicules, concurremment aux pouvoirs de police dont dispose le maire sur le territoire de sa commune (CGCT, art. L. 2215-1 - CE, 23 sept. 1991, *Cne Narbonne c/. Préfet Aude* : Rec. CE, p. 313 ; AJDA 1992, p. 154 s., note Moreau). L'usage de l'eau peut donc être policé dans l'intérêt commun, sous le contrôle du juge administratif, qui vérifiera l'adaptation aux circonstances de la mesure adoptée (CE, 31 juill. 1996, *Cne Sète*, req. n° 171086).

**17.** – L'inscription de certaines opérations sous les rubriques de la nomenclature « eau » implique que celles-ci ne peuvent pas être réalisées sans une déclaration ou une autorisation préfectorale préalable (C. env., art. L. 214-3 - D. mod. n° 93-743, 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration : JO 30 mars 1993). Le pétitionnaire doit notamment présenter à l'appui de sa demande ou de sa déclaration un document – étude d'incidence ou étude d'impact – qui indique, « *compte tenu des variations saisonnières et climatiques, les incidences de l'opération sur la ressource en eau, le milieu aquatique, l'écoulement, le niveau et la qualité des eaux* » (D. mod. n° 93-742 du 29 mars 1993 relatif aux procédures d'autorisation et de déclaration, art. 2 et 29 : JO 30 mars 1993). Cette solution garantit la prise en compte des autres intérêts liés à l'eau et, en tout cas, éclaire le préfet sur les mesures à imposer à cette fin, d'autant que la demande d'autorisation doit également mentionner les mesures compensatoires ou correctrices envisagées. La protection des tiers et des usages qu'ils sont susceptibles de faire de l'eau est assurée par l'obligation pour l'exploitant de déclarer tout accident ou incident et de prendre toute mesure pour y remédier. Le préfet peut aussi faire exécuter d'office les mesures adéquates, nonobstant la possibilité de retirer ou de modifier l'autorisation sans indemnité, dans l'intérêt de la salubrité publique, notamment lorsque cela « *est nécessaire à l'alimentation en eau potable des populations* » (C. env., art. L. 211-5 et L. 214-4, II - D. n° 93-742 du 29 mars 1993, préc., art. 36 – CE, 3 nov. 1978, *Cne Agnez-les-Duisans*, req. n° 03909 - CAA Paris, 10 fév. 2005, *Leluc et al.*, req. n° 00PA03632).

**18.** - L'avantage du procédé de police est de permettre la mise en œuvre de prérogatives exorbitantes du droit commun, comme celle de pouvoir décider unilatéralement, de contraindre le destinataire de l'acte sans que celui-ci participe à sa définition. La discrétionnarité qui le caractérise ne peut en effet pas s'accommoder d'une quelconque contractualisation (Moreau, *De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel* : AJDA 1965, p. 3). La résolution du conflit entre l'intérêt particulier et l'intérêt général est au reste assez brutale : la violation de la norme établie fait l'objet de sanctions pénales doublées, parfois, de sanctions administratives, manifestation ultime de la résolution sociale - et au nom de la société - du conflit.

Les apparences sont cependant parfois trompeuses, car cette régulation est loin d'être aussi unilatérale qu'elle pourrait le paraître : le destinataire de la mesure participe en réalité souvent à la définition de son contenu, mais seule l'autorité de police signe l'acte. En outre, la décision de police prise dans le domaine de l'eau voit sa légalité subordonnée à sa compatibilité avec les schémas (directeurs ou non) de gestion et d'aménagement des eaux, dont les termes sont définis de façon concertée.

## II. – LA REGULATION CO-DETERMINEE

19. - Fruit d'une approche collective des problèmes d'usages de l'eau, la concertation autorise une élaboration conjointe de la norme. Elle part du présupposé que la contrainte sera d'autant mieux acceptée - et donc respectée - qu'elle aura été discutée par ses destinataires. Toutefois, même si la procédure reste initiée par l'Etat et si « *la concertation est laissée à sa discrétion, quant à son étendue ou son existence même* » (Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF 1992, coll. *Quadrige*, p. 148 s.), la régulation concertée connaît une certaine faveur en matière de gestion de l'eau. Elle peut ainsi être organisée en vue de décisions ultérieures, afin de conditionner celles-ci au résultat de la discussion, comme c'est le cas en matière de planification de la ressource (A). Elle peut également être négociée et formalisée dans une convention à laquelle les partenaires adhèrent (B).

