

# Le périmètre technique de la compétence Gemapi

La création de la compétence Gemapi par la loi Maptam du 27 janvier 2014 a conduit les EPCI-FP et leurs groupements à s'interroger sur les modalités de sa prise en charge (compétence retenue, régie, délégation ou transfert – total ou partiel – à un syndicat mixte, à un Epage ou un EPTB). Cette étape franchie, sa mise en œuvre opérationnelle a fait émerger des difficultés relatives à la détermination de son périmètre matériel. Quels ouvrages hydrauliques et éléments naturels (cours d'eau, cordon dunaire, zones humides...) sont susceptibles d'être concernés par cette compétence ? À quelles conditions et dans quel cadre ? Autant de questions auxquelles le présent article apporte des réponses afin d'aider les acteurs locaux et nationaux, gestionnaires ou propriétaires d'ouvrages hydrauliques, à relever le défi de l'appropriation de cette compétence, obligatoire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 et qui comporte des obligations de résultat.

## I. DÉFINITION DE LA COMPÉTENCE GEMAPI

La compétence relative à la Gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations (Gemapi), instituée à la faveur de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014, dite loi *Maptam*, constitue une compétence obligatoire des métropoles, communautés urbaines, communautés d'agglomération et communautés de communes depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018<sup>1</sup>. Cette compétence, qui figure dans les articles du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatifs aux compétences des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (Epci-FP), est définie au moyen des missions inscrites à l'article L. 211-7-I du code de l'environnement. Sont ainsi concernées les rubriques :

- 1° aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;
- 2° 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° défense contre les inondations et contre la mer ;
- 8° protection et la restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides ainsi que des formations boisées riveraines.

Pour appréhender le contour opérationnel de cette compétence, il convient de se reporter aux textes d'application. Il s'agit principalement du décret n° 2015-526 du 12 mai 2015 modifié relatif aux règles applicables aux ouvrages construits ou aménagés en vue de prévenir les inondations et aux règles de sûreté des ouvrages hydrauliques et de la note du 7 novembre

### Philippe Marc

Docteur en droit,  
avocat au barreau de  
Toulouse

### Jean-Philippe Orlandini

Docteur en droit,  
avocat au barreau de  
Toulouse

### Olivier Sauron

Responsable du pôle  
Gemapi, consultant  
Sepia Conseils

### Yves Kovacs

Directeur général,  
consultant Sepia  
Conseils

2016 relative à la stratégie d'organisation des compétences locales de l'eau (Socle). Un document des ministères de la transition écologique et de la cohésion des territoires, dans sa version du 27 mai 2019, intitulé *Questions-réponses sur la compétence Gemapi*, constitue un véritable *vademecum* de la mise en œuvre opérationnelle de la compétence. Sous l'angle réglementaire, la dominante inondation de cette compétence nous a conduit à parler de « PI-GEMA »<sup>2</sup>.

## II. SÉCABILITÉ DE LA COMPÉTENCE GEMAPI

Si juridiquement la compétence Gemapi constitue une compétence unique, dans les faits, il n'est pas rare d'observer que cette compétence fait l'objet d'un morcellement. On parle de « sécabilité ».

L'article L. 5211-61 du CGCT prévoit d'abord une sécabilité *intra-item* ou *inter-item* : « En matière de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations, un Epci-FP ou un établissement public territorial peut transférer à un syndicat de communes ou à un syndicat mixte l'ensemble des missions relevant de cette compétence, définie au I bis de l'article L. 211-7 du code de l'environnement, ou certaines d'entre elles, en totalité ou partiellement ». Ces hypothèses de sécabilité se combinent à une sécabilité géographique : « Par dérogation au premier alinéa du présent article, ce transfert total ou partiel peut être réalisé au profit d'un syndicat de communes ou d'un syndicat mixte sur tout ou partie du territoire de l'Epci-FP ou de l'établissement public territorial ou au profit de plusieurs syndicats situés chacun sur des parties distinctes du territoire de l'établissement » (CGCT, art. L. 5211-61 al. 3).

1. Ph. Marc, C. Charles, La compétence *Gemapi*, Les tribulations du législateur en l'absence de définition légale du « grand cycle de l'eau » : Dr. Env. 2018, p. 66.

2. S. Ghiotti, Ph. Marc, Décentralisation et normalisation du grand cycle de l'eau : la tentation de désengagement de l'État ?, Tribune, 21 juill. 2014 Sauvons l'eau.

Le législateur n'a pas prévu d'autres formes de sécabilité. Pour autant, le ministère de la Cohésion des territoires croit pouvoir proposer une autre sécabilité, consistant à distinguer le fonctionnement de l'investissement. Le ministère procède à cette distinction dans le cadre d'une réponse ministérielle : « Ainsi, à titre d'exemple, la compétence Gemapi liée à l'entretien et à 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 (C. env., art. L. 211-7, 2°) pourrait être scindée avec l'entretien d'un côté (c'est-à-dire du fonctionnement) et l'aménagement de l'autre (c'est-à-dire de l'investissement) »<sup>3</sup>. Cette réponse ne manque pas d'étonner, la Cour des comptes rappelant régulièrement le principe d'indivisibilité des transferts de compétence qui interdit de scinder, au sein d'une même compétence, l'investissement du fonctionnement pour ne transférer que l'une de ces missions.

