

## 1. Abschnitt: Zweck und Geltungsbereich/ Section 1: But et champ d'application

### Art. 1 WBG/LACE

- <sup>1</sup> Dieses Gesetz bezweckt den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers, insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen (Hochwasserschutz).
- <sup>2</sup> Es gilt für alle oberirdischen Gewässer.
- <sup>1</sup> La présente loi a pour but de protéger des personnes et des biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux, en particulier celle qui est causée par les inondations, les érosions et les alluvionnements (protection contre les crues).
- <sup>2</sup> Elle s'applique à toutes les eaux superficielles.
- <sup>1</sup> La presente legge ha lo scopo di proteggere persone e beni materiali importanti dall'azione dannosa delle acque, in particolare delle inondazioni, delle erosioni e delle alluvioni (protezione contro le piene).
- <sup>2</sup> Essa si applica a tutte le acque di superficie.

**Literatur:** BEELER URS R., Planerischer Schutz vor Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht 2008, 33 ff. (zit. Planerischer Schutz); DIGGELMANN OLIVER, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, in: ZSR 2005 I, 329 ff. (zit. Präventionsstaat); ENDTNER FELIX, Das Bundesgesetz über die Wasserbaupolizei, in: Eidgenössisches Amt für Strassen und Flussbau (Hrsg.), Hochwasserschutz in der Schweiz, 100 Jahre Bundesgesetz über die Wasserbaupolizei, Bern 1977, 8 ff. (zit. Bundesgesetz); MOHLER MARKUS H. F., Vernetzung von Sicherheit, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 521 ff. (zit. Vernetzung); SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA, Grundbegriffe, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 53 ff. (zit. Grundbegriffe); SUTTER PATRICK, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht 2009, 175 ff. (zit. Haftung); WENGER DAVID R., Der ohnmächtige Staat – Zwischen Selbstbehauptungsstrategien und Steuerungsillusionen: Bemerkungen anlässlich der Finanzkrise, in: Ancilla Iuris 1/2009, <[www.anci.ch/\\_media/beitrag/ancilla2009\\_1\\_wenger.pdf](http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2009_1_wenger.pdf)>, 16.4.2009 (zit. Staat).

**Materialien und amtliche Publikationen:** Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 665 ff. (zit. Botschaft Revision BV 1870); Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend Bewilligung eines Bundesbeitrages für Schutzbauten an Flüssen und Bächen im Hochgebirge, und Aufforstungen vom 21. Juni 1871, BBl 1871 II 880 ff. (zit. Botschaft Bundesbeitrag); Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 4. Juli 1873, BBl 1873 II 963 ff. (zit. Botschaft Revision Bundesverfassung); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Revision des Art. 24 der Bundesverfassung (Erweiterung der Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei) vom 14. November 1893, BBl 1893 V 9 ff. (zit. Botschaft Revision Art. 24 BV 1893); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung des Bundesgesetzes betreffend die Wasserbaupolizei vom 9. April 1952, BBl 1952 I 701 ff. (zit. Botschaft Wasserbaupolizeigesetz 1952); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung

über die Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Wasserbaupolizei im Hochgebirge vom 3. Mai 1972, BBl 1972 I 1165 ff. (zit. Botschaft Änderung Wasserbaupolizei); Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25. Januar 2002, Parlamentarische Initiative «Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung», BBl 2002 4164 ff. (zit. Bericht RK-S Tiere); NATIONALE PLATTFORM NATURGEFAHREN (PLANAT) (Hrsg.) (verfasst durch AMMAN WALTER/SCHNEIDER THOMAS), Strategie Naturgefahren Schweiz – Synthesebericht in Erfüllung des Auftrages des Bundesrates vom 20. August 2003, Biel 2004 (zit. Synthesebericht Naturgefahren); Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 2005 6029 ff. (zit. Botschaft Neugestaltung Finanzausgleich).

### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Allgemeine Bemerkungen.....	11
III.	Kommentierung .....	24
	A. Schutz von Menschen und Sachwerten (Abs. 1) .....	25
	1. Schutzobjekte.....	25
	2. Erfasste Gefahren .....	27
	B. Oberirdische Gewässer (Abs. 2) .....	35

## I. Entstehungsgeschichte

- Die älteste Zielsetzung des Wasserrechts des Bundes ist der Hochwasserschutz (BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 76 N 3; MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N 5). Dieser nahm seine **Anfänge** einerseits mit einer «wohltätigen Unternehmung der Föderalgewalt der Eidgenossenschaft», nämlich der Linthkorrektur, an der Wende zwischen dem 18. und 19. Jahrhundert (ENDTNER, Bundesgesetz, 8). Andererseits eruierte man nur wenig später einen Zusammenhang zwischen der «mächtig um sich greifenden Zerstörung der Gebirgswaldungen und der Verwilderung der Gewässer» und sah erstere als Ursache für die katastrophalen Überschwemmungen 1834, 1839 und 1868, welche weite Teile der Alpen heimsuchten (Botschaft Bundesbeitrag, 880 f.). Bezüglich der durch die Abholzung geschaffenen Gefahren übernahm der schweizerische Forstverein nach den Überschwemmungen der 1830er-Jahre als erste Institution bundesweite Aufgaben zur Hochwasserprävention. Seine Haupttätigkeit lag dabei in der Forschung und Aufklärung (Botschaft Bundesbeitrag, 880 ff.). Die wohlthätigen Unternehmungen ihrerseits wurden durch die erste Juragewässerkorrektur weitergeführt, welche zusammen mit der Linthkorrektur massgeblich zur Aufnahme von Art. 21 in die Bundesverfassung von 1848 beigetragen haben dürfte (ENDTNER, Bundesgesetz, 8). Gestützt auf Art. 21 BV 1848 folgten ab 1854 die Rheinkorrektur, die zweite Juragewässerkorrektur und die Korrektur der Rhone. Aufgrund der immer

wiederkehrenden Geschäfte beschloss die Bundesversammlung 1871 im Sinne einer sektoriellen Auslegung von Art. 21 BV 1848, dass die Korrektur und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete allgemein ein Werk von dauerndem schweizerischem Interesse darstelle. Damit war die Grundlage für die grossflächige Ausrichtung von Bundessubventionen geschaffen (ENDTNER, Bundesgesetz, 8). Diese wurden mit Bundesbeschluss vom 21. Juli 1871 gesprochen (AS X 517).

Parallel zu den Entwicklungen im Subventionswesen liefen Bestrebungen, die Erhaltung und Wiederherstellung der Gebirgswaldungen verfassungsrechtlich zu verankern. Vorerst war man der Auffassung, den Hochwasserschutz auch ohne wasserbauliche Bundeskompetenzen gewährleisten zu können, da mit dem Waldschutz der designierten Hauptursache für die Überschwemmungskatastrophen entgegengetreten würde und sich im Übrigen über die Subventionsgewährung ebenfalls Steuerungsmöglichkeiten ergäben (Botschaft Revision BV 1870, 670 f.). Im Zuge der Bereinigungsarbeiten für die totalrevidierte **Bundesverfassung von 1874** entschied man sich dann jedoch, dem Bund trotzdem nicht nur die Oberaufsicht über die Forstpolizei, sondern auch über die Wasserbaupolizei einzuräumen (Botschaft Revision Art. 24 BV 1893, 14). In einer ersten Zeit war sie allerdings auf das Hochgebirge beschränkt. Die Ausdehnung auf das ganze Gebiet der Schweiz erfolgte anlässlich der Volksabstimmung vom 11. Juli 1897 (Botschaft Revision Bundesverfassung, 985; Botschaft Revision Art. 24 BV 1893, 16).

Aus wasserbaulicher Perspektive hatte der Bund demnach v.a. die Korrektur und Verbauung der Wildwasser durch die Kantone zu unterstützen und Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke zu erlassen (Art. 24 Abs. 2 BV 1874). Diese Kompetenz wurde am 22. Juni 1877 mit dem Erlass des **Bundesgesetzes über die Wasserbaupolizei** genutzt (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1888, 1387). Auch wenn von der Abwehr von Schädigungen des Wassers im Sinne einer expliziten Zwecksetzung nicht die Rede war, ergab sich diese Ausrichtung auf die Gefahrenabwehr aus dem in Art. 24 Abs. 1 BV 1874 verwendeten Begriff der Wasserbaupolizei. Das Wasserbaupolizeigesetz von 1877 wurde 1953 und 1972 revidiert.

Zunächst wurde es vor dem Hintergrund der zunehmenden Nutzbarmachung der Wasserkräfte mit den 1950er-Jahren unerlässlich, die in die Jahre gekommene Wasserbaugesetzgebung an die Entwicklungen auf dem Gebiet der Technik im Wasserwirtschaftswesen anzupassen. Insbesondere durch die Aufstauung grosser Wassermassen waren neue Gefahren entstanden. Wäh-

rend des Aktivdienstzustandes wurde deshalb gestützt auf Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutz des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität der nicht veröffentlichte Bundesratsbeschluss vom 7. September 1943 über den aktiven und passiven Schutz der schweizerischen Stauanlagen gegen kriegerische Einwirkungen erlassen (Botschaft Wasserbaupolizeigesetz 1952, 701 f.). Nachdem diese Regelung vorerst noch ohne Überführung in die ordentliche Gesetzgebung über das Kriegsende hinaus weiterwirkte, wurde sie mit der **Revision 1953** durch Einfügung der Art. 3<sup>bis</sup> und 13<sup>bis</sup> ins Wasserbaupolizeigesetz aufgenommen. Dies stellt die bedeutendste Revision dar, die das Wasserbaupolizeigesetz in seinem über 100-jährigen Bestehen erfuhr. In gesetzssystematischer Hinsicht wurde im Vorfeld der Revision des Weiteren diskutiert, ob die Bestimmungen zum Schutze der Stauanlagen sachlich überhaupt ins Wasserbaupolizeigesetz gehören oder ob sie in einem Spezialerlass untergebracht werden sollen (Botschaft Wasserbaupolizeigesetz 1952, 702 f.). Anlässlich der Totalrevision von 1991 schliesslich entschied man anders als 1953 und leitete die Ausgliederung der Bestimmungen zum Schutz der Stauanlagen in einen separaten Erlass, das per 1. Januar 2013 in Kraft getretene StAG, ein (vgl. Komm. zur Einleitung N 22).

- 5 Ausserdem war 1952 nach katastrophalen Unwettern unabhängig vom Wasserbaupolizeigesetz mittels Bundesbeschluss die Möglichkeit geschaffen worden, die gesetzlichen Höchstbeiträge zur Finanzierung der erforderlichen Massnahmen um maximal 20 % zu erhöhen, wenn die Gelder anders nicht verfügbar gemacht werden können (ENDTNER, Bundesgesetz, 9; Botschaft Änderung Wasserbaupolizei, 1166). Zusammen mit der formellen Bereinigung des Titels – der schon lange unzutreffende Zusatz «im Hochgebirge» wurde endlich gestrichen – wurde mit der **Revision 1972** dieser Bundesbeschluss nunmehr mit der Änderung von Art. 9 ins Wasserbaupolizeigesetz überführt (Botschaft Änderung Wasserbaupolizei, 1172).
- 6 Auf Ebene der BV kam erst mit der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975 (und nach einer aussergewöhnlich umstrittenen parlamentarischen Beratung) mit **Art. 24<sup>bis</sup> BV 1874** eine Zweiheit von Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes (Abs. 1) einerseits und umfassenden Rechtsetzungszuständigkeiten des Bundes (Abs. 2) andererseits hinzu, und es wurde explizit gemacht, dass diese Zuständigkeiten jeweils u.a. «zur Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers» dienen (so Abs. 1 explizit und mit dem Verweis auf den «gleichen Zweck» Abs. 2): Etwa betreffend die Benutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke (Abs. 1 Bst. b) und

betreffend die Regulierung von Wasserständen und Abflüssen ober- und unterirdischer Gewässer und weiterer Eingriffe in den Wasserkreislauf (Abs. 1 Bst. c) sowie betreffend die Wasserbaupolizei, inbegriffen Gewässerkorrekturen und Sicherheit der Stauanlagen (Abs. 2 Bst. b).

Unter der BV 1874 waren die Bundeszuständigkeiten zum Wasserrecht also 7 zwar «uneinheitlich und wenig übersichtlich» geregelt (so Botschaft BV 1996, 250), doch war es ein bewusster Entscheid des Parlaments, zwischen Grundsatzzuständigkeiten und umfassender Zuständigkeit des Bundes zu unterscheiden, wobei im Bereich des Wasserbaus eine umfassende Zuständigkeit des Bundes vorlag (Botschaft BV 1996, 250). Gleichwohl war die Oberaufsichtskompetenz in Art. 24 BV 1874 mit der detaillierten Bestimmung des Art. 24<sup>bis</sup> BV 1874 nach damaliger h.L. gegenstandslos geworden (vgl. MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N 1, m.w.H.).

Schliesslich wurde auf der Grundlage von Art. 24 und 24<sup>bis</sup> BV 1874 am 8 21. Juni 1991 das **Bundesgesetz über den Wasserbau** erlassen. Diese Revision erfolgte im Rahmen des zweiten Massnahmenpaketes zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen. Entsprechend ist die staatspolitische Zielsetzung, die Wirtschaftlichkeit der staatlichen Aufgabenerfüllung und die Erhaltung der staatlichen Leistungsfähigkeit zu fördern. Das beinhaltet insbesondere eine Überprüfung der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1334 und 1348). Das WBG hält diesbezüglich am Grundsatz fest, dass der Hochwasserschutz eine kantonale Aufgabe ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen an die Gemeinden delegiert werden kann, wobei der Bund die Aufsicht über den Vollzug ausübt. Die Aufsichtsbestimmungen werden gelockert, ohne die Kantone von der Prüfung von Subventionsgesuchen durch den Bund zu entbinden. Ausserdem bleibt die Pflicht, den Bund bei bedeutenderen Vorhaben zu orientieren sowie die Möglichkeit, die fachliche Unterstützung oder die Schlichtungsdienste des Bundes bei interkantonalen Aufgaben in Anspruch zu nehmen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1388). Neben der Straffung der Aufgabenteilung verleiht das neue Gesetz aber auch den ökologischen Aspekten mehr Gewicht. So sollen Unterhalts- und Planungsmassnahmen Priorität vor Eingriffen in die Gewässer zukommen. Gleichzeitig werden qualitative Anforderungen an die Gestaltung von Gewässern und Ufern gestellt, welche die Kantone zu beachten haben, und es werden als neue Subventionsart Finanzhilfen an die Wiederherstellung naturnaher Verhältnisse bei wasserbaulich belasteten Gewässern eingeführt (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1388). Damit werden die materiellen Grund-

züge des bisherigen Rechts mit Ausnahme der Bestimmungen über die Tal Sperren, welche in das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene StAG überführt wurden, mit gewissen, eher untergeordneten Justierungen vom WBG übernommen. Dass die Revision von 1991 dennoch als Totalrevision ausgestaltet wurde, hatte vor allem gesetzestechnische Gründe. So wollte man den Erlass systematisch, terminologisch und sachlich an die Neuerungen der letzten hundert Jahre anpassen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1388).

- 9 Ziel der **Revision von 2005** war dann die Optimierung der vorbestehenden föderativen Zusammenarbeitsform, bei der der Bund die strategische und die Kantone die operative Führung wahrnehmen. Fortan war der Bund im Wesentlichen für grössere Schutzbauten und die Bewältigung bedeutender Schadenereignisse verantwortlich, wofür er mit den Kantonen Leistungsvereinbarungen abzuschliessen hat (Botschaft Neugestaltung Finanzausgleich, 6135). Das Führungsinstrument der Programmvereinbarung wird auch im Wasserbaurecht als reguläres Mittel eingeführt. Es verleiht den Kantonen einen grösseren Spielraum bei der Verwendung der verfügbaren Gelder; im Gegenzug übernehmen sie aber auch eine entsprechend grössere Verantwortung (Botschaft Neugestaltung Finanzausgleich, 6136).
- 10 Die **Revision 2008** erfolgte aus Anlass der Volksinitiative «Lebendiges Wasser», welche am 3. Juli 2006 eingereicht wurde und einen neuen Verfassungsartikel 76a über die Renaturierung von Gewässern verlangt (Bericht UREK-S Schutz und Nutzung, 8065). Es war dann jedoch der von der UREK-S erarbeitete indirekte Gegenvorschlag, der in Form der Änderung des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 11. Dezember 2009 mit Wirkung ab 1. Januar 2011 in Kraft trat (AS 2010 4285) und für das Wasserbaugesetz die folgenden Änderungen brachte: Erstens erfolgte die Ausdehnung des Bereichs, welcher im Falle von Verbauungen oder Korrekturen von Fliessgewässern nach den Kriterien von Art. 4 Abs. 2 WBG zu gestalten ist, auf den von den Kantonen gestützt auf Art. 36a GSchG festgelegten Gewässerraum (Bericht UREK-S Schutz und Nutzung, 8065). Zweitens wurde der Subventionstatbestand von Art. 7 WBG betreffend die Finanzhilfen für Renaturierungsprojekte unter redaktioneller Anpassung von Art. 8 WBG in Art. 62b GSchG überführt (Bericht UREK-S Schutz und Nutzung, 8065).

