

GOVERNANCE DES SYSTEMES D'ENDIGUEMENT

1. GEMAPI : QUI FAIT QUOI ?

La loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (loi MAPTAM) instaure une compétence de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations (compétence GEMAPI) confiée exclusivement¹ aux communes et établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre.

La compétence GEMAPI est constituée de 4 missions de base qui sont identifiées aux 1°, 2°, 5° et 8° du I de l'article L.211-7 :

- 1° : L'aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;
- 2° : L'entretien et l'aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris les accès à ce cours d'eau, à ce canal, à ce lac ou à ce plan d'eau ;
- 5° : La défense contre les inondations et contre la mer ;
- 8° : La protection et la restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides ainsi que des formations boisées riveraines.

La gestion des digues, objet du présent document, relève de la mission 5°.

La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe) a fixé au 1er janvier 2018 l'instauration de la compétence GEMAPI à titre obligatoire et exclusive, en prévoyant toutefois une période de transition qui courait jusqu'au 1er janvier 2020.

La loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 relative à l'exercice des compétences des collectivités territoriales dans le domaine de la gestion des milieux aquatiques et de la prévention des inondations (dite « loi Fesneau ») a confirmé ces deux échéances du 1er janvier 2018 et du 1^{er} janvier 2020.

Depuis le 1^{er} janvier 2020, la compétence GEMAPI est donc désormais en vigueur, tout en instaurant une possibilité dérogatoire de maintien des départements et des régions après le 1er janvier 2020, lorsqu'ils étaient historiquement impliqués (c'est-à-dire avant le 1^{er} janvier 2018) dans des missions relevant aujourd'hui de la GEMAPI, sous conditions (cf 1.3).

Sauf accord particulier avec les EPCI à fiscalité propre concernés en vue d'un transfert anticipé, les digues gérées par l'Etat ou l'un de ses établissements publics doivent faire l'objet d'un transfert de gestion au plus tard le 28 janvier 2024 (article 59-IV loi MAPTAM – cf. 1.7).

Cette annexe précise la façon dont la compétence GEMAPI est dévolue aux collectivités ainsi que certaines modalités particulières d'exercice de la compétence conformément à la loi.

1.1 Attribution automatique de la GEMAPI aux EPCI à fiscalité propre

Les EPCI à fiscalité propre² et la métropole de Lyon (juridiquement, il s'agit d'une collectivité particulière) sont attributaires de la compétence GEMAPI. Les références correspondantes figurent dans le code général des collectivités territoriales aux articles suivants :

- L. 5214-16, si l'EPCI à fiscalité propre est une communauté de communes ;
- L. 5216-5, si l'EPCI à fiscalité propre est une communauté d'agglomération ;
- L. 5215-20 ou L. 5215-20-1 s'il s'agit d'une communauté urbaine ;
- L. 5217-1 s'il s'agit d'une métropole de droit commun ;
- L. 5219-1 si la métropole est celle du Grand Paris ;
- L. 3641-1 si la métropole est celle de Lyon.

¹ passée une période de transition

² Y compris la métropole du Grand Paris

1.2 Cas des (rares) communes restées isolées

Les quelques communes isolées mentionnées au V de l'article L. 5210-1-1 du CGCT où il n'existe pas d'EPCI à fiscalité propre (par exemple à Saint-Pierre-et-Miquelon) sont elles aussi tributaires de la compétence GEMAPI en application du I *Bis* de l'article L.211-7 du code de l'environnement.

1.3 Rôle possible par dérogation après le 1^{er} janvier 2020 des collectivités historiquement impliquées, sous conditions

La loi Fesneau du 30 décembre 2017 autorise, à titre dérogatoire et sous conditions, les départements et régions exerçant une ou plusieurs des missions attachées à la compétence GEMAPI au 1er janvier 2018, à en poursuivre l'exercice, au-delà du 1er janvier 2020, sans limite de durée. Ces dispositions sont détaillées comme suit³ :

Par dérogation à la première phrase du présent I, les départements et les régions qui assurent l'une de ces missions à la date du 1er janvier 2018 peuvent, s'ils le souhaitent, en poursuivre l'exercice au-delà du 1er janvier 2020, sous réserve de conclure une convention avec chaque commune mentionnée au V du même article L. 5210-1-1 ou chaque établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre concerné. Cette convention, conclue pour une durée de cinq ans, détermine notamment les missions exercées, respectivement, par le département ou la région, d'une part, par la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, d'autre part, ainsi que la coordination de leurs actions et les modalités de financement de ces missions.

Pour que cette dérogation soit effective, le département ou la région devaient, avant cette date, exercer des missions relevant de la compétence GEMAPI. Les départements et régions concernés qui le souhaitent peuvent ainsi poursuivre au-delà du 1er janvier 2020 l'exercice de ces missions, sans en prendre de nouvelles, ni sans en étendre le champ d'action territoriale.

La mise en œuvre de la dérogation est, par ailleurs, subordonnée à l'obligation de conclure une convention avec les EPCI à fiscalité propre concernés⁴. Cette convention obligatoire est conclue pour une durée initiale de cinq ans. Elle pourra par la suite être renouvelée aussi longtemps que les départements et les régions souhaiteront poursuivre, en accord avec les EPCI à fiscalité propre compétents, leurs interventions en matière de GEMAPI.

Cette dérogation n'est pas l'équivalent d'un transfert de la compétence GEMAPI, qui reste en les mains des EPCI à fiscalité propre. Elle peut néanmoins avoir comme conséquence de décharger ces EPCI. Comme il ne saurait y avoir les mêmes actions d'intérêt général exercées au même endroit par deux acteurs publics, la convention doit déterminer avec précision la répartition des missions exercées respectivement par le département, la région et le bloc communal ainsi que leurs modalités de coordination et de financement. Cette convention peut prévoir que l'acteur historique soit le titulaire de l'autorisation du système d'endiguement.

Par ailleurs, en lieu et place de la poursuite d'une implication directe, ces départements et régions qui exerçaient à la date du 1er janvier 2018 des missions attachées à la compétence GEMAPI peuvent, toujours dans le cadre de la dérogation prévue par la « loi Fesneau », choisir d'adhérer à un syndicat mixte ouvert les associant aux côtés des EPCI à fiscalité propre compétents pour la GEMAPI, même si ce syndicat mixte est créé après le 1er janvier 2020.

Selon la même logique, les départements et régions qui exerçaient ces missions à travers des syndicats mixtes auxquels ils avaient adhéré avant le 1er janvier 2018 peuvent en demeurer membres après le 1er janvier 2020.

Ces syndicats mixtes pourront être parties à la convention susmentionnée, si les départements, régions et EPCI en sont d'accord.

³ La « loi Fesneau » a inséré ces dispositions au I de l'article 59 (deux dernières phrases) de la loi n° 2014-58 (loi MAPTAM).

⁴ Ou le cas échéant avec les communes isolées des îles maritimes où un EPCI à fiscalité propre n'a pas été créé. Ces communes sont expressément mentionnées au V de l'article L. 5210-1-1 du code général des collectivités territoriales.

1.4 Mécanisme juridique de « représentation /substitution »

Le mécanisme dit de « représentation / substitution » est inscrit aux articles L. 5214-21, L. 5216-7, L. 5215-22, L. 5217-7 du code général des collectivités territoriales. Cet outil juridique se rapporte au fonctionnement des EPCI à fiscalité propre pour l'exercice de certaines compétences, notamment la GEMAPI. Il repose sur le principe selon lequel un EPCI à fiscalité propre se substitue à ses communes membres au sein d'un syndicat lorsqu'une partie ou la totalité du périmètre de l'EPCI à fiscalité propre est inclus dans celui dudit syndicat.

Depuis le 1er janvier 2018, les EPCI à fiscalité propre sont compétents en matière de GEMAPI (aux réserves près rappelées aux 1.2 à 1.3). Quand des communes étaient membres à la date du 31 décembre 2017 d'un syndicat de communes ou d'un syndicat mixte aux fins d'exercer des missions relevant de la GEMAPI, alors, sous l'effet du transfert de plein droit de la nouvelle compétence aux EPCI-FP et du mécanisme de « représentation / substitution », les communes membres de ce syndicat sont automatiquement remplacées par leurs EPCI-FP de rattachement. S'il n'était pas déjà constitué sous la forme d'un syndicat mixte ouvert ou fermé, le syndicat le devient automatiquement à la date du 1er janvier 2018. Ce transfert de compétence en cascade (de la commune au profit de son EPCI à fiscalité propre de rattachement puis de ce dernier au profit du syndicat) reste toutefois limité, en termes de missions, à ce que faisait ce syndicat avant le 1er janvier 2018.

Exemple : le syndicat intercommunal de la vallée de la rivière X, regroupant les trois communes A, B, C du bassin amont, gère à la date du 31 décembre 2017 les digues communales le long de ce cours d'eau. Il continue de le faire après le 1er janvier 2018 au titre de la GEMAPI (élément de mission 5°). Ce syndicat, qui juridiquement devient un syndicat mixte, est désormais constitué, en lieu et place des communes A, B et C, de leurs 2 EPCI à fiscalité propre de rattachement (les communes A et B relevant de l'EPCI-FP 1 et la commune C relevant de l'EPCI-FP 2). En revanche, ce syndicat mixte n'exerce pas la gestion des digues implantées sur la commune D du bassin aval du cours d'eau, commune par ailleurs membre d'un troisième EPCI-FP, car à la date du 1er janvier 2018 le syndicat de la vallée de la rivière X ne les gère pas.

Depuis le 1er janvier 2018, il est donc tout à fait possible que des syndicats mixtes (fermés ou ouverts) soient dépositaires de missions relevant de la GEMAPI par l'effet du mécanisme de représentation-substitution.

Par ailleurs, « ce point de départ » de la carte effective des autorités détentrices de la compétence GEMAPI à la date du 1er janvier 2018 ne fait évidemment pas obstacle à des regroupements complémentaires à venir (fusion de syndicats entre eux, adhésion de nouveaux EPCI à fiscalité propre à un syndicat, transfert des missions initialement « manquantes », etc.)