### III. OUVRAGES CONCERNÉS PAR LA COMPÉTENCE GEMAPI

Dans les faits, de nombreux ouvrages hydrauliques par nature ou au contraire par destination peuvent potentiellement être rattachés à l'exercice de la compétence Gemapi. Toutefois, ce n'est pas le type ou la nature de l'ouvrage qui va permettre à l'Epci-FP ou à son groupement de déterminer si l'ouvrage relève *a priori* de sa compétence ; c'est plutôt la fonctionnalité de celui-ci qui permettra de le retenir ou de l'exclure au titre de la compétence. La détermination de la consistance matérielle de la compétence Gemapi relève à la fois d'une approche analytique et volontaire. Ainsi il appartient à la collectivité de s'interroger sur la vocation de l'aménagement, réglementaire ou induit, ainsi que l'usage qu'elle souhaite en faire : action en faveur de la morphologie du cours d'eau, ou réduction de l'aléa inondation.

Autrement dit, le rattachement des ouvrages au périmètre de la compétence Gemapi relève d'une méthode qui combine :

- une approche objective, qui consiste dans l'identification des ouvrages qui ont pour objet ou pour effet de prévenir ou de protéger contre les inondations ou de participer à la gestion des milieux aquatiques (compartiment « hydromorphologie ») ;
- une approche d'opportunité, qui consiste à retenir les ouvrages qui présentent un intérêt technique pour la collectivité compétente.

#### A. Ouvrages relevant exclusivement et obligatoirement de la Gemapi, au titre de la finalité « prévention des inondations »

Seule la finalité relative à la prévention des inondations de la compétence Gemapi a fait l'objet d'un encadrement réglementaire. Le décret n° 2015-526 du 12 mai 2015, modifié et codifié, régit les ouvrages construits ou aménagés en vue de prévenir les inondations et les submersions marines afin de garantir leur efficacité et leur sûreté, tant en ce qui concerne le parc d'ouvrages existants que les nouveaux ouvrages à construire. Il détermine le cadre dans lequel les Epci-FP éta-

blissent et gèrent les ouvrages de prévention des risques, en particulier les digues.

Cette nouvelle réglementation est à l'origine de deux nouvelles qualifications réglementaires : les systèmes d'endigues et les aménagements hydrauliques qui se superposent aux qualifications techniques et hydrauliques, à la manière d'un palimpseste.

● **Système d'endiguement.** La compétence Gemapi doit permettre aux collectivités de définir le niveau de protection des systèmes d'endiguement et d'en assurer une meilleure gestion pour éviter les ruptures potentielles et limiter les conséquences de dépassements des capacités de protection pour la sécurité publique. L'article R. 562-13 du code de l'environnement précise que le système d'endiguement comprend une ou plusieurs digues ainsi que tout ouvrage nécessaire à son efficacité et à son bon fonctionnement, notamment des ouvrages, autres que des barrages, qui, eu égard à leur localisation et à leurs caractéristiques, complètent la prévention (ouvrages « contributifs » définis par l'article L. 566-12-1 II du code de l'environnement) ; des dispositifs de régulation des écoulements hydrauliques tels que vannes et stations de pompage. Ne sont toutefois pas inclus dans le système d'endiguement les éléments naturels situés entre des tronçons de digues ou à l'extrémité d'une digue ou d'un ouvrage composant le système et qui en forment l'appui.

Un système d'endiguement implique donc nécessairement la présence d'une digue au sens légal du terme. Pour la première fois en 2014, le législateur a posé une définition de cet objet hydraulique codifiée à l'article L. 566-12-1 du code de l'environnement : « Les digues sont des ouvrages construits ou aménagés en vue de prévenir les inondations et les submersions ». La digue constitue désormais une appellation d'origine contrôlée. Cette définition légale parachève un mouvement consistant à reconnaître une identité juridique propre aux ouvrages de protection contre le risque d'inondation qui avait été, au fil du temps, totalement occultée par la réglementation. Faut-il rappeler que la loi toujours en vigueur en matière de protection contre le risque d'inondation est la loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais ? L'article 33 constitue la disposition spéciale applicable<sup>4</sup>. Les digues étaient donc une affaire de propriétés protégées ne concernant pas, *a priori*, l'intérêt général ; à l'exception notable de la promulgation de la loi du 28 mai 1858 relative à l'exécution des travaux destinés à mettre les villes à l'abri des inondations<sup>5</sup>, qui conférait à l'État une compétence d'exception en la matière.

Au bénéfice de cette nouvelle définition légalisée, une digue ne peut plus être assimilée à un remblai comme les autres. La

3. Rép. min. à QE n° 08701 (A. Chatillon) : JO Sénat 18 avr. 2019, p. 2119.

4. « Lorsqu'il s'agira de construire des digues à la mer, ou contre les fleuves, rivières ou torrents navigables ou non navigables, la nécessité en sera constatée par le gouvernement et la dépense supportée par les propriétés protégées, dans la proportion de leur intérêt aux travaux ; sauf le cas où le gouvernement croirait utile et juste d'accorder des secours sur les fonds publics » - v. les conclusions du commissaire du gouvernement Braibant sur CE, 4 avr. 1962, n° 49258 : D. 1962, II, p. 592.

5. Cette loi introduit trois grands principes : l'exécution par les services de l'État de travaux destinés à défendre les centres urbains contre les inondations ; la répartition des dépenses engendrées par les travaux entre l'État, les collectivités territoriales (départements et communes) et les propriétaires riverains ; la protection des lits majeurs des grands cours d'eau ; la construction de digues dans ces champs naturels doit être autorisée au préalable par l'État.