## II. Allgemeine Bemerkungen

Die Aufgabe des Bundes, zum Schutze vor schädigenden Einwirkungen des Wassers Recht zu schaffen, ist nur eine von unzähligen Tätigkeiten des Staates zum Schutz vor **Naturgefahren**. Die Plattform Naturgefahren PLANAT (<[www.planat.ch](http://www.planat.ch)>), die vom Bundesrat 1997 ins Leben gerufen wurde und die als ausserparlamentarische Kommission einen Paradigmenwechsel von der reinen Gefahrenabwehr zu einer Risikokultur anstrebt, hat in ihrem vom Bundesrat am 20. August 2003 in Auftrag gegebenen Synthesebericht vom 11. November 2004 Naturgefahren in folgende Gruppen gegliedert:

- meteorologische/hydrologische Naturgefahren (insb. Hochwasser, Lawinen, Murgang, Stürme, Unwetter, Hitze);
- gravitative Naturgefahren (Lawinen sowie geologische Naturgefahren, wie Steinschlag und Felssturz);
- seismische Naturgefahren (Erdbeben);
- biologische Naturgefahren (insb. Schädlinge, Pandemien, Epidemien);
- radiologische Naturgefahren (nicht-ionisierende und ionisierende Strahlung);
- vulkanische Naturgefahren und
- meteoritische Gefahren.

(vgl. PLANAT, Synthesebericht Naturgefahren, 7; vgl. dazu BEELER, Planerischer Schutz, 34 ff., sowie SUTTER, Haftung, 176, m.w.H.). Dabei macht Hochwasser etwa ein Drittel der Gesamtaufwendungen zum Schutz vor Naturgefahren aus (PLANAT, Synthesebericht Naturgefahren, 1 und 40: ca. CHF 800 Mio. von CHF 2,5 Mrd.).

Bezüglich der drei erstgenannten Gruppen an Naturgefahren verfolgt der Bund heute ein **integrales Risikomanagement** mit den Etappen Prävention, Intervention und Wiederinstandstellung, wobei es sich um einen ständigen Kreislauf handelt, der zudem durch eine ständige Gefahren- und Risikobeurteilung begleitet wird (vgl. GOVONI, Risikomanagement, 104 ff., und dort auf 111 die graphische Darstellung, die sich auch unter <<http://www.planat.ch/de/fachleute/risikomanagement>> findet).

Die **rechtlichen Grundlagen** dieser Tätigkeiten des Bundes im Besonderen bzw. des Staates im Allgemeinen sind zunächst einmal in ein grösseres Ganzes einzugliedern (vgl. dazu im Detail SUTTER, Haftung, 176 ff.):

- 15 Erstens war spätestens ab dem 17. Jahrhundert die Wissenschaft nicht mehr Selbstzweck, sondern direkt mit dem (insb. die Natur) bändigenden Nutzen für die Gesellschaft verknüpft, und gleichzeitig wurde der Gehorsam des Bürgers gegenüber dem Staat mit dessen Kapazität, diesen Bürger zu schützen, verbunden. Aus dieser Kombination von «Problemlösungs-Erwartungen» des Bürgers an den Staat einerseits und «Selbstbehauptungswillen» des Staates gegenüber dem Bürger andererseits resultierte eine permanente Ausweitung des Schutzauftrags des Staates (vgl. auch WENGER, Staat, 1 f.).
- 16 Zweitens hat der Staat (im Sinne seiner politischen Entscheidungsträger) die Herrschaft über diesen Prozess bis zu einem gewissen Grad verloren, da mittels Auslegung von Grundrechtsnormen im Verbund mit der Idee von daraus fließenden positiven Schutzpflichten des Staates gegenüber den Grundrechtsträgern der Schutzauftrag des Staates durch die Rechtsprechung laufend vergrößert wird (vgl. auch DIGGELMANN, Präventionsstaat, 329 ff., sowie eine Übersicht über Lehrmeinungen bezüglich der Kriterien der Auslösung einer Schutzpflicht MOHLER, Vernetzung, J N 59). Im Fall Budayeva und andere gegen Russland vom 20. März 2008, § 128, 133 und 137, hat der EGMR nun solche positive Schutzpflichten aus Art. 2 und 8 EMRK auch für den Schutz vor Naturgefahren explizit bejaht.
- 17 In einem diese beiden Komponenten und Entwicklungsstränge verbindenden Sinne ist auch Art. 2 Abs. 1 BV zu verstehen, der als allererste Zwecksetzung der Schweizerischen Eidgenossenschaft den Schutz der Freiheit und der Rechte des Volkes sowie die Sicherheit des Landes versteht – und so eine individuelle und kollektive Ebene von Sicherheit unterscheidet. Diese Sicherheit im Rechtssinne ist Gegenstand des Polizeirechts, das definitionsgemäss die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit zum Inhalt hat (zur Kritik am hier nicht verwendeten Begriff der «öffentlichen Ordnung» vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, B N 17 ff.). Als Elemente der öffentlichen Sicherheit werden die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen und der Institutionen des Staates polizeirechtlich geschützt, womit jede drohende oder begangene Verletzung einer Rechtsnorm (sprich: der objektiven Rechtsordnung) eine Bedrohung für die öffentliche Sicherheit darstellt (vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, B N 13 ff.). Die so verstandene Polizei im materiellen Sinne ist zu unterscheiden von der Polizei im formellen und institutionellen Sinne: Jede Behörde, die zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit tätig ist,

handelt polizeilich, ohne dadurch Polizei im formellen und institutionellen Sinne zu sein (vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, B N 36 ff.).

Dabei verstehen wir unter **Gefahr** das qualitative Moment, nämlich eine Sachlage, die im Einzelfall tatsächlich oder aus der *ex ante*-Sicht der handelnden Person bei verständiger Würdigung in naher Zukunft die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts mit sich bringt, wobei ein **Schaden** die objektive Minderung eines vorhandenen normalen Bestandes von Rechtsgütern ist. Und unter einem **Risiko** ist das quantifizierende Moment zu verstehen, also als das Ausmass eines möglichen Schadens und dessen Eintretenswahrscheinlichkeit (vgl. zum Ganzen MOHLER, Vernetzung, J N 54, und SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, B N 23 ff.). Während die konkrete Gefahr zur Legitimation einer Einzelmassnahme auf der Basis der polizeilichen Generalklausel oder einer spezifischen Rechtsnorm dient, begründet die abstrakte Gefahr den Anlass für die abstrakte Gefahrenabwehr durch generell-abstrakte Polizeierlasse (wie das WBG).

Die Abwehr von Gefahren ist ebenso wie die Beseitigung von bereits eingetretenen und/oder anhaltenden Schädigungen Gegenstand des Polizeirechts. Aufgabe der Polizei ist demgemäss die Verhinderung eines rechtswidrigen Zustandes bzw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (in welchem die Verletzung der objektiven Rechtsordnung eben nicht eintritt bzw. nicht mehr anhält). Es wird jedoch von Experten zu Recht beklagt, dass die geltenden Gesetze im Bereich des Schutzes vor Naturgefahren noch zu sehr auf die klassische polizeiliche Gefahrenabwehr ausgerichtet und **noch zu wenig risikobasiert** sind: technische, biologische, planerische und organisatorische Massnahmen wären gleichwertig zu behandeln; ebenso Fragen von Prävention, Intervention und Wiederinstandstellung (PLANAT, Synthesebericht Naturgefahren, 34; vgl. Komm. zur Einleitung N 34).

Wie bereits andernorts detailliert dargestellt (SUTTER, Haftung, 179 ff), kann aber der Schutzauftrag des Staates nie soweit gehen, tatsächlich Gewissheit (im Sinne des Fehlens von Unsicherheit und damit eines Zustandes von «**Sicherheit**») zu gewährleisten, dass sich eine Gefahr nicht realisieren kann bzw. wird. Zum Massstab an das staatliche Handeln bei der Erfüllung seines Schutzauftrags ist hier auf den für die Frage der Staatshaftung entwickelten Entscheidungsbaum bei SUTTER, Haftung, 181, zu verweisen.

Eine **Naturgefahr** ist nun eben dadurch besonders, dass sie begriffsdefinitiv einen in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretenden Schaden bewirken kann, der sich ohne unser Zutun und nach den der

Naturgefahr innewohnenden Kräften und Gesetzen entwickelt – eben im Unterschied zum «Menschenwerk» (vgl. für die Herleitung dieser Definition SUTTER, Haftung, 175 f.). Dabei treten selbstredend die Naturgefahren sehr oft in einem Kontext auf, der sehr stark durch «Menschenwerk» geprägt ist – denn ohne einen «Schaden», der per Definition auf den durch ein Ereignis geminderten Bestand von Rechtsgütern Bezug nimmt, gibt es ja keine Gefahren (und somit auch keine Naturgefahren), womit die Existenz von durch den Ereignisseintritt betroffenen Rechtsgütern von Menschen dem Begriff der Naturgefahr implizit ist.

- 22 Während der Hochwasserschutz also nur eine Teilkomponente des Schutzes vor Naturgefahren darstellt, bildet wiederum der Schutz vor Naturgefahren nur eine Teilkomponente des Sicherheitsrechts bzw. des Polizeirechts. Als konkrete Verfassungsgrundlage für Bundeskompetenzen im Bereich des Schutzes vor Naturgefahren dient jedoch nicht Art. 2 Abs. 1 BV; ebenso wenig bildet gemäss herrschender Rechtsauffassung Art. 57 BV eine Kompetenzgrundlage des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 57 N 1). Gestützt auf die allgemeine Kompetenzordnung von Art. 3 BV, wonach die Kantone zuständig sind, sofern ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, finden sich die **Rechtsgrundlagen für die Bundeskompetenz** im Bereich des Schutzes vor schädigenden Einwirkungen des Wassers – neben der bereits in I. erwähnten umfassenden Rechtssetzungskompetenz gestützt auf Art. 76 Abs. 3 BV – vielmehr auch in der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes bezüglich des Waldes (Art. 77 Abs. 1 BV; Schutzfunktion des Waldes, u.a. im Bereich des Hochwasserschutzes), in der umfassenden Bundeskompetenz im Bereich des Biotopschutzes (Art. 78 Abs. 4 BV) sowie allenfalls (bezüglich mittelbar schädlich und/oder lästig auf Mensch und Umwelt einwirkender Folgen eines Hochwassers) in der umfassenden Bundeskompetenz zum Umweltschutz (Art. 74 BV). Mit dem integralen Risikomanagement rückten in den vergangenen drei Jahrzehnten aber vermehrt auch die planerischen Massnahmen in den Vordergrund, und damit ist auch die Raumplanung (Art. 75 BV) eine wichtige Kompetenzgrundlage des Bundes im Bereich des Hochwasserschutzes geworden (vgl. hierzu auch BEELER, Planerischer Schutz, 37 f.).
- 23 Diese verfassungsrechtlichen Rechtssetzungskompetenzen des Bundes werden von diesem meist so genutzt, dass die Aufgabenerfüllung den Kantonen übertragen wird und der Bund sie dabei finanziell unterstützt. Die Art. 2 und

Art. 6 WBG sind also typisch für die Aufgabenteilung im Bereich des Schutzes vor Naturgefahren.

### III. Kommentierung

Als das Wasserbaupolizeigesetz 1991 nach einer Totalrevision zum Wasserbaugesetz wurde (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1350 f.), wurde die der geltenden Praxis entsprechende Zwecksetzung neu erstmals ausdrücklich in dem nun vorliegenden Art. 1 WBG geregelt (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Wie vorstehend jedoch ausgeführt, ergab sich diese Zwecksetzung auch schon unter dem alten Recht von 1877 direkt aus dem in Art. 24 Abs. 1 BV 1874 verwendeten Begriff der Wasserbaupolizei sowie später dann sogar explizit aus Art. 24<sup>bis</sup> Abs. 1 und 2 BV 1874 mit der Zwecksetzung, «schädigende Einwirkungen des Wasser» abzuwehren. 24

#### A. Schutz von Menschen und Sachwerten (Abs. 1)

##### 1. Schutzobjekte

Der Zweckartikel beschränkt den Schutz vor schädlichen Auswirkungen des Wassers auf **Menschen** und **erhebliche Sachwerte**. Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988 definiert nicht, was «erhebliche Sachwerte» sind, geschweige denn, was der Massstab für die Erheblichkeit sein soll. Die rechtsanwendende Behörde wird die Erheblichkeit gleichzeitig als Verhältnismässigkeitskriterium und als Zeichen des Bestandes eines öffentlichen Interesses auszulegen haben. Dies kann praktische Bedeutung erlangen, wenn es darum geht, wann Schutzmassnahmen erforderlich sind (ganz generell im Lichte von Art. 5 Abs. 2 BV) und/oder wann Eingriffe in das Eigentum, die durch solche Massnahmen hervorgerufen werden, zu rechtfertigen sind (etwa im Falle einer Enteignung, im Lichte von Art. 36 BV): Bei Fehlen der Erheblichkeit der zu schützenden Sachwerte wird eine Schutzmassnahme kaum im öffentlichen Interesse sein und gar nicht erst getroffen werden dürfen, bzw. wird diese Massnahme zumindest bei der Abwägung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in Grundrechte einer betroffenen Person nicht zu rechtfertigen sein. 25

Mit der Rechtsänderung, wonach **Tiere** keine Sache mehr sind (Art. 641a Abs. 1 ZGB), wurde keine Benachteiligung der Tiere beabsichtigt, sondern eine Verbesserung ihrer Rechtsstellung, soweit eine solche explizit vorgese- 26

hen wurde. In allen anderen Fällen gilt gemäss dem Auffangtatbestand von Art. 641a Abs. 2 ZGB weiterhin das auf Sachen anwendbare Recht (Bericht RK-S Tiere, 4168). Somit werden auch die in Art. 1 WBG nicht explizit erwähnten Tiere nach dem Erheblichkeitskriterium für Sachen vor Hochwasser geschützt (z.B. Vieh während der Sömmerung).

## 2. Erfasste Gefahren

- 27 Das Gesetz spricht vom Schutz «vor schädlichen Auswirkungen des Wassers». Die zum Zeitpunkt des Erlasses des WBG geltende BV 1874 und auch die heutige BV beauftragten dagegen den Bund mit dem Schutz vor den «schädigenden Einwirkungen des Wassers». Es spricht m.E. nichts dafür, dass mit der unterschiedlichen Wortwahl («schädlich» und «schädigende» bzw. «Auswirkungen» und «Einwirkungen») eine bewusste terminologische, geschweige denn inhaltliche Unterscheidung zwischen Gesetzestext und Verfassungstext beabsichtigt worden wäre.
- 28 Dieser Schutz umfasst nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl die Gefährdungen, die vom Wasser selbst ausgehen, als auch jene, bei denen das Gewässer die Gefährdung weitergibt, wie etwa bei Rutschungen von Seitenhängen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389).
- 29 Im Sinne eines **nicht abschliessenden Katalogs** an möglichen schädlichen Auswirkungen des Wassers werden Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen erwähnt. Und dann findet sich am Schluss dieser nicht abschliessenden Aufzählung noch eine Klammerbemerkung «Hochwasserschutz».
- 30 Wie soeben erwähnt, sind bei **Erosionen** auch die vom Gewässer weitergehenden Gefährdungen zu berücksichtigen. Gleichzeitig sind Gegenstand des WBG aber nur Erosionen, die durch Gewässer verursacht werden, da Erosionen grundsätzlich Gegenstand anderer Gesetze, z.B. des Meliorations- und Forstwesens, sind (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Es macht deshalb Sinn, den Begriff der Ufererosion zu verwenden (oder zumindest zu meinen, wenn im Hochwasserschutzbereich von Erosion gesprochen wird): «Ufererosion ist der Abtrag von Festgestein und Lockermaterial an Uferböschungen durch die Schleppkraft des fliessenden Wassers.» (<<http://www.planat.ch/de/wissen/hochwasser/ufererosion/>>).

Zu den **Feststoffablagerungen** findet man keine Bemerkungen in der Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, doch geht es hier vor allem um Feststoffe Holz und Gestein, die im Falle von hohen Pegelständen zu Stauungen und Verschiebungen der Wasserläufe führen können. Werden hingegen mitgeführte Feststoffe auf einer überfluteten Fläche abgelagert, wird von Übersarung gesprochen (vgl. <http://www.planat.ch/de/wissen/hochwasser/ueberschwemmung/>). Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen diesen beiden Arten der Feststoffablagerungen nicht; beide sind somit als «schädliche Auswirkungen des Wassers» vom Hochwasserschutz gemäss diesem Gesetz erfasst. 31

Auch den Begriff der **Überschwemmungen** wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Es handelt sich um eine «vorübergehende Bedeckung einer Landfläche mit Wasser.» (<http://www.planat.ch/de/wissen/hochwasser/ueberschwemmung/>). 32

Mühe bereitet nun die grammatikalische Auslegung der Klammerbemerkung **Hochwasserschutz**. Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389, hat dies wohl erkannt und deshalb ausgeführt: «Die Kurzbezeichnung Hochwasserschutz ist enger als diese Umschreibung; sie soll jedoch eine *pars pro toto*-Aufzählungen im Gesetz vermeiden.» Diese Aussage ist m.E. so zu verstehen, dass der «Hochwasserschutz» eigentlich den «Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers» bezeichnet, und somit nicht in die beispielhafte Auflistung von drei Ausprägungen von Hochwasser gehört. In besser verständlicher Fassung würde Art. 1 Abs. 1 WBG deshalb wohl – durch einfache Verschiebung des Begriffs in Klammern – lauten: «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers (Hochwasserschutz), insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen.» 33

Erwähnenswert im Lichte dieses Überbegriffs des Hochwasserschutzes und der beispielhaften Aufzählung ist, dass Überschwemmungen nur eine Ausprägungsform von Hochwasser sind, auch wenn die Begriffe oft unterschiedslos verwendet werden. Mit Hochwasser wird ganz allgemein «der Zustand in einem Gewässer bezeichnet, bei dem der Wasserstand oder der Abfluss einen bestimmten (Schwellen-)Wert erreicht oder überschritten hat» (<http://www.planat.ch/de/wissen/hochwasser/>). Dies kann z.B. Erosionen in Form von Rutschungen von Seitenhängen zur Folge haben, ohne dass es aber zu einer Überschwemmung, also zu einer «Bedeckung einer Landfläche 34

mit Wasser», kommt. Dementsprechend geht auch der Hochwasserschutz über die Verhinderung von Überschwemmungen hinaus.

