



HAL
open science

L'impact du droit européen sur les polices de l'eau : entre atouts et faiblesses

Bernard Drobenko

► **To cite this version:**

Bernard Drobenko. L'impact du droit européen sur les polices de l'eau : entre atouts et faiblesses. Mergey, Anthony; Mynard, Frantz. LA POLICE DE L'EAU Règlementer les usages de l'eau, un défi permanent, Chapitre 9, Editions Johanet, pp.259-274, 2017, 979-10-91089-30-2. hal-03005423

HAL Id: hal-03005423

<https://hal.science/hal-03005423v1>

Submitted on 14 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHAPITRE 9

L'impact du droit européen sur les polices de l'eau : entre atouts et faiblesses p.259 et s.

Bernard DROBENKO

*Professeur émérite de l'Université du Littoral Côte d'Opale
Consultant TVES (EA 4477, COMUE Lille-Nord de France)
Campus International de la Mer et de l'Environnement Littoral*

Au sens du droit administratif, le terme de police désigne « une fonction ou une activité : l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale »¹. Elle s'exerce selon un ensemble de procédés, « la réglementation, les décisions particulières (autorisations, interdictions, etc.) », la coercition pour faire cesser un trouble ou le prévenir². L'ordre public repose sur une trilogie : la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique³. L'objectif est bien de prévenir les risques d'accidents, de dommages aux personnes et aux biens, les risques de maladies, d'inondations, de pollutions, une trilogie non exhaustive, qui intègre désormais l'environnement architectural ou naturel⁴. Les développements du droit de l'environnement avec sa conventionalité au niveau européen en 1986, puis sa constitutionnalisation, y compris du droit à l'environnement en 2005, confortent et enrichissent les fondements de cet ordre public qui associe nécessairement la santé et la salubrité⁵. Comme le souligne le Professeur M. Prieur, « on peut considérer que depuis la mise en œuvre d'une politique de l'environnement et la reconnaissance de l'intérêt général de cette politique, on assiste à l'émergence

1. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1999, 13^e éd., p. 665.

2. Selon J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p. 292.

3. Selon la loi du 22 septembre 1789 - 8 janvier 1790, article 2 sect. 3, reprise par la loi communale du 4 avril 1884.

4. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 673, voir CE 14 mars 1941, Compagnie des chalets de nécessité, p. 674 ; CE sect. 18 février 1972, Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne, *AJ*, 1972, p. 215.

5. Article 191 du Traité de Lisbonne, Charte de l'environnement, article L.110 du Code de l'environnement, Code de la santé, notamment articles L. 1331-1 et s.

d'un ordre public nouveau ayant pour fin la protection de l'environnement »⁶. À ce titre, plusieurs dispositions législatives caractérisent le fondement d'intérêt général des interventions de police⁷. Le droit de l'eau constitue l'un des volets de ce droit.

En raison du caractère transversal de l'eau, plusieurs disciplines administratives comportent des dispositions qui concernent le droit de l'eau (notamment le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'urbanisme, le Code de la santé, le Code général des collectivités territoriales, le Code du travail, le Code général de la propriété des personnes publiques, le Code de l'énergie, le Code des mines et, bien sûr, le Code de l'environnement).

Le droit français de l'eau a connu plusieurs évolutions significatives, il est nécessaire à cet égard de souligner le rôle, la place et l'impact du droit européen. Dès les premières orientations politiques en matière d'environnement avec le 1^{er} programme européen pour l'environnement en 1973, l'eau y apparaît comme un volet essentiel⁸. Elle sera confirmée dans tous les programmes ultérieurs jusqu'à ce jour⁹. D'où la diversité, la richesse et la portée du droit européen de l'eau.

Pour inscrire le propos dans le sujet proposé, l'intérêt est d'identifier en quoi ce droit européen a un impact sur notre droit administratif classique, en quoi donc les polices énoncées ont été modifiées, comment ce droit européen a structuré les polices de l'eau. La codification engagée visait en fait à rendre plus lisible ce droit si transversal et épars¹⁰, en démontrer les enjeux juridiques mais aussi sociétaux. Le travail engagé s'est voulu autant synthétique que pédagogique.

Au-delà du constat d'une certaine complexité, il paraît pertinent de s'interroger à la fois sur les atouts de ce droit européen au regard des polices de l'eau et des milieux aquatiques, mais aussi de ses limites.

6. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 69.

7. Mentionnons notamment les articles L.110-1, L.210-1, 211-1-1 et L.430-1 du Code de l'environnement.

8. Le 1^{er} programme européen de l'environnement est adopté le 22 novembre 1973, « Programme d'action des communautés européennes en matière d'environnement » (période 1973/1976), *Journal officiel des communautés européennes* (ci-après JOCE), n° C 112 du 20 décembre 1973. L'eau constitue l'une des préoccupations majeures du programme.