finalité de protection contre le risque d'inondation attachée à l'ouvrage constitue désormais le critère de qualification juridique. Cette définition légale a consacré, d'une certaine manière, un mouvement amorcé dans les prétoires. Ainsi, la cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt en date du 8 octobre 2013 à propos d'un remblai ferroviaire, avait précisé que « la circonstance que la commune ait fait aménager en 1963, sous l'ouvrage d'art franchissant la route de Béziers, un batardeau destiné à retenir l'écoulement des eaux, ne suffit pas à faire regarder l'ensemble du remblai, qui mesure 560 mètres de long et comporte d'autres ouvrages d'art dépourvus d'équipement de même nature, comme ayant été aménagé pour protéger contre les inondations ou les submersions »<sup>6</sup>. Un merlon en terre a pu être qualifié de digue dès lors que cet ouvrage avait pour objet de protéger un secteur donné des risques d'inondation<sup>7</sup>. La création prétorienne a également fonctionné pour les ouvrages participant à la protection contre les submersions marines. Le juge administratif a ainsi pu estimer que des enrochements pouvaient être regardés comme constituant une « digue à la mer »<sup>8</sup> en tant qu'ils protégeaient les propriétés riveraines de la mer. En revanche, la qualification de digue a été repoussée lorsque les aménagements et constructions comme des murs ou des murets de clôture ou encore la pose de grillage avaient pour objet de délimiter les propriétés<sup>9</sup>.

● **Aménagement hydraulique.** L'article R. 562-18 du code de l'environnement définit la consistance matérielle d'un ou plusieurs aménagements hydrauliques. Cette terminologie concerne désormais « l'ensemble des ouvrages qui permettent soit de stocker provisoirement des écoulements provenant d'un bassin, sous-bassin ou groupement de sous-bassins hydrographiques, soit le ressuyage de venues d'eau en provenance de la mer, si un des ouvrages relève des critères de classement prévus par l'article R. 214-112 ou si le volume global maximal pouvant être stocké est supérieur ou égal à 50 000 m<sup>3</sup> ». Cet ensemble comprend les ouvrages conçus en vue de la prévention des inondations ainsi que ceux qui ont été affectés à cette finalité, sans préjudice des fonctions qui leur sont propres, notamment les barrages<sup>10</sup>.

6. La cour administrative d'appel de Marseille rappelait qu'un remblai ferroviaire ne pouvait être assimilé à une digue (CAA de Marseille, 8 oct. 2013, n° 11MA02683).

7. TA Clermont-Ferrand, 20 nov. 2012, n° 1200248. Cette définition s'inspire de la conception d'Alfred Plocques qui dans son ouvrage de 1879 intitulé *Des cours d'eau navigables et flottables*, (t. 4, p. 54), proposait la définition suivante : « tout ouvrage établi dans le but de défendre une propriété contre les incursions des eaux ». Et de préciser que « peu importe l'endroit où cet ouvrage sera situé et la plus ou moins grande distance de la rivière ; peu importe également la nature des matériaux dont il se compose et son mode de construction ; c'est le but unique auquel a visé le constructeur que l'on doit considérer ». Pour la jurisprudence civile, une digue constitue « un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil dès lors qu'il s'agit d'un aménagement modifiant le terrain naturel par l'édification d'une protection artificielle contre la venue des eaux » (CA Toulouse, 11 oct. 1999, Cie AXA c/ SA Entreprise Malet).

8. CAA Marseille, 6 mai 2014, n° 10MA04256.

9. S. Deliancourt, *Digues à la mer : de la propriété privée au domaine public*, concl. sur CAA Marseille, 6 mai 2014, n° 10MA04256, SCI Pascal et M. Pascal : RFDA 2014, p. 1075.

10. V. Rép. min. à QE n° 17586 (N. Sollogoub) : JO Sénat 25 févr. 2021, p. 1351.

## B. Ouvrages susceptibles de se rattacher à la Gemapi : les ouvrages participant à la gestion des milieux aquatiques

Des ouvrages qui contribuent à la gestion des milieux aquatiques peuvent être rattachés à la compétence Gemapi dans une démarche volontaire, même s'ils ne s'y rattachent pas par obligation légale. Par exemple, l'Epci-FP peut intervenir, au titre de la Gemapi, pour l'entretien des seuils en lit mineur et des plans d'eaux artificiels souvent créés par ces seuils sur ces ouvrages et plans d'eaux à titre ponctuel et volontaire, dans le cadre de sa mission de restauration de la continuité écologique telle que définie par le 8° du I de l'article L. 211-7, I. du code de l'environnement.

Les opérations de restauration des milieux aquatiques comme, par exemple, l'arasement de seuil ou l'aménagement visant à rétablir la continuité écologique peuvent également être rattachés à la compétence Gemapi. Il en va de même des ouvrages qui contribuent à la protection et la restauration des sites et des écosystèmes aquatiques. Il s'agit par exemple des ouvrages de lutte contre l'abaissement du lit des cours d'eau comme les micro-seuils ou les épis, ou encore des ouvrages de protection des berges, comme les abreuvoirs ou les fascines, ou encore des ouvrages de reconnexion des annexes hydrauliques, comme les seuils ou canaux.

De plus, au titre de *l'aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique* (item 1), ou de *l'aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris leurs accès* (item 2), une très large gamme d'ouvrages peut être concernée. Au titre de ces items, la note du 7 novembre 2016 relative à la Socle indique notamment que :

- Item 1 : Cette mission comprend les aménagements visant à préserver, réguler ou restaurer les caractères hydrologiques ou géomorphologiques des cours d'eau.

- Item 2 : La réalisation de travaux hydrauliques d'aménagement et de rectification du lit d'un torrent de montagne.

L'absence de décrets sur ces ouvrages induit de fait un déséquilibre avec les aménagements hydrauliques et les systèmes d'endiguement, puisque l'inscription de ces derniers dans la compétence Gemapi est rendue obligatoire alors que l'Epci-FP procède d'une démarche volontaire pour inscrire les ouvrages participants à la gestion des milieux aquatiques.

