

Préservation et gestion de la ressource en eau : plaidoyer pour une consécration législative d'une compétence territoriale

En supprimant la clause de compétence générale des départements et des régions, la loi NOTRe a notamment sapé les fondements de l'intervention de ces collectivités et de leurs structures en matière de protection de la ressource eau, déstabilisant le secteur ● Ces structures jouent en pratique un rôle crucial, en permettant notamment une nécessaire mutualisation des actions et des coûts ● Leur disparition serait d'autant plus dommageable que l'approche de l'eau reste aujourd'hui utilitariste et cloisonnée, raisonnant davantage en termes d'usages et de missions que de gestion et de préservation de la ressource elle-même ● Or plus que jamais le grand cycle de l'eau nécessite une approche globale et décloisonnée, à laquelle toutes les collectivités territoriales qui le souhaitent doivent pouvoir pleinement participer ●

Les Assises de l'eau, annoncées par le président de la République lors du 100^e congrès de l'association des maires de France, le 24 novembre 2017, ont été présentées comme l'occasion de repenser et conséquemment de refonder la gestion des ressources en eau. Pour rappel, l'organisation de ces assises comprenait deux séquences. La première, tenue et conclue au premier semestre 2018, a permis d'aborder la question de la relance des investissements pour préserver à long terme la qualité des services d'eau et d'assainissement. La seconde, qui doit être clôturée au terme du premier semestre 2019, a été centrée sur les écosystèmes aquatiques et leur rôle majeur dans l'adaptation au changement climatique. L'ensemble des débats qui se sont tenus dans ce cadre ont permis d'évoquer le lien entre le changement climatique et la ressource en eau placé sous le questionnement suivant : « comment les territoires et l'ensemble des acteurs vont-ils s'adapter ? ». Les dernières réunions se sont tenues au ministère de l'écologie en avril et ont été l'occasion de mettre en exergue la question des compétences – ou devrait-on plutôt parler de l'absence de compétences – légales décentralisées relatives aux ressources en eau en particulier et au grand cycle de l'eau en général.

C'est dans ce contexte national que la présente contribution a été formalisée. Certains gestionnaires de la ressource en eau, et plus particulièrement des eaux souterraines, ont jugé pouvoir légitimement se saisir de l'opportunité de ce débat national pour faire connaître et partager leurs difficultés d'intervention, liées notamment aux carences de la loi. Cette prise de parole s'est avérée nécessaire si l'on considère que la situation vécue par les acteurs de terrain semblait être, sinon ignorée, du moins minimisée par le législateur. À titre d'illustration, on peut citer

Philippe MARC

Avocat au barreau de Toulouse

Bruno de GRISSAC

Directeur, syndicat mixte d'étude et de gestion de la ressource en eau du département de la

Gironde (SMEGREG – EPTB des Nappes profondes de Gironde)

Charlotte ALCAZAR

Directrice, syndicat mixte de gestion de la nappe phréatique de la Crau (SYMCRU)

le rapport d'information sur la ressource en eau¹ dans lequel les députés Adrien MORENAS et Loïc PRUD'HOMME indiquaient que cet aspect du sujet serait délibérément écarté du débat, considérant sans doute comme le sénateur BONHOMME que la compétence *eau* « ne soulève pas de difficultés particulières »² et qu'elle était déjà traitée dans le cadre du rapport relatif à la mise en œuvre du transfert des compétences *eau* et *assainissement* aux communautés de communes³.

Cette approche, qui ne tenait compte que de la ressource en eau pris sous l'angle de l'usage *eau potable*, a été, dans une large mesure, enrichie d'expressions complémentaires affirmées lors des conclusions des assises de l'eau. Il est en effet ressorti que les dispositifs législatifs en vigueur ne répondaient qu'imparfaitement à cet objectif de protection de la ressource pour elle-même puisqu'ils sont destinés à protéger l'usage qu'elle permet. Cet état de la législation

explique la difficulté des collectivités à pouvoir s'investir en tant qu'institution publique sur les enjeux qui dépassent le strict cadre des compétences d'usage (eau, assainissement, hydroélectricité, agriculture...).

Ce constat conduit un certain nombre de structures opérationnelles – comme le syndicat mixte d'étude et de gestion de la

1. AN, 21 juin 2018, rapp. n° 1101 sur la ressource en eau, spéc. p. 117

2. Sénat (BONHOMME F.), 11 avr. 2018, rapp. n° 421 sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la mise en œuvre du transfert des compétences eau et assainissement aux communautés de commune, p. 16.

