



Note juridique sur la détermination de la consistance légale d'un droit fondé en titre et d'un droit fondé sur titre

1. Sur la détermination de la consistance légale d'un droit fondé en titre

- Le principe en la matière est que la consistance légale d'une usine est celle que lui attribue, au point de vue de la jouissance, de la chute, et par suite de la force motrice brute disponible, le titre ou les faits de possession sur lequel repose la légalité de son existence. Pour les cours d'eau non domaniaux, c'est en examinant les actes de vente de biens nationaux ou en fonction de l'état de l'usine avant 1789 que l'on peut apprécier la consistance légale. La question est essentiellement une question de fait, elle a donné lieu à bien des difficultés. Les anciens actes sont trop souvent peu explicites et imprécis et ils ne donnent aucune appréciation de la force motrice concédée.

Or, l'administration a émis quelquefois la prétention d'obliger l'usinier à démontrer son droit d'utiliser tout ce qu'il utilise ; c'est là mettre à sa charge une preuve la plupart du temps impossible à rapporter au seul examen des documents. Même en se plaçant au point de vue technique, il est difficile d'apprécier avec précision le volume d'eau qui a été concédé il y a quelques 400 ou 500 ans. Aussi la jurisprudence s'est montrée très large et décide que pour apprécier la consistance légale de l'usine on doit s'en tenir à l'état de choses existant, tant que l'administration n'allègue aucun fait d'où l'on puisse inférer que les ouvrages régulateurs de l'usine aient été modifiés depuis le moment où elle a acquis l'existence légale en vue d'obtenir un accroissement de force motrice.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a le plus souvent pris pour base de calcul de la consistance légale le volume moteur nécessaire au fonctionnement de l'usine telle qu'elle se comportait au moment de la vente nationale (CE 31 août 1863 Gregoire rec. 1863 p. 732 ; CE 18 août 1869 colle rec. 1869 p. 828). Il a ainsi été admis fréquemment que la situation de fait actuelle présentait aussi exactement que possible la situation primitive, sauf à l'administration de rapporter la preuve contraire notamment en rapportant une modification des installations (CE 20 mai 1881 : S 1882, 3, 86 ; CE 30 mai 1884 : S 1886, 3, 19).

- Par référence à l'arrêté du 11 septembre 2015 fixant les prescriptions techniques générales applicables aux installations ouvrages épis et remblais soumis à autorisation ou à déclaration et relevant de la rubrique 3.1.10 de la nomenclature annexée à l'article R. 214-1 du Code de l'environnement, l'administration a souvent tendance à s'en référer aux états statistiques dans la fixation de la consistance légale.

Cependant, il convient de rester extrêmement prudent sur l'utilisation des valeurs que ces états statistiques peuvent comporter.

Les états statistiques sont en effet des documents imprécis, qui relèvent une puissance à un moment donné, sachant que les exploitants de l'époque étaient tentés de minimiser la puissance effective de leurs installations, car celle-ci servait ensuite de base à une taxation.

A raison de cette imprécision, la Cour Administrative d'Appel de Lyon a pu ainsi les écarter purement et simplement dès lors que ces états statistiques selon la Cour « (...) ne concernent que la capacité productive du moulin alors en activité (et) ne permettent pas d'établir à eux seuls que la valeur du débit d'eau dérivé aurait connu une augmentation substantielle » (CAA Lyon 21 octobre 2014 req. n° : 13LY01945).

Cette position est confortée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 3 août 2021 (req. n° : 431392) et qui, très clairement, écarte les états statistiques comme n'étant pas une référence fiable, selon la motivation suivante :

2. Aux termes de l'article L. 511-1 du code de l'énergie : " Sous réserve des dispositions de l'article L. 511-4, nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État. ". Aux termes de l'article L. 511-4 du même code : " Ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre : / 1° Les usines ayant une existence légale ; (...) ". Enfin aux termes de l'article L. 511-5 du même code : " Sont placées sous le régime de la concession les installations hydrauliques dont la puissance excède 4 500 kilowatts. / Les autres installations sont placées sous le régime de l'autorisation selon les modalités définies à l'article L. 531-1. / La puissance d'une installation hydraulique, ou puissance maximale brute, au sens du présent livre est définie comme le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur ".

3. Un droit fondé en titre conserve, en principe, la consistance légale qui était la sienne à l'origine. A défaut de preuve contraire, cette consistance est présumée conforme à sa consistance actuelle. Elle correspond, non à la force motrice utile que l'exploitant retire de son installation, compte tenu de l'efficacité plus ou moins grande de l'usine hydroélectrique, mais à la puissance maximale dont il peut, en théorie, disposer. S'il résulte des dispositions de l'article L. 511-4 du code de l'énergie citées plus haut, que les ouvrages fondés en titre ne sont pas soumis aux dispositions du livre V " Dispositions relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique " du code de l'énergie, leur puissance maximale est calculée en appliquant la même formule que celle qui figure au troisième alinéa de l'article L. 511-5 précité, c'est-à-dire en faisant le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur.