## C. Ouvrages dits « contributifs » à la prévention des inondations

L'expertise technique amène à intégrer à la Gemapi des ouvrages dits « contributifs » ou « mixtes » qui participent de la prévention des inondations, au titre de l'article L. 566-12-1 II du code de l'environnement. Il peut s'agir par exemple :

- des ouvrages de piégeage de matériaux : peignes à embâcle, les plages de dépôt ou pièges à gravier, une (porte d') écluse ;

- des ouvrages de dissipation de l'énergie : épis, ouvrages de ralentissement dynamique ;

- des ouvrages de dérivation : chenaux de crue, bras de dérivation ;

- un barrage ayant pour vocation de rétablir le caractère maritime du Mont Saint Michel.

Un ouvrage est dit « contributif » ou mixte s'il « n'a pas exclusivement pour vocation la prévention des inondations et submersions [...], il s'avère, eu égard à sa localisation et ses caractéristiques de nature à y contribuer ». La qualification d'ouvrage contributif est attachée soit à un système d'endiguement, soit à un aménagement hydraulique.

La définition donnée par l'article est large et ouverte de sorte que dans la pratique, le gestionnaire de l'ouvrage concerné devra s'accorder avec l'Epci-FP en charge de la compétence Gemapi pour définir des règles de gestion partagée, sous le contrôle du préfet.

La notion d'ouvrage contributif présente un intérêt notamment pour les digues classées au sens du décret de 2007 qui ne seraient pas conservées dans un système d'endiguement. Dans cette hypothèse, la digue devrait faire l'objet d'une mise en transparence si elle aggrave l'aléa. La mise en transparence ne signifie pas arasement total de l'ouvrage : il peut s'agir de la mise en œuvre de busages sous l'ouvrage par exemple. Si l'absence d'aggravation de l'aléa est démontrée, aucune mise en transparence ne devrait être demandée par les services de l'État.

#### **IV. DISTINCTION DES OUVRAGES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE GEMAPI ET DE CEUX RELEVANT DE LA COMPÉTENCE GEPU<sup>11</sup>**

Si la distinction entre les motivations des deux compétences Gemapi et gestion des eaux pluviales urbaines (Gepu) est relativement claire, en revanche l'attribution des ouvrages ou des travaux qui se trouvent à la croisée des deux ne fait pas consensus et les textes peinent à en donner une délimitation précise. Sont concernés essentiellement les ouvrages de stockage, les fossés et éventuellement les merlons aménagés à l'amont des aires urbaines pour ralentir le ruissellement ou pour le détourner.

La discussion porte sur les distinctions entre :

- d'une part, les eaux pluviales urbaines au sens strict et les eaux de ruissellement, ces dernières étant définies de manière très diverse selon les auteurs ;

- d'autre part, la notion de Gepu au sens strict, et la notion de gestion du risque d'inondation par ruissellement (ou gestion du risque pluvial).

La compétence relative à la Gepu est définie par l'article L. 2226-1 du CGCT qui dispose que « la gestion des eaux pluviales urbaines correspondant à la collecte, au transport, au stockage et au traitement des eaux pluviales des aires urbaines constitue un service public administratif relevant des communes, dénommé service public de gestion des eaux pluviales urbaines ». L'article R. 2226-1 du CGCT précise le contour matériel de cette compétence sur le plan technique : « La commune ou l'établissement public compétent chargé du service public de gestion des eaux pluviales urbaines, mentionné à l'article L. 2226-1 : 1° définit les éléments constitutifs du système de gestion des eaux pluviales urbaines en distinguant les parties formant un réseau unitaire avec le système de collecte des eaux usées et les parties

constituées en réseau séparatif. Ces éléments comprennent les installations et ouvrages, y compris les espaces de rétention des eaux, destinés à la collecte, au transport, au stockage et au traitement des eaux pluviales [...] ».

Autrement dit, les ouvrages ne gérant pas d'eaux issues des aires urbaines, comme les bassins, fossés ou merlons situés à l'amont de toute aire urbaine sont *a priori* exclus de la compétence Gepu.

L'article 7 de la loi n° 2017-1838 du 30 décembre 2017 relative à l'exercice des compétences des collectivités territoriales dans le domaine de la gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations, dite loi *Fesneau*, prévoyait la remise par le gouvernement au Parlement dans les deux mois suivant l'entrée en vigueur de la loi d'un rapport sur la maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement aux fins de prévention des inondations. Ce rapport a été publié en avril 2018. Antérieur à la loi n° 2018-702 du 3 août 2018 relative à la mise en œuvre du transfert des compétences eau et assainissement aux communautés de communes, il n'apporte au final que peu de réponses claires aux questions soulevées en pratique. Il précise toutefois qu'il y a lieu de distinguer techniquement deux cas de figure en fonction des effets attachés aux ouvrages :

- « les ouvrages qui permettent d'intercepter les ruissellements avant qu'ils n'alimentent un cours d'eau dont on cherche à se protéger en cas de crues. Dans ce cas, les ouvrages doivent être classés en tant qu'aménagement hydraulique (au titre de la rubrique 3.2.6.0 de la nomenclature IOTA annexé à l'article R. 214-1 du code de l'environnement) et la maîtrise d'ouvrage des travaux doit être assurée par une autorité compétence en matière de Gemapi [...] ;

- les ouvrages qui interceptent des ruissellements avant qu'ils n'atteignent directement les enjeux à protéger. Dans ce cas, les ouvrages n'auront pas à être classés au titre de la rubrique 3.2.6.0 de la nomenclature IOTA. La maîtrise d'ouvrage des travaux pourra être assurée par toute collectivité territoriale disposant des compétences requises : compétence Gemapi, car la finalité des interventions concerne bien la prévention des inondations, la compétence « assainissement » ou encore le 4° du I de l'article L. 211-7 du code de l'environnement car il s'agit également de maîtriser les ruissellements, etc. ».