1.5 Différenciation géographique et fonctionnelle de la GEMAPI

Le **découpage selon chacune des quatre missions** attachées à la compétence GEMAPI a été explicitement admis par la « loi Fesneau » : un EPCI à fiscalité propre peut transférer à un syndicat mixte l'ensemble des quatre missions constituant la compétence GEMAPI ou certaines d'entre elles. La loi va encore plus loin puisqu'elle précise qu'une mission peut être transférée en totalité ou partiellement (cf. l'article L. 5211-61 du code général des collectivités territoriales et le V de l'article L. 213-12 du code de l'environnement).

Le transfert partiel de la mission 5° permet ainsi de dissocier la défense contre la mer de la défense contre les inondations fluviales. Il peut toutefois y avoir des impossibilités pratiques. En effet, le préfet ne doit pas être dans l'impossibilité de délivrer les autorisations prévues par la réglementation. Ce cas de figure pourrait se produire en cas présence d'un ouvrage qui servirait à la prévention des deux types de menaces (crue fluviale et submersion marine), alors que les autorités compétentes en matière de GEMAPI, à ce titre les bénéficiaires des autorisations administratives des ouvrages de protection, seraient distinctes en raison du découpage local de la compétence.

De même, le transfert partiel de la mission 5° peut permettre de dissocier les autorités compétentes pour la prévention des inondations « par cours d'eau », ce qui peut se traduire par le fait qu'en un lieu donné, il pourrait y avoir deux autorités distinctes, mais chacune protégeant le territoire contre un cours d'eau. La condition pratique reste qu'aucun ouvrage de protection ne doit être commun aux deux systèmes d'endiguement ni qu'un ouvrage de protection du système d'endiguement A ait une influence sur le système d'endiguement B (ou réciproquement) dans la logique de la cohérence hydraulique recherchée pour les systèmes d'endiguement.

Cette possibilité de découpage interne se combine avec une possibilité de **découpage dit géographique**, qui demeure possible en application de l'article L. 5211-61 du code général des collectivités territoriales. Un EPCI à fiscalité propre peut ainsi transférer toute compétence à un syndicat mixte sur tout ou partie de son territoire, ou à plusieurs syndicats situés chacun sur des parties distinctes de son territoire.

Enfin, ces deux possibilités de découpage interne et géographique sont également ouvertes en cas, non plus de transfert, mais de délégation de la compétence GEMAPI à un syndicat mixte de type « EPAGE » ou de type « EPTB »⁵. Provisoirement, jusqu'au 31 décembre 2020, un syndicat mixte de droit commun peut également être attributaire d'une telle délégation de compétence GEMAPI⁶.

1.6 Rôle des associations syndicales de propriétaires.

Si l'article 59-VII de la loi MAPTAM indique que la GEMAPI est exercée sans préjudice de l'action des associations syndicales de propriétaires régies par l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004, on notera que ce rappel de la loi vise les tâches d'entretien de cours d'eau.

Une jurisprudence récente reconnaît la validité de la décision d'une autorité compétente pour la GEMAPI à exercer la mission de prévention des inondations sur des propriétés en ASA.

Un accord peut intervenir entre l'autorité compétente pour la GEMAPI et l'ASA visant, par exemple, à ce que cette dernière prête son concours pour l'entretien des ouvrages dont elle disposait historiquement, afin de permettre l'autorisation du système d'endiguement de l'autorité GEMAPI intégrant ces ouvrages de l'ASA.

Si l'exercice de la mission « prévention des inondations » par l'autorité GEMAPI ne couvre pas les propriétés en ASA, les digues de l'ASA finiront pas perdre leur statut de digues, à l'échéance fixée par la réglementation (le VI de l'article R. 562-14⁷), comme pour toute digue non pérennisée. Voir précisions complémentaires au 5.3.

1.7 Rôle de l'État, quand il était gestionnaire de digues

Conformément à l'article 59-IV de la loi MAPTAM, l'État ou un de ses établissements publics est tenu de poursuivre sa gestion de digues jusqu'au 28 janvier 2024, pour le compte de l'EPCI à fiscalité propre compétent⁸, quand il assurait une telle gestion à la date du 28 janvier 2014.

Toutefois, les modalités de ce concours (selon les termes mêmes de la loi) à l'exercice de la compétence GEMAPI jusqu'à la fin de la période devront être fixées par une convention avec l'EPCI à fiscalité propre⁹. Elles peuvent être très variées d'un territoire à l'autre. Il ne s'agira pas nécessairement, pour l'État, du maintien d'un rôle opérationnel de gestionnaire des digues pendant toute cette période¹⁰, laquelle, en tout état de cause, prendra fin le 28 janvier 2024 au plus tard.

1.8 Synthèse

Les modalités d'exercice de la compétence GEMAPI sont potentiellement assez diverses, malgré le transfert obligatoire et exclusif de cette compétence au profit du bloc communal, obligatoire et exclusive, sur tout le territoire national à compter du 1^{er} janvier 2018.

5 Les établissements publics de gestion et d'aménagement de l'eau (EPAGE) et les établissements publics territoriaux de bassins (EPTB) sont des syndicats mixtes spécialisés dans le domaine de la GEMAPI qui ont été prévus par l'article L.213-12 du code de l'environnement.

6 Offerte initialement jusqu'au 31 décembre 2019 par l'article 4 de la loi n°2017-1838 du 30 décembre 2017 (« loi Fesneau »), cette dérogation a depuis été prolongée jusqu'au 31 décembre 2020.

7 Le 1er janvier 2021, pour une digue qui protégeait plus de 3 000 personnes et le 1er janvier 2023, pour les autres digues (prolongeable de 18 mois si dérogation)

8 Pour le compte de la commune, si celle-ci est une commune isolée en l'absence de création d'un EPCI à fiscalité propre.

9 À ne pas confondre avec la convention de transfert du système d'endiguement.

10 Il peut également s'agir d'un transfert anticipé moyennant soulte ou encore d'une gestion complète par le gémapien avec défraiement intégral

Pour la gestion des digues qui devront être réorganisées en systèmes d'endiguement conformément aux règles issues du décret n° 2015-526 du 12 mai 2015 (décret digues), nous retiendrons que le gestionnaire pourra être, selon les cas :

- l'EPCI à fiscalité propre ayant conservé la compétence GEMAPI ou ayant conservé au moins son élément de mission 5° (défense contre les inondations et contre la mer), dans le cas où il aurait transféré les autres missions, voire, dans un cas limite, ayant conservé seulement la « portion » de la mission 5° qui correspond aux ouvrages de protection à gérer ;
- un syndicat mixte fermé regroupant plusieurs EPCI à fiscalité propre tels que visés au tiret qui précède ;
- à titre dérogatoire, le département ou la région qui étaient historiquement impliqués, poursuivant la mission de gestion de digue au-delà du 1^{er} janvier 2020 ;
- un syndicat mixte ouvert regroupant les EPCI à fiscalité propre compétents aux côtés du département ou de la région historiquement impliqués ;
- à titre transitoire jusqu'au 28 janvier 2024 au plus tard, l'État ou un de ses établissements publics, si la convention qui le lie avec l'EPCI à fiscalité propre le prévoit.

En outre, les syndicats mixtes susvisés peuvent être des syndicats mixtes spécialisés, de type EPAGE ou EPTB. Dans cette éventualité, on notera qu'en matière de GEMAPI :

- un EPAGE peut agir pour ses EPCI à fiscalité propre membres par le mécanisme de la délégation de compétence conformément aux dispositions du V de l'article L.213-12 ;
- un EPTB peut également agir par ce même mécanisme de la délégation de compétence pour les EPCI à fiscalité propre membres mais aussi pour les EPCI à fiscalité propre non membres mais inclus dans le périmètre d'intervention de l'EPTB.

Par abus de langage et pour simplifier les écritures sans détailler tous ces cas de gouvernance, on parlera souvent par la suite d'autorité compétente pour la gestion des digues.

Le transfert ou la délégation de compétence ne veut pas dire transfert de propriété. La propriété de l'ouvrage est conservée par le propriétaire initial du bien.

2. GÉNÉRALITÉS SUR LES OUVRAGES DE PRÉVENTION DES INONDATIONS

2-1 La définition légale :

La loi mentionne :

- à l'article L. 562-8-1, les « *ouvrages construits en vue de prévenir les inondations et les submersions* » doivent satisfaire à des règles aptes à en assurer l'efficacité et la sûreté,
- à l'article L. 566-12-1-I, les digues, en tant qu'elles sont « *des ouvrages construits ou aménagés en vue de prévenir les inondations et les submersions* »,
- à l'article L. 566-12-1-II, les "*ouvrages ou (...) infrastructures qui [n'ont] pas exclusivement pour vocation la prévention des inondations et submersions appartenant à une personne morale de droit public [mais qui s'avèrent], eu égard à [leur] localisation et à [leurs] caractéristiques, de nature à y contribuer*".

Les articles R.562-12 à R.562-20 du code de l'environnement, issus des décrets n° 2015-526 du 12 mai 2015 (dit « décret digues ») et n° 2019-895 du 28 août 2019 précisent les règles applicables à deux familles d'ouvrages mis en œuvre par les autorités compétentes pour la prévention des inondations :

- les systèmes d'endiguement qui protègent les territoires des débordements des cours d'eau en crue qui les traversent ou les bordent, ceux qui protègent contre les submersions marines et enfin ceux qui, dans une configuration plus complexe, protègent une zone estuarienne soumise à la double influence d'un cours d'eau et de la mer ;

- les aménagements hydrauliques qui permettent de stocker provisoirement des écoulements provenant d'un ou plusieurs bassins versants afin d'éviter des débordements de cours d'eau en crue sur le territoire devant être protégé ou qui permettent, en matière de protection contre les submersions marines, le ressuyage de venues d'eau en provenance de la mer.

La suite du présent document traitera exclusivement du cas des systèmes d'endiguement.

