

## Exercer la Gemapi : panorama des instruments juridiques

07/07/2017

La compétence « gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations » devient obligatoire à compter du 1er janvier 2018 prochain pour les communautés. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles devront exercer elles-mêmes l'intégralité de cette compétence. Entre la gestion en régie directe et le transfert de la compétence à des syndicats mixtes labellisés EPAGE ou EPTB, différentes possibilités sont offertes. Passage en revue.

A compter du 1er janvier 2018, toutes les communautés seront compétentes en matière de gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations (Gemapi). Elles pourront ensuite l'exercer elles-mêmes ou par l'intermédiaire de structures de gestion de type syndical. La loi laisse en effet une grande liberté d'organisation aux territoires afin d'adapter l'exercice de la compétence aux spécificités hydrographiques du bassin concerné, à son historique (structures déjà existantes ou non, missions déjà exercées...) et au projet politique des collectivités.

Cet article a pour ambition de passer en revue de manière détaillée l'ensemble des instruments juridiques dont disposent les communautés et métropoles afin de mettre en œuvre cette compétence, de la régie directe au transfert en passant par la régie individualisée, la commande publique et la délégation.

Il est cependant important de rappeler que la dimension du bassin versant s'impose comme l'échelle pertinente pour élaborer une stratégie adaptée et efficace en matière de politique de l'eau. Cette échelle doit également constituer un cadre de solidarité entre l'ensemble des territoires qui la compose. Si adopter une vision globale à l'échelle du bassin n'empêche pas l'application d'un principe de subsidiarité pour gagner en efficacité et favoriser l'implication de tous, il reste que l'articulation des échelons dans le cadre du bassin constituera une question majeure pour la mise en œuvre de la compétence.

### La régie directe

Une communauté compétente en matière de Gemapi, qu'elle le soit obligatoirement au 1er janvier 2018 ou qu'elle l'ait choisi avant cette date, peut choisir d'exercer directement la compétence.

L'exercice en régie directe peut prendre plusieurs formes, qui dépendent du régime juridique de la compétence exercée.

Dans la mesure où la compétence « Gemapi » recouvre la possibilité d'entreprendre l'étude, l'exécution et l'exploitation de tous travaux, actions, ouvrages ou installations présentant un caractère d'intérêt général ou d'urgence qui visent :

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

et qu'elle est financée notamment par la taxe « Gemapi » (CGI, art. 1530) cette compétence revêt les caractéristiques d'un service public administratif.

Une communauté peut exercer par ses propres services et sur son budget général la compétence. Dans ce cadre, elle bénéficie des équipements affectés jusqu'alors par les communes à cette compétence : ces biens lui sont mis à disposition gratuitement et elle en assume l'ensemble des prérogatives et obligations du propriétaire (CGCT, art. L. 1321-1 et s.). Cette mise à disposition prend effet au jour du transfert de la compétence, même si le procès-verbal, qui en constate l'existence et précise la consistance des biens, leur situation juridique, leur état et évalue leur remise en état, n'a pas encore été établi contradictoirement par les représentants de la communauté et de la commune.

Elle bénéficie également des agents de la commune qui exerçaient tout ou partie de leurs fonctions dans les services affectés à cette compétence. Les agents qui exerçaient la totalité de leurs fonctions dans ce service communal sont transférés à la communauté : ils en deviennent des agents à part entière. Seuls les agents n'exerçant qu'une partie de leurs fonctions dans un service affecté à la Gemapi peuvent s'opposer à leur transfert. Dans ce cas, ils sont mis à la disposition de la communauté par la commune, de plein droit. Cette mise à disposition de service (CGCT, art. L. 5211-4-1) est à distinguer de la mise à disposition individuelle prévue par le statut de la fonction publique territoriale : elle permet en effet la mise à disposition de tous les agents du service, y compris les stagiaires et les contractuels en contrat à durée déterminée.

## **La régie individualisée : simple autonomie financière ou établissement public**

Individualiser la gestion du service public administratif de la Gemapi est envisageable sous deux formes. La première permet de maintenir la gestion dans le giron de la communauté, avec pour véritable organe décisionnaire le conseil communautaire : la régie dotée de la seule autonomie financière (CGCT, art. L. 2221-11 et s.). Sans être indépendante juridiquement, elle bénéficie d'un budget annexe permettant de retracer plus spécifiquement les recettes et les dépenses dont elle bénéficie et d'un conseil d'exploitation désigné par le conseil communautaire sur proposition du président. Ce conseil délibère pour avis, éclairant ainsi les délibérations du conseil communautaire.

Il est possible d'aller plus loin dans l'individualisation du service. La création d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, c'est-à-dire un établissement public local, permet à la communauté de conserver le contrôle sur la structure, tout en ouvrant son organe délibérant à des personnes extérieures et d'en distinguer la gestion. Le conseil d'administration d'un établissement public local gérant un service public administratif est constitué selon les règles fixées lors de son institution par le conseil communautaire : il est donc possible d'ouvrir le conseil à des membres non élus, par exemple des représentants de la société civile (associations, acteurs économiques dont les agriculteurs, etc.). En revanche, la majorité des sièges ainsi que les postes de président et de vice-présidents doivent être occupés par des conseillers communautaires.