### A. – La planification de la ressource en eau, régulation organisée

20. - La planification de la ressource en eau commence par un échec : dès 1966, dans le prolongement de la gestion prévisionnelle de l'eau instituée avec les agences financières de bassin, le ministre de l'agriculture va concevoir des schémas de bassin, dont le profil devait servir de fondement aux cartes départementales d'objectifs de qualité. Des décrets devaient préciser les spécifications techniques et les critères physiques, chimiques, biologiques et bactériologiques auxquels les cours d'eau devaient répondre, ainsi que le délai dans lequel la qualité de chaque milieu récepteur devait être améliorée pour satisfaire aux exigences des usages de l'eau (*Circ. 17 mars 1978 relative à la politique des objectifs de qualité des cours d'eau, section de cours d'eau et autres : Mon. TP, 4 sept. 1978, p. 256*). Ces décrets ne sont cependant jamais intervenus. Ces cartes devaient être suivies de schémas d'aménagement des eaux, aux objectifs plus larges puisque qu'ils devaient prendre en compte tout à la fois les aspects qualitatifs et quantitatifs de l'aménagement des ressources en eau, ainsi que la nature, l'estimation et l'échéancier des moyens à mettre en œuvre. Ils n'ont pas non plus été mis en œuvre, pas plus que ne l'ont été les zones spéciales d'aménagement des eaux, dans lesquelles des plans de répartition des ressources en eau, des programmes de dérivation des eaux et de travaux devaient être déclarés d'utilité publique, selon la nature et la localisation des besoins (*L. n° 64-1245, 16 déc. 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, art. 46*).

21. - La planification de la ressource en eau a été réorganisée par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, en associant les divers intérêts liés à l'eau à la définition de schémas d'aménagement et de gestion, au respect desquels sont subordonnées les décisions de l'autorité administrative en matière d'eau. La loi a ainsi mis en place deux schémas qui laissent une large place à la concertation s'agissant de leur élaboration : le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et le schéma d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE). Le premier, qui fixe pour chaque bassin ou groupement de bassin les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau, est élaboré par un comité de bassin, encore appelé de façon très évocatrice « Parlement de l'eau » (*C. env., art. L. 212-1, L. 212-2 et L. 213-2*). Ce comité est composé notamment de représentants des collectivités locales situées en tout ou partie dans le bassin et de représentants des usagers, qui doivent détenir au moins deux tiers du nombre total des sièges, ce qui assurent aux utilisateurs potentiels une confortable majorité décisionnelle. Même si le SDAGE doit être approuvé par le Préfet après son adoption par le comité de bassin, à la suite d'une consultation du public (*D. n° 2005-475, 16 mai 2005 relatif aux SDAGE, art. 7 : JO 17 mai 2005, p. 8552*), on imagine mal le représentant de l'Etat aller à l'encontre de sa volonté. Le second, qui fixe dans un sous-bassin ou groupement de sous-bassins correspondant à une unité hydrographique ou à un système aquifère, les objectifs

généraux d'utilisation, de mise en valeur et de protection quantitative et qualitative des ressources notamment en eau souterraine repose sur l'intervention d'une commission locale de l'eau. Cette commission est composée majoritairement de représentants des usagers, personnes publiques ou privées, l'Etat et ses établissements publics ne disposant que du quart des sièges (C. env., art. L. 212-4).

**22.** - Cette adaptation aux intérêts socio-économiques ne lasse cependant pas d'inquiéter, dès lors qu'elle conduit inéluctablement à une privatisation de l'action administrative : une régulation sur les usages de l'eau par les usagers de l'eau, pour les usagers de l'eau. On peut alors craindre que les décisions prises ne soient que « *l'enveloppe, recouverte du sceau des pouvoirs publics, des intérêts privés dominants auxquels auront été sacrifiés les intérêts les plus faibles* » (Bady, *Protection des cours d'eau et domanialité publique*, Thèse, Pau et Pays de l'Adour, 1979, p. 116.). Le conflit potentiel est ainsi absorbé par la délibération collective, comme a pu le révéler une décision de la Cour administrative d'appel de Nancy à propos de la composition de la commission locale de l'eau, où la juridiction a pu considérer que la défense de certains intérêts n'implique pas nécessairement la représentation desdits intérêts au sein de cette commission (CAA Nancy, 3 oct. 2002, *Féd. française canoé-kayak et al.* : *Envir.* 2004, chr. n° 4, obs. Deharbe ; *Petites affiches*, 12 mai 2003, n° 94, p. 7 s.). Allusion à peine voilée à l'instruction faite aux préfets de réaliser « *une répartition équitable... de chacune des catégories d'usagers, compte tenu des problèmes posés et du contexte local* » (Circ. 15 oct. 1992 relative à l'application du décret n° 92-1042 du 24 septembre 1992 portant application de l'article 5 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau relatif aux SAGE) et au fait que le Conseil d'Etat a admis que la légalité du décret du 24 septembre 1992 portant application de l'article 5 de la loi sur l'eau [C. env., art. L 212-4] relativement à la composition de cette commission, alors même que la présence de certains représentants des usagers n'était pas expressément mentionnée (CE, 17 janv. 1994, *Féd. nationale des producteurs indépendants d'électricité et al.*, req. n° 142935).