9. Décision n° 1386/2013 du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », *Journal officiel de l'Union européenne* (ci-après JOUE), n° L.354/171 du 28 décembre 2013.

10. B. Drobenko et J. Sironneau ont engagé ce travail au début des années 2000, voir *Code de l'eau*, 1^{re} éd., Paris, Éditions Johanet, 2008. En 2013 a été publiée la 3^e édition.

De ce point de vue, force est de constater que le droit européen n'a cessé d'enrichir les polices de l'eau. À cet égard, c'est une extension progressive de son champ d'application qui est intervenue.

Mais des polices n'ont d'intérêt que si elles sont opérationnelles, que si elles répondent bien à l'objectif poursuivi. Ici les moyens de police dévolus à la réalisation de l'objectif conduisent au constat que s'il existe bien un service public de l'environnement¹¹, l'effectivité des mesures de police doit être appréciée au regard des objectifs affichés et imposés aux États. De ce point de vue, nonobstant l'affirmation des principes et des moyens à mettre en œuvre, force est de constater que nous sommes dans un schéma de mise en œuvre plutôt nuancé.

I. UNE EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION PAR LE DROIT EUROPÉEN

Le droit européen de l'eau a connu un enrichissement constant. Le processus engagé conduit à un double constat : si les intérêts préservés au titre de l'eau et des milieux aquatiques n'ont cessé de croître, les obligations paraissent autant caractérisées que relatives, elles sont donc contrastées.

A. Une justification croissante des intérêts préservés

Le droit européen va imposer des évolutions en diversifiant les objectifs environnementaux. À ce titre, si le volet qualitatif occupe une place privilégiée et récurrente, l'approche globale s'impose peu à peu.

1. Du qualitatif comme priorité

Depuis 1973, les objectifs qualitatifs du droit européen structurent le droit de l'eau : eaux destinées à être prélevées pour la consommation humaine, eaux souterraines, eaux conchylicoles, eaux de baignade, rejets des eaux usées, pollutions d'origine agricole, pollutions industrielles, lutte contre les produits dangereux, protection des espèces et de leurs habitats avec le Réseau Natura 2000. Autant de textes qui ont imposé des mesures de contrôle administratif préalable ou de réglementation

11. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 39.

pour atteindre des objectifs qualitatifs¹², notamment celles relatives à la surveillance, au contrôle des activités¹³, jusqu'à la planification normative. La structure du droit de l'eau a profondément évolué en France sous l'impact de ces exigences qualitatives. La première loi-cadre de 1964 a été progressivement enrichie¹⁴ par des mesures générales de protection, mais aussi par des mesures particulières liées à certains milieux (zones humides) ou à des situations spécifiques (baignade, sécheresse, nitrates, eaux résiduaires), jusqu'au processus conventionnel dans certains cas (contrats de rivière ou de baie, contrats Natura 2000, mesures agri-environnementales, etc.).

Ces exigences ont conduit à structurer ce droit tant au regard de l'affirmation des principes, qu'au niveau institutionnel que de la mise en œuvre des instruments opérationnels d'intervention¹⁵.

2. À l'approche globale

Sous l'impulsion du 5^e programme européen pour l'environnement¹⁶, le droit européen de l'eau sera renforcé, globalisé avec l'intervention de la directive cadre (DCE)¹⁷. Il va désormais concerner toutes les eaux et tous les milieux aquatiques, le référent en l'espèce devient la masse d'eau avec l'intégration des eaux de surface, eaux souterraines, eaux de transition, eaux côtières jusqu'à un mille marin. L'approche écosystémique conduira par exemple à l'exigence d'assurer la continuité écologique. Cette approche sera renforcée avec la directive cadre pour le milieu marin (DCMM)¹⁸ qui traite des eaux marines dont un des volets du droit est d'obliger à lutter contre les pollutions d'origine tellurique, puis avec la directive risques qui traite autant des risques d'inondations que

12. Voir *Code de l'eau*, *op. cit.*, 3^e éd., ch. 1.

13. La directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil (*JOUE*, n° L.197 du 24 juillet 2012), énonce en son article 19 que les États peuvent interdire certaines activités dangereuses.

14. Loi 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *Journal officiel*, 18 décembre 1964.

15. Voir B. DROBENKO, *Introduction au droit de l'eau*, Paris, Éditions Johanet, 2014.

16. Le 5^e programme est adopté le 15 décembre 1992, intitulé « Vers un développement soutenable », et couvre la période 1993/2000. Publié le 1^{er} février 1993 (*JOCE*, n° C 138 du 17 mai 1993).