3. AN (CHALAS É.), 24 janv. 2018, rapp. n° 581 relative à la mise en œuvre du transfert des compétences eau et assainissement aux communautés de communes

ressource en eau du département de la Gironde (SMEGREG) et le syndicat mixte de gestion de la nappe phréatique de la Crau (SYMCRU) – à considérer qu'il est indispensable pour maintenir leurs actions de consacrer sur le plan législatif une compétence décentralisée en lien avec la préservation et la gestion de la ressource en eau (I). La mise en œuvre des politiques de l'eau pose en effet directement la question de l'évolution du cadre législatif pour tenir compte à la fois de l'organisation décentralisée des actions de gestion et corrélativement du retrait progressif de l'État (II). Le code général des collectivités territoriales (CGCT) restant silencieux sur ces sujets en lien avec le grand cycle de l'eau, la question de la responsabilité demeure, à l'égard notamment des objectifs communautaires. Sans doute peut-on considérer que le statut juridique de la ressource en eau et les dispositifs propres à chaque usage se sont révélés insuffisamment protecteurs pour répondre aux nouveaux enjeux liés au réchauffement climatique (III).

I. LA NÉCESSITÉ D'ASSEOIR LA LÉGITIMITÉ D'INTERVENTION DES ORGANISATIONS INSTITUTIONNELLES EXISTANTES

En pratique, les missions assumées en France par les gestionnaires de la ressource en eau – comme le SMEGREG en Gironde et le SYMCRAU dans les Bouches-du-Rhône – sont difficilement rattachables à des compétences légalement définies et codifiées dans des textes législatif ou réglementaire. Cet état du droit positif a eu pour effet de placer ces opérateurs dans une situation d'« invisibles » ou bien encore de « grands oubliés » des différentes réformes affectant la politique de l'eau.

Cette situation n'était pas en soi pénalisante tant que subsistait la clause générale de compétence des départements et des régions. Or, la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (*NOTRe*) a supprimé expressément la capacité d'intervention de ces collectivités fondée sur cette clause.

Dans le même temps, un contexte budgétaire plus contraint a amené les collectivités investies dans la gestion des ressources en eau à s'interroger sur leur légitimité (capacité) à intervenir, et donc à engager des crédits, en lien avec des opérations afférentes au grand cycle de l'eau.

Ces deux éléments de contexte combinés ont déjà eu pour effet de remettre en cause techniquement et budgétairement l'existence de structures (et partant des politiques) départementales ou interdépartementales en lien avec la préservation et la gestion de la ressource en eau (v. encadré).

C'est donc bien un risque de déstabilisation qui pèse désormais sur l'ensemble des intervenants dans le domaine de la gestion et la préservation des ressources en eau en l'absence principalement de cadre législatif adapté aux enjeux de protection, par ailleurs mis en lumière par les informations concernant les risques associés au changement climatique. Les exemples du SMEGREG (A) et du SYMCRAU (B) permettent d'illustrer le présent propos.

Conséquences de la loi *NOTRe* sur la compétence des départements en matière environnementale

La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi *NOTRe*) a entendu rationaliser la répartition des compétences entre les collectivités territoriales et a supprimé à cette fin la clause de compétence générale des départements et des régions. Les départements ne peuvent désormais exercer leurs compétences que dans les domaines expressément définis par la loi. Les dispositions de l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales, qui prévoient que les départements concourent avec l'État à la protection de l'environnement, ne peuvent être regardées comme attribuant une compétence propre aux départements et ne peuvent à elles seules justifier leur intervention en ce domaine. Des possibilités d'intervention des départements par l'attribution de subvention de fonctionnement dans le domaine de l'environnement sont toutefois maintenues. En effet, les départements sont compétents en matière d'espaces naturels sensibles (au titre du chapitre II du titre IV du livre 1 du code de l'urbanisme), d'espaces agricoles et naturels périurbains (au titre des articles L. 143-1 et suivants du code de l'urbanisme), ainsi que dans les domaines de l'eau et des milieux aquatiques et marins (au titre de l'article L. 211-7 du code de l'environnement), à l'exclusion du champ de la compétence relevant de la gestion des milieux aquatiques et de la prévention des inondations (GEMAPI). Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 3232-1-1 du même code fondent la possibilité, pour les départements, de mettre une assistance technique à la disposition des communes et des établissements publics de coopération intercommunale pour l'exercice de leurs compétences en matière d'assainissement, de protection de la ressource en eau, de restauration et de l'entretien des milieux aquatiques. Enfin, l'article L. 1111-10 du code général des collectivités territoriales permet aux départements de contribuer, même en dehors de leur champ de compétence, au financement des projets dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par les communes ou leurs groupements, à leur demande. À ce titre, l'intervention des départements peut permettre la réalisation de projets portés par les communes ou leurs groupements contribuant à la protection de l'environnement ». (Rép. min. n° 20553 : JO Sénat, 7 juill. 2016, p. 3023)

A. L'exemple des nappes profondes de Gironde avec le SMEGREG

En Gironde, l'approvisionnement en eau potable est assuré pour l'essentiel à partir d'eau souterraine (97 % de l'eau potable) et plus particulièrement de nappes profondes (75 % de l'eau potable), dont certaines sont surexploitées. Dans les nappes surexploitées ou à la limite de l'être, l'usage *eau potable* représente plus de 92 %

des prélèvements. Compte tenu de la qualité exceptionnelle de ces eaux profondes, à l'abri des pollutions superficielles, l'enjeu de la gestion de ces ressources est la pérennisation d'un mode d'approvisionnement en eau potable qui garantit à moindre coût une très grande sécurité sanitaire.