2-2 La composition des systèmes d'endiguement

Le système d'endiguement doit correspondre à un système hydrauliquement cohérent. Par exemple, les digues situées rive droite et rive gauche d'un même cours d'eau ne peuvent pas faire partie de deux systèmes d'endiguement différents dès lors qu'elles interfèrent hydrauliquement l'une sur l'autre (l'impact de la digue rive gauche ne sera pas le même avec présence ou absence de la digue rive droite). Il en est de même pour des digues situées le long de deux cours d'eau différents mais protégeant une zone inondable commune, par exemple à la confluence des deux cours d'eau. Cette nécessité de cohérence hydraulique des systèmes d'endiguement doit être prise en compte dans le choix de l'organisation à mettre en place (et notamment le choix de recourir à un syndicat mixte), la demande d'autorisation d'un système d'endiguement ne pouvant être faite que par un acteur unique.

La composition du système d'endiguement peut être assez variée :

- ouvrages conçus dès le départ en tant que digues ;
- autres ouvrages ou infrastructures, à la finalité première diverse (remblai routier, remblai ferroviaire, etc.), dont la localisation et les caractéristiques permettent un réemploi, avec le cas échéant une mission « mixte » (digues et infrastructure), en tant que composante du système d'endiguement, moyennant le cas échéant quelques adaptations ;
- dispositifs divers jugés indispensables pour assurer le fonctionnement nominal du système d'endiguement (exemple : station de pompage).

Les systèmes d'endiguement vont rarement être créés *ex nihilo*. Pour nombre de territoires inondables, le système d'endiguement mis en œuvre dans le cadre de la compétence GEMAPI pourra s'appuyer sur des ouvrages existant, que ces ouvrages aient été ou non précédemment classés dans le cadre de la loi sur l'eau en tant qu'ouvrages de prévention des inondations¹¹.

Le réemploi d'éléments préexistants, quelle qu'en soit la finalité à l'origine, est à encourager, car il permet à l'autorité compétente de disposer rapidement et à moindres frais, d'un premier système d'endiguement réglementaire, quitte à le compléter ultérieurement, notamment en programmant des travaux de réhabilitation d'ouvrages voire, dans de rares cas, de construction d'ouvrages complémentaires.

Il est en revanche essentiel que l'autorité compétente ait la disposition (à défaut de la propriété) de l'ensemble des ouvrages, infrastructures et autres dispositifs préexistants qu'elle souhaite incorporer au système d'endiguement. Les outils légaux que l'autorité compétente peut mettre en œuvre à cette fin sont commentés au 4 ci-après.

2-3 Les obligations des autorités compétentes

En tout état de cause, c'est l'autorité compétente pour la gestion des digues, et elle seule, qui :

- en vertu de l'article R.562-14, demande l'autorisation du système d'endiguement dans le cadre de la loi sur l'eau ;
- en vertu de l'article R.562-12, assure la gestion du système d'endiguement ainsi que le rôle dévolu à « l'exploitant » du système d'endiguement dans le cadre de la réglementation visant à assurer la sécurité des réseaux souterrains, aériens ou subaquatiques (pour rappel, il s'agit de la réglementation visant à prévenir le risque d'endommagement des ouvrages constituant le système d'endiguement à l'occasion de travaux qui seraient effectués sans précaution par des tiers à proximité desdits ouvrages du système d'endiguement) ;

¹¹ Pour mémoire, on se rappellera que la rubrique 3.2.6.0. de la nomenclature de la loi sur l'eau, avant sa réforme par les dispositions du décret n°2015-526 du 12 mai 2015, visait déjà les digues de protection contre les inondations et submersions.

- en vertu de l'article R.562-12, respecte la réglementation relative à la sécurité et à la sûreté des ouvrages hydrauliques ;
- en vertu de l'article L.562-8-1, assume les responsabilités afférentes à la gestion des digues en cas de dommage lié à des inondations.

Postérieurement ou concomitamment à la régularisation initiale du système d'endiguement, c'est encore l'autorité compétente pour la gestion des digues qui décidera des évolutions utiles pour le système d'endiguement, comme l'engagement de travaux de réhabilitation ou de construction d'ouvrages complémentaires et qui, à ce titre, en assurera la maîtrise d'ouvrage.

2-4 La gouvernance des systèmes d'endiguement

La mise en place d'un système d'endiguement au profit d'un territoire donné relève de l'autorité compétente pour la gestion des digues sur ce territoire. L'article R.562-12 énumère la liste des personnes morales susceptibles d'être rencontrées pour les systèmes d'endiguement, telles qu'évoquées dans la partie 1 ci-dessus :

R.562-12. (...) II.- Les règles visées au I sont mises en œuvre par la commune mentionnée au V de l'article L. 5210-1-1 du code général des collectivités territoriales ou l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre qui disposent de la compétence en matière de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations, ainsi que par un établissement public mentionné à l'article L. 213-12 dans les cas où cette compétence lui est déléguée.

Ces règles peuvent également être mises en œuvre à titre dérogatoire par le département ou la région si la convention prévue au I de l'article 59 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, liant ce département ou cette région avec l'une ou l'autre des personnes publiques mentionnées au premier alinéa du présent II, le prévoit.

Ces mêmes règles peuvent également être mises en œuvre jusqu'au 28 janvier 2024 par l'Etat ou un de ses établissements publics en application du IV de l'article 59 de la loi du 27 janvier 2014 mentionnée ci-dessus, si la convention qui le lie avec l'une ou l'autre des personnes publiques mentionnées au premier alinéa du présent II le prévoit.

On notera toutefois que si l'article R.562-12 ne mentionne pas le cas du syndicat mixte de droit commun agissant par transfert de compétence de ses membres EPCI à fiscalité propre, c'est parce qu'il relève du droit des collectivités (code général des collectivités territoriales). Mais bien évidemment, l'expression « autorité désignée au II » qui figure au III de l'article R.562-12 ainsi que l'expression « autorité désignée au II de l'article R.562-12 » que l'on retrouve aux articles R.562-13 et suivants englobent le cas du syndicat mixte agissant par transfert de compétence.

On notera également qu'en vertu d'une mesure transitoire prenant fin au 31 décembre 2020, ces mêmes périphrases pourront désigner jusqu'à cette date un syndicat mixte agissant par délégation de compétence sans avoir le statut d'EPTB ou EPAGE.

3. COMMENT L'AUTORITÉ COMPÉTENTE EXERCE-T-ELLE SA MAÎTRISE D'OUVRAGE POUR LA PRÉVENTION DES INONDATIONS ?

3.1 Compétence GEMAPI exercée directement par un EPCI à fiscalité propre ou exercée par le mécanisme du transfert de compétence

3.1.1 Principe de spécialité territoriale

Lorsque la compétence GEMAPI est exercée directement par un EPCI à fiscalité propre ou est exercée par un syndicat mixte agissant par le mécanisme du **transfert de compétence** des EPCI-FP membres, l'autorité compétente dispose de toutes les prérogatives des collectivités territoriales pour mener les opérations de prévention des inondations et, en particulier, pour construire sur « son territoire » tous les ouvrages nouveaux dont elle a besoin, au bénéfice, naturellement, de « son territoire ». C'est le principe de spécialité territoriale. Ainsi, si l'autorité compétente est :

- un EPCI à fiscalité propre, elle exerce sa maîtrise d'ouvrage à l'intérieur du périmètre communautaire ;

- un syndicat mixte de droit commun¹² agissant par le mécanisme du transfert de compétence, elle exerce sa maîtrise d'ouvrage sur la réunion des périmètres des EPCI à fiscalité propre qui en sont membres et qui lui ont effectivement transféré leur compétence GEMAPI.

En matière de construction d'ouvrages nouveaux, on ne peut pas exclure le cas de figure (qui existe d'ailleurs pour d'autres services publics locaux, comme le traitement des eaux usées), selon lequel l'autorité compétente serait amenée à assurer sa maîtrise d'ouvrage sur une parcelle située en dehors de son territoire, dont elle aurait fait l'acquisition, tout en agissant ainsi pour les besoins de la protection de son territoire. Ce cas de figure, qui constitue une dérogation¹³ très encadrée par la jurisprudence au principe de spécialité territoriale, doit rester exceptionnel. La construction de digues sur une parcelle relevant d'une autorité « tiers » est en particulier susceptible de créer des interférences avec l'exercice de la compétence GEMAPI sur le territoire par cette autorité « tiers ».

3.1.2 *Le regroupement volontaire des EPCI à fiscalité propre à la bonne échelle hydrographique*

Les inondations cependant ne connaissent pas les frontières administratives. Si une autorité compétente pour la gestion des digues a besoin d'une emprise foncière qui déborde son territoire pour construire les ouvrages aptes à protéger efficacement son territoire, cela démontre d'une inadaptation de son « échelle hydrographique ». Dans ces situations, il convient d'envisager, sur une base nécessairement volontaire, le regroupement des autorités compétentes des territoires concernés et la création d'une nouvelle autorité à l'échelle hydrographique adaptée à un exercice efficace de la prévention des inondations. Le syndicat mixte, qu'il soit de droit commun ou de type EPAGE ou de type EPTB, est l'outil juridique adapté pour permettre ce type de regroupements.

On notera que pour encourager le regroupement des collectivités à des échelles hydrographiques cohérentes, l'État, notamment à travers les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), peut être amené à identifier les besoins de création de syndicats mixtes de type EPAGE ou de modification de périmètre des EPTB existants (lorsque leur création est antérieure à la loi MAPTAM). Ces créations ou modifications sont alors possibles en application de l'article L.213-12 du code de l'environnement à l'initiative des préfets, après accord, à la majorité qualifiée, des organes délibérants des collectivités membres.

3.2 **Exercice de la compétence GEMAPI par le mécanisme de la délégation de compétence**

Un syndicat mixte de type EPTB ou de type EPAGE peut être autorité compétente pour la gestion des digues agissant par le mécanisme juridique de la **délégation de compétence** conformément aux dispositions du V de l'article L.213-12 et à, ce titre, gérer un système d'endiguement si les mandats qu'il reçoit à cette fin des EPCI à fiscalité propre le permettent, avec les mêmes conditions de localisation des digues et de cohérence hydraulique de ces digues au regard de la zone à protéger qu'en matière de transfert de compétence. On notera que si le syndicat mixte est de type EPTB, les EPCI à fiscalité propre déléguants n'ont pas la nécessité d'être tous adhérents à l'EPTB. Une convention les liant à l'EPTB déléguataire suffit.