En pratique, c'est un débat technique qui a lieu pour les ouvrages situés en amont des aires urbaines, étant entendu que la gestion des ruissellements participe très souvent à la prévention des inondations et donc, que la distinction est toute théorique. À ce jour, la question reste ouverte pour les ouvrages, et notamment les espaces de rétention, impliqués dans la gestion des ruissellements uniquement ou pour partie issus des aires urbaines, et dépassant les capacités hydrauliques des réseaux publics urbains.

#### **V. DIFFÉRENCE ENTRE CLASSEMENT ET AUTORISATION DES OUVRAGES**

##### **A. Le classement du système d'endiguement**

Une circulaire du 6 août 2003 visait à définir le rôle de l'État en matière de connaissance et de suivi du parc de digues sur le territoire national, en fixant notamment les modalités d'identification et de contrôle des ouvrages recensés intéressant la sécurité

11. Ph. Marc, S. Véréout, D. Pierlot, Y. Kovacs, La gestion des eaux pluviales urbaines : un enjeu de clarification législative : Dr. Env. 2018, p. 418.

publique au titre de la police de l'eau. À ce titre, elle définissait un dispositif de suivi des digues intéressant la sécurité publique, inspiré de celui des barrages. Cette procédure s'appliquait quels que soient les propriétaires des digues (État, collectivités locales, associations syndicales ou propriétaires privés). Cette démarche de classement n'a pas résisté à la fragilité liée à la nature même du texte qui l'organisait, à savoir une circulaire<sup>12</sup>. Aussi, le ministère chargé de cette question a pu raccrocher ce dispositif à la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (*Lema*) pour lui donner une assise légale. Ainsi, la *Lema* du 30 décembre 2006, fixait dans son article 21, (codifié, à l'article L. 211-3 III du code de l'environnement) le principe d'une obligation de sécurité à la charge du propriétaire ou de l'exploitant des ouvrages hydrauliques. Le classement procède historiquement du décret n° 2007-1735 du 11 décembre 2007 relatif à la sécurité des ouvrages hydrauliques et au comité technique permanent des barrages et des ouvrages hydrauliques et modifiant le code de l'environnement.

L'article R. 214-113 du code de l'environnement détermine les critères de classement des systèmes d'endiguement. Désormais, le classement ne tient compte que de la population protégée qui correspond à la population maximale, susceptible d'être exposée dans la zone protégée. Conformément à l'article R. 214-113 du code de l'environnement, la classe d'un système d'endiguement est définie comme suit :

- classe A : population > 30 000 personnes ;
- classe B : population entre 3 000 personnes et 30 000 personnes ;
- classe C : population ≤ 3 000 personnes si le système d'endiguement comporte essentiellement une ou plusieurs digues établies antérieurement à la date de publication du décret n° 2015-526 du 12 mai 2015 ou, pour les autres systèmes d'endiguement, population comprise (ou égale à) entre 30 personnes et 3 000 personnes.

Ce classement est prescriptif. Il a pour effet de soumettre les propriétaires ou les exploitants à une série d'obligations que l'on peut qualifier de façon générique d'« obligations d'exploitation » : réaliser un diagnostic initial de sûreté, une étude de danger, tenir un dossier contenant les informations et les consignes écrites relatives à la surveillance de la digue (visite technique approfondie, rapport de surveillance, revue de sûreté). L'intensité de l'obligation de surveillance variant en fonction du classement de la digue.

## B. L'autorisation du système d'endiguement

L'article R. 562-14 du code de l'environnement prévoit que le système d'endiguement est soumis à une autorisation en application des articles L. 214-3 et de l'article R. 214-1 du code de l'environnement au titre de la rubrique 3.2.6.0 de la nomenclature IOTA. Lorsque le système d'endiguement repose essentiellement sur une ou plusieurs digues qui ont été établies antérieurement au décret du 12 mai 2015 et qui bénéficient d'une autorisation valide, alors le système d'endiguement est autorisé par un

arrêté complémentaire pris en application de l'article R. 214-18 du code de l'environnement. Toutefois, s'il apparaît susceptible de présenter des dangers ou inconvénients pour les intérêts énumérés par l'article L. 211-1 du même code, le préfet invite le pétitionnaire à solliciter une nouvelle autorisation.

En application de l'article R. 214-18 de ce code, le dossier de demande d'autorisation en système d'endiguement pour les ouvrages établis et autorisés avant le 12 mai 2015, devait être déposé au plus tard le 31 décembre 2019 pour un système d'endiguement qui relève de la classe A ou de la classe B au sens de l'article R. 214-113 du code de l'environnement et au plus tard le 31 décembre 2021 pour les autres systèmes d'endiguement. À titre dérogatoire, lorsque les circonstances locales le justifient, le préfet peut, par décision motivée, proroger ce délai d'une durée de dix-huit mois à la demande de l'autorité compétente.