17. Directive 2000/60 du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOCE*, n° L.327.1 du 22 décembre 2000.

18. Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre stratégique pour le milieu marin), *JOUE*, n° L.164 du 25 juin 2008.

de submersion¹⁹ et, enfin, avec la directive pour la planification de l'espace maritime (directive DPEM) qui établit précisément la prise en compte de l'interaction terre/mer²⁰. Désormais, nous disposons d'une approche quelque peu holistique. En effet, l'intérêt de ces développements est de concerner toutes les eaux, tous les milieux, tous les biotopes aquatiques, avec des coordinations précisément établies entre les directives majeures (DCE, DCMM, Risques, DPEM, baignades, eaux destinées à être prélevées pour la consommation), et les directives et règlements visant à lutter contre les pollutions (nitrates, eaux résiduaires urbaines, IPPC, Seveso, Reach). Cette approche globale est confortée par une approche de plus en plus intégrée de l'eau dans les autres politiques publiques. Le droit de l'eau associe à la fois la démarche intégrée et la démarche combinée entre des textes sectoriels poursuivant le même objectif²¹.

Cette approche globale intéresse aussi les enjeux économiques. Le droit européen s'attache à développer les exigences économiques, en s'appuyant sur l'affectation des coûts aux usagers, notamment en application du principe pollueur/payeur²². Au-delà de la DCE, la DCMM et la directive risques inondations/submersions imposent l'analyse économique, complétée par les impacts sociaux et environnementaux, préconisant dès lors l'analyse coût/avantages²³.

B. Des obligations contrastées

Pour évoquer des mesures de police, il est nécessaire de se référer aux caractéristiques fondamentales de cette modalité de régulation des activités humaines et des objectifs poursuivis, à l'identification de cet ordre public, cadre de légitimation des mesures instaurées. Mais le droit européen, qui est le fruit de négociations entre États, comporte en lui-même des intérêts et des limites. Notons à ce titre que si les principes, objectifs

19. Directive 2007/60 du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L 288/27 du 6 novembre 2007.

20. Directive 2014/89/ du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime, *JOUE*, n° L 257/135 du 28 août 2014.

21. Parmi les nombreux exemples : article 10 DCE, article 13 de la DCMM, article 6 de la directive 2006/118, articles 4, 5 de la directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (version codifiée), *Journal officiel*, n° L064, 4 mars 2006, mais aussi l'article 3 de la directive 2007/60 du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L.288/27 du 6 novembre 2007.

22. En application de l'article 9 de la DCE.

23. Articles 4, 9 et annexe III de la DCE précitée, articles 8, 13 et 14 de la DCMM 2008-56 précitée, articles 1, 2, 4, 7 et annexe de la D 2007/60 précitée.

et règles sont précisément définis, les textes comportent un ensemble d'atténuations qui peuvent en limiter l'intérêt.

1. Des principes, des objectifs et des règles clairement définis

Tous les textes européens reprennent les principes fondamentaux du droit de l'environnement, ils structurent les politiques européennes en application de la démarche intégrée²⁴. Ils font l'objet de mesures d'application dans les textes majeurs²⁵.

Les principes de prévention et de précaution reposent ainsi sur un arsenal de moyens institutionnels, de moyens d'intervention (planifications, mesures), de contrôles d'activités. Le principe pollueur/payeur constitue l'un des volets majeurs de la DCE, à l'article 9. La gamme des outils mobilisés est diversifiée : mesures de police, moyens économiques et fiscalité apparaissent ainsi dans le droit européen de l'eau comme autant de leviers que les États doivent mettre en œuvre. Dans le même temps les textes imposent des outils de planification, des mesures réglementaires, avec un ensemble de schémas possibles.

Force est aussi de constater que ces instruments d'intervention, tels qu'ils sont mis en œuvre, reposent sur des opposabilités très variables. Pour atteindre les objectifs assignés, le droit européen de l'eau exige la mise en œuvre de contrôles : contrôles des rejets, des pollutions ou de la qualité des eaux, mais aussi contrôles préalables des activités (autorisation)²⁶. Il en résulte que d'un point de vue du droit administratif les obligations inhérentes à ces diverses polices sont très variables, mais la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sanctionne les mesures de police insuffisantes ou les atténuations de contrôle²⁷.

De plus, le cadre juridique du droit européen de l'eau laisse aux États une latitude significative, conduisant *in fine* à des variations importantes quant aux moyens mis en œuvre. Il en résulte que les plans, programmes, mesures et autres dispositions pour atteindre les objectifs font apparaître des variations significatives. De nombreuses dispositions obligent peu (prise en compte) ou un peu plus (compatibilité), voire parfois de manière

24. Articles 11, 37, 191 du Traité de Lisbonne.

25. Ainsi voir DCE article 11 du préambule, DCMM articles 27 et 44 du préambule, article 22 de la directive inondations, DPEM article 14 du préambule.