**23.** - La planification ainsi envisagée doit prendre en compte les documents d'orientation et les programmes de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, des syndicats mixtes, des établissements publics et autres personnes morales de droit public, des sociétés d'économie mixte et des associations syndicales type « ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 » (Ord. n° 2004-632, 1<sup>er</sup> juill. 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires : 2 juill. 2004, p. 12046), dès lors qu'ils ont des incidences sur la qualité, la répartition ou l'usage de la ressource en eau. La gestion équilibrée de la ressource passe ainsi par un subtil équilibre des intérêts en présence.

L'autorité de police, dont le pouvoir ne devrait être conditionné que par la recherche de l'intérêt général, doit alors s'effacer devant la *volonté* générale : ainsi, à propos du SAGE « *les décisions prises dans le domaine de l'eau par les autorités administratives et applicables dans le périmètre [que le schéma] définit doivent être compatibles ou rendues compatibles avec ce schéma. Les autres décisions administratives doivent prendre en compte les dispositions du schéma* » (C. env., art. L. 212-6). Sans doute la compatibilité est-elle moins contraignante que la conformité, puisqu'elle laisse une certaine marge de manœuvre plus grande au préfet. Cependant, compte tenu du champ couvert par cette notion de « *décisions prises dans le domaine de l'eau* » (pas moins d'une quinzaine de catégorie de décisions, si l'on en croit la Circ. 15 octobre 1992 relative à l'application du décret n° 92-1042 du 24 septembre 1992 portant application de l'article 5 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, relatif aux SAGE) et de cette inféodation des normes, on peut légitimement s'interroger sur la qualité effective du préfet : celui-ci n'apparaît plus, dans les faits, que comme l'exécutif des décisions du comité de bassin ou de la commission locale de



l'eau. L'usage qui est fait de l'eau par une personne en particulier, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale, se trouve alors soumis à l'organisation générale, collectivement envisagée, de la ressource, sans qu'une autorité « neutre » puisse opérer un réel arbitrage.

**24.** - De la règle délibérée à la règle négociée, il n'y a qu'un pas que le pouvoir réglementaire n'a pas hésité à franchir, abandonnant un peu plus son pouvoir de régulation unilatérale des conflits au profit d'une régulation négociée, « sur mesure », et formalisée dans des conventions.

#### **B. – Les conventions en matière d'eau, régulation négociée**

**25.** - Avec les conventions en matière d'eau, le droit devient le fruit d'un certain assouplissement de l'action administrative, où « *les procédés de collaboration tendent à prendre le pas sur les procédés de contrainte* » (Douence, *Les conventions entre personnes publiques in Mélanges Stassinopoulos, LGDJ 1974, p. 114.*) : la recherche du consensus est en effet la clef du succès de la règle négociée. Les antagonismes d'usages cèdent devant des concessions réciproques et, de simple exécutant obligé, le destinataire de la norme en devient le producteur intéressé. L'échec d'une certaine politique réglementaire de gestion des eaux y est sans doute pour quelque chose, avec l'abandon de décrets d'objectifs de qualité au profit d'une politique contractuelle fondée sur le contrat de rivière (*Circ. n° 94-81 24 oct. 1994 relative au plan décennal de restauration et d'entretien des rivières. Appel aux contrats de rivière : BOMETT n° 1443-94/33, 10 déc. 1994. V. aussi Les contrats de rivière : Rev. europ. dr. env. n° 4/2004, n° spéc.*). Le succès de cette option contractuelle se mesure à sa descendance qui, de contrat d'agglomération en contrat de bassin, de vallée ou de baie a donné naissance au contrat de nappe. Le poids de certains utilisateurs y trouve sans doute sa part, ceux-ci n'ayant cessé de voir substituer à la contrainte unilatérale régulatrice des usages, des obligations consenties, moyennant aménagements de l'usage et compensations diverses.