Pour confier la compétence Gemapi à un établissement public administratif, il conviendra soit de prévoir sa compétence sur tout ou partie des items 1°, 2°, 5° et 8° de l'article L. 211-7 du Code de l'environnement, soit de conclure une convention de prestation de service avec lui. Cette convention, à titre onéreux pour répondre à un besoin, entre en principe dans le champ de la commande publique. À la triple condition que le contrôle de la communauté sur cet établissement soit analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, que plus de 80 % de l'activité de cet établissement soit dédié à la Gemapi et que cette activité ne relève pas du champ concurrentiel, la communauté est dispensée de procédures de publicité et de mise en concurrence pour confier à l'établissement public administratif le soin d'exercer tout ou partie de la compétence.

## **Confier la compétence à l'extérieur : commande publique, transfert et délégation**

La communauté peut également confier l'exercice de la compétence à d'autres personnes publiques ou privées que celles qu'elle crée. Trois instruments juridiques sont envisageables : la commande publique (concession ou marché public de service), la délégation à un syndicat ou le transfert de la compétence.

Compétente en matière de Gemapi, une communauté n'a pas l'obligation de l'exercer en propre. Elle peut en confier le soin à un partenaire privé. Les outils de la commande publique que sont les concessions d'une part, les marchés publics (dont les contrats de partenariats) d'autre part, peuvent s'avérer adaptés lorsque les besoins techniques notamment ne sont pas disponibles dans la sphère publique. Dans ces cas, il est nécessaire de respecter les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures de publicité et de mise en concurrence.

La communauté, maître d'ouvrage, garde le contrôle sur les conditions d'exécution de la concession ou du marché. Elle est en effet rédactrice du cahier des charges et contrôle les travaux, services ou fournitures confiés au titulaire à la réception. Outil contractuel plus souple que le transfert de compétence à un établissement public, la commande publique permet aussi de ne confier que certains ouvrages à la gestion privée. La condition de rentabilité de ces ouvrages pourra toutefois être interrogée par le prestataire, qui peut bénéficier d'une compensation financière pour le service public rendu.

La compétence Gemapi peut enfin être exercée à un niveau supracommunautaire par des syndicats mixtes fermés, labellisés EPAGE ou EPTB ou non.

Comme pour nombre de compétences, la création commune d'un établissement public par plusieurs communautés peut s'avérer la solution la plus adaptée aux besoins. La création de syndicats mixtes auxquels il est confié, par inscription dans leurs statuts, tout ou partie de la compétence Gemapi l'illustre. Ces syndicats, ouverts s'ils comptent d'autres membres que les communautés et les communes, ou fermés s'ils ne comptent que des communautés ou des communes, assurent alors l'exercice de la compétence dont ils sont seuls détenteurs, en application des principes de spécialité et d'exclusivité propres aux établissements publics. Comme lors du transfert de la compétence des communes vers les communautés, ce transfert de compétence entraîne une mise à disposition des biens et un transfert des agents affectés à son exercice.

La spécificité des syndicats mixtes labellisés EPAGE ou EPTB porte sur la possibilité ouverte aux communautés de leur déléguer l'exercice de la compétence (C. env., art. L. 213-2). Prévues par la loi, cette dérogation au principe d'interdiction de délégation d'une compétence à un établissement public de coopération intercommunale non doté d'une fiscalité propre accorde plus de souplesse que le transfert de compétence tout en laissant subsister des zones d'ombres et des risques d'exercice à plusieurs vitesses de la compétence. En effet, seul un EPAGE ou un EPTB existant, donc s'étant vu transférer, lors de sa création, la compétence Gemapi, peut se voir déléguer cette compétence par d'autres communautés que celles qui l'ont fondé. Alors que des communautés se seront défait de la compétence en la transférant, d'autres en confieront la seule exécution à leur nom et pour leur compte à cet établissement, par convention entre présidents.

Cette délégation est également différente d'une délégation de maîtrise d'ouvrage (L. n°85-704 du 12 juill. 1985, art. 3), qui demeure en revanche envisageable pour confier à une autre personne morale (y compris un EPAGE ou un EPTB) d'assurer la maîtrise d'ouvrage au nom, pour le compte et dans les conditions fixées par la communauté, de travaux en matière de Gemapi.

Loin de se résumer à un transfert de la compétence Gemapi des communautés aux EPAGE puis à l'EPTB par ceux-ci, les possibilités d'exercice sont variées. Selon les objectifs techniques et politiques assignés par les communautés, il pourra être fait le choix d'une solution plus ou moins intégrée, depuis la régie directe jusqu'au transfert total à un syndicat mixte labellisé. En cas de non-transfert ou de transfert partiel, la compétence, résiduelle ou non, pourra faire l'objet d'un exercice sur-mesure, par un établissement public *ad hoc*, une délégation de service public voire un contrat de partenariat public-privé pour les cas techniquement les plus complexes.

**Contacts AdCF : [a.pretre@adcf.asso.fr](mailto:a.pretre@adcf.asso.fr), [s.mauroux@adcf.asso.fr](mailto:s.mauroux@adcf.asso.fr) & [p.hurlin@adcf.asso.fr](mailto:p.hurlin@adcf.asso.fr)**