Le mécanisme de délégation n'est possible que pour une mission cohérente et complète et couvrira, en matière de gestion de systèmes d'endiguement, nécessairement l'ensemble des tâches réglementaires prévues par les articles R. 562-12 et suivants : définir le système d'endiguement, en demander l'autorisation administrative, le gérer, assumer sa performance au regard des dispositions de l'article L. 562-8-1, etc.

En pratique, ceci devra être rappelé dans les statuts de l'EPTB ou de l'EPAGE.

12 On notera qu'un syndicat mixte de type EPAGE ou EPTB agit comme un syndicat de droit commun lorsqu'il agit par transfert de compétence de ses EPCI à fiscalité propre membres.

13 En vertu du principe de spécialité territoriale des groupements de collectivités, le champ de compétences d'un groupement est limité au territoire des seules collectivités qu'il associe. Le juge administratif sanctionne le groupement qui intervient en dehors de son périmètre en l'absence de toute habilitation statutaire (CE, 25 mai 1994, Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne). Par exception, un groupement peut réaliser des équipements hors de son territoire à la double condition qu'il agisse dans le cadre de son champ de compétences et qu'il ne puisse pas réaliser l'équipement considéré dans les mêmes conditions sur son territoire. (CE, 1948, commune de Livry-Gargan ; CE, 1981, Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte et autres, TA de Montpellier, 1er mars 2002, commune de Lignairolles).

4. COMMENT L'AUTORITÉ COMPÉTENTE DISPOSE-T-ELLE DES OUVRAGES QU'ELLE NE CONSTRUIT PAS ELLE-MÊME ?

4.1 Les mises à disposition des digues des collectivités territoriales

Lorsque l'autorité compétente pour la gestion des digues est un EPCI à fiscalité propre ou un syndicat mixte agissant par transfert de compétence de ses EPCI-FP membres, elle bénéficie des mises à disposition prévues par les dispositions de droit commun inscrites aux articles L.1321-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT) qui sont applicables, d'une manière générale, aux « biens meubles et immeubles » - à ce titre les digues sont concernées - qui accompagnent un transfert d'une compétence entre collectivités.

Ce principe est renforcé par les dispositions du I de l'article L. 566-12-1 qui visent les digues proprement dites en tant que moyen de prévention des inondations :

I. — Les digues sont des ouvrages construits ou aménagés en vue de prévenir les inondations et les submersions. Les digues appartenant à une personne morale de droit public et achevées avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles sont mises gratuitement à la disposition, selon le cas, de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent pour la défense contre les inondations et contre la mer, par voie de conventions.

La digue n'est pas mise à disposition si son influence hydraulique dépasse le périmètre de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent et s'il existe un gestionnaire.

En termes d'échéance, pour les digues qui étaient utilisées précédemment par la commune ou par le département ou par la région, il convient de noter que les dispositions des articles L.1321-1 et suivants du CGCT prévoient un principe de transfert automatique et instantané au profit de la collectivité nouvellement compétente :

L.1321-1.- Le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence. (...)

Ainsi, une **digue communale** est réputée transférée à son EPCI à fiscalité propre de rattachement depuis le 1^{er} janvier 2018, date à laquelle la compétence GEMAPI est entrée en vigueur et a été automatiquement transférée des communes à leurs EPCI à fiscalité propre de rattachement.

Pour une **digue gérée** jusqu'au 31 décembre 2019 **par un département ou par une région** (ou par un groupement de ces collectivités), et dans l'hypothèse où cette gestion n'est pas poursuivie au-delà dans le cadre de la dérogation possible en vertu de la « loi Fesneau », ces mêmes dispositions de l'article L.1321-1 du CGCT emportent une mise à disposition de la digue à l'EPCI à fiscalité propre sur le territoire duquel elle est implantée, à compter du 1^{er} janvier 2020.

Dans ces deux cas, la mise à disposition est réputée effective à compter respectivement du 1^{er} janvier 2018 ou du 1^{er} janvier 2020 même quand les parties concernées ont tardé à procéder aux formalités prévues par la loi aux fins de clarification du statut des ouvrages ainsi transférés :

L.1321-1.- (...) Cette mise à disposition est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire. Le procès-verbal précise la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci.

Pour l'établissement de ce procès-verbal, les parties peuvent recourir aux conseils d'experts dont la rémunération est supportée pour moitié par la collectivité bénéficiaire du transfert et pour moitié par la collectivité antérieurement compétente. A défaut d'accord, les parties peuvent recourir à l'arbitrage du président de la chambre régionale des comptes compétente. Cet arbitrage est rendu dans les deux mois.

Les modalités de cette mise à disposition sont précisées par les articles L. 1321-2 et L. 1321-5 selon que la collectivité qui exerçait jusque-là la compétence était propriétaire ou locataire des biens remis.

L.1321-2.- Lorsque la collectivité antérieurement compétente était propriétaire des biens mis à disposition, la remise de ces biens a lieu à titre gratuit. La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition assume l'ensemble des obligations du propriétaire. Elle possède tous pouvoirs de gestion. Elle assure le renouvellement des biens mobiliers. Elle peut autoriser l'occupation des biens remis. Elle en perçoit les fruits et produits. Elle agit en justice au lieu et place du propriétaire.

La collectivité bénéficiaire peut procéder à tous travaux de reconstruction, de démolition, de surélévation ou d'addition de constructions propres à assurer le maintien de l'affectation des biens.

La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition est substituée à la collectivité propriétaire dans ses droits et obligations découlant des contrats portant notamment sur des emprunts affectés, et des marchés publics que cette dernière a pu conclure pour l'aménagement, l'entretien et la conservation des biens remis ainsi que pour le fonctionnement des services. La collectivité propriétaire constate la substitution et la notifie à ses cocontractants.

La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition est également substituée à la collectivité antérieurement compétente dans les droits et obligations découlant pour celle-ci à l'égard de tiers de l'octroi de concessions ou d'autorisations de toute nature sur tout ou partie des biens remis ou de l'attribution de ceux-ci en dotation.

En revanche, cette « automaticité » du transfert au profit de l'EPCI à fiscalité propre est moins évidente en matière d'ouvrages qui n'étaient pas prévus à l'origine en tant que digues. La loi (le II de l'article L.566-12-1) qualifie ces ouvrages de "contributifs" à la prévention des inondations. Un tel ouvrage peut plus difficilement être qualifié de « bien meuble et immeuble utilisé (...) pour l'exercice de » la prévention des inondations quand une telle mission n'était pas clairement affectée à cet ouvrage ni assumée par la collectivité propriétaire de l'ouvrage, lequel ouvrage a généralement un tout autre usage premier. Ainsi, pour illustrer ce propos, du point de vue du département, sa route, même quand elle est construite en remblai le long d'un cours d'eau et que, de ce fait, elle fait obstacle aux venues d'eau en période de crue vers des habitations voisines, est avant tout une voirie, et non une digue,

C'est là que les dispositions du II de l'article L. 566-12-1 trouvent leur intérêt principal. Elles étendent le principe des mises à disposition, sous certaines conditions spécifiques, à des ouvrages ou infrastructures de droit public divers dont la fonctionnalité première n'est pas d'assurer la protection contre les inondations, ouvrages qui, en outre, relèvent de propriétaires ou de gestionnaires également divers (pas uniquement des collectivités mais possiblement aussi des établissements publics industriels et commerciaux, des établissements publics administratifs ou encore des concessionnaires de l'État ou de collectivités), dès lorsque ces ouvrages et infrastructures peuvent contribuer à la prévention des inondations de par leurs caractéristiques et leur localisation. Ces mises à disposition font l'objet des commentaires de la partie 4.2 ci-après.

Par ailleurs, dans le cas où un département ou une région poursuit sa mission historique au-delà du 1^{er} janvier 2020 dans le cadre d'une dérogation telle que prévue par « la loi Fesneau », les dispositions relatives à la mise à disposition des digues sont suspendues pendant toute la durée de cette gestion dérogatoire. Selon la même logique des textes, quand l'État, gestionnaire historique des digues domaniales, poursuit sa mission jusqu'au 28 janvier 2024 au plus tard, la mise à disposition de ces digues domaniales au profit des EPCI à fiscalité propre concernés n'interviendra qu'à compter de la date fixée dans la convention sans pouvoir dépasser l'échéance du 28 janvier 2024.

Pour clore cette partie, il faut brièvement évoquer le deuxième alinéa du I de l'article L.566-12-1 :

L.566-12-1-I (...) La digue n'est pas mise à disposition si son influence hydraulique dépasse le périmètre de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent et s'il existe un gestionnaire.

Cette exception avait été prévue à l'origine par le législateur pour préserver l'action du gestionnaire historique des digues, dans l'attente de leur reprise en gestion par l'autorité GEMAPI, pour éviter qu'un tel changement, intervenant brutalement, à l'issue d'une échéance « couperet », ne se traduise dans les faits par une dégradation du service rendu. Si, en effet, au 1^{er} janvier 2018, chaque EPCI à fiscalité compétent pour l'exercice de la GEMAPI avait à reprendre en gestion son « tronçon de digue » au motif qu'il est implanté sur son territoire communautaire, il aurait été à redouter une dégradation du service rendu. Aujourd'hui, cette disposition de sauvegarde n'a plus qu'une portée limitée aux digues domaniales, valable seulement jusqu'au 28 janvier 2024. En effet, à cette dernière échéance, l'État ne sera plus gestionnaire. Pour les autres digues publiques, le gestionnaire historique n'existe plus depuis le 1^{er} janvier 2020, sauf dans le cas où la dérogation « loi Fesneau » a été mise en place.

4.2 Mise à disposition des ouvrages « contributifs »

Lorsque les dispositions des articles L.1321-1 et suivants du CGCT ne s'appliquent pas, l'autorité compétente en matière de GEMAPI, qui a pu affirmer le caractère de « contributif » à la prévention des inondations de tel ou tel ouvrage ou infrastructure, peut s'appuyer sur les dispositions du II de l'article

L.566-12-1 du code de l'environnement. L'autorité GEMAPI se voit ainsi mettre à disposition cet ouvrage ou cette infrastructure, lorsqu'ils sont de droit public, aux fins d'utilisation dans le cadre de sa mission de prévention des inondations.