Les objectifs et modalités pratiques d'une gestion équilibrée et durable de ces ressources sont arrêtés dans le schéma d'aménagement et de gestion de l'eau (SAGE) des nappes profondes de Gironde approuvé en 2003 et révisé en 2013. Pour restaurer et garantir le bon état des ressources de son périmètre, le SAGE impose la mise en œuvre, pour tous les usages, d'une politique prioritaire d'économie d'eau et de maîtrise des consommations. Pour ce qui est de l'usage *eau potable*, cette politique volontariste de maîtrise de la demande a permis d'accueillir plus de 200 000 habitants supplémentaires depuis 2003 sans augmenter les prélèvements dans le milieu naturel.

Toutefois, le gisement d'économie d'eau techniquement et économiquement mobilisable est insuffisant pour réduire à un niveau acceptable les prélèvements dans les nappes surexploitées. Pour restaurer le *bon état* de ces dernières, les économies d'eau doivent être complétées par des substitutions de ressources. Par substitution, il faut entendre la satisfaction d'un usage optimisé par une ressource alternative à une nappe surexploitée. À noter que les substitutions à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs du SAGE concernent plus de 15 % des volumes prélevés pour l'eau potable et représente un montant d'investissement supérieur à 120 millions d'euros.

Si la politique d'économie a été imposée à tous les usages et sur tout le territoire du SAGE, demander des efforts de substitution à tous les services constituerait une aberration du point de vue économique. En effet, si tant est qu'une solution locale existe, ce qui est loin d'être toujours le cas, sa mise en œuvre s'avère toujours moins efficace, du point de vue économique, que la concentration des moyens sur quelques solutions mutualisées de plus grande ampleur.

Pour atteindre les objectifs du SAGE dans les meilleures conditions, il convient donc d'organiser l'accès aux ressources des nappes profondes dans un cadre solidaire, qui transcende les limites des services d'eau potable, de manière à concentrer les moyens sur les substitutions présentant, toutes choses égales par ailleurs, notamment en termes de garanties sanitaires, les meilleurs rapports coûts-efficacité. C'est ce qui est demandé au SMEGREG dans lequel sont associés le département et 21 des services d'eau potable girondins (qui représentent 70 % des volumes d'eau potable), dont Bordeaux Métropole.

Mais organiser cet accès solidaire à la ressource a un coût. Et ne substituer que sur certains secteurs, avec des réductions de prélèvements dans les nappes surexploitées bien au-delà de ce que l'on pourrait exiger des services concernés dans le cadre d'un partage équitable des efforts, pose le problème de l'impact de la réparation du milieu sur la facture des abonnés de ces services.

En effet, si ces acteurs procèdent à des substitutions bien au-delà de ce que leur responsabilité dans la surexploitation peut

justifier, l'augmentation du prix de l'eau pour leurs abonnés sera elle aussi bien supérieure à ce qu'elle devrait être. Dans le même temps, d'autres services pourront continuer, sans avoir investi, donc sans impact sur leur prix de l'eau, à s'approvisionner à partir des nappes jusqu'alors surexploitées.

C'est pour compenser ces augmentations, à défaut de partager les efforts techniques, que le SAGE identifiait déjà dans sa version de 2003 la nécessité de mettre en œuvre un mécanisme de partage équitable des coûts, le cas échéant en mobilisant les possibilités offertes par l'article L. 211-7 du code de l'environnement et les articles du code rural associés.

Mais, pour se saisir de ces outils législatifs et réglementaires pour intervenir dans la gestion des ressources en eau, encore faut-il disposer de la compétence idoine, ce qui à l'analyse n'est pas le cas du SMEGREG – comme de bien d'autres syndicats mixtes – du fait de l'absence de compétence de leurs membres en la matière.

B. L'exemple de la nappe de la Crau dans les Bouches-du-Rhône avec le SYMCRAU

La Crau est une vaste plaine paléo-fluviale de 550 km² située à l'ouest du département des Bouches-du-Rhône et dépourvue de tout réseau hydrographique de surface. Naturellement aride et peu fertile du fait du contexte climatique méditerranéen et de la présence d'un sol caillouteux, la Crau bénéficie d'un transfert d'eau depuis la Durance voisine d'une vingtaine de kilomètres. Ce transfert interbassin est assuré par des canaux de surface à vocation agricole dont le premier date du XVI^e siècle. Cette ressource a permis l'implantation au XVIII^e siècle d'une production fourragère aujourd'hui labélisée AOP. L'irrigation par submersion de ces prairies présente comme effet induit la recharge artificielle de la nappe phréatique de la Crau à hauteur de 70 % des apports annuels et, en cascade, le développement au début du XX^e siècle de ce territoire jusqu'alors désertique.