## B. Oberirdische Gewässer (Abs. 2)

- 35 Das WBG gilt für alle oberirdischen Gewässer. Dies war historisch auch nach dem Gesetz von 1877 nicht anders (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389).
- 36 Damit stellt der Gesetzgeber nicht in Abrede, dass «schädliche Auswirkungen des Wassers» auch vom Grundwasser ausgehen können. Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389, erwähnt als Beispiele die Bodenver-nässungen oder Probleme mit Gebäudefundamenten. Doch Massnahmen hiergegen seien nicht zur Wasserbaupolizei zu rechnen.
- 37 Mit dem Gegenbeispiel des Grundwassers scheint die Botschaft darauf Bezug zu nehmen, dass das GSchG nur zwei Gewässerkategorien kennt: ober- und unterirdische, wobei unterirdische Gewässer nur den Begriff des «Grundwassers (einschliesslich Quellwasser)» umfassen (Art. 2 und 4 Bst. b GSchG). Somit gehören **eingedolte Fliessgewässer** nach h.L. zu den oberirdischen Gewässern und sind entsprechend Gegenstand der im WBG vorgesehenen Massnahmen (überzeugend die Herleitung bei MAURER, Revitalisierung, 464 f.).

### 38 **Résumé**

Après une révision totale, la loi sur la police des eaux fut adoptée en tant que l'actuelle LACE en 1991 et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993. Elle fut révisée à deux reprises (en 2005 et 2008). Le but, qui était conforme à la pratique en vigueur, fut explicitement réglé à l'art. 1 LACE. Outre une simplification de la répartition des tâches, la loi accorde également plus d'importance aux impératifs écologiques.

Les objets protégés par l'art. 1 LACE sont les hommes et les biens matériels importants. L'autorité d'application du droit interprète ce dernier concept, respectivement celui de l'importance, comme critères de la proportionnalité et de l'existence d'un intérêt public. Les animaux, qui ne sont pas explicitement mentionnés à l'art. 1 LACE, sont également protégés contre l'action dommageable des eaux en vertu du critère de l'importance des biens.

La protection «contre l'action dommageable des eaux» comprend selon la volonté du législateur aussi bien les mises en danger directement imputables aux eaux que celles résultant indirectement des eaux comme par ex. les glissements de terrains.

L'art. 1 al. 1 LACE, en mentionnant les inondations, les érosions et les alluvionnements, dresse un catalogue non exhaustif des effets dommageables des eaux. Selon le message (Message répartition des tâches 1988), seules les érosions qui sont provoquées par les cours d'eau relèvent de la LACE, les autres faisant l'objet d'autres lois. Le message ne fait toutefois pas mention des alluvionnements. Les alluvionnements sont en particulier le bois et la roche qui, dans le cas de niveaux élevés des eaux, peuvent conduire à des engorgements et des déplacements des cours d'eau. Les inondations ne sont pas non plus définies par le législateur et sont des recouvrements temporaires de terres avec de l'eau.

Selon l'interprétation des auteurs, la remarque entre parenthèse («Protection contre les crues»), se trouvant à la fin de l'art. 1 al. 1 LACE, désigne la «protection des personnes et des biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux». Cette remarque entre parenthèse n'appartient par conséquent pas à la liste d'exemples «inondations, érosions et alluvionnements». Pour une meilleure compréhension de cette disposition, la parenthèse devrait être déplacée et l'art. 1 al. 1 LACE reformulé de telle manière: «La présente loi a pour but de protéger des personnes et des biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux (protection contre les crues), en particulier celle qui est causée par les inondations, les érosions et les alluvionnements».

Selon la doctrine dominante, les cours d'eau enterrés appartiennent aux eaux superficielles au sens de l'art. 1 al. 2 LACE et font ainsi l'objet des mesures prévues par la LACE.



## 2. Abschnitt: Zuständigkeit und Massnahmen/ Section 2: Compétence et mesures à prendre

### Art. 2 WBG/LACE

#### Zuständigkeit

Der Hochwasserschutz ist Aufgabe der Kantone.

#### Compétence

La protection contre les crues incombe aux cantons.

#### Competenza

La protezione contro le piene spetta ai Cantoni.

**Literatur:** HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008 (zit. Umweltschutzrecht); JAGMETTI RICCARDO, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundsatzfragen im Wasserrecht, in: Festschrift für Leon Schlumpf, Beiträge zum Staatsmann und Menschen, Chur 1984, 145 ff. (zit. Grundsatzfragen); KÄGI-DIENER REGULA, Föderalismus: Ein altes Konzept für neue Probleme? – Möglichkeiten und Grenzen des Föderalismus zur Regulierung kultureller Vielfalt – Erstvotum zum Beitrag von Thomas Pfisterer, in: AJP 2009, 727 ff. (zit. Föderalismus); MÄCHLER AUGUST, Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenverteilung, Diss. Zürich 1987 (zit. Rahmengesetzgebung); NORER ROLAND, Kostentragung bei baulichen Schutzmassnahmen vor Naturgefahren, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), Luzern 2012/2013 (zit. Kostentragung Schutzmassnahmen); PFISTERER THOMAS, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, in: AJP 2009, 706 ff. (zit. Bundesverfassung).

**Materialien und amtliche Publikationen:** BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Rechtsgutachten zur Oberaufsicht über die Sicherheitskontrollen der Talsperren vom 30. Juli 1991, in: VPB 1993 Nr. 6, 60 ff. (zit. Talsperren); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/EIDG. FORSCHUNGSANSTALT FÜR WALD, SCHNEE UND LANDSCHAFT (WSL) (Hrsg.) (verfasst durch BEZZOLA GIAN RETO/HEGG CHRISTOPH/ALLER DÖRTE et al.), Ereignisanalyse Hochwasser 2005 – Teil 2 – Analyse von Prozessen, Massnahmen und Gefahrengrundlagen, Umwelt-Wissen Nr. 0825, Bern 2008 (zit. Ereignisanalyse Teil 2); BUNDESAMT FÜR BEVÖLKERUNGSSCHUTZ (BABS) (Hrsg.), Schutz von Kulturgut bei Hochwasser – Empfehlungen auf Stufe Bund und Kanton – Bericht im Auftrag des Schweizerischen Komitees für Kulturgüterschutz, KGS Expert Report Nr. 2/2010, Bern 2010 (zit. Schutz Kulturgut).

#### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Allgemeine Bemerkungen.....	5
III.	Kommentierung .....	6
	A. Einordnung ins geltende Verfassungsrecht .....	6
	B. Umfang der kantonalen Kompetenz: Grundsatz .....	9
	C. Abweichungen vom Grundsatz .....	11
	1. Abweichungen im WBG.....	11
	2. Zuständigkeiten für Hochwasserschutzmassnahmen im übrigen Bundesrecht .....	12
	D. Koordinationsrechtliche Einbindung .....	16

1. Räumliche Nutzung und Gewässerhaushalt .....	16
2. Notfallplanung und Ereignisbewältigung .....	18

## I. Entstehungsgeschichte

1874 wurde dem Bund die Oberaufsicht über die Wasserbaupolizei übertragen (Art. 24 BV 1874), was als **beschränkte Gesetzgebungskompetenz** interpretiert wurde (BJ, Talsperren, 65; MÄCHLER, Rahmengesetzgebung, 34 f. m.H.). Die Kantone wurden im ersten BG betr. die Wasserbaupolizei im Hochgebirge vom 22. Juni 1877 (WBPG 1877) zum Hochwasserschutz mittels Verbauungen, Eindämmungen und Korrekturen und weiteren Vorkehrungen zur Verhinderung von Bodenbewegungen verpflichtet (Art. 5 WBPG 1877), eine Pflicht, deren Erfüllung der Bund zu überwachen hatte (Art. 3 WBPG 1877). Hauptzweck war die Förderung von Schutzmassnahmen durch Subventionen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1387). Die zunächst auf das Hochgebirge beschränkte Bundeskompetenz wurde 1897 durch Verfassungsänderung auf die gesamte Schweiz ausgedehnt. 1

1976 übertrug ein neuer Art. 24<sup>bis</sup> Abs. 2 Bst. b BV 1874 dem Bund im Bereich Wasserbau eine **umfassende Gesetzgebungskompetenz**. Der Vollzug wurde den Kantonen zugewiesen «soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält» (Art. 24<sup>bis</sup> Abs. 5 BV 1874). Weil gleichzeitig der alte Art. 24 BV 1874 (Oberaufsicht über die Wasserbaupolizei) nicht verändert wurde, entstand eine Doppelspurigkeit, die aber bewusst in Kauf genommen wurde (Votum Hefti [Berichterstatter], AB 1974 S 323), zumal der Unterschied «als mehr theoretisch als praktisch» empfunden wurde (Botschaft Wasserwirtschaft 1972, 1178). 2

Die neue Gesetzgebungskompetenz hat zunächst an den Zuständigkeiten nichts geändert. Auch im WBG, das im Zuge einer umfassenden Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen entstand, wollte man daran grundsätzlich nichts ändern. Zu Art. 2 WBG hält die Botschaft fest, die Festlegung des Hochwasserschutzes als **kantonale Aufgabe** entspreche dem geltenden Recht und der Zuständigkeitsverteilung, wie sie im Vernehmlassungsverfahren unterstützt worden sei (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Hingegen wurde auf den bisherigen Genehmigungsvorbehalt für kantonale Gesetze und Verordnungen verzichtet (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1361). 3

- 4 In der parlamentarischen Beratung führten die Kommissionssprecher aus, die **bewährte Zusammenarbeit** zwischen Bund und Kantonen solle nicht verändert werden. Es werde am Grundsatz festgehalten, dass der Hochwasserschutz kantonale Aufgabe ist, während der Bund wie bisher die Aufsicht über den Vollzug ausüben solle (Votum Rüesch [Berichterstatter], AB 1989 S 290; Votum Matthey [rapporteur], AB 1990 N 1814). Art. 2 WBG wurde diskussionslos genehmigt. Seither wurde an dieser Zuständigkeitsordnung nichts geändert.

## II. Allgemeine Bemerkungen

- 5 Trotz des klaren Wortlauts von Art. 2 WBG gilt der Wasserbau als Verbundaufgabe (WIGET, Programmvereinbarung, 101 f.). Das ist auf den komplexen Kontext zurückzuführen, in dem die Aufgabe Hochwasserschutz wahrgenommen wird: In **sachlicher Hinsicht** stehen die höchst unterschiedlichen topographischen und übrigen räumlichen Verhältnisse einem einheitlichen Problemzutritt entgegen. Je nach Tragweite des Eingriffs spricht dies für eine kantonale (allenfalls an die Gemeinden delegierte), eine kantonsübergreifende oder, wo grosse Sekundärschäden drohen (z.B. Kernanlagen oder der Unterbruch von wichtigen Verkehrsträgern), eine bundesweite Zuständigkeit bzw. Koordination. In **finanzieller Hinsicht** beteiligt sich der Bund mit namhaften Beiträgen an den Massnahmen. Das bedingt ein Mitspracherecht. In **rechtlicher Hinsicht** macht sich, wie überall im Wasserrecht, die Besonderheit bemerkbar, dass den Kantonen bzw. Gemeinden wohl die Sachherrschaft über die Gewässer zusteht, deren Ausübung aber mit der Zuständigkeitsordnung verschiedenster Rechtsgebiete konfligiert (dazu JAGMETTI, Grundsatzfragen, 146 ff.). Das erzeugt bei Wasserbauvorhaben, deren Wirkung weit über das Sachgebiet hinausgeht, einen hohen Koordinationsbedarf.

## III. Kommentierung

### A. Einordnung ins geltende Verfassungsrecht

- 6 Art. 76 Abs. 3 BV erteilt dem Bund im Wasserbau eine umfassende, konkurrierende und verpflichtende Gesetzgebungskompetenz (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 76 N 5). Der Bund ist vom Verfassungswortlaut her verpflichtet, Vorschriften zu erlassen (verpflichtende Kompetenz). Er kann das Gebiet

sowohl abschliessend als auch vollständig ordnen (umfassende Kompetenz). Dabei hat er jedoch die ebenfalls verfassungsrechtlichen Vorbehalte zugunsten der Kantone zu beachten. Art. 44 Abs. 1 BV verpflichtet Bund und Kantone zur Zusammenarbeit und zur gegenseitigen Unterstützung in der Aufgabenerfüllung. Nach Art. 46 BV obliegt es den Kantonen, das Bundesrecht umzusetzen (Abs. 1), wobei der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belässt und den kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt (Abs. 3). Es gilt das **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 5a BV); der Bund soll nur jene Aufgaben übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a Abs. 1 BV). Die Kantone bleiben denn auch zuständig, solange der Bund seine Kompetenzen nur teilweise ausschöpft (konkurrierende Kompetenz).

Dieses System entfaltet gerade auch da Wirkungen, wo der Bund über zentrale Kompetenzen verfügt und kann dazu führen, dass er sie nur als Grundsatzzkompetenz nutzt bzw. kantonale und kommunale Spielräume respektiert (KÄGI-DIENER, Föderalismus, 730). Soweit es sachlich vertretbar oder gar geboten ist, soll der Bund seine Kompetenzen so ausüben, dass den Kantonen **vielfältige Regelungsmöglichkeiten** offen bleiben (PFISTERER, BV im Wandel, 716). Die Kantone ihrerseits sind nicht nur selbst für die eigene Ebene verantwortlich, sie haben auch **Mitverantwortung** für die Problemlösung im Bund zu tragen (PFISTERER, Bundesverfassung, 713). Diese allgemeine verfassungsrechtliche Vollzugsregelung ermöglicht es, im Wasserbau die bisherige Praxis weiterzuführen (MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N 17).

Art. 76 Abs. 3 BV rückt vom bisher verwendeten Begriff «Wasserbaupolizei» ab und ersetzt ihn allgemeiner durch «Wasserbau». Lag der Fokus zuvor ausschliesslich auf dem Schutz vor den Gefahren des Wassers, so wird heute generell die Ausgestaltung **künstlicher Eingriffe** in Wasserläufe erfasst, unter Einbezug insb. auch ökologischer Anliegen (vgl. Art. 4 WBG; MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N 18). Das entspricht dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass alle den Wasserkreislauf betreffenden Vorkehren in ihrem Zusammenwirken zu betrachten sind (JAGMETTI, Kommentar BV 1874, Art. 24 N 4 und 45, Art. 24<sup>bis</sup> N 1 ff.; HÄNNI, Umweltschutzrecht, 446 Fn. 422; BGer 1A.252/1997 vom 14. April 1998, E. 3.b, in: ZBI 101 (2000) 89–95, 91). Der sich daraus ergebende Abstimmungsbedarf mit anderen Rechtsgebieten betrifft auch Zuständigkeiten.

## B. Umfang der kantonalen Kompetenz: Grundsatz

- 9 Die Kantone sind sowohl zum Ergreifen von Massnahmen wie auch zur Rechtsetzung verpflichtet (vgl. Art. 3 und Art. 12 Abs. 2 WBG und Art. 25 WBV; PFISTERER, Bundesverfassung, 721). Die Aufgabenteilung zwischen dem Kanton, den Gemeinden und Privaten wird von den Kantonen festgelegt. Dementsprechend sind die innerkantonalen Zuständigkeiten für bauliche Massnahmen unterschiedlich und auch mehr oder weniger differenziert ausgestaltet (dargestellt in NORER, Kostentragung Schutzmassnahmen, 19 ff.). Das Bundesgesetz steckt den Rahmen ab, in dem die Kantone tätig werden sollen. Es handelt sich teils um **generelle Anweisungen** (Art. 3–5 WBG), teils um **Anforderungen**, von deren Erfüllung – im Sinne von Art. 43a Abs. 3 BV – der Bund seine finanzielle Beteiligung an Projekten abhängig macht. Beides engt den Spielraum der Kantone ein. Insb. müssen Wasserbauprojekte nicht nur auf einer zweckmässigen Planung beruhen, sie sollen auch ein gutes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen (Art. 9 Abs. 1 WBG).
- 10 Der Bund beaufsichtigt den Vollzug der gesetzlichen Anforderungen (Art. 11 Abs. 2 WBG, vgl. auch Art. 49 Abs. 2 BV), die in Richtlinien konkretisiert werden sollen (Art. 20 WBV). Das **BAFU** bezeichnet sie allerdings weit öfter als Wegleitungen oder Empfehlungen. Die Kantone werden in ihre Ausarbeitung stark einbezogen. Richtlinien, Wegleitungen und Empfehlungen können aus rechtlicher Sicht als synonyme Begriffe angesehen werden (Verwaltungsverordnungen, vgl. BGE 121 II 473, 478 E. 2b). Sie haben eine erhebliche faktische Durchsetzungskraft und sind als fachtechnischer Standard zu beachten (vgl. BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 4.5.1; 1A.157/2006 vom 9. Februar 2007, E. 3.4.1; 1P.329/2005 vom 27. Juli 2005, E. 3.5).