**26.** – Pour s'en tenir au seul contrat de nappe, ce descendant du contrat de rivière emprunte à son parent sa forme multilatérale et son objectif de gestion intégrée, qui prend en considération le fonctionnement de l'aquifère et l'ensemble des usages. Il s'en distingue toutefois par des volets qui tendent vers d'autres finalités. La pacification contractuelle des relations entre usages reste cependant certaine, qui tente de sauvegarder la ressource commune tout en préservant les différents usages qui peuvent en être faits. Ainsi, le contrat de nappe astienne (Hérault) du 23 juin 1997 tend à la limitation des risques d'intrusion d'eau de mer dans certains secteurs et la sécurisation de l'approvisionnement en eau sur la zone, mais aussi à diminuer les pertes d'eau dues à l'artésianisme, aux fuites sur certains réseaux, mais aussi à lutter contre certains forages défectueux et à assurer la réalisation de futurs forages sollicitant la nappe dans de bonnes conditions techniques. Les actions en faveur de la nappe sont motivées par l'amélioration de la qualité des prélèvements, mais sans pour autant les remettre en cause (plus 600 forages et 4,6 millions de mètres cubes prélevés annuellement), ni envisager d'actions sur les eaux superficielles dégradées en relations avec elle. Elle n'a finalement pas besoin d'arbitrer entre les usages, dès lors que ceux-ci trouvent satisfaction dans la disparition de la situation conflictuelle liée à la vulnérabilité de la ressource, ni s'intéresser à d'autres sources d'atteintes.

On voit bien ici la manifestation de ce que Jean Untermaier a classé au sein des « *procédés juridiques dangereux au plan écologique* », car « *en acceptant la négociation du droit [l'administration conventionnelle] conduit nécessairement au plus petit dénominateur commun, d'autant plus petit que le partenaire de l'Etat est plus grand* » (*Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan : Rev. du CEDRE, PUF 1981, p. 101.*).

Un certain corporatisme s'établit ainsi autour de l'eau, tout entier tourné vers un seul intérêt, le contrat évitant alors la contrainte. Le contrat intervient toutefois à titre complémentaire pour favoriser l'acceptation des contraintes qui, négociées et financées, bénéficient *a priori* d'un meilleur accueil.

**27.** – Ce corporatisme trouve une autre manifestation avec ce qu'Isabelle Doussan a appelé « *la production négociée du droit des pollutions agricoles* » : « *mis au service d'une politique environnementale, le contrat se révèle sans aucun doute d'une effectivité plus grande que la technique réglementaire. En effet, par le contrat l'Etat « propose » aux agriculteurs un certain nombre de contraintes '(...) une fois qu'il s'est engagé contractuellement, le respect de ses obligations apparaît mieux assuré que lorsque la contrainte est imposée unilatéralement et sans contre-partie* » (*Activité agricole et droit de l'environnement, l'impossible conciliation, L'Harmattan 2002, p. 238*). Une telle politique aboutit à ne pouvoir imposer des contraintes que compensées, le pollueur réducteur des usages collectifs par l'usage individualiste qu'il fait de la ressource bénéficiant d'aides en vue de modifier son comportement, alors que la stricte application d'un régime unilatéral de police devrait conduire à le sanctionner.

**28.** - Cette recherche quasi-systématique d'engagements contractuels volontairement souscrits ne doit cependant pas dissimuler qu'elle a d'abord pour finalité d'éviter le recours à des mesures de police contraignantes, qui donnent une moindre prise à la négociation et, plus encore, le recours à l'outil fiscal pour initier des utilisations plus raisonnées d'intrants agricoles polluants (*V. Ramonet, Rapport d'information sur les activités agricoles et la protection de l'environnement, Doc. AN n° 1237, 19 nov. 2003*). Politique fiscale dont on sait ce qu'elle est devenue avec le projet de loi sur l'eau en discussion.

## **CONCLUSION**

**29.** - La protection de l'eau repose donc sur une recherche permanente de l'équilibre des intérêts en présence et oscille entre contrainte et compromis. Sans doute une troisième voie mériterait-elle d'être explorée, l'auto-contrainte, la règle que l'on se donne à soi-même, comme l'adhésion à un « code des bonnes pratiques » à l'image de ce qui existe avec plus ou moins de bonheur pour l'agriculture. Sous réserve naturellement qu'un tel code puisse imposer réellement un comportement. Or, si l'on en juge par ce qu'en précise sur ce point le décret n° 93-1038 du 27 août 1993 relatif à la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole, celui-ci doit simplement servir « de référence » aux agriculteurs pour protéger les eaux contre la pollution. Soit une contrainte des plus limitées. Une telle politique apparaît donc trop fragile, trop liée au volontarisme pour pouvoir prospérer sans heurt et ses résultats restent des plus aléatoires.

**30.** - Le droit de l'eau apparaît en définitive, par de nombreux aspects, comme un droit de concessions réciproques plus ou moins librement consenties, destinées à assurer autant l'équilibre des usages que celui de la ressource. La résolution de l'antagonisme des usages risque cependant de reposer moins sur le poids de l'intérêt défendu que sur celui de son défenseur. Consécration, sans doute, d'un partage d'intérêts, faute pour le droit d'avoir pu véritablement défendre le principe d'un intérêt partagé.