Parmi les pièces devant être produite dans le cadre de cette demande, détaillées au IV de l'article D. 181-15-1 du code de l'environnement, figurent notamment :

- l'estimation de la population de la zone protégée et l'indication du niveau de la protection, niveau de protection jusqu'auquel l'autorité gestionnaire s'engage à assurer une protection dit « pied au sec ». Ce niveau ne doit pas être défini à la légère puisqu'il constituera une obligation de résultat susceptible d'engager la responsabilité du gestionnaire ;
- la liste des ouvrages préexistants qui contribuent à la protection du territoire ainsi que, lorsque le pétitionnaire n'est pas le propriétaire de ces ouvrages, les justificatifs démontrant qu'il en a la disposition ou a engagé les démarches à cette fin. Les procédures de mise à disposition sont abordées ensuite, mais il est important de noter que celles-ci peuvent parfois s'avérer longues puisque pouvant nécessiter des négociations, voire des procédures lourdes sur le plan administratif. Elles doivent donc être anticipées ;
- l'étude de dangers établie conformément à l'article R. 214-116 du code de l'environnement. À noter que l'étude de dangers peut elle-même impliquer des études spécifiques complémentaires, notamment si les connaissances structurelles de l'ouvrage ou hydrologiques au droit de l'ouvrage sont insuffisantes. Là-encore, il convient de ne pas sous-estimer les délais associés ;
- un document décrivant l'organisation mise en place pour assurer l'exploitation du barrage ou la gestion du système d'endiguement, son entretien et sa surveillance en toutes circonstances. Ce document faisant l'objet d'une évaluation dans le cadre de l'étude de dangers, il est nécessaire de le concevoir en amont. De plus, ces consignes peuvent dépendre de missions qui seront négociées dans le cadre de la mise à disposition des ouvrages. Là-encore, il convient d'anticiper.

En l'absence de régularisation, le VI de l'article R. 562-14 du code de l'environnement prévoit que la digue établie avant le 12 mai 2015 n'est plus reconnue en tant que telle, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021 pour une digue qui protégeait plus de 3 000 personnes et à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023 pour les autres digues, moyennant l'éventuel délai de 18 mois cité précédemment. Passé cette date, « 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 » du code de l'environnement.

12. « Le "classement" d'une digue au titre de la sécurité publique n'avait pas de valeur juridique en soi. Il s'agit d'un terme permettant de qualifier l'acte d'identification de ces digues par l'État et pour l'État, qui n'est utilisé que dans une circulaire, donc non opposable aux tiers ». C-C Garnier, Réglementation en vigueur pour les diverses digues fluviales : Ingénieries, eau-agriculture-territoires, n° spécial 2005, p. 45.

## VI. BOULEVERSEMENTS MAJEURS INDUITS PAR LES DERNIÈRES ÉVOLUTIONS RÉGLEMENTAIRES SUR LES DIGUES

La priorité n'est plus la sûreté de l'ouvrage, mais à son efficacité de protection.

Le décret n° 2007-1735 du 11 décembre 2007 a permis de fixer des règles de gestion pour les digues de manière à garantir leur sécurité. À l'époque, il revenait à l'État de recenser les ouvrages constituant des digues et de fixer les contraintes de gestion. Ces contraintes de gestion étaient alors proportionnelles à la hauteur de l'ouvrage et à la population située en arrière de la digue. Parmi ces contraintes, l'État imposait pour les digues de plus d'un mètre et protégeant plus de dix personnes la réalisation d'une étude de dangers. Celle-ci avait alors pour objet de déterminer le niveau de sûreté de l'ouvrage et devait donner lieu, le cas échéant, à des préconisations de confortement. Le préfet avait alors la possibilité d'imposer au gestionnaire la mise en œuvre de ces préconisations de manière à garantir la sûreté de l'ouvrage.

Depuis le décret n° 2015-526 du 12 mai 2015 et les divers décrets d'adaptation successifs, la rubrique 3.2.6.0 a été modifiée. Désormais, il ne convient plus de considérer seulement la digue, mais le système d'endiguement correspondant à l'ensemble des ouvrages nécessaires à la protection de la zone protégée. Il ne s'agit donc plus d'appréhender la digue au regard du risque qu'elle peut présenter, mais de s'intéresser à l'intérêt qu'elle peut apporter.

Ce changement d'approche a un impact à plusieurs niveaux. Désormais, les obligations rattachées aux ouvrages ne sont plus indexées aux risques induits par l'ouvrage (suppression de la notion de hauteur pour les classes de système d'endiguement), mais dépendent uniquement de leur intérêt de protection (au regard de la population protégée). Dans le même esprit, les obligations liées aux études de dangers sont désormais résolument orientées vers l'analyse du niveau de protection assuré par l'ouvrage et non plus sa sûreté.

À propos de l'obligation de surveillance et d'entretien, le Conseil d'État a rappelé que « le propriétaire et l'exploitant peuvent être considérés comme débiteurs conjoints », chacun étant responsable des obligations attachées respectivement à la qualité de propriétaire ou à celle d'exploitant du barrage. « Par suite, le préfet peut légalement mettre des prescriptions de surveillance et d'entretien à la charge conjointe du propriétaire et de l'exploitant, chacun devant prendre les mesures nécessaires relevant de sa responsabilité et en informer le préfet, sans qu'il soit nécessaire à ce stade que l'arrêté précise davantage à qui incombe chaque prescription, le préfet pouvant, le cas échéant, en cas d'inexécution de cet arrêté, prendre un nouvel arrêté précisant les tâches incombant à chacun »<sup>13</sup>.

13. CE, 10 juill. 2020, n° 427165 : Dr. Env. 2020, p. 330, synthèse Risques naturels et technologiques.

## VII. RESPONSABILITÉS ASSOCIÉES AUX OUVRAGES DE PROTECTION CONTRE LES INONDATIONS

La rupture d'une digue conduit à s'interroger sur son origine et implique de rechercher si cette rupture est due à un défaut d'entretien du gestionnaire. L'intensité de la crue est à rapporter aux niveaux de protection retenus lors de la conception de l'ouvrage. Débitrice d'une véritable obligation de résultat, au regard de la cote de protection associée au système d'endiguement, la collectivité compétente est tout d'abord tenue de garantir le niveau d'efficacité et la sûreté de l'ouvrage préalablement établis.