## C. Abweichungen vom Grundsatz

### 1. Abweichungen im WBG

- 11 Abweichungen vom Grundsatz kennt das WBG in der **Grundlagenbeschaffung** und bei Entscheidungen, die **interkantonale Gewässer** betreffen. Der Bund ist zuständig für Erhebungen von gesamtschweizerischem Interesse (Art. 13 WBG, Art. 26 WBV) und hat bei gemischter Interessenlage Entscheidungsbefugnis, falls man sich nicht über die Kostenaufteilung einigen kann (Art. 15 WBG). Bei Geobasisdaten sind zudem die Vorschriften des GeoIG zu beachten. Können sich bei interkantonalen Gewässern die zur Koordination

verpflichteten Kantone (Art. 5 Abs. 1 WBG) nicht einigen, so ist der Bundesrat zur Entscheidung ermächtigt (Art. 5 Abs. 2 WBG). Für internationale Gewässer vgl. Komm. zu Art. 5 WBG N 12.

## 2. Zuständigkeiten für Hochwasserschutzmassnahmen im übrigen Bundesrecht

Bestimmungen, die wasserbauähnliche Massnahmen betreffen, finden sich auch ausserhalb des Wasserbaurechts (vgl. Komm. zu Art. 3 WBG N 29 ff.). 12

Das **Waldgesetz** verpflichtet in Art. 19 WaG die Kantone u.a. zur Sicherung der Rutsch- und Erosionsgebiete. Sie haben auch für den forstlichen Bachverbau zu sorgen. Dieser ist, in Abgrenzung zum WBG, strikte auf jene begleitenden Schutzmassnahmen im Gerinne beschränkt, die mit der Walderhaltung im Zusammenhang stehen (Art. 17 Abs. 1 Bst. c WaV). Wohl liegt die Massnahmenzuständigkeit nach beiden Gesetzen bei den Kantonen, das Waldgesetz stellt aber eigene Anforderungen. U.a. fordert es explizit eine integrale Planung unter Berücksichtigung der Interessen von Wald, Natur- und Landschaftsschutz, Wasserbau, Landwirtschaft und Raumplanung (Art. 17 Abs. 3 WaV). Alle betroffenen Ämter müssen dementsprechend eng zusammenarbeiten und raumbezogene Betrachtungen anstellen. Sollten mehrere Behörden Leistungen erbringen, so werden sie nach dem Subventionengesetz in der Regel von jener Behörde koordiniert, auf welche voraussichtlich die grösste Summe entfällt. (Art. 12 Abs. 2 SuG). 13

Auch bei der Umsetzung des **Landwirtschaftsrechts** handelt es sich um eine Verbundaufgabe. Der Bund kann zum Schutz von Kulturland sowie landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen vor Naturereignissen Beiträge und Investitionskredite gewähren (Art. 87 Abs. 1 Bst. c LwG). Sie gelten als Bodenverbesserungsmassnahmen; die für die Beitragsgewährung geltenden Regeln sind in Art. 93 ff. LwG festgelegt. Für ausgedehntere Massnahmen im Dienste des Hochwasserschutzes bieten sich namentlich Gesamtmeliorationen und Revitalisierungen an. 14

Die teils ausgedehnten Bundeskompetenzen in den Bereichen **Infrastruktur, Versorgung und Entsorgung** (Art. 76, 81, 83, 87, 90 und 91 BV) erstrecken sich insoweit auf den Hochwasserschutz, als der Bau der Anlagen ihren Schutz vor Naturgefahren impliziert. Die Zuständigkeit folgt dabei den Regeln, die in den zugehörigen Erlassen festgelegt sind. Abgrenzungsprobleme zum WBG können insb. dann entstehen, wenn die kantonalen Massnahmen 15

aufgrund der räumlichen Verflechtung neben den Siedlungen auch Infrastrukturanlagen wie Nationalstrassen und Eisenbahnlinien schützen und sich die Zuständigkeit für Bau und Schutz der Infrastruktur mit der wasserbaurechtlichen Zuständigkeit für den Schutz vor Hochwasser überlagert (vgl. Komm. zu Art. 3 WBG N 32). Die Situation ist unter Abwägung der Gesamtinteressenlage in einem Koordinationsverfahren zu lösen. Sind keine besonderen Verfahrensregeln zu befolgen, so ist Art. 25a RPG massgeblich.

## D. Koordinationsrechtliche Einbindung

### 1. Räumliche Nutzung und Gewässerhaushalt

- 16 Massnahmen des Hochwasserschutzes stehen in direktem Zusammenhang mit der räumlichen Nutzung und dem Gewässerhaushalt. Ganz allgemein war man sich von Beginn weg bewusst, dass im Verhältnis zu anderen Bundesaufgaben, namentlich zum GSchG, WaG und BGF, gewisse **Koordinationsprobleme** bestehen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1388). Hinzu kommt eine Reihe weiterer Rechtsgebiete, die das Wasser betreffen (dazu MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N 6; vgl. Komm. zu Art. 3 WBG N 35 ff.). Den Gewässern ist ausreichend Raum zur Verfügung zu stellen, nicht nur zum Schutz vor Hochwassern, sondern auch zur Gewährleistung ihrer Funktionsfähigkeit mit Einschluss des Schutzes von Lebensräumen sowie zur Gewässernutzung (Art. 36a GSchG, vgl. auch Art. 4 WBG). Die Massnahmen müssen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 WBG in ihrem Zusammenwirken mit anderen Massnahmen koordiniert werden und sind nach Massgabe von Art. 2 RPG und Art. 2 RPV mit anderen räumlichen Nutzungsansprüchen abzustimmen. Eine Subventionsbehörde darf einem Projekt nur zustimmen, wenn es allen einschlägigen bundesrechtlichen Anforderungen genügt (BGE 117 Ib 42, 47 f., E. 3b; 116 Ib 309, 313, E. 2a). Die Subventionspraxis ist in allen sachverwandten Gebieten von einer korrekten planerischen Interessenabwägung abhängig zu machen.
- 17 Die mit wasserbaulichen Aufgaben betrauten Behörden haben die Abwägung mit Blick auf eine möglichst **kohärente und in sich widerspruchsfreie Raumordnung** vorzunehmen (vgl. WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 2 N 54; TSCHANNEN, Kommentar RPG, Art. 2 N 54 f.). Weil spätere Steigerungen der Nutzungsintensität zu grösserer Verletzlichkeit und in Siedlungsgebieten zu höherem Schadenpotenzial führen, ist auch die anschliessende räumliche Weiterentwicklung kritisch zu begleiten. Der Bund

kann die Kantone im Rahmen seiner raumwirksamen Tätigkeiten und planungsrechtlichen Kompetenzen dazu anhalten, entsprechende Vorkehren zu treffen (Konzessionen, Konzepte und Sachpläne nach Art. 13 RPG, eidg. Plangenehmigungsverfahren, Genehmigung von Richtplänen, Stellungnahmen zuhanden der zur Koordination verpflichteten Behörden).

## 2. Notfallplanung und Ereignisbewältigung

Je nach Ausgestaltung des **präventiven Hochwasserschutzes** des WBG verbleibt ein grösseres oder kleineres Restrisiko. Die wasserbaulichen Massnahmen sind entsprechend mit Vorbereitungsarbeiten für den Notfall zu koppeln (sog. integrales Risikomanagement, dazu GOVONI, Risikomanagement, 107 ff.; vgl. auch Komm. zu Art. 3 WBG N 34). 18

In die Bewältigung von eigentlichen «Katastrophen und Notlagen» sind zahlreiche Amtsstellen involviert. Anwendbar sind die sicherheitspolitischen Massnahmen des Bundes (BZG; LVG). Sie erfordern ein hohes Mass an Koordination sowohl in **vertikaler** Richtung (Bund-Kanton-Gemeinden) als auch in **horizontaler** Richtung (Zusammenarbeit von Partnerorganisationen sowie diversen Ämtern). Speziell normiert sind die Notfallkonzepte bei Stauanlagen (Art. 10 ff. StAG). Auch die an ein Ereignis anschliessenden Phasen der Instandstellung (Erstellen einer minimalen Sicherheit vor Naturgefahren und für den Betrieb von Infrastrukturen) und des Wiederaufbaus (Reduktion des Restrisikos auf ein angemessenes Mass) erfordern die Beteiligung zahlreicher Stellen von Bund, Kanton, Gemeinden und Versicherungen. Aus der Ereignisanalyse können sich deshalb auch Konsequenzen für eine Verbesserung der Zusammenarbeit ergeben (BAFU/WSL, Ereignisanalyse Teil 2, insb. 214 ff., 336 ff; Komm. zu Art. 4 WBG N 24). Überprüft werden zurzeit die Rechtsgrundlagen für den Schutz von Kulturgütern vor Hochwassern (BABS, Schutz Kulturgut, 24). 19

### Résumé

L'art. 2 LACE prévoit que la protection contre les crues incombe, en principe, aux cantons qui doivent d'une part, prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la protection contre les crues (art. 3 LACE) et d'autre part, édicter les dispositions d'exécution (art. 12 al. 2 LACE). Il existe toutefois des dérogations au principe de l'art. 2 LACE, notamment dans le cas des relevés 20

d'intérêt national qui sont de la responsabilité de la Confédération (art. 13 LACE). La Confédération est également responsable du contrôle de la mise en œuvre des exigences formulées dans le droit fédéral (art. 11 al. 2 LACE) qui sont concrétisées par des directives élaborées par l'OFEV (art. 20 OACE). Le droit fédéral à prendre en considération est non seulement le droit de l'aménagement des cours d'eau, mais également, en outre, le droit de la protection de la nature et du paysage, le droit de l'aménagement du territoire et le droit forestier. Ces diverses réglementations doivent être coordonnées.



## Art. 3 WBG/LACE

### Massnahmen

- <sup>1</sup> Die Kantone gewährleisten den Hochwasserschutz in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen.
- <sup>2</sup> Reicht dies nicht aus, so müssen Massnahmen wie Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen, Geschiebe- und Hochwasserrückhalteanlagen sowie alle weiteren Vorkehrungen, die Bodenbewegungen verhindern, getroffen werden.
- <sup>3</sup> Diese Massnahmen sind mit jenen aus anderen Bereichen gesamthaft und in ihrem Zusammenwirken zu beurteilen.

### Mesures à prendre

- <sup>1</sup> Les cantons assurent la protection contre les crues en priorité par des mesures d'entretien et de planification.
- <sup>2</sup> Si cela ne suffit pas, ils prennent les autres mesures qui s'imposent telles que corrections, endiguements, réalisation de dépotoirs à alluvions et de bassins de rétention des crues ainsi que toutes les autres mesures propres à empêcher les mouvements de terrain.
- <sup>3</sup> Les mesures doivent être appréciées compte tenu de celles qui sont prises dans d'autres domaines, globalement et dans leur interaction.

### Provvedimenti

- <sup>1</sup> I Cantoni garantiscono la protezione contro le piene in primo luogo tramite lavori di manutenzione e misure pianificatorie.
- <sup>2</sup> Non bastando tali misure, si eseguiranno correzioni, arginature, ripari, bacini di raccolta e di ritenzione, nonché altri lavori atti a prevenire i movimenti del terreno.
- <sup>3</sup> Ogni intervento dev'essere valutato globalmente e nel suo interagire con misure simili, dipendenti da altri ambiti.

**Literatur:** BEELER URS R., Planerischer Schutz vor Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht 2008, 33 ff. (zit. Planerischer Schutz); ELSENER METZ JÜRIG/SCHULTHESS JÜRIG/SCHNEIDER ANNEMARIE et al., Hochwasser-Risikokarten für den Risikodialog in den Gemeinden, in: Wasser Energie Luft 2013, 111 ff. (zit. Hochwasser-Risikokarten); HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008 (zit. Umweltschutzrecht); HEPERLE ERWIN, Bundesbeiträge an den Landerwerb für Hochwasserschutzmassnahmen: Ein folgenschwerer Bundesgerichtsentscheid, in: Sicherheit & Recht 2012, 135 ff. (zit. Landerwerb); HESS JOSEF, Schutzziele im Umgang mit Naturrisiken in der Schweiz, Diss. Zürich 2008 (zit. Schutzziele); HOLLENSTEIN KURT/HESS JOSEF, Integrales Management von gravitativen Naturrisiken in der Schweiz, in: Schweiz Z Forstwes 162 (2011), 454 ff. (zit. Integrales Management); JENNI PETER/DOMSCHKY ANKE/JUD ANDREAS et al., Schlussbericht – KTI Forschungsprojekt Naturgefahren im Siedlungsraum – Planungshilfen zur Umsetzung von Gefahrenkarten, Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaft ZHAW, Geographisches Institut der Universität Zürich GIUZ, Winterthur/Zürich 2009 (zit. Schlussbericht Naturgefahren); KÄMPF EVA, Wie lese ich die Gefahrenkarte Hochwasser?, in: Umwelt Aargau 2011, Sondernummer 34 «Gefahrenkarte Hochwasser», 21 ff. (zit. Gefahrenkarte); MARTI ARNOLD, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 9. November 2011 (2C\_461/2011), in: ZBl 113 (2012), 617 ff. (zit. Anmerkungen BGer 2C\_461/2011); NORER ROLAND, Kostentragung bei baulichen Schutzmassnahmen vor Naturgefahren, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), Luzern 2012/2013 (zit. Kostentra-

gung Schutzmassnahmen); PATT HEINZ/JÜPNER ROBERT (Hrsg.), Hochwasser-Handbuch – Auswirkungen und Schutz, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2013 (zit. Hochwasser-Handbuch); RITTER WERNER, Kommentar zum Wasserbaugesetz des Kantons St. Gallen, Widnau 2012 (zit. Kommentar WBG SG); SCHAUB CHRISTOPH, Planungs- und baurechtliche Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren, in: PBG aktuell 2009/2, 5 ff. (zit. Massnahmen); SCHWANK CLAUDE/GEISER URS/ZAUGG STERN MARC, Analyse der Regelwerke auf Bundesebene und in den Kantonen Schwyz und St. Gallen - Gouvernanz in der Erstellung und Umsetzung von Gefahrenkarten, <[http://www.zora.uzh.ch/32183/1/Schwank\\_Gouvernanz\\_in\\_der\\_Erstellung\\_2009.pdf](http://www.zora.uzh.ch/32183/1/Schwank_Gouvernanz_in_der_Erstellung_2009.pdf)>, 2009 (zit. Gouvernanz Gefahrenkarten); STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2012, 90 ff. (zit. Uferstreifen); WALDMANN BERNHARD, Entschädigung aus materieller Enteignung für raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Schutz vor Naturgefahren?, in: Sicherheit & Recht 2009, 159 ff. (zit. Entschädigung).

**Materialien und amtliche Publikationen:** BUNDESAMT FÜR WASSER UND GEOLOGIE (BWG) (Hrsg.), Hochwasserschutz – Mehr Raum für die Fliessgewässer, in: aquaterra 1/2002, Biel 2002 (zit. Raum Fliessgewässer); KANTON LUZERN (Hrsg.) (verfasst durch ARNOLD PHILIPP/FRISCHKNECHT RUEDI/MÜLLER KARL), Strategiebericht des Kantons Luzern: Hochwasserschutz und integraler Gewässerschutz, <[https://uwe.lu.ch/-/media/UWE/Dokumente/publikationen/Publikationen\\_03\\_M\\_bis\\_5/strategiebericht\\_hochwasser.pdf](https://uwe.lu.ch/-/media/UWE/Dokumente/publikationen/Publikationen_03_M_bis_5/strategiebericht_hochwasser.pdf)>, Mai 2003 (zit. Strategiebericht); BUNDESAMT FÜR WASSER UND GEOLOGIE (BWG) (Hrsg.), Urner Reusstal: Autobahn als Hochwasserschutz, Biel 2004 (zit. Reusstal); BUNDESAMT FÜR RAUMENTWICKLUNG (ARE)/BUNDESAMT FÜR WASSER UND GEOLOGIE (BWG)/BUNDESAMT FÜR UMWELT, WALD UND LANDSCHAFT (BUWAL) (Hrsg.), Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren, Vollzug Umwelt Nr. 7516, Bern 2005 (zit. Empfehlung Raumplanung); JUSTIZDIREKTION KANTON URI (JD UR), Richtlinien für die raumplanerische Festlegung des Gewässerraums an Fliessgewässern, Altdorf 2006 (zit. Richtlinien Gewässerraum); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/EIDG. FORSCHUNGSANSTALT FÜR WALD, SCHNEE UND LANDSCHAFT (WSL) (Hrsg.) (verfasst durch BEZZOLA GIAN RETO/HEGG CHRISTOPH/ALLER DÖRTE et al.), Ereignisanalyse Hochwasser 2005 – Teil 1 – Prozesse, Schäden und erste Einordnung, Umwelt-Wissen Nr. 0707, Bern 2007 (zit. Ereignisanalyse Teil 1); NATURGEFAHRENKOMMISSION SG (NGK SG) (Hrsg.), Naturgefahren im Kanton St. Gallen – Leitfaden für Vorsorge und Schutz, St. Gallen 2007 (zit. Leitfaden NGK); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU) (Hrsg.) (verfasst durch GAY BERNARD/BONOMI DANIEL/MERKOFER MARTIN et al.), Handbuch I zur Störfallverordnung (StfV) – Vollzugshilfe für Betriebe mit Stoffen, Zubereitungen oder Sonderabfällen, Umwelt-Vollzug Nr. 0818, Bern 2008 (zit. Handbuch StfV).

### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Allgemeine Bemerkungen.....	3
III.	Kommentierung .....	4
	A. Gewässerunterhalt (Abs. 1).....	4
	B. Raumplanerische Massnahmen (Abs. 1).....	8
	1. Gefahrenkarten und ihre Wirkungen .....	9
	2. Umsetzung in Richt- und Nutzungsplanung .....	14
	3. Instrumentarium .....	18
	C. Sekundärmassnahmen (Abs. 2).....	21
	1. Zulässigkeit.....	21
	2. Rahmenbedingungen für die Massnahmenwahl .....	24
	D. Gesamthafte Beurteilung der Massnahmen (Abs. 3) .....	28
	1. Ergänzende Schutzmassnahmen ausserhalb des WBG .....	29
	2. Integration in den Risikokreislauf.....	34
	3. Räumliche und ökologische Anforderungen.....	35

## I. Entstehungsgeschichte

Die 1987 zunächst ins Auge gefasste Änderung des alten Wasserbaupolizeigesetzes war hauptsächlich gewässerökologisch motiviert (Botschaft GSchG 1987, 1168). Unglücklicherweise ereigneten sich im gleichen Jahr aussergewöhnlich starke Hochwasser, die enorme Schäden verursachten. Dies gab den Anstoss zu einer gesamthaften **Neuorientierung** der Gesetzgebung (BWG, Raum Fliessgewässer, 5). 1

Art. 3 Abs. 1 WBG durchlief die parlamentarische Debatte unverändert. Der deutschsprachige Text wurde anschliessend redaktionell präzisiert: «Unterhalt» wurde durch «Unterhalt der Gewässer» und «Planungsmassnahmen» durch «raumplanerische Massnahmen» ersetzt. Die Korrektur findet allerdings keine Entsprechung im französischen und im italienischen Text. Der Wortlaut von Abs. 2 wurde vom Parlament dem Gewässerschutzgesetz angepasst, ohne dass damit materiell eine Änderung bezweckt worden wäre (Votum Rüesch [Berichterstatter], AB 1991 S 389). Abs. 3 wurde von den Räten diskussionslos genehmigt. 2

## II. Allgemeine Bemerkungen

Unterhalts- und Planungsmassnahmen erhielten mit der neuen Gesetzgebung den Vorrang, während die klassischen Mittel der Wasserbaupolizei wie Verbauungen und Korrekturen erst in zweiter Linie zum Zuge kommen sollen (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Art. 3 WBG bringt diese **Prioritätenordnung** zum Ausdruck. Raumplanerische Massnahmen sollen die Nutzung der Gefährdungssituation anpassen. Sie werden auch als **passive Schutzmassnahmen** bezeichnet, im Gegensatz zu aktiven Massnahmen, deren Zweck es ist, in den Ablauf der Ereignisse einzugreifen (vgl. z.B. Art. 7 Abs. 2 und 3 des WBG BE). Ob passive oder aktive Schutzmassnahmen verwirklicht werden sollen, muss fallweise entschieden werden (BGer 1C\_51/2011 vom 11. Januar 2012, E. 2.1). Wegen der grossen Vielfalt möglicher Konstellationen können die Entscheidungskriterien gesetzgeberisch nur wenig präzise wiedergegeben werden, trotz der klaren Prioritätensetzung in Art. 3 Abs. 1 WBG. Letztlich verfolgen beide Arten grundsätzlich dieselben Schutzziele und sie werden sehr oft miteinander kombiniert. 3

### III. Kommentierung

#### A. Gewässerunterhalt (Abs. 1)

- 4 Die Kantone haben für den Gewässerunterhalt zu sorgen (Art. 23 WBV). Das Spektrum möglicher Massnahmen ist weit (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 50 f.). Unterhaltsarbeiten sollen die Abflusskapazität erhalten, zugleich aber die ökologischen Anforderungen berücksichtigen (Art. 4 Abs. 1 WBG, Art. 23 WBV).
- 5 Die Unterhaltungspflicht am Gewässer wird von den Kantonen differenziert geregelt. Typischerweise werden nicht nur die Eigentümer der Gewässer herangezogen, sondern auch die Eigentümer oder Pächter der angrenzenden Liegenschaften (Anstösser, Landwirte) bzw. die Wuhrgenossenschaften. Die GSchV nennt darüber hinaus Nutzungsberechtigte von Wasserentnahmen als mögliche Beteiligte (Art. 36 Abs. 1 Bst. f GSchV). Die kantonale Praxis kennt entsprechend **differenzierte Kostentragungsregeln**. So können nach dem zürcherischen Wasserwirtschaftsgesetz Gemeinwesen und Personen, welche Massnahmen verursachen oder aus diesen einen besonderen Nutzen ziehen, angemessen an den Gewässerunterhaltskosten beteiligt werden (dazu SCHAUB, Massnahmen, 15).
- 6 Die kantonale Rechtsprechung hatte schon öfter Abgrenzungsprobleme zu behandeln: Entscheid des Regierungsrats OW, in: VVGE 2009/2010 Nr. 6, 21–24, betr. Beteiligung der Konzessionärin einer Wasserkraftanlage; Verwaltungsgericht BE, in: BVR 2006, 508, 517 f. E. 5.4; Verwaltungsgericht ZH, Entscheid vom 5. Oktober 2000 (VB.2000.00216), E. 4; Verwaltungsgericht ZH, Entscheid vom 11. September 2003 (VB.2002.00191), E. 6, betr. Vereinbarung über die Kostenbeteiligung von Grundeigentümern; Tribunal administratif VD, Urteil vom 4. Februar 1995 (AF.1995.0036); Entscheid des Regierungsrats SZ (C 13.1 128), E. 3.3, in: EGV-SZ 2011, 130 f., betr. Gewässerunterhaltungspflicht und Renaturierung; Tribunal administratif VD, Urteil vom 6. Dezember 2007 (AC.2007.0188), betr. Vereinbarung über die Kostenbeteiligung von Grundeigentümern.
- 7 Im Gegensatz zu diesen Regelungen obliegt der **Unterhalt von Schutzbauten** jeweils dem verantwortlichen Gemeinwesen. Es ist zweckmässig, die Arbeiten vorausschauend mit einem Unterhaltskonzept voneinander abzugrenzen, da sie sich gegenseitig beeinflussen bzw. bedingen (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 50). Die Wegleitung Hochwasserschutz an Fließgewäs-

sern empfiehlt, die Unterhaltsarbeiten stets im Einvernehmen mit den Grundeigentümern und den kantonalen Fachstellen und Diensten für Naturschutz und Fischerei durchzuführen (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 50). Dasselbe gilt für die Dienste und Fachstellen für Wald, so wenn Rodungen, Lebendverbauungen und Neuanpflanzungen anstehen (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 50), aber auch weil die kontinuierlich sachgerechte Schutzwaldpflege entlang von Gewässern in hohem Mass dem Hochwasserschutz zugutekommt (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 52). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auch diese Rechtsgebiete eigene Unterhaltsregelungen kennen (z.B. Art. 18c Abs. 1 NHG: Schutz und Unterhalt von Biotopen; Art. 18c Abs. 2 NHG: Anspruch der Grundeigentümer oder Bewirtschafter auf angemessene Abgeltung).

## B. Raumplanerische Massnahmen (Abs. 1)

Der Begriff «raumplanerische Massnahmen» wird lediglich in der deutschen Fassung verwendet. Der französische und der italienische Text sowie die Botschaft sprechen genereller von «Planungsmassnahmen» (mesures de planification, misure pianificatorie; vgl. N 2). Man dachte insbesondere an die Ausscheidung von Gefahrenzonen und von Bauzonen, ergänzt durch Auflagen betreffend die Bodenversiegelung (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Das blieb unbestritten. Bei den «raumplanerischen» Massnahmen geht es demnach in erster Linie um die vom Gesetz als prioritär eingestufte bau- und planungsrechtliche Umsetzung von Erkenntnissen über die **räumliche Verteilung** der Hochwassergefahren (sog. Gefahrenkarten).

### 1. Gefahrenkarten und ihre Wirkungen

Für die Umsetzung der Anforderungen von Art. 3 WBG müssen die Hochwasserrisiken und die Schadenspotenziale im **konkreten** Raum bekannt sein. Die Kantone haben die Gefahrengebiete zu bezeichnen (Art. 21 Abs. 1 WBV; zur Pflicht der Kantone, Erhebungen durchzuführen vgl. Art. 14 WBG) und sie zusammen mit dem Raumbedarf der Gewässer (Art. 36a GSchG) bei der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen (Art. 21 Abs. 1 und 3 WBV). Hierfür werden Gefahrenkarten erstellt (Art. 27 Abs. 1 Bst. c WBV), entsprechend den Richtlinien des BAFU (Art. 20 Bst. b und 27 Abs. 2 WBV).

- 10 Gefahrenkarten sind **fachliche Grundlagen**, die nach wissenschaftlichen Kriterien erstellt werden (STUTZ, Uferstreifen, 121). Als Sachverhaltsfeststellungen ermöglichen sie es den Behörden, der Gefährdungssituation entsprechend zu handeln (Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 19. Juni 2008 [VB.2007.00413], E. 6.1; BEELER, Planerischer Schutz, 42). Es werden fünf **Gefahrenstufen** unterschieden (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 46 ff.): Erhebliche Gefährdung (rot; Personen sind auch innerhalb von Gebäuden gefährdet, Gebäude können zerstört werden), mittlere Gefährdung (blau; keine Gefahr für Personen im Gebäudeinneren, Gebäudezerstörungen können mit baulichen Auflagen vermieden werden), geringe Gefährdung (gelb; kaum Gebäudeschäden, wohl aber z.T. erhebliche Schäden im Innern), Restgefährdung (gelb-weiss gestreift; geringe Überschwemmungen) und keine oder vernachlässigbare Gefährdung (weiss). Die nötigen Planungsgrundlagen mussten mancherorts erst bereitgestellt werden (z.B. KT. LU, Strategiebericht, 9 ff.). Immer noch bestehen Lücken in der Datenlage zur Verletzlichkeit der Schutzgüter (HOLLENSTEIN/HESS, Integrales Management, 462).
- 11 Das angestrebte Mass an Sicherheit wird von den Kantonen fallweise aufgrund einer **Schutzzielmatrix** ermittelt. Darin wird die zulässige Wiederkehrwahrscheinlichkeit der Ereignisse für verschiedene Objektkategorien abgestuft aufgelistet (Naturlandschaft, landwirtschaftliche Flächen, Gebäude, Infrastrukturanlagen, Siedlungen usw.), wofür die beteiligten Bundesämter eine tabellarische Darstellung empfehlen (ARE/BWG/BUWAL, Empfehlung Raumplanung, 5, 18 f.; eingehend HESS, Schutzziele, 44 ff., 62 ff.). Das Abstufen der Schutzziele gibt dem Hochwasserschutz ein räumlich-objektbezogen differenziertes Gepräge. Für das am jeweiligen Ort massgebliche Schutzziel hat sich die Abkürzung  $HQ_T$  eingebürgert (so genanntes T-jährliches Hochwasser), welche besagt, dass der Schutz auf einen Hochwasserabfluss auszuweisen ist, der im statistischen Mittel alle T Jahre einmal erreicht oder überschritten wird (dazu eingehend PATT/JÜPNER, Hochwasser-Handbuch, 655). Das BGer hat festgehalten, der Schutz von Landwirtschaftsgebieten vor einem 20-jährlichen Hochwasser ( $HQ_{20}$ ) sowie der Schutz der Siedlungsgebiete vor einem 100-jährlichen Hochwasser ( $HQ_{100}$ ) entspreche einem in der Schweiz grundsätzlich anerkannten und angewendeten Standard und hat die Anwendung dieser Schutzziele geschützt (BGer 1A.157/2006 vom 9. Februar 2007, E. 3.4.1; 1C.148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 4.5.1). In der Praxis wird der Schutzgrad gelegentlich auch höher angesetzt, insb. bei sehr hohen Sachwerten, vgl. z.B. die Schutzzielmatrix des Kt. AG (KÄMPF, Gefahrenkarte, 23), welche Trinkwasserfassungen und Objekte aus dem Risikokataster

zwingend einem Schutz vor 300-jährlichen Ereignissen unterstellt, für extensiv genutzte Flächen dagegen meist keinen besonderen Hochwasserschutz vorsieht.

Mit der Festsetzung oder Genehmigung durch die zuständige Stelle werden die Gefahrenkarten **behördenverbindlich** (so explizit § 22 WWG ZH) und sind als Grundlagen in der Raumplanung zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 2 RPG, Art. 21 Abs. 3 WBV). Gefahrenkarten sind regelmässig nachzuführen (Art. 27 Abs. 1 Bst. c WBV), die raumplanerische Umsetzung bedingt eine aktuelle Gefahrenkartierung (BVGer A-4597/2009 vom 17. Juni 2010, E. 3.5.3). Ist die erlaubte Nutzung nicht mit der Gefahrenstufe vereinbar oder tragen die zugehörigen Baureglements den spezifischen Gefährdungen nicht Rechnung, so ist der Nutzungsplan dann zu ändern, wenn keine aktiven Schutzmassnahmen ergriffen werden. Die Gefahrenkarten selbst sind hierfür bloss, aber immerhin, **Entscheidungsgrundlagen** (vgl. BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.2–5.4). 12

Solange die planerische Umsetzung noch nicht erfolgt ist, sind die Gefahrenkarten für die Grundeigentümer nicht verbindlich und führen nicht direkt zu Bauverboten (dazu Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 19. Juni 2008 [VB.2007.00413], E. 6.1). Sie entfalten dennoch **baurechtliche Wirkungen**, denn sie zeigen auf, ob einem Bauvorhaben die Bewilligung wegen ungenügenden Schutzes vor Naturgefahren **vorläufig** zu verweigern ist (SCHAUB, Massnahmen, 20 f.) bzw. ob und in welchem Umfang Objektschutz-Massnahmen im Rahmen einer Baubewilligung auferlegt werden können. Die Behörden müssen bei unmittelbarer Gefährdung gestützt auf die polizeiliche Generalklausel intervenieren und haben generell mögliche Gefährdungen gemäss Gefahrenkarte zu berücksichtigen (Tribunal administratif VD, Urteil vom 27. Oktober 2011 [AC.2010.0356], E. 5.a), u.U. sind besondere Abklärungen zu veranlassen (BGer 1C\_51/2011 vom 11. Januar 2012, E. 3 und 5). Wenn nach den Umständen am konkreten Ort nur Gebäude-, nicht aber Personenschäden zu erwarten sind, so reicht auch eine Genehmigung mit **Auflagen**. Weitergehende Einschränkungen wären unverhältnismässig und mit der Eigentumsgarantie nicht vereinbar (Tribunal administratif VD, Urteil vom 27. Oktober 2011 [AC.2010.0356], E. 5.c). 13

## 2. Umsetzung in Richt- und Nutzungsplanung

- 14 Die **Lokalisierung** der durch Naturgefahren erheblich bedrohten Gebiete ist eine Grundlage des kantonalen Richtplans (Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG). Die Richtpläne sollen gemäss der Empfehlung «Raumplanung und Naturgefahren» mindestens die wichtigsten Grundsätze und Prinzipien zum Schutz vor Naturgefahren enthalten, die Organisation und Koordination der Grundlagenerarbeitung und der Zuständigkeiten festlegen, die Gemeinden zur Umsetzung der Gefahrenkarten in die Nutzungsplanung beauftragen und vorgeben, wie die Gefahrengrundlagen überprüft und aktualisiert werden (ARE/BWG/BUWAL, Empfehlung Raumplanung, 21).
- 15 Der Bund empfiehlt, für die Integration in die Nutzungsplanung das sogenannte **Gefahrenzonenmodell** oder das **Gefahrenhinweismodell** zu verwenden (ARE/BWG/BUWAL, Empfehlung Raumplanung, 26). Die kantonale Praxis kennt auch Zwischenformen (SCHWANK/GEISER/ZAUGG, Gouvernanz Gefahrenkarte, 8, Fn. 13). Beim Gefahrenzonenmodell wird die zulässige Nutzung direkt im Nutzungsplan festgelegt während beim Gefahrenhinweismodell lediglich Hinweise auf Gefahrengebiete in den Nutzungsplan aufgenommen werden, welche die Zonenordnung überlagern und mit Vorschriften des Baureglements kombiniert werden. Allfällig notwendig werdende Zonenplanänderungen erfolgen hier in einem separaten Verfahren (vgl. SCHWANK/GEISER/ZAUGG, Gouvernanz Gefahrenkarte, 43). Unabhängig von der Art und Weise der Umsetzung ist jedenfalls ein umfassender und wirksamer Rechtsschutz, wie ihn das Nutzungsplanverfahren bietet, zu gewährleisten (BGer 1A.271/2004 vom 26. Juli 2005, E. 4.4).
- 16 Es gelten folgende Grundregeln (vgl. BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 46): In Gebieten mit **erheblicher Gefährdung** soll grundsätzlich ein Bauverbot herrschen. Bestehende Bauten und Anlagen sind durch die Bestandegarantie geschützt, ihr Umbau oder ihre Zweckänderung soll gemäss den Empfehlungen aber nur gestattet sein, wenn dadurch das Risiko vermindert wird, d.h. die Sicherheitsmassnahmen verbessert werden und zugleich der gefährdete Personenkreis nicht wesentlich erweitert wird (ARE/BWG/BUWAL, Empfehlung Raumplanung, 27, 40; vgl. z.B. Art. 6 Abs. 1 BauG BE). Der Investitionsschutz geht unter, wenn eine Baute beseitigt oder zerstört wird (BAFU, Naturgefahren, 83). In Gebieten mit **mittlerer Gefährdung** sind besondere und vom jeweiligen Grundeigentümer zu bezahlende Massnahmen zum Schutz der Bauten und Anlagen vorzusehen (sog. Objektschutzmassnahmen; näheres vgl. SCHAUB, Massnahmen, 16 f., 19), allenfalls verbunden

mit gewissen Nutzungseinschränkungen. In Gebieten mit **geringerer Gefährdung** oder Restgefährdung werden Objektschutzmassnahmen allenfalls für öffentliche Bauten und Anlagen angeordnet oder empfohlen sowie für solche, bei denen mit grossen Menschenansammlungen, grossem Sachwert- oder hohen Folgeschäden zu rechnen ist (GOVONI, Risikomanagement, 108; NGK SG, Leitfaden NGK, 26 f.).