26. Voir notamment DCE articles 10, 11, 16.

27. À propos du décret n° 2006-881 du 17 juillet 2006 modifiant la nomenclature IOTA (piscicultures) : CJUE 6 novembre 2008, Association nationale pour la protection des rivières - TOS c/ MEDDAT - Affaire C-381/07.

plus caractérisée avec une exigence de conformité ou une obligation clairement définie²⁸. Il existe un ensemble de dispositions impératives, avec tantôt la mise en œuvre de mesures précises (plans, programmes de mesures²⁹), protections renforcées, parfois la détermination de seuils imposés par les textes (nitrates, produits chimiques, rejets).

Si en application du principe de subsidiarité, le droit européen de l'eau est normatif, il oblige les États à atteindre les objectifs fixés dans les délais impartis, à charge pour eux de développer, au-delà des exigences relatives aux moyens instaurés par chaque texte, les modalités opérationnelles pour les atteindre. Le contentieux est révélateur de ces enjeux.

2. Des atténuations récurrentes

Au-delà des principes et des règles, chaque texte européen comporte un ensemble de dispositions qui constituent autant d'atténuations directes ou indirectes. Tout d'abord, de nombreux textes européens comportent des dispositions pouvant faire l'objet d'interprétation, d'autres comportent des règles et procédures que les États peuvent adapter suivant les circonstances propres à leur territoire. Ces éléments peuvent conduire les États soit à détourner le principe posé, soit à en atténuer la portée.

Les textes eux-mêmes évoluent de manière contrastée : la directive baignade est réformée en réduisant de manière drastique le nombre de polluants contrôlés, mais elle renforce aussi les critères caractérisant ceux retenus³⁰.

De plus, les règles majeures sont assorties d'exceptions conditionnelles dont les modalités de mise en œuvre conduisent les États à les exprimer en quasi principes, par une subtile inversion des obligations. La réalisation du bon état écologique des eaux par exemple peut souffrir de modulations avec un ensemble d'exceptions, notamment la faisabilité

28. Ainsi l'article 14-3 de la directive n° 91/271 du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires (modifiée), *JOCE*, n° L.135/40 du 30 mai 1991, impose que « au plus tard le 31 décembre 1998, le rejet des boues d'épuration dans les eaux de surface par déversement à partir de bateaux, par rejet à partir de conduites ou par tout autre moyen soit supprimé ». La DCE fait référence à des substances dites « prioritaires » dont l'usage sera prohibé (article 16), voir directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (version codifiée), *JOUE*, n° L.064 du 4 mars 2006.

29. Par exemple, les mesures de base de l'article 11 de la DCE sont qualifiées « d'exigences minimales à respecter ».

30. Directive 2006/7/CEE du 15 février 2006 concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade et abrogeant la directive 76/160/CEE, *JOUE*, n° L.064 du 4 mars 2006.

technique ou le coût disproportionné³¹. Il en est de même de l'affectation des coûts. Si le principe de sa mise en œuvre est acquis, en considérant au moins les trois secteurs d'activité (agriculture, industrie et ménages), des aménagements sont admis dans la mesure « où cela ne remet pas en question les buts de la présente directive et ne compromet pas la réalisation de ses objectifs ».

Le droit européen a par ailleurs systématisé la compensation comme mode de régulation des activités susceptibles de porter atteinte à l'eau et aux milieux aquatiques. Même si le développement de cette pratique impose une évaluation qui devrait être rigoureuse et écosystémique, elle conduit à justifier la réalisation de projets sur le fondement soit d'un intérêt public supérieur (Natura 2000), soit sur des considérations de santé, exceptionnellement pour des raisons liées à une activité économique³². Les enjeux inhérents à la valeur intrinsèque de l'écosystème, en termes de biodiversité ou d'historique d'un biotope, sont marginalement pris en considération. À ce titre, la compensation apparaît bien comme une approche essentiellement anthropocentrique de l'eau et des milieux aquatiques que peut conforter la notion de « services rendus ». Dès lors, la compensation constitue bien une permission de destruction inexorable, car *in fine* la capacité limitée des milieux ne constituant pas un critère de référence dans le bilan d'un projet, les milieux aquatiques subissent un grignotage exponentiel tant en termes de qualité que de consistance.

II. UNE MISE EN ŒUVRE NUANCÉE

La pertinence de la règle de droit se mesure à son effectivité. Les mesures de police dans le domaine de l'eau n'ont d'intérêt que si les objectifs assignés sont atteints. Si ce droit présente des atouts certains, il n'en comporte pas moins des limites y compris dans la mise en œuvre. De ce point de vue, force est de constater que le droit européen de l'eau mérite d'être interrogé autant que le droit interne, les limites paraissant rapidement identifiables.