La nappe de la Crau alimente en eau potable, à concurrence de 30 millions de m³/an, les 16 communes du territoire et les villes voisines soit près de 300 000 habitants. L'exploitation de cet aquifère local apporte une solution à moindre coût pour l'alimentation en eau potable des zones urbaines mais également de l'important tissu d'habitat diffus dont l'approvisionnement par une autre solution serait économiquement impossible. La nappe permet également d'assurer les besoins en eau pour les activités économiques et militaires, dont certaines revêtent un caractère stratégique à l'échelle nationale : zone industrialo-portuaire de Fos-sur-Mer (pétrochimie, sidérurgie, fret), arboriculture (territoire leader national pour la production de pêche). Globalement, il est prélevé deux fois plus dans cette nappe que les précipitations locales ne lui apportent. L'équilibre quantitatif de la ressource en eau dépend donc de l'alimentation artificielle de la nappe liée au transfert d'eau.

Or deux causes majeures menacent la pérennité de cet équilibre. Tout d'abord la disponibilité de la ressource sur le bassin de la Durance, celle-ci étant est menacée à la fois par une raréfaction liée au changement climatique et par des conflits d'usage toujours plus prégnants.

Ensuite, le territoire de la Crau connaît une forte pression démographique, source d'une augmentation de la demande, qui génère une extension urbaine sur les zones agricoles alors que chaque hectare de prairie urbanisée représente un déficit en eau équivalent à l'alimentation de 200 habitants. Au-delà de cette perte sèche, l'urbanisation des prairies menace le transfert d'eau du fait de son impact sur l'équilibre économique de cette pratique. Les canaux d'irrigation sont en effet entretenus par des associations syndicales de propriétaires (ASP) financées par les producteurs de foin. Alors que les linéaires de canaux ne diminuent pas, pas plus que les charges pour leur entretien, les surfaces irriguées qui servent d'assiette à la répartition des charges diminuent sous l'effet du grignotage urbain.

Enfin, il faut garder à l'esprit l'effet très bénéfique de la recharge artificielle en matière de qualité d'eau du fait à la fois du pouvoir de dilution des pollutions accidentelles ou diffuses issues des activités anthropiques actuelles ou historiques et du maintien de niveaux suffisamment élevés au sein du réservoir pour se prémunir du risque d'intrusion saline depuis la mer méditerranéenne. Face à ces pressions, des zones de sauvegarde pour préserver les secteurs stratégiques pour l'alimentation en eau potable actuelle et future ont été instaurées.

Ce sont tous ces enjeux qui ont motivé la création, en 2006, du SYMCRAU, qui rassemble les EPCI-FP en charge de l'eau potable (métropole d'Aix-Marseille, communauté d'agglomération d'Arles), les représentants des usagers économiques (chambre d'agriculture, chambre de commerce et d'industrie et grand port Maritime de Marseille-Fos) et les gestionnaires de canaux. Un contrat de nappe a été approuvé en 2017 (9 millions d'euros sur 6 ans) et un SAGE est en cours de préfiguration.

Dans ce contexte, alors que les surfaces dédiées à la production de foin se réduisent et que les revenus de cette production sont limités, le maintien des pratiques d'irrigation liées à cette activité est indispensable pour garantir la continuité du service d'eau potable en quantité et qualité et, au-delà, une gestion équilibrée et durable de la ressource. La poursuite de cette activité en perte de vitesse et peu rémunératrice ne pourra être assurée que par un transfert de charges de l'agriculture vers le service d'eau potable au travers d'une redevance pour service rendu.

Tant pour cet aspect lié à l'irrigation, que pour le partage des autres coûts de gestion de la ressource, on se retrouve dans la même situation de blocage que celle décrite dans l'exemple du SMEGREG, les collectivités membres du SYMCRAU ne disposant pas des compétences leur permettant de s'emparer des outils législatifs et réglementaires existants.

II. LA GOUVERNANCE DE L'EAU À L'ÉPREUVE DU CGCT

Le SMEGREG et le SYMCRAU occupent en pratique un espace laissé vacant dans l'organisation territoriale de la gestion de la ressource en eau du fait de la non-déclinaison opérationnelle des dispositions légales.

Ainsi, la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 prévoyait-elle, à son article 16, la création « d'établissements publics placés sous la tutelle de l'État, ayant pour objet, dans un bassin ou fraction de bassin, un cours d'eau ou section de cours d'eau, ou dans une zone déterminée, la lutte contre la pollution des eaux, l'approvisionnement en eau, la défense contre les inondations, l'entretien et l'amélioration des cours d'eau, des lacs et des étangs non domaniaux et des canaux et fossés d'irrigation et d'assainissement ». Ces établissements s'inscrivaient dans une logique ternaire : une agence financière de bassin pour financer la politique de l'eau, un comité de bassin pour définir des projets d'intérêt commun et des établissements publics ayant vocation à mettre en œuvre lesdits projets. Ce schéma était dans sa nature d'essence étatique.