Cette responsabilité n'est toutefois ni absolue, ni systématique dans la mesure où l'article L. 562-8-1 du code de l'environnement ajoute que « la responsabilité du gestionnaire de l'ouvrage ne peut être engagée à raison des dommages que l'ouvrage n'a pas permis de prévenir dès lors qu'il a été conçu, exploité et entretenu dans les règles de l'art et conformément aux obligations légales et réglementaires ».

L'exonération de responsabilité du gestionnaire d'une digue à raison des dommages qu'elle n'a pu prévenir est cependant subordonnée à l'inclusion de celle-ci dans un système d'endiguement autorisé. 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. Ce régime est largement inspiré d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille de 2012 selon lequel « la circonstance que la digue n'ait pas été conçue pour résister à une montée des eaux d'une telle importance ne saurait être regardée comme un vice de conception, assimilable à un défaut d'entretien normal de cette dernière ; qu'ainsi la circonstance que l'ouvrage de protection contre l'expansion des eaux dont le syndicat avait la charge se soit rompu à l'occasion d'une crue qui excédait toutes les hypothèses prises en compte lors de sa conception n'est pas de nature à démontrer que l'entretien de la digue aurait été insuffisant, et non conforme aux règles de l'art ou aux prescriptions légales ou réglementaires existant à l'époque »<sup>14</sup>.

## VII. RÈGLES DE MISE À DISPOSITION DE CES OUVRAGES

Le patrimoine affecté à la mise en œuvre de la compétence Gemapi est marqué par une très forte diversité. Celle-ci découle à la fois de la ou des fonction(s) des ouvrages mais aussi de la nature publique et/ou privée de leur(s) propriétaire(s). Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant que les règles de mise à disposition de ces ouvrages soient aujourd'hui sources de difficultés et d'insécurité pour les collectivités désormais compétentes.

14. CAA Marseille, 5 nov. 2012, n° 09MA01880.

L'article L. 566-12-1 du code de l'environnement est venu poser le principe selon lequel « 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 [...] sont mises gratuitement à la disposition selon le cas, de la commune ou de l'Epci-FP compétent pour la défense contre les inondations et contre la mer, par voie de conventions ».

La constitution des systèmes d'endiguements et des aménagements hydrauliques par l'autorité compétente, implique par ailleurs que le gestionnaire dispose de la maîtrise foncière des ouvrages et de leur accès.

## A. La mise à disposition des digues communales

En application du droit commun de l'intercommunalité, un tel transfert de compétence entraîne au profit de l'Epci compétent la mise à disposition de l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice, ainsi que l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés à la date du transfert. Une note publiée le 28 octobre 2015 par le ministère de l'Environnement, précise « qu'afin d'éviter toute confusion, [...] l'Epci à fiscalité propre dispose des digues de ses communes membres en application de l'article L. 1321-1 du CGCT et non de l'article L. 566-12-1 du code de l'environnement ». Le transfert est constaté par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire, sans que son absence vicie la légalité de l'opération<sup>15</sup>.

## B. La mise à disposition des digues départementales et régionales

La loi n° 2017-1838 du 30 décembre 2017 dite *Fesneau* permet le maintien de l'action des conseils départementaux ou régionaux déjà investis localement dans la prévention des inondations. L'article 59 de la loi *Maptam* modifié, non codifié, permet donc aux départements, aux régions ou à leurs groupements qui assuraient au 1<sup>er</sup> janvier 2018 l'une des missions de la compétence Gemapi et qui ont continué d'exercer cette compétence, d'en poursuivre l'exercice après le 1<sup>er</sup> janvier 2020 sous réserve de conclure une convention qui détermine les modalités, notamment financières, de cette gestion. Cette convention, d'une durée de cinq ans, permet donc à ces collectivités de « contribuer à l'exercice de la compétence ». La loi reste silencieuse quant à la possibilité de proroger ou renouveler les conventions quinquennales. Toutefois, selon les termes du législateur, cette intervention n'est possible que « par dérogation »<sup>16</sup>.

## C. La mise à disposition des digues de l'État et de ses établissements publics

Le législateur a prévu une période de transition de dix ans, pendant laquelle l'État continue d'assurer la gestion des ouvrages

en question, pour le compte des intercommunalités concernées. Cette intervention s'appuie sur une logique de concours. Le mécanisme retenu présente toutefois quelques interrogations. Après 2014, l'État continue de gérer des digues, non pour son propre compte, mais pour celui de l'Epci compétent. Par une sorte de tour de passe-passe juridique, l'État aurait perdu sa qualité de « décideur » au profit de celle de simple « opérateur » (V. en ce sens la note de 2014 *concernant l'État gestionnaire de digues dans le contexte nouveau de la Gemapi*, p. 2). L'échéance de cette période transitoire au 28 janvier 2024 pose plus de questions qu'elle n'en résout. Alors que l'État est supposé conserver la propriété des digues, son rôle de gestionnaire devrait prendre fin le 28 janvier 2024. Faut-il en conclure qu'à cette date la mise à disposition des digues étatiques interviendrait sur le fondement du I de l'article L. 566-12-1 du code de l'environnement ? Sur un plan conceptuel, cette hypothèse ne semble pas résister à l'analyse. La mise à disposition de droit commun, fondée sur l'article L. 1321-1 du CGCT, n'a de sens que dans le cadre d'un transfert de compétences.

Les incertitudes liées à ce mécanisme ont conduit des parlementaires à déposer un amendement dans le cadre des discussions de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique. Il s'agissait de permettre à l'État, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, de déroger au IV de l'article 59 et de conserver la compétence de gestion et de financement des digues domaniales (n°CL1088).