II. — Lorsqu'un ouvrage ou une infrastructure qui n'a pas exclusivement pour vocation la prévention des inondations et submersions appartenant à une personne morale de droit public s'avère, eu égard à sa localisation et à ses caractéristiques, de nature à y contribuer, il est mis à la disposition de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent pour la défense contre les inondations et contre la mer par le propriétaire ou le gestionnaire de cet ouvrage ou infrastructure pour permettre de l'utiliser et d'y apporter des aménagements nécessaires pour ce faire.

Typiquement cela concerne des remblais d'infrastructures linéaires, tels les remblais ferroviaires ou routiers ou encore des murs d'enceintes (comme celui de l'Hôtel-Dieu au bord de la Garonne dans le centre de Toulouse), qui pourront être utilement recyclés dans un système d'endiguement, évitant ainsi des constructions d'ouvrages nouveaux. Bien évidemment, le principe de spécialité territoriale s'applique pleinement au dispositif prévu par le II de l'article L.566-12-1 : une autorité compétente pour la gestion des digues peut se voir mettre à disposition un ouvrage ou une infrastructure uniquement s'ils sont localisés sur son territoire.

La convention est indispensable pour :

- identifier précisément l'ouvrage dont il est question, ce qui est important en termes de responsabilités pour la prévention des inondations ;
- indiquer la date à laquelle l'autorité compétente pour la gestion des digues commence à utiliser l'ouvrage sous sa responsabilité pour les besoins de la prévention des inondations ;
- régler les éventuelles questions liées à une superposition d'usages. La mise à disposition de l'ouvrage pour sa fonction « prévention des inondations » n'a évidemment pas pour conséquence de transférer à l'autorité compétente GEMAPI les autres usages de l'ouvrage en question ;
- en tant que de besoin, régler des questions de compensation financière entre les parties.

S'agissant de ce dernier aspect, le principe général est la gratuité de la mise à disposition. Toutefois, si la mise à disposition occasionne des frais spécifiques pour le propriétaire ou le gestionnaire de l'ouvrage ou de l'infrastructure, la convention fixera la compensation financière due par l'autorité compétente pour la gestion des digues bénéficiaire de la mise à disposition, notamment lorsque des aménagements sont nécessaires.

La mise à disposition est gratuite. Toutefois, la convention prévoit, s'il y a lieu, une compensation financière au profit du propriétaire ou du gestionnaire de l'ouvrage ou de l'infrastructure à raison des frais spécifiques exposés par lui pour contribuer à la prévention des inondations et des submersions.

Les « frais spécifiques » peuvent être de diverses natures, mais ils devront être appréciés objectivement. On peut citer en exemple :

- les frais liés aux travaux d'aménagement que l'autorité compétente pour la gestion des digues demanderait, par convention, au propriétaire du remblai pour renforcer l'étanchéité ou la robustesse de celui-ci afin de l'incorporer dans le système d'endiguement local.
- Les frais liés aux gestes de surveillance et d'entretien spécifiques que l'autorité compétente pour la prévention des inondations demanderait au propriétaire du remblai, afin que soient respectées les règles de sécurité et de sûreté des ouvrages hydrauliques qui s'appliqueront dès lors que le remblai aura été incorporé dans le système d'endiguement.

Le propriétaire de l'ouvrage peut s'opposer à sa mise à disposition s'il démontre que le réemploi envisagé pour la prévention des inondations est incompatible avec la fonction première de l'ouvrage. Il appartiendra alors au préfet de département d'arbitrer entre le souhait de l'autorité compétente pour la gestion des digues, qui doit bénéficier de toutes les facilités pour exercer ses missions à moindre coût et, naturellement, les intérêts du propriétaire de l'ouvrage qui ne doit pas voir sa propre mission de service public remise en cause. La convention prévue doit permettre, dans une majorité de cas, de poser les compromis actés entre les parties :

En cas de désaccord sur l'intérêt de la mise à disposition ou la compatibilité de celle-ci avec la fonctionnalité de l'ouvrage ou de l'infrastructure, le représentant de l'Etat dans le département peut être saisi d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint au propriétaire ou au gestionnaire de procéder à la mise à disposition ou à ce que soit constatée une incompatibilité. Il se prononce après avis de la commission départementale des risques naturels majeurs. Sa décision peut fixer un délai pour la conclusion de la convention prévue au troisième alinéa du présent II.

4.3 L'instauration des servitudes prévues par l'article L. 566-12-2

Un EPCI à fiscalité propre (ou le cas échéant un syndicat mixte agissant par transfert de compétence de ses EPCI-FP membres) peut instaurer les servitudes prévues par l'article L. 566-12-2 :

I. — Des servitudes peuvent être créées, à la demande d'une commune ou d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent pour la défense contre les inondations et contre la mer, sur les terrains d'assiette ou d'accès à des ouvrages construits en vue de prévenir les inondations et les submersions, au sens de l'article L.562-8-1, ainsi qu'à des ouvrages ou infrastructures qui y contribuent, au sens du II de l'article L. 566-12-1.

Différente de la mise à disposition prévue par l'article L. 566-12-1 et des dispositions du CGCT prévues en matière de transfert de compétence, l'instauration d'une servitude sur les terrains d'assiette d'ouvrages « construits en vue de prévenir les inondations et les submersions » ou qui contribuent à cette mission de prévention, donne en pratique à l'autorité compétente pour la gestion des digues, les mêmes droits à agir sur les ouvrages. Ces servitudes peuvent, par ailleurs, viser des terrains et donc les ouvrages implantés sur ces terrains, généralement de droit privé.

L'objet de la servitude, tel que précisé au II de l'article L. 566-12, est très large :

II. — Ces servitudes peuvent avoir un ou plusieurs des objets suivants :

1° Assurer la conservation des ouvrages existants construits en vue de prévenir les inondations et les submersions ;

2° Réaliser des ouvrages complémentaires ;

3° Effectuer les aménagements nécessaires à l'adaptation des ouvrages et des infrastructures qui contribuent à la prévention des inondations et des submersions ;

4° Maintenir ces ouvrages ou les aménagements effectués sur les ouvrages et les infrastructures en bon état de fonctionnement ;

5° Entretien des berges.

Le bénéficiaire de la servitude est subrogé au propriétaire du fonds dans l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires à l'obtention des autorisations administratives requises pour les ouvrages, travaux et aménagements liés à l'objet de celle-ci.

La décision d'instaurer la servitude est directement liée à l'exercice de la compétence de prévention des inondations, comme le dit le III de l'article L.566-12-2 :

III. — La servitude est créée par décision motivée de l'autorité administrative compétente, sur proposition de l'organe délibérant de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre compétent, après enquête parcellaire et enquête publique, effectuées comme en matière d'expropriation. Le dossier de la servitude est tenu à la disposition du public pendant un mois à la mairie de la commune concernée.

La motivation sera logique dès lors qu'il s'agit de réemployer, dans le cadre du système d'endiguement prévu par l'autorité compétente pour la gestion des digues, une ancienne digue privée qui existait avant l'entrée en vigueur du décret digues, mais aussi, plus largement, dès lors qu'il s'agit d'incorporer au système d'endiguement un ouvrage privé jugé de nature à contribuer à la prévention des inondations (par exemple un mur d'enceinte sur lequel viendront s'adosser les digues construites par la collectivité).

L'instauration de la servitude donne une garantie de pérennité à l'ouvrage privé qui ne peut plus être supprimé ni modifié par le propriétaire du terrain, sauf avec l'accord de l'autorité compétente pour la gestion des digues :

La décision créant une servitude en définit le tracé, la largeur et les caractéristiques. Elle peut obliger les propriétaires et les exploitants à s'abstenir de tout acte de nature à nuire au bon fonctionnement, à l'entretien et à la conservation des ouvrages construits en vue de prévenir les inondations et les submersions ou des aménagements destinés à permettre aux ouvrages ou aux infrastructures de contribuer à cette prévention.

Contrairement à la mise à disposition, la servitude n'est pas gratuite :

IV. — La servitude ouvre droit à indemnité s'il en résulte pour le propriétaire du terrain ou l'exploitant un préjudice direct, matériel et certain. Cette indemnité est à la charge du bénéficiaire de la servitude. La demande d'indemnité doit, sous peine de forclusion, parvenir à l'autorité mentionnée au premier alinéa du III dans un délai d'un an à compter de la date où le dommage a été causé ou révélé.

L'indemnité est fixée, à défaut d'accord amiable, par le juge de l'expropriation, d'après :

1° La consistance des biens à la date de la décision instituant la servitude en fonction des atteintes portées à leur utilisation habituelle et des modifications apportées à l'état des lieux antérieur ;

2° Leur qualification éventuelle de terrain à bâtir, au sens de l'article L. 322-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la date d'institution de la servitude.

Ainsi, en contrepartie du préjudice subi par le propriétaire du terrain concerné, ce dernier doit être indemnisé par l'autorité compétente pour la gestion des digues ayant instauré la servitude. Il n'y a pas de jurisprudence à ce jour pour la prévention des inondations même s'il existe des dispositifs analogues en matière d'accroche de supports de câbles électriques pour les besoins de la distribution publique d'électricité, d'implantation de pylônes de lignes de transport d'électricité¹⁴ ou encore d'implantation de pylônes de remontées mécaniques¹⁵, toutes activités de service public. En tout état de cause, on peut penser que le dispositif sera moins coûteux pour la collectivité et plus rapide à mettre en place que l'expropriation pour cause d'utilité publique voire que l'acquisition des terrains à l'amiable.

Le mécanisme de la mise en servitude sera particulièrement adapté au réemploi des anciennes digues de droit privé, c'est-à-dire les ouvrages privés qui ont été classés au titre de l'ancienne rubrique 3.2.6.0. de la loi sur l'eau avant sa modification par le décret digues.

Bien évidemment, le principe de spécialité territoriale s'applique pleinement au dispositif de mise en servitude : une autorité compétente pour la gestion des digues peut instaurer une servitude sur un terrain d'assiette d'une digue ou d'un autre ouvrage susceptible de contribuer à la prévention des inondations uniquement si ce terrain est localisé sur son territoire.