Aus raumplanerischer Optik wird bemängelt, dass die Umsetzung der Gefahrenkarten oft als weitgehend technischer Prozess betrachtet wird, der kaum Diskussionen über die Bedeutung der Naturgefahren für die künftige Gemeindeentwicklung auslöst (JENNI/DOMSCHKY/JUD et al., Schlussbericht Naturgefahren, 22, 38). Die Kritik ist berechtigt. Es sind die berührten Interessen gesamthaft zu beurteilen. Den kantonalen und kommunalen Behörden, welche die örtlichen Verhältnisse und den Stand der gesamten Planung kennen, steht bei der Umsetzung ein **pflichtgemäss auszuübendes Ermessen** zu (Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 19. Juni 2008 [VB.2007.00413], E. 6.3.3). Das kann nicht an Experten delegiert werden, zumal schon die genaue Abgrenzung der Gefahrenstufen Ungewissheitskomponenten enthält (BAFU, Naturgefahren, 43). Es soll vermieden werden, dass bereits die Erstellung der Gefahrenkarte als Grundlage für die Planung gesellschaftlichem und politischem Druck ausgesetzt ist (GOVONI, Risikomanagement, 109).

### 3. Instrumentarium

Für die planerische Umsetzung steht ein breites Instrumentarium zur Verfügung: 18

**Gewässerabstandslinien** unterstützen gleich mehrere Anliegen. Neben dem Hochwasserschutz und raumplanerischen Interessen (Art. 1 Abs. 1 und 2 Bst. a, Art. 3 Abs. 2 Bst. d RPG; Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 27. März 2002 [VB.2001.00163], E. 2.c) dienen sie auch dem Schutz des Gewässerraums i.S. des Gewässerschutzgesetzes (Art. 36a GSchG, Art. 41a–41c GSchV) sowie dem Natur- und Heimatschutz (Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 27. März 2002, in: RB 2002 Nr. 86, 195, E. 2b; Verwaltungsgericht SZ, Urteil vom 20. November 2008, in: EGV-SZ, B 8.10, E. 4.3). Die situationsgerechte planerische Abgrenzung (MOOR, Kommentar RPG, Art. 17 N 44) geschieht in Form von **Um- und Auszonungen, Gestaltungsplänen, Niveaulinien, Gewässerraumzonen** (JD UR, Richtlinien Gewässerraum, 15 ff.) bis hin zum **Verlegen von Anlagen** (ARE/BWG/BUWAL, Empfehlung Raumplanung, 42: Campingplatz). Ergänzt werden diese Regulierungen durch **gewässerschutz-** 19

**rechtliche Vorschriften** über die Gewässerraumbreite (Art. 41a ff. GSchV, vgl. Verwaltungsgericht AG, Urteil vom 27. September 2012, in: URP 2013 145, 156; Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 27. März 2013 [VB.2012.00644], E. 2.1 ff.). Die detaillierten Nutzungsvorschriften der örtlichen Baureglemente werden mit Massnahmen im Baubewilligungsverfahren umgesetzt (dazu SCHAUB, Massnahmen, 16; BEELER, Planerischer Schutz, 41).

- 20 Ist eine vorzeitige raumplanerische **Gebietssicherung** (z.B. mittels Planungszonen, BEELER, Planerischer Schutz, 43) nicht möglich, so ist bis zum Inkrafttreten der parzellenscharfen Umsetzung mit anderen Mitteln dafür zu sorgen, dass keine raumwirksamen Tätigkeiten erfolgen, welche die hochwasserschutzbedingte Anpassung beeinträchtigen würden. Künftige Verbreiterungen des Bachprofils können z.B. mit **Baulinien** gesichert werden (BGer 1A.252/1997 vom 14. April 1998, E. 1.b, in: ZBl 101 [2000], 89 ff., 90 f.).

## C. Sekundärmassnahmen (Abs. 2)

### 1. Zulässigkeit

- 21 Eingriffe in den Lauf der Gewässer sind dann **erforderlich**, wenn der sachgerechte Gewässerunterhalt und raumplanerische Massnahmen nicht ausreichen. Es bleibt aber weitgehend offen, wann dies der Fall ist. Auch dem übrigen Bundesrecht können keine konkreten Anforderungen entnommen werden (BGer 1A.3/2003 vom 6. August 2003, E. 4.1). Jedenfalls sollen feste Bachverbauungen erst in Betracht gezogen werden, wenn weniger weit gehende Massnahmen den Zweck nicht erfüllen (Verwaltungsgericht SG, Urteil vom 22. Februar 2006 [B 2005/5], E. 3.c/cc), und subventionsfähig sind auch nur jene Aufwendungen, die für die zweckmässige Erfüllung der Aufgabe unbedingt erforderlich sind (Art. 14 Abs. 1 SuG).
- 22 Ob die Voraussetzungen einer Gewässerkorrektur gegeben sind, **prüft** das BGer ohne Beschränkung seiner Kognition **umfassend**. Es auferlegt sich jedoch **Zurückhaltung**, soweit die Beurteilung von einer Würdigung der örtlichen Verhältnisse abhängt, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken, und soweit sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen (st. Rspr., vgl. insb. BGer 1C\_109/2010 vom 8. September 2010, E. 6.3.5; 1A.157/2006 vom 9. Februar 2007, E. 3.4.1; BGE 135 I 302, 305, E. 1.2). Die Zurückhaltung gilt auch dann, wenn sich technische Fragen stellen und die Behörden gestützt auf die Berichte der Fachinstanzen entschieden haben. In solchen Fällen prüft das BGer primär, ob die für den Entscheid wesentlichen

Gesichtspunkte beurteilt und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen worden sind (st. Rspr., vgl. BGE 136 II 539, 548, E. 3.2; 126 II 43, 47, E. 4c; 121 II 378, 384, E. 1e/bb; BGer 1A.141/2003 vom 16. Dezember 2003, E. 3.2).

Ist die Lösung sachlich haltbar und zweckmässig, so wird sie vom BGer bei 23  
der gebotenen Zurückhaltung auch dann akzeptiert, wenn Sekundärmassnahmen in Teilabschnitten über dem üblichen Sicherheitsstandard liegen (BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 4.5.1, betr. Schutz landwirtschaftlicher Grundstücke gegen ein HQ<sub>100</sub> und kurzfristig gegen ein HQ<sub>300</sub>). Es reicht auch wenn der Hochwasserschutz nur leicht verbessert wird und keine hohe Gefährdung besteht (BGer 1C\_109/2010 vom 8. September 2010, E. 6.3.5 und 6.3.6, betr. Begradigung des Siedlungsgebiets durch Verlegung eines Baches auf 50 m Länge verbunden mit ökologischer Verbesserung).

## 2. Rahmenbedingungen für die Massnahmenwahl

Technische Eingriffe des Wasserbaurechts erhalten gemäss BGer im Sied- 24  
lungsbereich eine **eigentumsrechtliche Sonderbehandlung** (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.6). Polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen wie Rückzonungen, die zu einem Wertverlust des Landes führen, sind innerhalb von bestehenden Siedlungen dann entschädigungslos zu dulden, wenn es sich um rein raumplanerische Massnahmen handelt (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.2; WALDMANN, Entschädigung, 168 je m.H.). Dies soll aber nicht mehr gelten, wenn Land innerhalb des Siedlungsgebiets für technische Eingriffe erworben werden muss, um für eine grössere Zahl weiterer Grundstücke die Sicherheit zu verbessern. In solchen Fällen sei für den Landerwerb nicht der Verkehrswert, sondern der Baulandpreis zu entschädigen, auch dann, wenn das Land nach neuen Erkenntnissen im Bauverbotsbereich liegt. Es erscheine aus rechtlicher Sicht als zufällig, welche Grundstücke für Schutzmassnahmen herangezogen werden und welche davon profitieren. Das rechtfertige die Annahme eines Sonderopfers und damit einen Ausgleich zu Gunsten der betroffenen Grundstückseigentümer (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.6; krit. zur juristischen Konstruktion MARTI, Anmerkungen BGer 2C\_461/2011, 628 und HEPPERLE, Landerwerb, 136 ff.).

Die zuständigen Behörden sollen nicht nur Einzelmassnahmen verfolgen, 25  
sondern – entsprechend der Ausdehnung der Auswirkungen und der Wechselwirkungen der Massnahmen (vgl. Abs. 3) – auch **Massnahmenkonzepte**

entwerfen, die sich auf das gesamte Einzugsgebiet erstrecken (BAFU, Koordination, 24). Die einzelnen Massnahmen sind auf ihre technische, ökonomische und ökologische Verhältnismässigkeit zu prüfen (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 10). Es ist eine breite Interessenabwägung über Art, Umfang und Ort der Massnahmen notwendig (WALDMANN, Entschädigung, 161). Hierzu müssen die Gefahrenkarten aktuell sein und parallel zur Projektierung in sämtlichen betroffenen Gemeinden nachgeführt werden, wobei die Auswirkungen von vorgesehenen Massnahmen zu antizipieren sind (vgl. BVGer A-4597/2009 vom 17. Juni 2010, E. 3.5.2, 3.5.3). Angedachte aber noch nicht erstellte Hochwasserschutzkonzepte sind im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, wenn aktuelle nicht wasserbauliche Bauwerke (z.B. Brücken) errichtet werden, denn diese dürfen den Hochwasserschutz nicht beeinträchtigen (BVGer A-1836/2011 vom 23. August 2011, E. 3.1.3–3.1.8). Im gegebenen Fall (Bewilligung im Rahmen eines eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahrens) stand der beabsichtigte Ausbau des Schutzes dem Projekt deshalb nicht entgegen, weil er in einem Missverhältnis zum erzielten Nutzen gestanden hätte.

- 26 Immer eindringlicher wird für die Massnahmenplanung und die Prioritäten-  
setzung ein **risikoorientiertes Vorgehen** gefordert (BAFU/WSL, Ereignisanalyse Teil 1, 211 ff.). Sekundärmassnahmen sind kostenintensiv und stossen häufig an Grenzen der Finanzierbarkeit. Das risikoorientierte Vorgehen verbessert die Kosten-Nutzen-Bilanz, indem in sogenannten Risikokarten die räumliche Risikoverteilung erfasst wird (Verletzlichkeit der Schutzobjekte, potenzielle Folgeschäden, vgl. ELSENER METZ/SCHULTHESS/SCHNEIDER et al., Hochwasser-Risikokarten, 114 f. [Massnahmenplanung SH]). Das geht deutlich über die nur grob kategorisierende Berücksichtigung der Verletzlichkeit mittels der Schutzzielmatrix hinaus. Der Bund ebnet der Praxis diesen Weg, indem er seine Beitragsleistung nicht nur vom Gefahrenpotenzial und der Qualität der Massnahmen abhängig macht, sondern auch vom Schadenpotenzial, dem Grad der Umsetzung einer umfassenden Risikobetrachtung und der Massnahmenplanung (Art. 2 Abs. 3 Bst. b WBV).
- 27 Bauliche Schutzmassnahmen können auch Massnahmen einschliessen, mit denen Wasser im **Überlastfall** gezielt abgeleitet wird. Damit soll eine dem Restrisiko angepasste Raumnutzung ermöglicht werden und die Notfallplanung kann sich entsprechend ausrichten (vgl. auch Antwort des BR zur Interpellation «Hochwasserschutz beim Überlastfall» vom 25. Dezember 2005 [Curia Vista 05.3839]). Das BGer erachtete im Fall 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008 die allfällige Beeinträchtigung betroffenen Kulturlands als

zulässig, wobei das Schutzniveau im konkreten Fall weit über dem landesüblichen lag und der Ersatz allfälliger Schäden zugesichert wurde. Die betroffenen Eigentümer können später immer noch Entschädigung für den Verlust des Anspruchs auf Abwehr übermässiger Einwirkungen fordern (E. 4.5.2 und 5.2 m.H.).

### D. Gesamthafte Beurteilung der Massnahmen (Abs. 3)

Art. 3 Abs. 3 WBG kann als Bekräftigung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes angesehen werden, wonach alle den Wasserkreislauf betreffenden Vorkehren in ihrem **Zusammenwirken** zu betrachten sind (JAGMETTI, Kommentar BV 1874, Art. 24 N 4 und 45, Art. 24<sup>bis</sup> N 1 ff.; BGer 1A.252/1997 vom 14. April 1998, E. 3.b, in: ZBl (101) 2000, 89–95, 91; HÄNNI, Umweltschutzrecht, 446, Fn. 422; vgl. Komm. zu Art. 2 WBG N 8). Gemäss Botschaft besteht Bedarf nach Abstimmung v.a. mit forstlichen Massnahmen, Meliorationen, Strassenbau und Gewässerschutz (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Die Aufzählung ist unvollständig. Ausserdem lassen sich die weiteren Massnahmen nicht immer von den wasserbaulichen trennen. Im Vordergrund steht die gegenseitige Ergänzung. Bundesstellen haben vor ihrem Entscheid die Stellungnahme des BAFU einzuholen, wenn sie Massnahmen vorsehen oder mitfinanzieren, die den Abfluss von Wasser, den Transport von Feststoffen oder das Abflussgeschehen, insb. Hochwasserspitzen, erheblich beeinflussen (Art. 18 WBV).

#### 1. Ergänzende Schutzmassnahmen ausserhalb des WBG

Massnahmen nach WBG stellen nur einen Teil aller Hochwasserschutzmassnahmen dar. Auch andere Rechtsgebiete kennen solche Massnahmen, von denen die meisten auch als wasserbauliche gelten könnten.

Das **Waldgesetz** soll schon gemäss Zweckbestimmung ebenfalls zum Schutz vor Naturgefahren beitragen (Art. 1 Abs. 2 WaG, Art. 19 WaG). Für den Fall, dass sich Hochwasserschutz- und forstliche Massnahmen überlagern, enthält das Handbuch Programmvereinbarungen im Umweltbereich detaillierte Finanzierungsregeln (BAFU, Handbuch StFV, Teil 6/7 ff.). Wichtig für den Hochwasserschutz sind insb. Massnahmen im Gerinne, die mit der Walderhaltung im Zusammenhang stehen («forstlicher Bachverbau», Art. 17 Abs. 1 Bst. c WaV). Sie stellen aus wasserbaulicher Sicht einen besonderen Typus von Geschiebe- und Hochwasserrückhalteanlagen dar (Art. 3 Abs. 2 WBG).

Andere waldbauliche Massnahmen sind darauf ausgerichtet, Bodenbewegungen zu verhindern – Massnahmen, wie sie auch Art. 3 Abs. 2 WBG vorsieht. Dazu gehören Rutschhang- und Rufenverbau, Entwässerungen und Erosionsschutz (Art. 17 Abs. 1 Bst. d WaV) sowie jene waldbaulichen Massnahmen, die Hänge stabilisieren, das Wasserspeichervermögen der Waldböden verbessern oder Schäden durch Schwemmholz vermeiden (Art. 17 Abs. 1 Bst. a WaV). Als Besonderheit sieht das Waldgesetz zusätzlich das Verlegen gefährdeter Bauten und Anlagen an sichere Orte vor (Art. 17 Abs. 1 Bst. f WaV).

- 31 Gemäss **Landwirtschaftsgesetz** können Beiträge und Investitionskredite für Massnahmen geleistet werden, die dem Schutz von Kulturland sowie landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen vor Verwüstung oder Zerstörung durch Naturereignisse dienen (Art. 87 Abs. 1 Bst. c LwG). Dazu gehören namentlich Werke und Anlagen im Bereich des ländlichen Tiefbaus, aber auch die Neuordnung des Grundeigentums und der Pachtverhältnisse (Art. 94 Abs. 1 LwG).
- 32 Im Bereich der **Infrastruktur** nehmen einzelne bundesrechtliche Bestimmungen Bezug auf die Koordination mit wasserbaulichen Anlagen. Nach **Eisenbahnrecht** gehen die Kosten für Bau, Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen im Interesse der Verhütung von Schäden an Kreuzungsstellen mit Gewässern zu Lasten des jeweiligen Bauherrn (Art. 31 EBG). Die Bestimmung regelt die Kostentragung abschliessend. «Bauherr» ist, wer Herr des gesamten Baugeschehens ist und die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt besitzt, um eine Sache durch bauliche Massnahmen zu ändern (BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000, E. 4.d; zum Ganzen NORER, Kostentragung Schutzmassnahmen, 54 ff.). Bei der Koordination mit wasserbaulichen Massnahmen sind auch Art. 18o und 18r EBG beachtlich (Wirkung von Projektierungszonen und Baulinien). **Nationalstrassen**-Vorprojekte für Güter- und Waldzusammenlegungen sollen die wichtigsten wasserbaulichen Anlagen enthalten (Art. 33 Abs. 1 NSG). Im Urner Reusstal dient sogar die Autobahn selbst im Überlastfall als Entlastungsgerinne (BWG, Reusstal, 3). **Wasserkraftnutzungsanlagen** sollen den wasserbaupolizeilichen Vorschriften des Bundes und der Kantone entsprechen (Art. 21 Abs. 1 WRG). Hochwasser müssen von Stauanlagen bei vollem Becken sicher abgeleitet werden können (Art. 5 Abs. 4 StAG) und der Konzessionär hat sich am Unterhalt und der Korrektur von Gewässern zu beteiligen (Art. 54 Bst. g WRG). Andererseits können dem Errichten von wasserbaulichen Anlagen einmal erworbene Nutzungsrechte entgegenstehen, sie

gelten als wohlervorben (Art. 43 und 44 WRG). Umstritten ist, ab welcher Produktionseinbusse eine entschädigungspflichtige Beeinträchtigung vorliegt (dazu aus gewässerschutzrechtlicher Sicht HUBER-WÄLCHLI/KELLER, Rechtsprechung bis 2002, 44 m.H.).