Ces établissements d'État n'ayant jamais vu le jour, l'espace qu'ils devaient occuper a été comblé, du fait des lois de décentralisation de 1982-1983, par les collectivités, essentiellement les départements, suite notamment à des situations de crises affectant leurs territoires (sécheresses ou inondations) ou bien en raison de la nécessité de prendre en charge des enjeux hydrauliques à l'échelle de plusieurs départements. Le format juridique initial a été celui des institutions ou d'ententes interdépartementales (institution des eaux de la Montagne noire, institution Adour, institution Charente, entente Lot, EPIDOR...). C'était bien la clause de compétence générale qui permettait à ces acteurs territoriaux de s'impliquer sur des sujets que la loi n'avait affectés à aucun opérateur territorial en particulier.

La loi sur l'eau n° 92-3 du 3 janvier 1992 a, quant à elle, conceptualisé la notion de gestion des eaux en proposant deux outils de planification sous forme de schémas : schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et schéma d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE). Dans les deux cas, il s'agit de documents élaborés par des instances qui ne sont pas dotés de la personnalité morale (respectivement le comité de bassin et la commission locale de l'eau).

Cette loi avait prévu l'instauration d'une structure *ad hoc* dédiée spécifiquement à la mise en œuvre du SAGE. L'article 7 prévoyait en effet que « pour faciliter la réalisation des objectifs arrêtés dans un schéma d'aménagement et de gestion des eaux, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements exerçant tout ou partie des compétences énumérées à l'article 31 peuvent s'associer dans une communauté locale de l'eau ». Jamais mise en œuvre, cette disposition a été abrogée en faveur des établissements publics territoriaux de bassin (EPTB)⁴.

4. La loi du 3 janvier 1992 parachève la décentralisation territoriale de la gestion de l'eau et élargit les compétences susceptibles d'être mises en œuvre en prévoyant, dans son article 7, la création d'une communauté locale de l'eau, au statut d'établissement public de collectivités territoriales, pour faciliter la réalisation des objectifs arrêtés dans un SAGE ou exercer toute ou partie des compétences énumérées à l'article 31. Cet article a été codifié à l'article L. 213-9 du code de l'environnement. En 2003, désireux de rétablir le « trépied » de la loi de 1964, le législateur a consacré le rôle des établissements publics territoriaux de bassin (EPTB) en les substituant aux établissements publics administratifs de la loi de 1964. La loi du 30 juillet 2003 dite *BACHELOT* a entériné, dans son article 46, cette appellation qui ne regroupait à l'origine que des structures interdépartementales, voire interrégionales, qui s'étaient regroupées en association nationale le 14 janvier 1999. ►

La loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) de 2006 vient modifier ce cadre. S'agissant des missions des agences, le projet de loi prévoyait que celles-ci contribuent à la mise en œuvre des orientations du SDAGE et à l'application du SAGE et mènent ou soutiennent des actions destinées à favoriser une gestion globale, durable et équilibrée de la ressource en eau et des milieux aquatiques continentaux et marins, à assurer l'alimentation en eau potable et la gestion des crues, à permettre le développement durable des activités économiques et à préserver les intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 du code de l'environnement. En première lecture, le Sénat a précisé cette rédaction, en prévoyant que les agences ont pour mission première de contribuer à la mise en œuvre des orientations du SDAGE et à l'application du SAGE.

Le législateur a voulu que les agences de l'eau soient plus impliquées dans l'opérationnalité de ces nouvelles planifications en prévoyant qu'elles mettent en œuvre les SDAGE et les SAGE. Cette implication résulte de l'article L. 213-8-1 du code de l'environnement. Les agences n'ont jamais véritablement assumé ce rôle opérationnel de mise en œuvre des SAGE, se contentant de subventionner les structures existantes (EPTB ou autres syndicats mixtes). En réalité, les agences de l'eau sont restées enfermées dans leur rôle historique d'agence financière de bassin, se plaçant ce faisant directement en concurrence avec Bercy, surtout depuis que les redevances des agences ont été qualifiées en 1982 par le Conseil constitutionnel dans un avis « d'impositions de toutes natures »⁵.

Au final, il en résulte une organisation dans laquelle les acteurs compétents n'exercent pas leur compétence ; leur carence (ou les carences de la loi) étant comblée par les collectivités, regroupées dans les formes prévues par le code général des collectivités territoriales (CGCT), pour porter et mettre en œuvre des actions pour lesquelles :

- elles ne sont pas compétentes (services d'eau potable) ou plus compétentes (départements et régions) ;
- elles ne peuvent donc pas mobiliser des mécanismes financiers du type redevance pour service rendu prévu par l'article L. 151-36 et suivants du code rural et de la pêche maritime.

► L'article L. 213-10 du code de l'environnement disposait que « pour faciliter à l'échelle d'un bassin ou d'un sous bassin hydrographique, la prévention des inondations et la gestion équilibrée de la ressource en eau, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent s'associer au sein d'un établissement public territorial de bassin ». Cet article n'autorisait que les institutions interdépartementales et les syndicats mixtes ouverts à prétendre au statut d'EPTB.