Contrairement au mécanisme prévu en matière de mise à disposition, le terrain d'assiette d'une digue d'une association syndicale de propriétaires peut être grevé d'une servitude L.566-12-2.

A noter, qu'en lieu et place d'une servitude, une convention libre entre l'autorité GEMAPI et le propriétaire peut conférer les mêmes droits qu'une servitude (une différence notable est que cette convention n'est pas transférée à l'acquéreur en cas de vente du terrain alors qu'une servitude est inscrite au registre des hypothèques).

4.4 Mise en œuvre des articles L. 566-12-1 et L. 566-12-2 quand l'autorité compétente pour la gestion des digues agit par le mécanisme de la délégation de compétence

Lorsque l'autorité compétente pour la gestion des digues est délégataire de compétences émanant d'EPCI à fiscalité propre, la jurisprudence en matière d'organisation des services publics locaux veut qu'en l'absence de stipulations différentes prévues par la loi, le délégataire dispose des mêmes outils juridiques que ceux prévus pour le délégant.

Les dispositions des articles L.566-12-1 et L.566-12-2 seront donc accessibles aux EPAGE et EPTB chargés de la gestion de systèmes d'endiguement par délégation des EPCI à fiscalité propre. Il se peut toutefois que le recours à ces dispositions soit initié par l'EPCI à fiscalité propre lui-même avant qu'il ne délègue sa compétence à l'EPAGE ou à l'EPTB.

4.5 L'EPCI à fiscalité propre peut-il refuser la mise à disposition d'une digue ?

Lorsqu'un ouvrage fait l'objet des dispositions des articles L.1321-1 et suivants du CGCT, le transfert est automatique. L'EPCI à fiscalité propre n'a donc pas la possibilité de « refuser » le transfert d'une ancienne digue issue du patrimoine d'une commune, du département ou de la région. Pour autant, l'article L.1321-3 du CGCT permet à l'EPCI-FP de se désengager de cet ouvrage en le désaffectant de sa fonctionnalité de digue :

14 Cf. art. L.323-4 à L.323-9 du code de l'énergie.

15 Cf. art. L.342-18 à L.342-26-1 du code du tourisme.

L.1321-3.- En cas de désaffectation totale ou partielle des biens mis à disposition en application des articles L. 1321-1 et L. 1321-2, la collectivité propriétaire recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur les biens désaffectés. (...)

Il appartient bien évidemment à l'EPCI à fiscalité propre (et à lui seul) de se prononcer sur la désaffectation du bien en question, de la mission de prévention des inondations. Si tel est son choix, il le formalise par une délibération *ad hoc* de son organe délibérant.

Lorsque l'ouvrage est un ouvrage « contributif » au sens du II de l'article L.566-12-1, la question du « refus de mise à disposition » ne se pose pas dans la mesure où le caractère « contributif » ne peut être reconnu que par l'EPCI à fiscalité propre compétent.

Enfin, rappelons qu'en ce qui concerne les anciennes digues de droit privé, ces ouvrages ne sont pas « mis à disposition » de l'EPCI à fiscalité propre. Si l'EPCI à fiscalité propre ne souhaite pas les pérenniser dans un système d'endiguement, il lui suffit de ne pas instaurer la servitude visée par l'article L.566-12-2.

4.6 Que deviennent les digues en déshérence ?

Les digues en déshérence sont peu nombreuses mais soulèvent des interrogations particulières dans le contexte de la GEMAPI. Le tableau ci-dessous traite de différents cas de figure, en y incluant les ouvrages qui, sans être en déshérence (faisant l'objet d'un entretien), n'ont pas de documents prouvant leur légalité au titre de la loi sur l'eau. Le tableau traite également des ouvrages qui à l'origine n'étaient pas des digues mais qui ont pu être considérés comme telles à un moment donné par les services de police de l'eau.

Situation de la digue	Actions du gemapien	Autres actions
Ouvrage qui à l'origine était manifestement une digue de droit public, mais qui n'a pas été classé en tant que telle (ni n'a bénéficié d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau) et qui n'a pas été entretenu	Aucun transfert automatique possible au titre du L1321-1 du CGCT, la collectivité « gestionnaire » historique ne pouvant prétendre qu'elle a effectivement utilisé l'ouvrage pour la PI. S'il y a néanmoins transfert au gemapien en application du I de l'art. L.566-12-1 du code de l'environnement, celui-ci peut toujours demander une compensation à la collectivité gestionnaire historique pour dédommagement des charges transférées (cf art 59-I de la loi MAPTAM)	S'il n'y a pas transfert, c'est à la collectivité gestionnaire historique d'assurer la fin de vie de l'ouvrage conformément aux art L.181-23 et L.562-8-1, ouvrage dont par ailleurs elle n'a plus l'usage au titre de la PI.
Ouvrage qui était manifestement une digue de droit privé (ou d'ASA) à l'origine, mais qui n'a pas été classé en tant que telle (ni n'a bénéficié d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau) et qui n'a pas été entretenu	En aucun cas il ne peut y avoir de transfert au profit du gemapien. Si ce dernier décide d'inclure l'ouvrage dans son SE, il lui faut passer une convention, procéder à un rachat ou établir une servitude L.566-12-2.	S'il n'y a pas de reprise de gestion par le gemapien, c'est au propriétaire de l'ouvrage d'en assurer la fin de vie conformément aux art L.181-23 et L.562-8-1.
Ouvrage qui est manifestement une digue de droit public et qui a été entretenu à cette fin, mais qui n'a pas été classé en tant que telle (ni n'a bénéficié d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau)	Transfert automatique possible au titre du L.1321-1 du CGCT, ce qui fait foi c'est que la collectivité qui cède l'ouvrage a effectivement assumé la gestion de la digue aux fins la PI. Désaffectation possible en application de l'art L.1321-3 si le gemapien n'a	La police de l'eau a vocation à régulariser la situation dans l'attente de l'autorisation en SE par application de l'art R.214-53, le cas échéant en ayant recours aux dispositions coercitives prévues par l'article L.171-8 si la partie concernée tarde à satisfaire à ses obligations.

	pas besoin de l'ouvrage.	
Ouvrage qui est manifestement une digue de droit privé (ou d'ASA) et qui a été entretenu à cette fin, mais qui n'a pas été classé en tant que telle (ni n'a bénéficié d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau)	En aucun cas il ne peut y avoir de transfert au profit du gémapien. Si ce dernier décide d'inclure l'ouvrage dans son SE, il lui faut passer une convention, procéder à un rachat ou établir une servitude L.566-12-2.	La police de l'eau a vocation à régulariser la situation dans l'attente de l'autorisation en SE par application de l'art R.214-53, le cas échéant en ayant recours aux dispositions coercitives prévues par l'article L.171-8 si la partie concernée tarde à satisfaire à ses obligations. S'il n'y a pas de reprise de gestion par le gémapien, c'est au propriétaire de l'ouvrage d'en assurer la fin de vie conformément aux art L.181-23 et L.562-8-1
Ouvrage qui à l'origine était manifestement une digue de droit public, qui bénéficie d'un classement à ce titre (ou qui bénéficie d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau) mais qui semble ne plus être entretenu	Le transfert automatique au titre du L.1321-1 du CGCT reste applicable mais peut-être contesté par le gémapien si la collectivité « gestionnaire » historique ne peut démontrer qu'elle a effectivement utilisé l'ouvrage pour la PI (ou si la collectivité a changé entre celle qui a construit l'ouvrage il y a longtemps, et la collectivité la dernière en date qui était censée gérer l'ouvrage). S'il y a néanmoins transfert au gémapien, conformément au I de l'article L566-12-1, ce dernier peut toujours demander une compensation à la collectivité gestionnaire historique pour dédommagement des charges transférées (cf art 59-I de la loi MAPTAM)	S'il n'y a pas transfert, c'est à la collectivité gestionnaire historique d'assurer la fin de vie de l'ouvrage conformément aux art L.181-23 et L.562-8-1, ouvrage dont par ailleurs elle n'a plus l'usage au titre de la PI. S'il y a régularisation de la digue en SE par le gémapien, le préfet (spe/scsoh) pourra imposer le cas échéant le recours à la procédure complète, l'ancienne autorisation pouvant ne plus être considérée comme valable (décision au cas par cas).
Ouvrage qui à l'origine était manifestement une digue de droit privé (ou d'ASA), qui bénéficie d'un classement à ce titre (ou qui bénéficie d'un autre acte de reconnaissance au titre de la loi sur l'eau) mais qui n'est plus entretenu depuis longtemps	En aucun cas il ne peut y avoir de transfert au profit du gémapien. Si ce dernier décide d'inclure l'ouvrage dans son SE, il lui faut passer une convention, procéder à un rachat ou établir une servitude L.566-12-2.	S'il n'y a pas de reprise de gestion par le gémapien, c'est au propriétaire de l'ouvrage d'en assurer la fin de vie conformément aux art L.181-23 et L.562-8-1. S'il y a régularisation de la digue en SE par le gémapien, le préfet (spe/scsoh) pourra imposer le cas échéant le recours à la procédure complète, l'ancienne autorisation pouvant ne plus être considérée comme valable (décision au cas par cas).
Ouvrage qui à l'origine n'était manifestement pas une digue (ou dont ce n'était manifestement pas l'usage premier), qui a néanmoins été classé comme digue par les services en charge de la police de l'eau – de droit public. Un remblai ferroviaire localisé	Le transfert automatique au titre du L.1321-1 du CGCT n'est pas possible, la collectivité territoriale propriétaire n'ayant pas volontairement assumé une mission PI au titre de l'ouvrage (les « effets d'aubaine » ne pouvant constituer une telle mission). En outre,	S'il n'y a pas de mise à disposition de l'ouvrage au profit du gémapien, la phrase suivante du II de l'article L.566-12-1 s'applique au propriétaire de l'ouvrage : « <i>Dans ce cas, la responsabilité du propriétaire ou du gestionnaire de l'ouvrage ne peut être</i>