31. Article 4 DCE précitée.

32. CJUE (grande chambre) 11 septembre 2012, *Symvouliotis Epikrateias* (Grèce), Affaire C-43/10.

A. Au niveau européen

Le droit européen de l'eau comporte certes les textes majeurs, mais aussi les divers textes du droit de l'environnement qui intègrent nécessairement les questions d'eau, comme les installations dangereuses, les produits chimiques, les programmes et projets. Nous disposons d'un droit qui, par strates successives, a instauré des règles certes répondant aux enjeux mais dont la mise en œuvre interpelle au regard des objectifs poursuivis et des mesures de police instaurées pour les atteindre. Deux aspects peuvent ici être appréciés, car si nous pouvons souligner l'intérêt d'une approche intégrée et écosystémique, l'encadrement européen reste perfectible.

1. L'intérêt de l'approche intégrée et par milieux

L'approche territorialisée du droit de l'eau conduit à identifier des écorégions de l'eau comprenant des bassins hydrographiques et des sous-bassins, en appui désormais de façades maritimes. Il en résulte que les masses d'eau (de surface, souterraines, côtières ou de transition), puis le bassin et le sous-bassin hydrographique constituent les cadres de référence de toute police de l'eau. L'intérêt de cette approche est de couvrir l'ensemble des problématiques inhérentes aux impacts des activités humaines au regard de l'eau et des milieux.

En théorie, le droit européen de l'eau intègre bien les divers aspects de l'eau douce et de l'eau salée relevant de la souveraineté. En pratique, la sectorisation des politiques publiques au niveau européen révèle une intégration perfectible, les enjeux économiques paraissant de plus en plus prééminents. L'Agence européenne de l'environnement préconise une approche plus intégrée des polices de l'eau, de l'agriculture et de l'industrie, mais aussi un renforcement des instruments économiques³³.

Même si le Traité de Lisbonne impose l'unanimité pour « la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité desdites ressources »³⁴, les textes et la jurisprudence confirment que des interventions touchant à ces questions sont admises³⁵.

33. EEA (European Environment Agency), « European waters rapport : current statut and future challenges », septembre 2012.

34. Article 5, 192-2-b du Traité de Lisbonne.

35. CJUE (grande chambre) 11 septembre 2012, Symvouliotis Epikrateias (Grèce), Affaire C-43/10, précitée.

Par ailleurs, cette approche impose d'identifier ainsi des écosystèmes transfrontaliers pertinents, qu'ils soient intra-européens ou extra-européens. Si ces approches sont cohérentes en terme géographique, sociologique, elles le sont moins en termes de police. Elles exigent des structures coopératives de référence, de ce point de vue le « Groupement européen de coopération territoriale » (GECT)³⁶ peut constituer un cadre adapté, mais cette structure voit ses compétences limitées « principalement à la mise en œuvre de programmes de coopération, en tout ou partie, ou sur la mise en œuvre d'opérations soutenues par l'Union par le biais du Fonds européen de développement régional, du Fonds social européen et/ou du Fonds de cohésion »³⁷. Cette structure ne dispose d'aucun pouvoir de régulation, de police et encore moins de sanction. L'approche transfrontalière n'apparaît bien qu'au regard de la gestion. Pour atteindre les objectifs qualitatifs clairement énoncés, l'approche intégrée doit être approfondie notamment au regard de ces écosystèmes partagés.

2. Un encadrement européen perfectible

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité constituent la clé de voûte du droit de l'Union européenne, sauf pour certains domaines précisément déterminés³⁸. En matière d'environnement et d'eau en particulier, les obligations sont plus caractérisées à la fois en termes d'objectifs et de moyens d'intervention y compris au regard des contrôles et des sanctions. Les obligations des États peuvent être sanctionnées³⁹ mais ce contentieux européen révèle des délais, des procédures, et des sanctions dont la mise en œuvre interpelle. En effet, il existe bien des procédures à l'encontre des États ne respectant pas leurs engagements⁴⁰. Cependant, les règles en vigueur sont déterminées par un ensemble de procédures préalables de « négociations », allant de l'avis motivé de la Commission à une sanction éventuelle de la CJUE. Ces procédures laissent aux États une latitude significative ce qui implique aussi des délais peu en phase avec des exigences qualitatives dans le domaine de l'eau. À titre

36. Créé par le règlement n° 1082/2006 du 5 juillet 2006 relatif au Groupement européen de coopération territoriale, *JOUE*, n° L.210 du 31 juillet 2006, modifié par le règlement (UE) n° 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1082/2006 relatif à un groupement européen d'opération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, *JOUE*, n° L.347 du 20 décembre 2013, pp. 0303-0319.

37. Article 7-3 du règlement précité.

38. R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2013 ; R. ROMI, *Droit de l'environnement*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, pp. 56 et s.