La loi sur l'eau et les milieux aquatiques n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 (LEMA) a abrogé le texte relatif aux communautés locales de l'eau. L'objectif était de développer des intercommunalités par sous-bassin à partir des outils mis en place par la loi de 2003, et plus particulièrement les EPTB. La LEMA a définitivement orienté la structuration territoriale vers ces seules structures habilitées à intervenir aussi bien à l'échelle d'un bassin que d'un sous-bassin notamment pour faciliter la réalisation des objectifs définis dans le cadre d'un SAGE. Cette consécration des EPTB comme « intercommunalité » de sous-bassin est le résultat de l'article 22, 2° de la LEMA, qui élargit le statut juridique d'EPTB au syndicat mixte « fermé » (CGCT, art. L. 5711-1).

La loi du 27 janvier 2014 dite MAPTAM (L. n° 2014-58, art. 57) a associé aux EPTB une nouvelle dénomination censée représenter les EPCI-FP d'un bassin hydrographique, à savoir les établissements publics d'aménagements et de gestion des eaux (EPAGE).

5. FLORY J.-C., *Les redevances des agences de l'eau, Enjeux, objectifs et propositions d'évolution dans la perspective de la réforme de la politique de l'eau*, rapp. au Premier ministre, Doc. fr., oct. 2003

Quant à l'article 31, de la loi de 1992, qui a été codifié depuis à l'article L. 211-7 du code de l'environnement, il définissait des missions d'intérêt général auxquelles les collectivités et leurs groupements pouvaient concourir sans pour autant disposer de compétences particulières sur ces différents sujets, mais susceptibles pourtant d'être assumées en recourant à la clause de compétence générale des collectivités territoriales. Cet article a été improprement considéré, avec l'émergence de la nouvelle compétence GEMAPI (2014), comme définissant des compétences de collectivités.

En d'autres termes, l'article L. 211-7 du code de l'environnement ne peut pas être regardé comme un mécanisme attributif de compétences⁶ aux collectivités visées par cette mesure. Ce dispositif renvoie tout au plus à une procédure d'habilitation préfectorale – donc un contrôle de l'État – d'une collectivité donnée pour qu'elle réalise un projet ou une action. Pour autant, la mise en œuvre de cet article requiert que ladite collectivité dispose au préalable de la compétence en rapport avec l'objet de son intervention.

III. LES LIMITES DU STATUT JURIDIQUE DE LA RESSOURCE EN EAU ET DES DISPOSITIFS DE PROTECTION ASSOCIÉES A LA PRÉSERVATION DES EAUX

En matière de ressource en eau, les Parlements, européen et national, semblent avoir donné priorité à une approche par usage en se référant à la notion « d'approvisionnement en eau ». Cette référence renvoie à l'activité qui consiste dans « l'apport d'eau venant de l'extérieur d'un territoire donné »⁷ Cette activité est par ailleurs qualifiée de *service d'intérêt général* par le 15^e considérant de la directive cadre sur l'eau (DCE)⁸. En droit interne, le Conseil d'État a eu l'occasion d'indiquer que le service de distribution d'eau à des fins d'irrigation était constitutif d'un service public industriel et commercial⁹. Cette conception utilitariste, qui considère la ressource en eau sous le prisme de sa finalité économique (agriculture, navigation, hydroélectricité...), est bien inscrite dans le code de l'environnement¹⁰, qui a toutefois

6. CE, 13 janv. 1995, n° 140435 : Lebon, T. – Ni l'article L. 315-4 du code des communes relatif aux travaux de protection contre les inondations, ni l'article L. 315-9 du même code, relatif aux travaux d'aménagement des eaux, ni l'article L. 315-11 du même code relatif au régime et à la répartition des eaux « ne donne compétence aux communes pour mettre en valeur et exploiter un cours d'eau ». Dès lors un district ne peut « se voir attribuer par les communes qui le constituent une telle compétence dont elles [sont] elles-mêmes dépourvues ».

7. CJUE, 11 sept. 2012, n° C-43/10, Dans le cas d'espèce, il s'agissait du détournement partiel du fleuve l'Acheloo, vers le fleuve Pineios, et d'une exploitation de son cours supérieur pour produire de l'énergie. En ce sens, cet arrêt a considéré que l'approvisionnement en eau est synonyme de transfert d'eau, qu'il s'agisse d'eau potable ou d'eau d'irrigation.

8. Dir. n° 2000/60/CE du Parlement et du Conseil, 23 oct. 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau : JOCE L 327, p. 1

9. CE, 5 mai 1995, n° 109930 : Lebon, T.

10. L'article L. 211-7 relatif à l'obtention par les collectivités ou les groupements d'une déclaration d'intérêt général à la rubrique 3° ; dans le tableau annexé à l'article R. 122-2 qui énumère les catégories de projet devant faire l'objet d'une évaluation environnementale. Parmi ces projets figurent, à l'article 27, les forages en profondeur, notamment les forages géothermiques, les forages pour l'approvisionnement en eau, à l'exception des forages pour étudier la stabilité des sols ; l'article L. 211-3 2° qui prévoit qu'une décret

cherché à tempérer cette approche en promouvant les termes d'une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau. L'article L. 211-1 du même code définit d'ailleurs les termes à considérer dans la définition de cette gestion (v. encadré).