Andere Massnahmen des Infrastrukturrechts stellen aus wasserbaulicher Sicht **Objektschutzmassnahmen** dar. Dazu gehören Einrichtungen und Bauten für den Hochwasserschutz, die überwiegend einer Nationalstrasse dienen: Sie gelten als deren Bestandteil (Art. 2 Bst. k NSV), bilden also Teil der Anlage. Dasselbe gilt für den Schutz von **Kernanlagen** gegen Störfälle, die durch Überflutung ausgelöst werden (Art. 8 Abs. 1 und 3 KEV). Auch Eisenbahnunternehmen haben auf eigene Kosten Vorkehren zur Sicherheit des Baues und Betriebes der Eisenbahn und zur Vermeidung der Gefahr für Personen und Sachen zu treffen (Art. 19 EBG). 33

## 2. Integration in den Risikokreislauf

Das gestiegene Bewusstsein um die beschränkten Möglichkeiten des Gemeinwesens zum vorbeugenden Schutz vor Naturgefahren gebietet es, Massnahmen nach WBG auch in den sog. Risikokreislauf zu integrieren. Dieser erfasst über die Prävention hinaus auch die Vorbereitung auf mögliche stärkere Ereignisse und die daran anschliessende Regeneration (GOVONI, Risikomanagement, 110 f.). Das Gebot, alle diese Massnahmen gesamthaft zu beurteilen, entspricht sowohl dem Wortlaut als auch Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 3 WBG, auch wenn sich die Botschaft dazu noch ausschweigt. Es entsteht ein Abstimmungsbedarf insb. mit der **Notfallplanung** (vgl. Komm. zu Art. 2 WBG N 19). Diese soll sicherstellen, dass im Ereignisfall gezielt und rechtzeitig interveniert werden kann (Art. 2–7 BZG). Die Notfallplanung beschreibt sowohl Szenarien, die zu Einsätzen bei Naturereignissen führen können, als auch die jeweils zu ergreifenden Massnahmen (vgl. BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 62 f.). 34

## 3. Räumliche und ökologische Anforderungen

Hochwasserschutzmassnahmen greifen oft stark in bestehende Raumstrukturen und in den Wasserhaushalt ein. Die Kantone haben bei **allen raumwirksamen Tätigkeiten** die Gefahrenkarte und den Raumbedarf der Gewässer gemäss Art. 36a GSchG («Gewässerraum») zu berücksichtigen (Art. 21 WBV, vgl. auch Art. 2 RPG), nicht nur in der Richt- und Nutzungsplanung 35

und zur Erhaltung von Kulturlandflächen (Art. 3 Abs. 2 Bst. a, Art. 15 Abs. 2 RPG). Wasserbauten, die Veränderungen von Längs- oder Querprofilen von Wasserläufen bewirken, unterliegen der raumplanerischen Bewilligungspflicht (Regierungsrat AG, Entscheid vom 20. April 1994, in: ZBl. (97) 1996, 140 ff., 141 E. 2f). Wegen der Priorisierung von raumplanerischen Massnahmen und weil Wasserbauprojekte oft eine Änderung der Gefahrenkarten mit sich ziehen, was raumplanerische Auswirkungen hat, wird allerdings die Grenze zur eigentlichen Planungspflicht bald erreicht sein. Manche Kantone haben diesbezüglich besondere Verfahrensregeln erlassen (vgl. für SG RITTER, Kommentar WBG SG, 78 f.; zur Planungspflicht vgl. WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 2 N 27 m.H.).

- 36 Besonders eng ist der ökologische Bezug zum **Gewässerschutzrecht** (vgl. Art. 4 WBG). In Ergänzung zu Art. 4 WBG und zu Art. 36a–39a sowie 43a GSchG ergeben sich ökologische Anforderungen an den Gewässerraum auch aus den Bestimmungen des **Fischereirechts** (Erfordernis einer Bewilligung, Art. 8 Abs. 3 Bst. c BGF), des **Natur- und Heimatschutzrechts** (Biotopschutz mit Einschluss des Moorschutzes, Art. 18 ff. und 23a ff. NHG, Ufervegetation, Art. 22 Abs. 2 NHG, Auenschutz, Art. 4 Abs. 2 Auenverordnung) sowie des **Jagdgesetzes** (Artenschutz gemäss Art. 7 Abs. 6 und Art. 11 Abs. 6 JSG).
- 37 Wasserbauliche Massnahmen unterliegen nur dann der **Umweltverträglichkeitsprüfung** nach Art. 10a–10d USG, wenn der Kostenanschlag mehr als CHF 10 Mio. beträgt (Art. 1 UVPV i.V.m. Nr. 30.2 Anh. UVPV, vgl. auch BGer 1C\_109/2010 vom 8. September 2010, E. 3.2). Die Koordinationspflicht nach Art. 3 Abs. 3 WBG geht jedoch weit darüber hinaus. Sie ist bei allen wasserbaulichen Massnahmen zu beachten, unabhängig von den Kosten. Aus umweltschutzrechtlicher Sicht ist insb. auch das **Störfallrecht** zu beachten: Wasserbauliche Massnahmen bzw. die danach verbleibende Gefährdung hat Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Anlagen und deren Weiterbetrieb, wenn diese bei ausserordentlichen Ereignissen den Menschen oder seine natürliche Umwelt schwer schädigen können (Art. 10 Abs. 1 USG). Das Handbuch zur Störfallverordnung hält fest, dass die Gefahrenkarten hierfür zwar grundlegende Informationen bieten, die detaillierte Beurteilung aber nur in Zusammenarbeit mit der entsprechenden Fachstelle vorgenommen werden kann (BAFU, Handbuch StFV, 23).

**Résumé**

38

L'art. 3 LACE traite des mesures de protection contre les crues. Ces mesures peuvent être passives, c'est à dire d'entretien et de planification (al. 1), ou actives, à savoir structurelles telles que la construction de bassins de retenue (al. 2). Le choix des mesures est à déterminer au cas par cas. Toutefois, la loi préconise que la protection se fasse prioritairement par des mesures d'entretien et de planification. Par mesures d'entretien, on entend les mesures permettant la conservation de la capacité d'écoulement du cours d'eau et qui tiennent compte des exigences écologiques. L'obligation d'entretien et la prise en charge des frais sont réglés différemment selon les cantons. En principe, le propriétaire du cours d'eau ainsi que le propriétaire ou le preneur à bail d'un bien-fonds doivent prendre les mesures nécessaires. Les mesures de planification du territoire comprennent l'établissement de cartes des dangers élaborées par les cantons selon l'art. 27 let. b OACE qui tient compte des directives de l'OFEV (art. 20 let. b et 27 al. 2 OACE). Ces cartes des dangers donnent un aperçu détaillé de la situation. Elles comprennent des échelons divisés en cinq degrés de danger, en fonction de l'intensité et de la probabilité d'occurrence d'un événement. Elles lient l'autorité et doivent servir de document de base de référence dans l'aménagement du territoire (art. 21 al. 3 OACE), notamment dans l'établissement du plan directeur (art. 6 al. 2 let. c LAT). On distingue deux modèles pour l'intégration des zones de danger dans le plan d'affectation. Dans le modèle des zones de danger, les zones de danger doivent être fixées dans le plan de zone de manière contraignante pour les propriétaires fonciers alors que dans le modèle d'indication des dangers, les territoires dangereux sont inscrits dans le plan de zone à titre indicatif uniquement.

Si les mesures de protection et de planification ne suffisent pas, les cantons prennent les autres mesures qui s'imposent telles que corrections, endiguements, réalisations de dépotoirs à alluvions et de bassins de rétention des crues ainsi que toutes les autres mesures propres à empêcher les mouvements de terrain (al. 2). La construction d'ouvrages de protection est soumise à un régime spécial concernant le droit de propriété. En principe, les restrictions de la propriété motivées par un but de police doivent être tolérées sans aucune indemnité lorsqu'il s'agit de simples mesures d'aménagement du territoire. Cependant, lors de l'acquisition de terrain servant à la construction d'ouvrages publics de construction, il faut indemniser non pas la valeur vénale mais le prix du terrain à bâtir.

Selon l'al. 3, les mesures doivent être évaluées, compte tenu de celles qui sont prises dans d'autres domaines, globalement et dans leur interaction. Ces mesures se trouvent non seulement dans la LACE mais également dans d'autres lois, telles que la LFo.



## Art. 4 WBG/LACE

### Anforderungen

- <sup>1</sup> Gewässer, Ufer und Werke des Hochwasserschutzes müssen so unterhalten werden, dass der vorhandene Hochwasserschutz, insbesondere die Abflusskapazität, erhalten bleibt.
- <sup>2</sup> Bei Eingriffen in das Gewässer muss dessen natürlicher Verlauf möglichst beibehalten oder wiederhergestellt werden. Gewässer und Gewässerraum müssen so gestaltet werden, dass:
  - a. sie einer vielfältigen Tier- und Pflanzenwelt als Lebensraum dienen können;
  - b. die Wechselwirkungen zwischen ober- und unterirdischen Gewässern weitgehend erhalten bleiben;
  - c. eine standortgerechte Ufervegetation gedeihen kann.
- <sup>3</sup> In überbauten Gebieten kann die Behörde Ausnahmen von Absatz 2 bewilligen.
- <sup>4</sup> Für die Schaffung künstlicher Fließgewässer und die Wiederinstandstellung bestehender Verbauungen nach Schadenereignissen gilt Absatz 2 sinngemäss.

### Exigences

- <sup>1</sup> Les eaux, les rives et les ouvrages de protection contre les crues doivent être entretenus de façon à maintenir la protection contre les crues à un niveau constant, en particulier en ce qui concerne la capacité d'écoulement.
- <sup>2</sup> Lors d'interventions dans les eaux, leur tracé naturel doit être autant que possible respecté ou, à défaut, reconstitué. Les eaux et l'espace réservé aux eaux doivent être aménagés de façon à ce que:
  - a. ils puissent accueillir une faune et une flore diversifiées;
  - b. les interactions entre eaux superficielles et eaux souterraines soient maintenues autant que possible;
  - c. une végétation adaptée à la station puisse croître sur les rives.
- <sup>3</sup> Dans les zones bâties, l'autorité peut autoriser des exceptions à l'al. 2.
- <sup>4</sup> L'al. 2 s'applique par analogie à la création de cours d'eau artificiels ainsi qu'à la réparation de barrages endommagés.

### Esigenze

- <sup>1</sup> Le acque, le rive e i ripari contro le piene vanno mantenuti in modo da garantire la protezione ad un livello costante, in particolare riguardo alla capacità di deflusso.
- <sup>2</sup> Gli interventi sui corsi d'acqua devono per quanto possibile rispettare o eventualmente ricostituire il tracciato naturale. Le acque e lo spazio riservato alle acque vanno sistemati in modo da:
  - a. offrire un biotopo adeguato a una fauna e una flora variate;
  - b. salvaguardare per quanto possibile l'interazione tra acque di superficie e acque sotterranee;
  - c. favorire la crescita di una vegetazione ripuaria stanziale.
- <sup>3</sup> Nelle zone abitate, l'autorità può autorizzare eccezioni al capoverso 2.

- <sup>4</sup> Il capoverso 2 si applica per analogia alla creazione di corsi d'acqua artificiali e alla ricostruzione di argini danneggiati.

**Literatur:** HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008 (zit. Umweltschutzrecht); HEER BALTHASAR/HIRT REBECCA, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht unter Berücksichtigung des Raumplanungs- und Umweltschutzrechts des Bundes, Bern 2003 (zit. Bau- und Planungsrecht); STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2012, 90 ff. (zit. Uferstreifen); ZAUGG STERN MARC, Philosophiewandel im schweizerischen Wasserbau - Zur Vollzugspraxis des nachhaltigen Hochwasserschutzes, Diss. Zürich 2005 (zit. Philosophiewandel).

**Materialien und amtliche Publikationen:** INTERNATIONALE KOMMISSION ZUM SCHUTZ DES RHEINS (IKSR) (Hrsg.) (verfasst durch EGLI THOMAS), Hochwasservorsorge – Maßnahmen und ihre Wirksamkeit, Koblenz 2002 (zit. Hochwasservorsorge); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU) (Hrsg.) (verfasst durch ZEH HELGARD), Ingenieurbiologische Bauweisen im naturnahen Wasserbau – Praxishilfe – Überarbeitete Ausgabe 2010, Umwelt-Wissen Nr. 1004, Bern 2010 (zit. Ingenieurbiologische Bauweisen); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU) (Hrsg.) (verfasst durch SCHÄLCHLI UELI/KIRCHHOFER ARTHUR), Sanierung Geschiebehauhalt – Strategische Planung – Ein Modul der Vollzugshilfe Renaturierung der Gewässer, Umwelt-Vollzug Nr. 1226, Bern 2012 (zit. Geschiebehauhalt); Bundesamt für Raumentwicklung (ARE)/BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/BAU-, PLANUNGS- UND UMWELTDIREKTOREN-KONFERENZ (BPUK), Gewässerraum im Siedlungsgebiet – Merkblatt vom 18. Januar 2013 zur Anwendung des Begriffs «dicht überbaute Gebiete» der Gewässerschutzverordnung, Bern 2013 (zit. Merkblatt «dicht überbaute Gebiete»).

## Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Kommentierung .....	4
	A. Unterhalt von Gewässern, Ufern und Werken des Hochwasserschutzes (Abs. 1) .....	6
	B. Erhaltung und Wiederherstellung des natürlichen Verlaufs (Abs. 2) .....	11
	1. Tragweite der Wiederherstellungspflicht .....	12
	2. Verbesserung der Lebensraumfunktion (Bst. a) .....	14
	3. Sicherung der Grundwasserneubildung (Bst. b) .....	15
	4. Standortgerechte Ufervegetation (Bst. c) .....	16
	C. Ausnahmen in überbauten Gebieten (Abs. 3) .....	18
	D. Sinngemässe Anwendung von Abs. 2 (Abs. 4) .....	22

## I. Entstehungsgeschichte

- <sup>1</sup> Die Forderung nach naturnäheren Oberflächengewässern wurde 1966 ins Naturschutzrecht und zu Beginn der siebziger Jahre ins Fischereirecht aufgenommen. Eindolungen, Fluss- und Bachverbauungen sowie die Beseitigung der Ufervegetation wurden bewilligungspflichtig. Dies beeinflusste bereits unter dem damals gültigen Wasserbaupolizeirecht die wasserbauliche Praxis. Der Trend zu **naturnäheren** Lösungen schlug sich 1982 in der ersten Weglei-

tung «Hochwasserschutz an Fließgewässern» nieder, die wesentliche Punkte der heute in Art. 4 WBG enthaltenen Forderungen vorwegnahm.

Die heute geltenden Abs. 2–4 von Art. 4 WBG sind fast identisch mit den Abs. 2–4 von Art. 37 GSchG. Schon im Entwurf des GSchG von 1987 war vorgesehen, sie im Wasserbaupolizeigesetz zu verankern (Botschaft GSchG 1987, 1168 und 1205). Die gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen blieben in der parlamentarischen Beratung unbestritten. Dementsprechend konnte sich der Bundesrat 1988 in der Botschaft zum WBG auf die Aussage beschränken, Art. 4 WBG stamme weitgehend aus der Revision des Gewässerschutzgesetzes (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1389). Die Räte haben Art. 4 WBG diskussionslos genehmigt.

Die seither einzige Änderung betrifft Abs. 2, wo das ursprüngliche Wort «Ufer» durch «Gewässerraum» ersetzt wurde, auch dies in Abstimmung mit dem Gewässerschutzrecht (Ziff. II 1 der Änderung des GSchG vom 11. Dez. 2009, AS 2010 4285–4292). Die zugehörige Änderung der GSchV hat den Raumbedarf von Gewässern nunmehr bundesrechtlich vorgegeben (Aufhebung von Art. 21 Abs. 2 WBV, Änderung der GSchV vom 4. Mai 2011, AS 2011 1969, Anh.).

## II. Kommentierung

Für die Kommentierung sind auch Literatur und Rechtsprechung zu Art. 37 GSchG heranzuziehen. Art. 4 WBG bzw. Art. 37 GSchG stellen qualitative Anforderungen an die **Gestaltung** der Gewässer und des Gewässerraums. Sind wasserbauliche Eingriffe unerlässlich, so sind sie so auszuführen, dass nachteilige Einwirkungen auf Gewässer verhindert, weitere strukturelle Veränderungen der Gewässer möglichst unterbunden und bestehende Beeinträchtigungen wenn immer möglich saniert werden (Botschaft GSchG 1987, 1141).

Trotz der übereinstimmenden Formulierung hat sich der Gesetzgeber nicht mit einem Verweis auf das GSchG begnügt, sondern die Anliegen in die wasserbauliche Aufgabenerfüllung integriert. Damit werden sie zusätzlich zum GSchG auch zum Teilgehalt des WBG. Die mit Art. 4 WBG verfolgten Anliegen können im WBG als Ausdruck eines Paradigmenwechsels verstanden werden, nämlich weg von der primär technologieorientierten Ausrichtung und hin zu einer der Nachhaltigkeit verpflichteten Vorgehensweise (dazu ZAUGG STERN, Philosophiewandel, 1 ff.), die grundsätzlich Zurückhaltung

bei Eingriffen in Gewässer gebietet, und zwar nicht allein, weil das Gewässerschutzgesetz dies gebietet, sondern weil es ebenfalls ein Kernanliegen des Wasserbaurechts ist. Die Anforderungen von Art. 4 WBG sind grundsätzlich **überall** zu erfüllen, unabhängig davon, wo das Gewässer durchfließt, also auch in ökologisch wenig wertvollen Gebieten (HEER/HIRT, Bau- und Planungsrecht, N 762, vgl. auch Botschaft GSchG 1987, 1142). In überbauten Gebieten kann die Behörde allerdings Ausnahmen zulassen (Art. 4 Abs. 3 WBG).