## D. La mise à disposition des digues appartenant à des associations syndicales

En dépit de leur nature d'établissements publics, les digues appartenant à des associations syndicales autorisées (ASA) ou constituées d'office (Asco) sont exclues du mécanisme légal de mise à disposition automatique. Dans ces conditions, l'intervention de l'Epci-FP sur le territoire d'une ASA ne pourra se réaliser qu'au moyen d'une convention si les ouvrages, propriétés de l'association syndicale, devaient intégrer le ou les système(s) d'endiguement. L'Epci-FP devra s'assurer qu'il détiendra sur les ouvrages en question un droit à agir.

## E. La mise à disposition des ouvrages dont le périmètre excède celui de l'Epci compétent

L'alinéa 2 du I de l'article L. 566-12-1 du code de l'environnement exclut expressément la mise à disposition de digues « dont l'influence hydraulique dépasse le périmètre de la commune ou de l'Epci-FP compétent et s'il existe un gestionnaire ». Un courrier de la ministre Élisabeth Borne du 6 avril 2020 au député de l'Aude, Alain Pérera, confirme, sous respect de la compatibilité de la finalité Gemapi avec l'affectation initiale de l'ouvrage, à propos des ouvrages structurants de grande ampleur (autoroutes, voies ferrées, etc.), que « l'Epci-FP intègre dans son système d'endiguement uniquement les tronçons implantés sur son territoire communautaire et nécessaires à la protection de celui-ci. Ce même principe est étendu au cas où plusieurs Epci-FP se sont regroupés au sein d'un syndicat mixte aux fins de gérer un système d'endiguement à une échelle géographique

15. CAA Nancy, 11 mai 2006, n° 04NC00637, Cne de Kirrwiller-Bosselhauser.

16. Le décret n° 2019-119 du 21 février 2019 portant diverses dispositions d'adaptation des règles relatives aux ouvrages hydrauliques procède à l'adaptation du cadre réglementaire.

excédant le territoire d'un seul Epci ». Une telle situation devrait inciter les collectivités chargées de la compétence Gemapi à se regrouper au sein d'EPTB<sup>17</sup> ou d'EPAGE qui ont un périmètre d'action plus large.

### **F. La mise à disposition des ouvrages « contributifs »**

Un système d'endiguement peut ne pas être exclusivement composé de tronçons ou de digues « par nature », qui ont pour fonction exclusive la protection contre les inondations. Ainsi que le rappelle la note concernant la mise à disposition des digues existantes qui étaient gérées par d'autres acteurs que les communes, un système d'endiguement peut inclure « des tronçons de remblais faisant office de digue et portant une infrastructure, des objets singuliers comme des vannes, portes de marée, écluses, stations de pompage etc., dont le fonctionnement peut intégrer diverses contraintes. Enfin le système d'endiguement peut être complété par des aménagements hydrauliques fonctionnant sur le principe de la dérivation et du stockage temporaire des venues d'eau ».

À la différence des digues, ces ouvrages dits « contributifs », n'ont pas pour objet, mais pour effet de contribuer à la prévention contre les inondations. Cette utilité pour la collectivité compétente implique qu'ils « soient mis à sa disposition pour [lui] permettre de l'utiliser et d'y apporter des aménagements nécessaires pour ce faire » (C. env., art. L. 566-12-1 II). La mise à disposition repose sur une convention qui précise notamment les modalités liées à la maîtrise d'ouvrage des travaux et les différentes responsabilités qui en découlent. La mise à disposition n'est donc pas automatique. Elle est soumise à une double condition :

- sur le plan matériel, la mise à disposition ne peut intervenir qu'à la condition que l'ouvrage ou les travaux nécessaires à la

réalisation des aménagements projetés ou leur exploitation soient compatibles avec la fonctionnalité de l'ouvrage ou de l'infrastructure. Le propriétaire foncier dispose d'un véritable pouvoir d'opposition qui est mis en œuvre sous le contrôle du préfet ;  
- sur le plan spatial, la mise à disposition ne concerne que les ouvrages ou portions d'ouvrages qui sont situées dans le périmètre de l'Epci compétent (cf. *supra*).

### **G. La mise à disposition des ouvrages privés, des ouvrages en copropriété et des ouvrages abandonnés**

Les ouvrages privés, ceux détenus en copropriété et ceux considérés comme abandonnés ou sans-maître, ne peuvent faire l'objet d'une mise à disposition automatique. Dans la mesure où de tels ouvrages présentent un intérêt pour la collectivité compétente en matière de Gemapi, la mise à disposition pourra tout de même être assurée de manière supplétive<sup>18</sup>. Il conviendra de privilégier la voie conventionnelle ou, à défaut, de mettre en œuvre un transfert de propriété par la voie de l'expropriation, par la mise en œuvre d'une procédure de déclaration en état d'abandon manifeste (CGCT, art. L. 2243-1 à L. 2243-4) ou, enfin, par la procédure d'acquisition des biens sans maître (CGPPP, art. L. 1123-1). En toute hypothèse et à défaut de mise à disposition, l'article L. 566-12-2 du code de l'environnement permet à la collectivité compétente d'instaurer une servitude spéciale. De telles servitudes, en raison de leur objet particulièrement large, peuvent être créées « 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 que sur les ouvrages ou infrastructures qui y contribuent, au sens du II de l'article L. 566-12-1 ». Elles peuvent notamment permettre d'assurer la conservation des ouvrages existants et de les maintenir en bon état de fonctionnement ou encore de réaliser des ouvrages complémentaires ou d'aménager les ouvrages existants.

17. Sur ces derniers, v. R. Thépot, La genèse des établissements publics territoriaux de bassin et la politique de prévention des risques naturels : Pour Mémoire, n° 21, Automne 2020, pp. 67 et s.

18. Pour une illustration, relative à la digue d'estuaire protégeant le Nord Médoc, v. Rép. min. à QE n° 18965 (N. Delattre) : JO Sénat 25 févr. 2021, p. 1322