Cette notion de gestion est apparue pour la première fois dans le droit de l'eau, à l'occasion de la loi du 3 janvier 1992, comme notion nécessaire et complémentaire à la notion de police et de propriété. L'émergence de cette notion de gestion traduisait, en fait implicitement, une remise en cause du statut juridique des eaux courantes consigné à l'article 714 du code civil. Cette disposition prévoit en effet qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». Autrement dit, les eaux courantes sont sur le plan du droit civil considérées comme insusceptibles d'appropriation et à l'usage de tous.

Ce statut civil, s'il perdure théoriquement, n'était plus tenable en pratique tant les pressions anthropiques, sur le plan quantitatif et qualitatif, ont sapé les bases de ce postulat législatif ; la libre disposition de la ressource en eau se trouvant en effet directement menacée par plusieurs étés de sécheresses climatiques (1989, 1990, 1991) et les seuls mécanismes de police ne suffisant plus manifestement pour faire face à ces tensions répétées, structurelles, sur la ressource en eau et aux conflits d'usages générés par la pénurie d'eau.

Ainsi, le législateur a cru nécessaire d'affirmer l'importance vitale de l'eau dans la loi sur l'eau de 1992 en déclarant que « l'eau fait partie du patrimoine commun de la Nation ». Il est donc admis depuis cette loi que « sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général »¹¹. Les démarches de planification sont désormais la règle dans ce domaine (SDAGE, SAGE).

Le régime de protection de la ressource en eau pour l'usage de consommation d'eau potable illustre le caractère très réducteur du dispositif en vigueur. La compétence du service de d'eau potable est en effet définie par un chapelet de missions qui s'articulent entre elles pour permettre de garantir un usage de la ressource

peut édicter, dans le respect de l'équilibre général des droits et obligations résultant de concessions de service public accordées par l'Etat, des prescriptions spéciales applicables aux installations, travaux et activités qui font usage de l'eau ou qui en modifient le niveau ou le mode d'écoulement et les conditions dans lesquelles peuvent être interdits ou réglementés tous forages, prises d'eau, barrages, travaux ou ouvrages de rejet, notamment dans les zones de sauvegarde de la ressource, déclarées d'utilité publique pour l'approvisionnement actuel ou futur en eau potable ; 5° Délimiter, afin d'y établir un programme d'actions dans les conditions prévues au 4° du présent article a) Des zones où il est nécessaire d'assurer la protection quantitative et qualitative des aires d'alimentation des captages d'eau potable d'une importance particulière pour l'approvisionnement actuel ou futur, le cas échéant après qu'elles ont été identifiées dans le plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eau et des milieux aquatiques prévu au I de l'article L. 212-5-1. Le programme d'actions peut prévoir l'interdiction de l'usage de substances dangereuses pour la santé ou l'environnement sur ces zones ; l'article R. 212-3 qui prévoit que « le comité de bassin établit un état des lieux qui rassemble les analyses suivantes : 3°c) Une estimation par secteur, en distinguant au moins les activités industrielles, les activités agricoles et les usages domestiques, des dépenses et des recettes relatives à l'approvisionnement en eau et à l'épuration des rejets.

11. C. env., art. L. 210-1

De la gestion équilibrée et durable de l'eau

La gestion équilibrée et durable de la ressource en eau vise à assurer, selon l'article L. 211-1 du code de l'environnement :

- 1° La prévention des inondations et la préservation des écosystèmes aquatiques, des sites et des zones humides ; on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire ; la végétation, quand elle existe, y est dominée par des plantes hygrophiles pendant au moins une partie de l'année ;
- 2° La protection des eaux et la lutte contre toute pollution par déversements, écoulements, rejets, dépôts directs ou indirects de matières de toute nature et plus généralement par tout fait susceptible de provoquer ou d'accroître la dégradation des eaux en modifiant leurs caractéristiques physiques, chimiques, biologiques ou bactériologiques, qu'il s'agisse des eaux superficielles, souterraines ou des eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales ;
- 3° La restauration de la qualité de ces eaux et leur régénération ;
- 4° Le développement, la mobilisation, la création et la protection de la ressource en eau ;
- 5° La valorisation de l'eau comme ressource économique et, en particulier, pour le développement de la production d'électricité d'origine renouvelable ainsi que la répartition de cette ressource ;
- 5° bis La promotion d'une politique active de stockage de l'eau pour un usage partagé de l'eau permettant de garantir l'irrigation, élément essentiel de la sécurité de la production agricole et du maintien de l'étiage des rivières, et de subvenir aux besoins des populations locales ;
- 6° La promotion d'une utilisation efficace, économe et durable de la ressource en eau ;
- 7° Le rétablissement de la continuité écologique au sein des bassins hydrographiques.

dans un cadre dominé par des considérations sanitaires. L'article L. 2224-7-1 du CGCT définit chacune des missions constitutives du service d'eau potable : la production par captage ou pompage, la protection du point de prélèvement, le traitement, le transport, le stockage et la distribution de l'eau¹².