4. Il ressort des termes mêmes de son arrêt que, pour estimer la consistance légale du moulin dit de La Guerche, la cour s'est fondée sur un document qui avait été établi en 1879 par le ministère des travaux publics, intitulé " Etat des irrigations et usines hydrauliques du département d'Indre-et-Loire ", lequel faisait apparaître pour le cours d'eau en cause au niveau de ce moulin un " volume des eaux motrices " de 4,5 m³/s et une " chute en eaux ordinaires " de 1,5 mètre, sans rechercher si le chiffre en cause correspondait au débit maximal dérivé alors que ce document ne précise ni s'il s'agissait du débit moyen ou du débit maximal dérivé ni l'endroit où cette mesure avait été réalisée ni la méthode utilisée pour la mesure de la chute. Dans ces conditions, alors que plus est que les valeurs que comportait ce document étaient significativement différentes de celles invoquées par la requérante sur la base d'une expertise diligentée par elle en juillet 2015, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit.

Après cassation, et dans son arrêt de renvoi, la Cour Administrative d'Appel de Nantes s'exprime de la même façon et rejette les données issues des états statistiques selon la motivation suivante :

4. Pour établir que la consistance actuelle du droit fondé en titre du moulin de La Guerche n'est pas conforme à la consistance légale qui était la sienne à l'origine, la ministre de la transition écologique se prévaut de plusieurs documents dressés par différentes administrations depuis le début des années 1980 ainsi que de relevés établis par un géomètre-expert. Ces documents démontrent que les conditions d'écoulement de l'eau dans le canal d'aménée du moulin de La Guerche ont été modifiées depuis son origine, notamment du fait d'un rehaussement de la cote altimétrique du déversoir, intervenu entre 1933 et 1981, et de la transformation de la structure du canal d'aménée. Ces modifications, qui ont nécessairement eu pour effet d'augmenter la hauteur de chute et le débit dérivé, ne peuvent, dès lors, être valablement prises en compte pour déterminer la consistance légale du droit fondé en titre attaché aux ouvrages du moulin de La Guerche. En outre, le document intitulé " Etat des irrigations et usines hydrauliques du département d'Indre et Loire ", qui dresse un inventaire statistique des cours d'eau, usines et irrigations réalisé en 1879 pour le compte du ministère des travaux publics, et fait apparaître pour le cours d'eau en cause au niveau de ce moulin un " volume des eaux motrices " de 4,5 m³/s et une " chute en eaux ordinaires " de 1,5 mètre, ne précise, ni s'il s'agissait du débit moyen ou du débit maximal dérivé, ni l'endroit où cette mesure avait été réalisée, ni enfin la méthode utilisée pour la mesure de la chute. Dans ces conditions, ce document décrivant le plus ancien état connu de l'ouvrage, ne permet pas, à lui seul, au vu des informations qu'il contient, de déterminer la consistance légale du droit fondé en titre attaché aux ouvrages du moulin de La Guerche. (CAA Nantes, 5 juillet 2022, req. n° 21NT02214).

- Le Conseil d'Etat a apporté des précisions importantes sur les modalités de calcul de la consistance légale d'un droit fondé en titre.

Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 2016 (req. n° : 393293 MEEDE c/ Société SJS), qui fait désormais référence à la matière, la Haute juridiction rappelle que selon l'article L. 511-5 dernier alinéa du Code de l'énergie :

« la puissance d'une installation hydraulique, ou puissance maximale brute au sens du présent livre est définie comme le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur ».

Puis, dans un Considérant qui peut être qualifié de principe, le Conseil d'Etat indique :

« (...) qu'un droit fondé en titre conserve en principe la consistance légale qui était la sienne à l'origine ; qu'à défaut de preuve contraire, cette consistance est présumée conforme à sa consistance actuelle ; que celle-ci correspond, non à la force motrice utile que l'exploitant retire de son installation, compte tenu de l'efficacité plus ou moins grande de l'usine hydroélectrique, mais à la puissance maximale dont il peut en théorie disposer ; que si, en vertu des dispositions de l'article L. 511-4 du code de l'énergie, les ouvrages fondés en titre ne sont pas soumis aux dispositions de son livre V " Dispositions relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique ", leur puissance maximale est calculée en appliquant la même formule que celle qui figure au troisième alinéa de l'article L. 511-5, c'est-à-dire en faisant le produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur ; que la cour, en faisant usage de cette formule pour déterminer la puissance maximale, n'a ainsi entaché son arrêt sur ce point d'aucune erreur de droit ».