39. Articles 258 et s. du Traité de Lisbonne.

40. Voir *Code de l'eau, op. cit.*, ch. 1.

d'exemple, la France est condamnée au titre de la directive nitrates en 2001⁴¹, les attermolements et autres négociations conduisant à d'autres décisions dont les dernières en 2013 et 2014⁴². Dans le même temps, les mesures adaptées à la réduction des pollutions font l'objet de négociations, associant les groupes de pression des professionnels concernés, il en résulte des textes à la portée très relative⁴³.

De plus, dans le domaine de l'eau, l'Union européenne n'a pas encore répondu aux défis du XXI^e siècle que représente le statut de l'eau (selon le préambule elle ne constitue pas un bien marchand comme les autres), ni sur la reconnaissance du droit à l'eau⁴⁴.

Nonobstant une harmonisation européenne en matière de répression aux atteintes à l'environnement et de la mise en œuvre de la responsabilité des pollueurs⁴⁵, l'harmonisation des polices et de la répression est balbutiante. Par ailleurs, alors même que les enjeux sont transfrontaliers, il n'existe pas de solution pertinente en matière de police et/ou de justice susceptible de répondre aux situations de pollution ou de dégradation des écosystèmes partagés. En effet, les textes européens invitent à la coopération transfrontalière, les textes majeurs y font expressément référence⁴⁶. De plus, sont bien développées les études d'incidence ou les études d'impact transfrontalières pour les projets pouvant avoir une incidence sur un ou des pays riverains. De même, des échanges d'information doivent intervenir notamment lors de l'élaboration des documents de planification de bassins ou de sous-bassins partagés.

Toutefois, l'intégration plus aboutie, bien que suscitée, est exceptionnelle. Ainsi la mise en œuvre du droit de l'eau dans un cadre européen

41. CJCE 8 mars 2001, Commission des communautés européennes c/ République française, Affaire C-266/99.

42. CJUE 13 juin 2013, Commission européenne c/ France, Affaire C-193/12 ; CJUE 4 septembre 2014, Commission européenne c/ République française, Affaire C-237/12.

43. Exemple avec le projet d'arrêté de janvier 2016 modifiant l'arrêté du 19 décembre 2011 relatif au programme d'actions national à mettre en œuvre dans les zones vulnérables afin de réduire la pollution des eaux par les nitrates d'origine agricole, dont le CGEDD a souligné les insuffisances (Autorité environnementale CGEDD, avis délibéré du 16 mars 2016 – Avis portant sur un nouveau projet d'arrêté modifiant le programme d'actions national).

44. Après avoir reçu une initiative citoyenne lancée en 2012 sur le sujet (près de 2 millions de signatures), la Commission a refusé d'engager un processus de reconnaissance le 20 mars 2014, renvoyant à la prochaine législature, voir <http://www.right2water.eu/fr>.

45. Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOUE, n° L.328 du 6 décembre 2008 ; Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOCE, n° L.143 du 30 avril 2004.

46. Notamment articles 3, 11, 13 de la DCE, articles 6, 7 de la DCMM, articles 6, 11 de la DPDM, article 8 de la directive inondations.

transfrontalier devrait pouvoir s'appuyer sur l'identification d'une autorité de police unique, dotée de moyens de contrôle, d'investigation et des sanctions adaptées aux enjeux. Les organisations régaliennes demeurent dans le cadre préétabli des structures administratives étatiques. Très peu, trop peu de bassins sont partagés de manière opérationnelle, encore moins quant aux polices ; l'Union européenne doit favoriser les contrôles et les sanctions pour les espaces transfrontaliers. De ce point de vue, une justice partagée est encore à construire pour répondre aux défis de l'écosystème. Le réseau des procureurs européens pour l'environnement plaide en faveur d'une telle orientation⁴⁷.

Enfin, la réduction des atténuations et autres modalités de dérogations contribueraient à recentrer le droit européen sur la réalisation effective des objectifs.

B. Au niveau interne

Le droit européen impose aux États de réaliser des objectifs, de mettre en œuvre des moyens, y compris de sanctionner. De ce point de vue, l'article 23 de la DCE précise les exigences : « Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »⁴⁸.

En situant la politique de l'eau dans son contexte historique depuis la loi de 1964 et au regard de l'état des lieux des eaux et des milieux aquatiques⁴⁹, la question qui peut être posée est celle de la pertinence des polices de l'eau mises en œuvre pour atteindre les objectifs assignés. Au-delà du droit de l'environnement, l'évolution du droit européen doit être appréciée au regard de certaines orientations économiques structurantes et de leur impact sur les droits nationaux. Si la compétitivité constitue le dogme de référence de l'évolution de nos droits depuis les années 2000, les diverses mesures dites de réforme des politiques publiques, de

47. J.-P. RIVAUD, Substitut général près la Cour d'Appel d'Amiens, Vice-président du réseau européen des procureurs pour l'environnement, « Vers une spécialisation des magistrats dans le domaine des atteintes à l'environnement ? », Communication au séminaire organisé par le Campus de la Mer, 18 février 2014, Boulogne-sur-Mer.