<p>le long d'un cours d'eau constitue un exemple typique dès lorsqu'il peut soustraire à l'inondation des enjeux humains.</p>	<p>il se peut que le propriétaire de l'ouvrage, tout en étant de droit public, ne soit pas une collectivité territoriale.</p> <p>Une mise à disposition du gémapien reste toutefois possible, à la demande de ce dernier, conformément au II de l'article L.566-12-1 (ouvrage contributif).</p>	<p><i>engagée du fait que l'ouvrage ou l'infrastructure n'a pas permis d'éviter l'action naturelle des eaux, mais uniquement lorsque les dommages subis ont été provoqués ou aggravés soit par l'existence ou le mauvais état d'entretien de l'ouvrage ou de l'infrastructure, soit par une faute commise par le propriétaire ou le gestionnaire. »</i></p> <p>C'est au propriétaire de l'ouvrage de demander une modification du statut de l'ouvrage au regard de la nomenclature de la loi sur l'eau (sortie de la rubrique 3260).</p> <p>La police de l'eau pourra imposer au propriétaire de se mettre en conformité avec la loi sur l'eau (transparence hydraulique en tant que IOTA 3220 par exemple)</p>
<p>Ouvrage qui à l'origine n'était manifestement pas une digue (ou dont ce n'était manifestement pas l'usage premier), qui a néanmoins été classé comme digue par les services en charge de la police de l'eau – de droit privé (y compris ASA)</p>	<p>Aucune mise à disposition du gémapien en application de l'article L.566-12-1.</p> <p>Si le gémapien souhaite néanmoins tirer parti de l'ouvrage, il doit passer une convention, procéder à un rachat ou établir une servitude L.566-12-2.</p>	<p>S'il n'y a pas de reprise de gestion par le gémapien, c'est au propriétaire de l'ouvrage de demander une modification du statut de l'ouvrage au regard de la nomenclature de la loi sur l'eau (sortie de la rubrique 3260).</p> <p>La police de l'eau pourra imposer au propriétaire de se mettre en conformité avec la loi sur l'eau (transparence hydraulique en tant que IOTA 3220 par exemple)</p>

5. QUE SE PASSE-T-IL POUR LES ANCIENNES DIGUES DANS L'ATTENTE DE LEUR RÉGULARISATION EN SYSTÈME D'ENDIGUEMENT?

5.1 Dispositions transitoires au profit des digues publiques visant à limiter la responsabilité du gestionnaire en cas de sinistre lié à une inondation que la digue n'aurait pas permis de prévenir

Pour les digues en attente de régularisation en tant que système d'endiguement, lorsqu'elles sont de droit public, et tant que les échéances ultimes prévues pour le bon achèvement de cette régularisation ne sont pas forcloses (voir précisions au 5.3), l'autorité compétente pour la gestion des digues peut bénéficier des dispositions de transition nouvelles instaurées par la « loi Fesneau », codifiées au dernier alinéa de l'article L.562-8-1 du code de l'environnement, et visant à limiter le risque d'engagement de la responsabilité du gestionnaire en cas de sinistre lié à une inondation que la digue n'aurait pas permis de prévenir :

Lorsqu'une commune ou un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre s'est vu mettre à disposition un ouvrage en application de l'article L. 566-12-1, si un sinistre survient avant l'expiration du délai maximal fixé par le décret en Conseil d'État mentionné au troisième alinéa du présent article, à l'échéance duquel l'ouvrage n'est plus constitutif d'une digue au sens du I de l'article L. 566-12-1 ou est réputé ne pas contribuer à la prévention des inondations et submersions, la responsabilité du gestionnaire de l'ouvrage ne peut être engagée à raison des dommages que celui-ci n'a pas permis de prévenir, dès lors que ces dommages ne sont pas imputables à un défaut d'entretien de l'ouvrage par le gestionnaire au cours de la période considérée.

Pour autant, il ne s'agit pas d'une « garantie absolue ». En cas de sinistre, les dommages pourraient être imputés à un défaut d'entretien de la digue – notion qui est souvent interprétée de façon très large par les juridictions – dans le cas où le gestionnaire ne serait pas en mesure de montrer qu'il a respecté les prescriptions applicables à la digue. En effet, l'ouvrage en attente de régularisation en tant que système d'endiguement, reste redevable des prescriptions qui lui ont été fixées initialement, par arrêté préfectoral pris sur la base de la réglementation issue du décret n° 2007-1735 du 11 décembre 2007. Ceci découle en effet du premier alinéa de l'article 30 du décret n° 2015-526 du 12 mai 2015 :

Jusqu'à la date à laquelle une commune ou un établissement public de coopération intercommunale commence d'exercer la compétence en matière de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations qui lui est attribuée par la loi et au plus tard jusqu'à la date fixée par le I de l'article 59 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, les dispositions du code de l'environnement qui régissent les ouvrages construits ou aménagés en vue de la prévention des inondations et des submersions dans leur rédaction antérieure au présent décret restent applicables aux conseils départementaux, aux conseils régionaux, à leurs groupements ou aux autres personnes morales de droit public qui gèrent de tels ouvrages.

En revanche, l'obtention de l'autorisation de la digue en tant que système d'endiguement offre une bien meilleure sécurité juridique pour le gestionnaire, dans la mesure où l'autorisation acte les objectifs de protection poursuivis par le gestionnaire, limitant ses obligations en cas de survenue d'un événement les dépassant.

5.2 Cas particulier des anciennes digues de droit privé

La jurisprudence de la loi sur l'eau permet d'affirmer que les arrêtés préfectoraux en vigueur au moment où le décret n° 2015-526 est paru, le 14 mai 2015, continueront de s'appliquer à leurs propriétaires pour ces digues privées (comme d'ailleurs pour les digues de droit public), jusqu'à ce que leurs dispositions n'aient plus lieu d'être (voir les différents cas de figure au 5.3 ci-après). En théorie, les dispositions du premier alinéa de l'article L.562-8-1 de limitation de la responsabilité du gestionnaire s'appliquent aussi au gestionnaire privé pendant cette période de « fin de vie » de l'ouvrage. Pour autant, en cas de dommages causés par une inondation que sa digue n'a pas pu prévenir, il pourra être difficile, pour le gestionnaire privé, de démontrer que les prescriptions applicables avaient été correctement observées.

Dans l'hypothèse où une autorité compétente pour la gestion des digues est intéressée par l'ancienne digue de droit privé, elle peut instaurer une servitude en application de l'article L. 566-12-2 aux fins de pérenniser cet ouvrage par inclusion dans un système d'endiguement. L'instauration de la servitude (ou bien une convention libre entre l'autorité GEMAPI et le propriétaire) aura comme conséquence de substituer l'autorité compétente pour la gestion des digues au propriétaire du fonds pour toutes les formalités administratives. De ce fait, les anciens arrêtés préfectoraux toujours valables pour cette digue seront transférés à l'autorité compétente pour la gestion des digues en application de l'article R.181-47 du code de l'environnement.

I. – Le transfert de l'autorisation environnementale fait l'objet d'une déclaration adressée au préfet par le nouveau bénéficiaire, à l'exception du transfert de l'autorisation accordée aux installations mentionnées à l'article R. 516-1 qui est soumis à autorisation, dans les conditions prévues par cet article.

II. – Cette déclaration est faite dans les trois mois qui suivent ce transfert. Elle mentionne, s'il s'agit d'une personne physique, les nom, prénoms et domicile du nouveau bénéficiaire et, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social ainsi que la qualité du signataire de la déclaration. Le préfet en accuse réception dans un délai d'un mois.

III. – Par dérogation au II, pour les ouvrages mentionnés aux rubriques 3.2.5.0 et 3.2.6.0 du tableau de l'article R. 214-1 et les installations utilisant de l'énergie hydraulique, la déclaration est faite préalablement au transfert.

Elle comprend, outre les éléments prévus au II, des pièces justifiant les capacités techniques et financières du nouveau bénéficiaire.

S'il entend s'opposer au transfert, le préfet notifie son refus motivé dans le délai de deux mois.

Les prescriptions des anciens arrêtés d'autorisation continueront alors de s'appliquer à l'autorité compétente pour la gestion des digues à compter de l'instauration de la servitude prévue par l'article L.566-12-2 jusqu'au moment où le préfet aura notifié un arrêté d'autorisation pour le système d'endiguement. Comme dans le cas du réemploi d'une ancienne digue classée de droit public, il est préférable pour l'autorité compétente

d'anticiper le plus possible la demande d'autorisation du système d'endiguement lorsqu'elle a l'intention de pérenniser une ancienne digue de droit privé.

5.3 Perte de la qualité de digue

Une ancienne digue peut perdre sa qualité de digue. Plusieurs cas de figure sont possibles.

5.3.1 Non intégration dans un système d'endiguement autorisé à la date ultime fixée par la réglementation

Conformément au VI de l'article R.562-14, une ancienne digue reste autorisée jusqu'au 1er janvier 2021 ou si, elle protégeait moins de 3000 personnes, jusqu'au 1er janvier 2023, dans l'attente de sa régularisation en tant que système d'endiguement. Une dérogation permet de repousser ces échéances de 18 mois. Mais au global, si, à ces échéances, l'autorisation en tant que système d'endiguement n'a pas pu être obtenue, pour quelque raison que ce soit, l'autorisation de l'ouvrage en tant que digue est réputée caduque. L'ouvrage n'est alors plus réputé être une digue :

Dans ce cas, l'autorisation dont bénéficiait l'ouvrage est réputée caduque. Le titulaire de cette autorisation devenue caduque neutralise l'ouvrage conformément aux dispositions des articles L. 562-8-1 et L. 181-23. .

Cette éventualité concerne à la fois les anciennes digues de droit public et celles de droit privé.

Voir commentaires complémentaires au 5.4.

5.3.2 Déclassement anticipé

L'autorité compétente pour la gestion des digues peut décider de désaffecter une digue de sa fonction de digue de façon anticipée, cette dernière n'étant plus d'utilité réelle pour l'exercice de la compétence de prévention des inondations.