De même *« (...) en jugeant que le débit maximum à prendre en compte est celui du canal d'aménée, apprécié au niveau du vannage d'entrée dans l'usine, en aval de ce canal, et que la hauteur de chute à retenir est celle de la hauteur constatée de l'ouvrage, soit 4,45 m y compris les rehaussements mobiles, sans tenir compte de la circonstance que des variations de débit pouvaient affecter le niveau d'eau au point de restitution, la cour n'a pas commis d'erreurs de droit ».*

Et le Conseil d'Etat de préciser :

« qu'eu égard à la spécificité du régime des droits fondés en titre, qui concerne des installations existantes, le juge administratif peut tenir compte notamment des mesures de débit réelles effectuées sur le site par l'administration, à la condition toutefois que celle-ci démontre que ces mesures sont pertinentes pour apprécier la puissance maximale théorique ; que, pour retenir la puissance théorique de 3 358 kW ressortant de l'étude réalisée pour le compte de la société SJS par le cabinet Hydraulicana, la cour a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que les méthodes utilisées afin d'évaluer le débit maximal du canal d'aménée auraient été erronées ou que la vitesse moyenne maximale de l'eau dans la dérivation aurait été exagérée ; qu'elle a, par ailleurs, refusé de tenir compte des mesures effectuées par l'administration sur place, dont elle a estimé qu'elles ne reflétaient pas la puissance maximale dont l'installation pouvait en théorie disposer ; qu'en se prononçant ainsi, la cour a porté une appréciation souveraine sur les pièces du dossier, qui est exempte de dénaturation et d'erreur de droit ».

Ainsi donc, l'arrêt du Conseil d'Etat précité du 16 décembre 2016 fixe clairement la méthodologie à suivre dans l'évaluation de la consistance légale.

Pour ce qui est en particulier du débit maximum à prendre en compte dans cette évaluation, c'est **« celui du canal d'aménée, apprécié au niveau du vannage d'entrée dans l'usine, en aval de ce canal »**.

Cette position est explicitée par les conclusions de son Rapporteur Public, publiées dans la revue BDEI n° : 67 janvier 2017 p. 37.

Le Rapporteur Public relève en effet que selon la jurisprudence, la puissance fondée en titre est déterminée *« au regard de la hauteur de la chute d'eau et du débit du cours d'eau ou du canal d'aménée »*.

La jurisprudence précise en effet que *« la détermination de la puissance fondée en titre s'opère au regard de la hauteur de la chute d'eau et du débit du cours d'eau du canal d'aménée et ce débit doit être apprécié au niveau du vannage d'entrée »*.

Selon le Rapporteur Public *« il faut interpréter le membre de phrase « au niveau du vannage d'entrée » comme visant le débit au sein de la dérivation ou du canal d'aménée, immédiatement avant l'entrée dans le vannage d'entrée qui alimente l'usine. En amont, il convient bien d'évaluer le débit juste avant que l'énergie hydraulique cumulée se transforme en énergie cinétique qui va ensuite alimenter la turbine »*.

Cette solution du Conseil d'Etat a été reprise par la suite.

Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Nantes dans un arrêt du 8 mars 2018 (req. n° : 16NT00250) a rappelé le principe selon lequel le débit maximal dérivé *« doit être apprécié au niveau du vannage d'entrée ; il s'agit, en conséquence, du débit au sein de la dérivation ou du canal d'aménée, immédiatement avant l'entrée dans le vannage d'entrée qui alimente l'usine »* (considérant n°9).

2. Sur la détermination de la consistance légale d'un fondé sur titre

Selon l'article L. 511-9 du Code de l'énergie :

« Les installations hydrauliques autorisées à la date du 18 octobre 1919 et dont la puissance ne dépasse pas 150 kilowatts demeurent autorisées conformément à leur titre et sans autre limitation de durée que celle résultant de la possibilité de leur suppression dans les conditions fixées au titre Ier du livre II du code de l'environnement ».

La jurisprudence a tendance à transposer à ces autorisations les solutions rendues en matière de droit fondé en titre (voir par exemple pour la question de la ruine faisant perdre le droit : CE 13 décembre 2013 req. n° : 356320 Société Energie verte de Teyssoide).

A la différence cependant que s'agissant d'un fondé sur titre, l'appréciation de la consistance légale doit être examinée par rapport à la situation existante non pas avant l'abolition de la féodalité ou la vente des biens nationaux, mais avant la loi du 16 octobre 1919.

Là encore, le règlement d'eau peut comporter des informations utiles. Il peut également être recouru aux états statistiques s'ils existent mais avec les réserves exprimées ci-dessus quant à leur force probante.

A défaut, il faut là encore s'en tenir à l'état de choses existant censé refléter le plus exactement possible la situation de l'usine avant la loi de 1919, sauf à l'administration de rapporter la preuve qu'ultérieurement des modifications substantielles auraient été réalisées afin d'accroître la force motrice à laquelle l'usinier avait droit.

A Toulouse le,

13 Mars 2025

Xavier LARROUY-CASTERA
Avocat à la Cour d'Appel de Toulouse.