48. Formule identique à l'article 28 de la directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, *JOUE*, n° L.197 du 24 juillet 2012.

49. Conseil d'État, rapport 2010, « L'eau et son droit » ; Rapport Levraut, « Évaluation de la politique de l'eau : quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau », septembre 2013 ; Rapport au Premier ministre, M. Lesage, « Évaluation de la politique de l'eau en France », juin 2013 ; CGEDD, « Évaluation de la politique de l'eau », septembre 2013 ; CGDD, le point sur « la prolifération d'algues sur les côtes métropolitaines », n° 180, 3 janvier 2014.

simplification et autres termes⁵⁰ ne sont pas nécessairement en adéquation avec les objectifs environnementaux poursuivis.

Les polices ont avant tout un caractère préventif. Une fois les enjeux sociétaux identifiés, comment sont-ils caractérisés, quelles sont les obligations imposées aux acteurs de la société ? L'intérêt d'une mesure de police est de répondre à son objectif d'intérêt général, ce qui implique des dispositions coercitives conduisant à des sanctions. Nous l'avons évoqué, le droit européen vise à préserver l'eau et les milieux aquatiques, c'est bien l'objectif des mesures de police qui en résultent.

Les polices de l'eau évoluent ainsi de manière contradictoire, avec des moyens d'intervention qui méritent d'être interpellés.

1. Des modalités d'intervention contradictoires

Elles interviennent au gré des textes, avec une tendance à l'allègement des contrôles. Avec les réformes des nomenclatures (IOTA en 2006, ICPE en 2009)⁵¹, ce sont les caractéristiques même des activités soumises à contrôles préalables qui permettent d'identifier les évolutions intervenues. Ainsi, alors que l'état des eaux et des milieux aquatiques n'évolue pas de manière suffisamment caractérisée pour atteindre les objectifs de qualité en 2015 et 2020, alors même qu'il est avéré qu'en matière de nitrates et de pesticides les pollutions se développent, les pouvoirs publics ont engagé des réformes des mesures de police qui permettent de prévenir ces pollutions. Après la création en 2010 d'une nouvelle catégorie ICPE « enregistrement » excluant du régime de l'autorisation près de 40 % des installations, les rubriques elles-mêmes sont progressivement modifiées. Ainsi, alors même que la France est poursuivie par la Commission pour non-respect de la directive nitrates, que les pollutions se développent sur la plupart des littoraux français⁵², les pouvoirs publics

50. Après la RGPP, la réduction des déficits, la simplification apparaît comme une référence majeure.

51. Décret n° 2006-881 du 17 juillet 2006 modifiant le décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau et le décret n° 94-354 du 29 avril 1994 relatif aux zones de répartition des eaux, *Journal officiel*, n° 164, 18 juillet 2006 ; Ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, *Journal officiel de la République française* (ci-après *JORF*), n° 0134, 12 juin 2009 et le décret n° 2012-384 du 20 mars 2012 modifiant la nomenclature des installations classées, *JORF*, n° 0070, 22 mars 2012.

52. CGDD, Observations et statistiques, n° 161, mai 2013.

font passer le seuil de l'autorisation des élevages industriels de porcs de 450 EQA à 2000 EQA⁵³.

Il serait opportun aussi d'évaluer les mesures d'accompagnement des polices de l'eau, comme les financements. Les dotations des agences de l'eau aux divers acteurs, notamment agricoles, devraient faire l'objet d'une évaluation globale par écosystème. La finalité et la diversité des aides sont à interpeller.

2. Des moyens d'intervention à redéfinir

Le Code de l'environnement repose sur un socle de police administrative commun, quelques règles spécifiques permettent d'intégrer les enjeux les plus caractéristiques ou de se référer à des textes particuliers⁵⁴. Les textes majeurs du droit européen (DCE, DCMM, DPEM, Risques d'inondations) exigent d'identifier dans chaque État une autorité administrative responsable, quelle que soit l'organisation institutionnelle. Au-delà de cette autorité, chaque État organise la police de l'eau pour atteindre les objectifs fixés par ces directives cadres, complétées par l'ensemble des textes sectoriels. Si les compétences actuelles sont précisément définies, il existe bien une atténuation des interventions de certains intervenants en matière de police de l'eau. Les agents de l'ONEMA, particulièrement compétents, et autres acteurs de la police de l'eau doivent être intégrés à une police de l'environnement transversale aux moyens renforcés. Nous avons assisté à des contestations violentes de leurs actions, indignes d'un État de droit⁵⁵. Si les contrôles peuvent être coordonnés, renforcés, les sanctions doivent être effectives. De ce point de vue, la généralisation de la transaction comme mode de régulation⁵⁶, assortie d'un plafond maximum minimaliste (le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue)⁵⁷, constitue autant une disposition peu dissuasive vis-à-vis des pollueurs, qu'une mesure d'encouragement, une sorte de

53. Décret n° 2013-1301 du 27 décembre 2013 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, *Journal officiel*, 31 décembre 2013, Rubrique 2102 de la nomenclature ICPE : le seuil pour obtenir une autorisation passant de 450 équivalents animaux à 2 000 équivalents animaux ; entre 2 000 et 450, le nouveau régime de l'enregistrement est applicable.