12. La finalité de ce service est bien la consommation humaine dont les conditions techniques de mise en œuvre sont définies par le code de la santé publique en raison même des enjeux sanitaires associés à cet usage de l'eau. L'article L. 1321-1 de ce code prévoit, donc, que « toute personne qui offre au public de l'eau en vue de l'alimentation humaine, à titre onéreux ou à titre gratuit et sous quelque forme que ce soit, y compris la glace alimentaire, est tenue de s'assurer que cette eau est propre à la consommation ». La protection de la qualité des eaux prélevées repose principalement sur la mise en place de périmètres de protection (immédiate contre les actes de malveillance ; rapprochée : zone « tampon », éloignée : zone de vigilance) prévus par l'article L. 1321-2 du même code.

Mais si on veut se convaincre que ce mode d'attribution de compétences se limite à l'attribution de missions visant à permettre un usage et non pas à intervenir dans la gestion de la ressource, il suffit d'examiner les modalités d'intervention des services d'eau potable dans le cadre de la lutte contre les pollutions diffuses dans les aires d'alimentation des captages.

La loi dite *Grenelle II* (2010) puis plus tard la Conférence environnementale (2014), ont identifié une liste de captages, dits prioritaires, délivrant des eaux dégradées par des pollutions diffuses et pour lesquels il apparaissait indispensable d'engager des actions de maîtrise desdites pollutions. Pour ce faire, l'échelle d'intervention à considérer (bassin d'alimentation du captage) est bien supérieure à celle qui prévaut traditionnellement pour les périmètres de protection des captages, ces derniers étant destinés à maîtriser les risques de pollution accidentelle et ponctuelle du point de prélèvement.

Le service d'eau potable n'étant pas compétent théoriquement en matière de préservation et de gestion de la ressource, mais seulement en matière de protection du captage, l'artifice trouvé pour permettre son intervention pour lutter contre les pollutions diffuses a été de définir un périmètre de protection éloignée le plus large possible, ou de réviser le périmètre de protection éloignée existant, pour que celui-ci recouvre l'intégralité du bassin ou de l'aire d'alimentation du captage.

CONCLUSION : LA CRÉATION D'UNE NOUVELLE COMPÉTENCE TERRITORIALE AU CŒUR DU DÉBAT RELATIF AUX OBJECTIFS COMMUNAUTAIRES DE BON ÉTAT DES MASSES D'EAU

L'enjeu de la présente contribution est de parvenir à faire prendre en compte par le législateur les dispositions nécessaires à la préservation et à la gestion de la ressource en eau pour elle-même en y associant les collectivités territoriales, qu'elles soient ou non directement concernées par les différents usages de l'eau.

Pour les services d'eau potable, il s'agit de permettre, s'ils le jugent opportun, aux autorités organisatrices de services publics de s'impliquer dans la gestion de la ressource qualitative (pour les pollutions diffuses par exemple) ou quantitative (pour garantir la disponibilité de la ressource) à une échelle plus large que celle des périmètres de protection.

Il ne peut être question, à ce stade, d'en faire une obligation au-delà desdits périmètres, au risque de faire financer une partie de la politique agricole par les consommateurs d'eau. En effet, dans l'intérêt de l'usager, le service doit être rendu au meilleur coût, et le responsable du service doit donc avoir le libre choix entre l'action préventive (lutte contre les pollutions diffuses) et l'action curative (traitement) selon le contexte et l'intérêt des usagers.

Aussi, pour permettre l'intervention des services d'eau potable et des collectivités départementales et régionales dans le domaine de la ressource en eau, les auteurs de la présente contribution ont considéré qu'il était nécessaire d'envisager des évolutions législatives suivantes consistant dans :

- une redéfinition de l'article L. 2224-7 du CGCT ou un complément à l'article suivant pour intégrer explicitement la possibilité d'intervention du service public d'eau (petit cycle) dans « la gestion et la préservation de la ressource en eau » (grand cycle) ;
- la reconnaissance d'une compétence portant sur la « gestion patrimoniale de la ressource en eau » dans toutes ses dimensions d'usages et environnementales ;
- l'affectation de cette nouvelle compétence, qui pourrait être partagée, en fonction des échelles concernées.

Cette démarche de qualification législative s'inscrirait dans la suite de l'exercice entamé par le législateur avec la compétence *GEMAPI*¹³, à savoir la définition et la normalisation du grand cycle de l'eau qui reste à parachever. Peut-être dans le cadre d'une future loi sur la gouvernance de l'eau qui définirait le rôle et les responsabilités de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements ?

13. MARC Ph., CHARLES C., « La compétence *GEMAPI* : les tribulations du législateur en l'absence de définition légale du "grand cycle de l'eau" » : Dr. Env. 2018, p. 66