La personne responsable de l'ouvrage doit déclarer au préfet ce changement de situation définitif de l'ouvrage conformément à l'article R.214-45 :

La cessation définitive, ou pour une période supérieure à deux ans, de l'exploitation ou de l'affectation indiquée dans l'autorisation ou la déclaration d'un ouvrage ou d'une installation fait l'objet d'une déclaration par l'exploitant, ou, à défaut, par le propriétaire, auprès du préfet dans le mois qui suit la cessation définitive ou le changement d'affectation et au plus tard un mois avant que l'arrêt de plus de deux ans ne soit effectif. En cas de cessation définitive ou d'arrêt de plus de deux ans, il est fait application des dispositions de l'article R. 214-48.

Si la digue est de droit privé, son propriétaire peut également notifier au préfet, à tout moment et en application du même article R. 214-45, une cessation définitive d'affectation de l'ouvrage à la prévention des inondations.

Dans tous les cas, une telle déclaration au préfet de « cessation définitive » d'affectation appelle le respect des dispositions de l'article L.181-23 (remise en état du site) :

En cas de cessation définitive, il est fait application des dispositions prévues à l'article L. 181-23¹⁶ pour les autorisations (...)

En outre, s'agissant d'une ancienne digue, les dispositions prévues par l'article L.562-8-1 s'appliquent (neutralisation de la digue).

Voir commentaires complémentaires au 5.4.

5.3.3 Ruine de l'ouvrage à l'issue d'une situation accidentelle

À l'issue d'une situation accidentelle caractérisée par une ruine de l'ouvrage (une crue très importante a tout balayé sur son passage), la décision de reconstruire la digue pourra, dans certains cas, être soumise à nouvelle autorisation, conformément à l'article R. 214-47 :

Le préfet peut décider que la remise en service d'un ouvrage, d'une installation, d'un aménagement, momentanément hors d'usage pour une raison accidentelle, sera subordonnée, selon le cas, à une nouvelle

¹⁶ L.181-23 code de l'environnement : « Lorsque des installations, ouvrages, travaux ou activités sont définitivement arrêtés, l'exploitant ou, à défaut, le propriétaire remet le site dans un état tel qu'aucune atteinte ne puisse être portée aux intérêts protégés mentionnés à l'article L. 181-3 »

autorisation ou à une nouvelle déclaration, si la remise en service entraîne des modifications de l'ouvrage, de l'installation, de l'aménagement ou des modifications de son fonctionnement ou de son exploitation, ou si l'accident est révélateur de risques insuffisamment pris en compte initialement.

Si un tel événement survient avant que la digue ait pu être intégrée dans un système d'endiguement, l'ouvrage pourra avoir perdu de fait le bénéfice de son autorisation antérieure.

5.4 Conséquence de la perte de la qualité de digue

À compter du moment où la fonction « digue » aura cessé d'exister, selon l'un ou l'autre des cas de figure évoqués ci-dessus, le propriétaire de l'ouvrage est redevable des dispositions de l'article L.181-23 :

L.181-23.- Lorsque des installations, ouvrages, travaux ou activités sont définitivement arrêtés, l'exploitant ou, à défaut, le propriétaire remet le site dans un état tel qu'aucune atteinte ne puisse être portée aux intérêts protégés mentionnés à l'article L. 181-3. Il informe l'autorité administrative compétente de la cessation de l'activité et des mesures prises. Cette autorité peut à tout moment lui imposer des prescriptions pour la remise en état du site, sans préjudice de l'application des articles L. 163-1 à L. 163-9 et L. 163-11 du code minier.

Les dispositions prévues au présent article ne sont pas applicables aux installations, ouvrages et travaux des entreprises hydrauliques concédées au titre du titre II du livre V du code de l'énergie.

Ces dispositions se combinent également avec celles de l'article L.562-8-1 qui prévoit la « neutralisation » de la digue non régularisée à l'issue de l'échéance réglementaire :

Un décret en Conseil d'État fixe les obligations de conception, d'entretien et d'exploitation auxquelles doivent répondre les ouvrages en fonction des enjeux concernés et des objectifs de protection visés. Il précise également le délai maximal au-delà duquel les ouvrages existants doivent être rendus conformes à ces obligations ou, à défaut, doivent être neutralisés. (...).

Ces ouvrages n'ont plus vocation à assurer la protection des biens et des personnes. Le niveau de protection de ces ouvrages n'est pas connu, ils ne seront potentiellement plus entretenus. L'objectif poursuivi par la loi est alors d'éviter que ces ouvrages puissent être à l'origine de ruptures soudaines non maîtrisées qui pourraient générer une vague destructrice sur les personnes et les biens situés derrière ces ouvrages. Leur « neutralisation » doit permettre d'éviter ces accidents. En outre, la « neutralisation » doit permettre de retrouver une capacité naturelle d'expansion de crues du cours d'eau et de rétention naturelle par des milieux humides d'un volume conséquent d'eau, qui évitera l'aggravation du risque d'inondation sur des territoires habités à l'amont et à l'aval de l'ouvrage, si nécessaire.

Ces principes voulus par la loi ont vocation à être appliqués de manière pragmatique et équilibrée. Il ne s'agit pas de systématiquement supprimer intégralement tout ouvrage, quelles que soient les circonstances, mais d'éviter de porter atteinte aux intérêts protégés par l'article L. 181-3 du code de l'environnement, et en particulier la sécurité des personnes. Il ne sera notamment pas obligatoire de supprimer des ouvrages dont la rupture ne présenterait pas de telle menace ou dont la présence n'aggraverait pas le risque d'inondation pour des personnes, comme, par exemple, les ouvrages mis en place pour protéger des zones agricoles.

Enfin, il convient de rappeler que lorsqu'une ancienne digue a cessé d'être considérée comme telle, les règles de responsabilité civile sont celles du droit commun fixées par le code civil, notamment son article 1384 : « ... On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

6. QUESTIONS DIVERSES

6.1 Un EPCI à fiscalité propre peut-il déléguer seulement les tâches d'exploitation d'un système d'endiguement ?

La délégation d'une compétence est confiée à un délégataire par voie de convention passée à cette fin. Dans le cas de la compétence GEMAPI, celle-ci peut être découpée selon les quatre missions de base qui sont visées aux 1°, 2°, 5° et 8° du I de l'article L.211-7. A l'intérieur d'une mission, le découpage est permis lorsqu'il a un sens concret. Ainsi, la défense contre les inondations fluviales pourra éventuellement être assurée indépendamment de la défense contre la mer. Le découpage géographique est également permis. En revanche, déléguer (ou transférer) seulement les tâches d'exploitation d'un système d'endiguement signifierait que « les tâches d'exploitation » en matière de prévention des inondations sont en tant que telles

une compétence. Il n'en est rien. La compétence définie par le législateur est d'assurer la défense contre les inondations (ou contre la mer) et non pas « exploiter un système d'endiguement ».

6.2 Prestations de services au profit de l'EPCI à fiscalité propre

Pour l'exercice de la compétence GEMAPI, en particulier en ce qui concerne l'exploitation d'un système d'endiguement, l'EPCI à fiscalité propre dispose de son propre personnel et, le cas échéant, de la possibilité de signer une convention de prestations de services, dans le respect du droit de la commande publique, sauf exceptions mentionnées à l'article 15 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics¹⁷.

Il peut également disposer des concours prévus par une convention passée dans le cadre de l'article L.566-12-1-II (voir les commentaires du 4.2 plus haut) ainsi que des concours prévus par une convention libre passée avec un propriétaire privé ou même avec une association syndicale de propriétaires.

Il est également admissible que l'EPCI à fiscalité propre bénéficie d'un concours d'un département ou d'une région historiquement impliquée, dans le cadre de la convention quinquennale prévue par l'article 59-I de la loi MAPTAM.

Enfin, l'une des modalités selon lesquelles l'Etat en tant que gestionnaire historique de digues se libère de ses obligations en vertu de l'article 59-IV de la loi MAPTAM jusqu'au 28 janvier 2024 peut prendre, à l'initiative des deux parties, la forme d'un concours à l'action de l'EPCI à fiscalité propre qui ne soit pas uniquement de nature opérationnelle, selon les stipulations de la convention entre les parties.

6.3 Cas particulier du concours des communes membres de l'EPCI à fiscalité propre

L'EPCI à fiscalité propre pourra également bénéficier légalement de concours de ses communes membres. En effet, si, d'une manière générale, le transfert d'une compétence communale, comme la GEMAPI, à l'EPCI à fiscalité propre entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre, les dispositions des articles L.5214-16-1, L.5216-7-1, L.5215-27 et L. 5217-7 du code général des collectivités territoriales permettent, respectivement, aux communautés de communes, aux communautés d'agglomération, aux communautés urbaines et aux métropoles de confier, sans qu'il soit nécessaire que les statuts de ces EPCI le prévoient expressément, mais en revanche par le biais d'une convention, la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de leurs attributions, à une ou plusieurs de leurs communes membres.

Dans le cadre d'une telle prestation de service, il revient au titulaire de la compétence (en l'occurrence l'EPCI à fiscalité propre) de confier au tiers prestataire (une ou plusieurs communes membres) l'exercice de missions par le biais d'une convention signée entre les deux parties. Cette convention définira précisément les missions confiées au prestataire et sous quelles conditions, lesquelles peuvent porter sur le contrôle de l'exécution de la mission confiée mais aussi sur la rémunération du prestataire.

Il convient néanmoins de souligner le fait que ces dispositions ne permettent pas pour autant de procéder à une restitution aux communes de la compétence GEMAPI, dont l'exercice doit demeurer intercommunal. C'est pourquoi, les prestations de services réalisées dans le cadre des articles susmentionnés du CGCT doivent avoir un caractère marginal par rapport à l'activité globale de l'EPCI à fiscalité propre. La prestation de service doit être ponctuelle ou d'une importance limitée, afin de ne pas constituer pour l'EPCI un moyen de se départir de l'exercice d'une compétence à lui légalement transférée.

Les possibilités ouvertes aux EPCI à fiscalité propre en matière de prestations de services, telles que rappelées ci-dessus, sont également ouvertes aux syndicats mixtes compétents pour la GEMAPI suite au transfert de compétence des EPCI membres.

¹⁷ On écarte à ce stade les solutions de type « PPP ».