54. Notons en particulier : articles L.171-1 et s., L.216-6, L.432-2 du Code de l'environnement, mais aussi par exemple L.160-1 et s., L.480-1 et s. du Code de l'urbanisme.

55. Entre autres, les manifestations de la FNSEA le 14 février 2014 contre la politique de l'eau et les contrôles des agents de l'ONEMA.

56. Articles L.173-12, R 173-1 et s. du Code de l'environnement.

57. Article L.173-12 du Code de l'environnement.

droit à polluer. Dans le même temps elle ne répond pas aux exigences de l'article 23 de la DCE.

Une amélioration de ces procédures encore assez « confidentielles » pourrait conduire à la publicité des actions de classement et des transactions ainsi qu'à un accès et une publicité des mesures de transaction, ce qui contribuerait à conforter les mesures de police dans un État de droit.

*

En considérant les mesures de polices concernant l'eau et les milieux aquatiques, force est de constater que c'est au pluriel qu'il faut concevoir ces polices, le droit de l'environnement, le droit rural, le droit de l'urbanisme, le droit de la santé notamment étant concernés. Les évolutions intervenues démontrent les apports indéniables, utiles, nécessaires, pertinents du droit européen, qu'il est possible de recentrer sur quelques enjeux majeurs. La qualité des eaux constitue une priorité certes, mais la question des quantités devient un enjeu que les réserves de substitution ne suffiront pas à combler. Les modèles de production et de consommation sont donc aussi à interpeller, d'autant plus que le changement climatique constitue un défi supplémentaire.

Nonobstant les avancées imposées par le droit européen, des évolutions sont attendues pour mieux répondre aux défis connus et non réglés (qualité des eaux par exemple, rapports de l'eau et de l'agriculture, application du principe pollueur/payeur), mais aussi pour répondre à des défis en cours : changements climatiques, médicaments dans l'eau, nanotechnologies, nouvelles molécules chimiques, etc. Les défis apparaissent aussi en termes de gouvernance, de moyens financiers. Pour le droit européen, le statut de l'eau, le droit à l'eau constituent encore des questions à résoudre.

Le renforcement des modalités de mise en œuvre des polices mérite attention. À ce titre, la simplification des droits, notamment de droit de l'environnement et de l'eau, ne peut conduire à des régressions. L'expérimentation de l'autorisation unique constituera un indéniable test⁵⁸. Une police de l'environnement dotée des moyens de ses ambitions est

58. Ordonnances 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'ICPE et 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet, *Journal officiel*, 20 mars 2014 ; Ordonnance 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L.214-3 du Code de l'environnement, *Journal officiel*, 15 juin 2014.

espérée, elle doit pouvoir exercer ses missions comme toute police dans un État de droit. La solution la plus efficace comme en tout domaine est la prévention, la démarche intégrée. Ensuite, il faut admettre la sanction et les responsabilités, notamment au regard du principe pollueur/payeur. De ce point de vue, la création de l'Agence française pour la biodiversité peut constituer autant une opportunité qu'une régression supplémentaire⁵⁹.

Enfin, l'effectivité des normes existantes doit faire l'objet d'un réel suivi. À ce titre l'instauration d'indicateurs juridiques s'impose afin d'évaluer la pertinence et l'effectivité du droit de l'eau. Ainsi la création d'indicateurs de « performance » juridique et institutionnelle doit constituer une priorité au moins pour atteindre les objectifs qualitatifs dans les délais impartis⁶⁰.

Le droit européen de l'eau constitue un cadre juridique aujourd'hui incontournable, son impact sur le droit français de l'eau a été significatif. Le droit de l'eau a davantage besoin d'une application effective des règles en vigueur. Les évolutions à venir doivent être appréciées davantage en termes qualitatifs (au regard des textes et des moyens) qu'en termes quantitatifs en évitant l'accumulation exponentielle des textes, les modalités d'intervention et la tentation de « simplifications » conduisant *in fine* à réduire le champ d'application, les capacités et les moyens de police et de sanctions.

59. Projet de loi n° 484 du Sénat du 18 mars 2016 (2nde lecture) pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

60. AEE « Les eaux européennes – évaluation de leurs états et des pressions », 2015. Moins de la moitié des eaux en France remplissait l'objectif d'un bon état écologique des eaux en 2015.