### A. Unterhalt von Gewässern, Ufern und Werken des Hochwasserschutzes (Abs. 1)

- 6 Unterhaltsarbeiten i.S.v. Art. 4 Abs. 1 WBG bezwecken insb. die Erhaltung der **Gewässerabflusskapazität**. Die Abflusskapazität bezeichnet die maximale Wassermenge, die pro Zeiteinheit durch ein Gerinne fließen kann. Sie wird für verschiedene Gewässerabschnitte entsprechend dem Hochwasserschutzkonzept unterschiedlich festgelegt. Im Siedlungsgebiet, das nach den Empfehlungen des Bundes vor einem 100-jährlichen Hochwasser (HQ<sub>100</sub>) zu sichern ist (BWG, Wegleitung Hochwasserschutz, 16, 44), ist eine höhere Abflusskapazität notwendig als im Landwirtschaftsgebiet (Schutz vor einem HQ<sub>20</sub> bis HQ<sub>30</sub>; vgl. zum Ganzen Komm. zu Art. 3 WBG N 11). Zuflüsse und Abwassereinleitungen erhöhen die notwendige Abflusskapazität im anschließenden Gewässerabschnitt während Hochwasserentlastungsanlagen (Notentlastungen) bei Hochwassern, die zu einer Überlastung der Bauwerke führen würden, das Wasser gezielt ableiten sollen. Sie schützen einerseits vor den Gefahren eines Dammbrochs und reduzieren andererseits stromabwärts den Wasserstand, wodurch diese Gebiete gesichert werden (vgl. IKSR, Hochwasservorsorge, 37 f.). Da Notentlastungen nur im Überlastfall beansprucht werden, stellen sie für die potenziellen Überschwemmungsgebiete keine unverhältnismässige Belastung dar und widersprechen auch nicht dem Gebot der Erhaltung der Gewässerabflusskapazität, werden doch die Nutzungsmöglichkeiten der betreffenden Gebiete nicht tangiert, so lange die Schutzbauwerke auf einen Standard ausgerichtet sind, wie er in der Schweiz üblich ist und praktiziert wird (BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 4.5.1).
- 7 All dies relativiert die Aussage des Bundesgerichts, wonach die Abflusskapazität nicht durch die höchste, sondern die tiefste Stelle der Dämme bestimmt werde, wozu die gesamte verbaute Strecke zu betrachten sei (BGer

1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.4.2). Für die beim Unterhalt zu erhaltende Abflusskapazität ist nicht die gesamte verbaute Strecke, sondern der **jeweilige Gewässerabschnitt** massgeblich.

Die **Ufer** sollen ebenfalls so unterhalten werden, dass der Hochwasserschutz erhalten bleibt. Weil dadurch Anliegen des Gewässerschutzes, des Naturschutzes, der Fischerei, des Waldes und der Landwirtschaft berührt werden, sind die Arbeiten mit den Anforderungen aus diesen Bereichen abzustimmen. Es kann zu Abgrenzungsproblemen bzgl. der Unterhaltspflicht und der Kostentragung kommen (vgl. Komm. zu Art. 3 WBG N 5 ff.). Ufer müssen ausserdem für andere Unterhaltsarbeiten zugänglich sein, was ein überwiegendes Interesse i.S.v. Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV darstellen kann (STUTZ, Uferstreifen, 125; zur Verhältnismässigkeit vgl. Tribunal administratif VD, Urteil vom 30. Dezember 2008 [AC.2003.0066], E. 4.d).

Art. 4 Abs. 1 WBG erfasst auch den **Unterhalt der Schutzbauten**. Das wird im kantonalen Recht unterschiedlich definiert. Z.B. rechnen die Kt. AI und AR die altersbedingte Erneuerung oder den Ersatz von Schutzbauten ausdrücklich den Ausbaumassnahmen zu und nicht dem Unterhalt. In den Kt. GR und OW umfasst der Unterhalt dagegen auch Erhaltungs- und Erneuerungsarbeiten. Bundesrechtlich ist indessen festzuhalten, dass sich der Unterhalt nach Art. 4 Abs. 1 WBG auf den **vorhandenen** Hochwasserschutz erstreckt. Um ihn langfristig funktionsfähig zu erhalten, sind gemäss Handbuch «Programmvereinbarungen» Instandstellungsarbeiten erforderlich, die etwa alle fünf bis zehn Jahre anfallen (BAFU, Handbuch Programmvereinbarungen, Teil 6, 11 f.). Geht die Sanierung von Schutzbauten aber über die Erhaltung der Funktionsfähigkeit hinaus, so sind auch die Art. 3 und Art. 4 Abs. 2–4 WBG heranzuziehen. Grössere Änderungen des Längs- und Querprofils eines Fliessgewässers bedürfen ausserdem einer raumplanerischen Baubewilligung (Regierungsrat AG, Entscheid vom 20. April 1994, E. 2f, in: ZBl 97 [1996]). Ausbauarbeiten sind m.E. jedenfalls dann nicht mehr dem Unterhalt zuzurechnen, wenn sie den Hochwasserschutz oder die Ökologie weiterer Gewässerabschnitte beeinflussen, aber auch wenn sie die Abflusskapazität in den betroffenen Gewässerabschnitten merklich verändern (offen gelassen in BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.6).

Der Unterhalt von Werken, die den **Geschiebehaushalt** im Gewässer regulieren, ist unter Umständen gleichbedeutend mit dem Aufrechterhalten von nachteiligen Einwirkungen auf die Gewässer i.S.v. Art. 41a ff. GSchG, z.B. wenn die Anlagen Sohlenerosionen generieren, die eine künstliche Geschie-

bequellere darstellen, oder wenn dem Gewässer durch Verbauungen oder Geschiebesammler nachweisbar weniger Geschiebe zugeführt wird (BAFU, Geschiebehaushalt, 29). Diese allenfalls notwendige Sanierung der Anlagen (Art. 43a i.V.m. Art. 83a f. GSchG sowie Art. 42a und 42b GSchV) verändert ihrerseits den bestehenden Hochwasserschutz. Daher müssen die Massnahmen der beiden Fachbereiche eng aufeinander abgestimmt werden. Freiräume für die Massnahmenplanung im Hochwasserschutz können dadurch stark eingeschränkt werden.

## **B. Erhaltung und Wiederherstellung des natürlichen Verlaufs (Abs. 2)**

- 11 Die Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 Bst. a–c WBG (bzw. Abs. 2–4 von Art. 37 GSchG, vgl. N 2) gelten grundsätzlich für alle wasserbaulichen Eingriffe (Botschaft GSchG 1987, 1142) und sie müssen **kumulativ** erfüllt sein (STUTZ, Abwasserrecht, 60). Natürliche und bewaldete Bachläufe sollen bei Eingriffen als **wertvolle Landschaftselemente** soweit wie möglich erhalten werden und, wenn sie bereits beeinträchtigt sind, ihre Renaturierung gefördert werden (BGE 122 II 274; 284, E. 5b). Es ist jedoch nicht gefordert, die Renaturierung überall vollständig vorzunehmen. Anlässlich der GSchG-Revision 2009 (die u.a. Art. 38a ins GSchG einfügte) wurde als Ziel die Revitalisierung von rund einem Viertel der stark verbauten Gewässer genannt (Voten Lombardi [Kommissionssprecher], AB S 2008, 780; Diener, AB S 2008, 786; Leuenberger [Bundesrat], AB S 2008, 789; Voten Nordmann und Bäumle [beide Kommissionssprecher], AB N 2009, 639; Wyss, AB N 2009, 658). Der Ausweitung von Gewässern kann aber nicht mit dem generellen Einwand begegnet werden, die Landwirtschaft könne ihren verfassungsmässigen Auftrag nicht mehr erfüllen, wenn dazu Boden abgetreten werden müsse (Verwaltungsgericht SG, Urteil vom 16. März 2011 [B 2010/179], E. 5.4.3).

### **1. Tragweite der Wiederherstellungspflicht**

- 12 Das Bundesrecht sagt nicht, in welchen Fällen grössere Anpassungen nötig sind (z.B. Ausweitung der Gerinnesohle), bzw. wann kleinere Anpassungen genügen (z.B. Wasserhindernisse für Fische beseitigen). Mit «möglichst beibehalten oder wiederhergestellt» ist gemäss Bundesgericht gemeint, dass über die zu treffenden Massnahmen aufgrund einer **Interessenabwägung** zu entscheiden ist (BGer 1A.151/2002 vom 22. Januar 2003, E. 5.1; BGer

1A.62/1998 vom 15. Dezember 1998, E. 4.d, in: ZBl 101/2000 330 [Verneinung der Sanierungspflicht, kritisch dazu: Bemerkung der Redaktion, ZBl 101 (2000) 333 sowie HUBER-WÄLCHLI/KELLER, Rechtsprechung bis 2003, 49 f.]). Die Notwendigkeit grosser Terrainveränderungen kann einer durchgehenden Revitalisierung im Wege stehen (BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 3.5) und Anforderungen der Eigentumsgarantie können Projektanpassungen im Detail notwendig machen (Tribunal administratif VD, Urteil vom 9. April 2013 [AC.2012.0096], E. 2c/dd; Urteil vom 29. Februar 2008 [AC.2006.0179], E. 2b/cc, 2d).

Gemäss Verwaltungsgericht SG ist der **Ermessensspielraum** insb. im Zusammenhang mit den raumplanungs- und strassenrechtlichen Grundsätzen erheblich (B 2010/179 vom 16. März 2011, E. 5.3.2). Immerhin haben die Kantone den Raumbedarf der Gewässer (Art. 36a GSchG spricht von Gewässerraum) bei ihrer Richt- und Nutzungsplanung sowie bei ihrer übrigen raumwirksamen Tätigkeit zu berücksichtigen (Art. 21 Abs. 3 WBV) und für künftige Revitalisierungen ist der Gewässerraum raumplanerisch zu sichern (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Revitalisierungen sind von den Kantonen für den Zeitraum von 20 Jahren zu planen (Art. 41d GSchV); diese Planung wird wegen des sachlichen Zusammenhangs in enger Zusammenarbeit mit der Hochwasserschutzplanung erfolgen müssen, ist doch auch der Landbedarf für eine zukünftige Verbreiterung des Bachprofils im Interesse des Hochwasserschutzes zu sichern (BGer 1A.252/1997 vom 14. April 1998, E. 1b und 3b, in: ZBl 101 [2000] 91 f.).

## 2. Verbesserung der Lebensraumfunktion (Bst. a)

Die Kantone sind verpflichtet, im Zuge von Hochwasserschutzmassnahmen eine **naturnahe Gestaltung der Uferstreifen** zu sichern und namentlich planerische Massnahmen zum Schutz vor Überbauung zu ergreifen (BGer 1A.252/1997 vom 14. April 1998, E. 3b, in: ZBl 101 [2000] 92). Die Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 Bst. a WBG finden zusätzliche Unterstützung in Art. 18–18c, 21 und 22 Abs. 2 NHG und Art. 7–10 BGF (vgl. auch BGer 1A.62/1998 vom 15. Dezember 1998, E. 4a, in: ZBl 101 [2000] 328). In Natur- und Landschaftsschutzgebieten sind die entsprechenden Schutz- und Unterhaltsvorschriften einzuhalten. Für die Breite des Gewässerraums ist in solchen Fällen Art. 41a Abs. 1 GSchV massgebend. Auch bei der Planung von Unterhaltswegen und bei bloss temporären Eingriffen ist auf den **Artenschutz** zu achten (Tribunal administratif VD, Urteil vom 30. Dezember 2008

[AC.2003.0066], E. 4d). Wenn gewichtige öffentliche Interessen dafür sprechen, so sind verhältnismässige Eingriffe selbst da möglich, wo aus Sicht des Hochwasserschutzes blosser Unterhaltsarbeiten ausreichen würden (vgl. Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 19. Juni 2008 [VB.2007.00413], E. 6.2–6.5, *in casu* Bachverlegung aus hauptsächlich raumplanerischen Gründen).

### 3. Sicherung der Grundwasserneubildung (Bst. b)

- 15 Art. 4 Abs. 2 Bst. b WBG stellt die Sicherung von Grundwasservorkommen in den Zusammenhang mit wasserbaulichen Vorhaben. Verbauungen von Fließgewässern sollen sich nicht negativ auf die Grundwasserneubildung auswirken. Das stellt Anforderungen an die **Art und Weise**, wie der Eingriff ausgeführt wird. Insb. sollen Gewässersohle und -ufer durchlässig bleiben. Dabei spielt auch die Durchwurzelung durch die Ufervegetation eine bedeutende Rolle (Botschaft GSchG 1987, 1142). Das BAFU hat eine Praxishilfe publiziert, die aufzeigt, wie entsprechende naturnahe Verbauungen ausgestaltet werden können (BAFU, Ingenieurbiologische Bauweisen, 1 ff.).

### 4. Standortgerechte Ufervegetation (Bst. c)

- 16 Die Ufervegetation hat zahlreiche positive Wirkungen auf die Gewässer (dazu Botschaft GSchG 1987, 1143). Sie wird auch durch das Naturschutzrecht (Art. 21 und 22 Abs. 2 NHG) und das Fischereirecht (Art. 7 Abs. 1 BGF) speziell geschützt. Fällt eine Uferbestockung in den Schutzbereich dieser Vorschriften, so erfüllt sie in besonderem Masse **Wohlfahrtsfunktionen** und kann deshalb – auch ohne grössere Schutzfunktionen zu erfüllen – sogar Waldqualität i.S.v. Art. 2 Abs. 4 WaG aufweisen (BGE 122 II 274, E. 5a–5c). Allerdings kann bei wasserbaulichen Massnahmen und Revitalisierungen auf Rodungersatz verzichtet werden, insb. wenn die Flächen nicht mehr mit Wald bestockt werden können (Art. 7 Abs. 3 WaG und Art. 9a WaV).
- 17 Auch Art. 22 Abs. 2 NHG erlaubt für standortgebundene wasserbauliche Eingriffe ein **Entfernen der Ufervegetation** (Standortgebundenheit ist i.S.v. Art. 24 RPG zu verstehen, dazu JENNI, Kommentar NHG, Art. 22 N 17). Vorbehältlich der polizeilichen Generalklausel ist diese Ausnahmemöglichkeit aber strikt auf die durch die Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fälle beschränkt (JENNI, Kommentar NHG, Art. 22 N 13 ff.; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, Umweltrecht, 203 N 608; BGE 130 II 313, 318 f., E. 3.4). Die Gestaltungspflicht nach Art. 4 Abs. 2 Bst. c WBG kann demnach,

ausser in bereits überbauten Gebieten (Art. 4 Abs. 3 WBG), nicht gestützt auf andere Rechtsnormen gelockert werden. Der für eine standortgerechte Ufervegetation nötige zusätzliche Raumbedarf ist deshalb auch im Zusammenhang mit anderen Planungen, z.B. dem Bau von Radwegen, zu berücksichtigen (Art. 21 Abs. 3 WBV; Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 6. Juni 2001 [VB.2001.00109], E. 4b).

### C. Ausnahmen in überbauten Gebieten (Abs. 3)

Die eigentumsrechtlichen Anforderungen an Nutzungseinschränkungen oder Rückzonungen führen dazu, dass bestehende Gebäude und Anlagen in den Genuss der **Bestandesgarantie** kommen. Für das bereits überbaute Gebiet gestattet Art. 4 Abs. 3 WBG daher ein Abweichen vom Revitalisierungsgebot nach Abs. 2. Nach STUTZ gibt die Kann-Formulierung in Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV den rechtsanwendenden Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum. Sie dürfen jedoch nicht den Zweck des Gewässerraums bzw. Uferstreifens aus den Augen verlieren; die Gewässer sollen alle ihnen von Bundesrechts wegen zugedachten Funktionen ausüben können (STUTZ, Uferstreifen, 124 f.). Den Revitalisierungen im Siedlungsgebiet wird dabei ein besonders hoher Erholungsnutzen zuerkannt (BAFU, Handbuch Programmvereinbarungen, Teil 11, 15). 18

Zur Frage, ob im konkreten Fall von der Regel nach Art. 4 Abs. 2 WBG (Art. 37 Abs. 2 GSchG) abgewichen werden darf, führt das BGer aus, dass raumplanerische (bauliche) Interessen für eine Ausnahmegewilligung nicht ausreichen. 2013 hat es seine bereits 1998 geäusserte Ansicht bestätigt, es könnten nur solche Gebiete als «überbaut» i.S. von Art. 37 Abs. 3 GSchG (Art. 4 Abs. 3 WBG) bezeichnet werden, in denen eine naturnahe Gestaltung von Gewässerverlauf und Ufer aufgrund der bereits vorhandenen Bebauung nicht möglich ist, dies angesichts der Zielsetzung gemäss Botschaft GSchG 1987, 1141. Die Revitalisierungsplanung nach Art. 38a Abs. 2 GSchG dürfe nicht durch das Ausweisen von Baubereichen präjudiziert werden, es müssen genügend grosse unüberbaute Flächen für die **künftige Offenlegung** des Bachs, seine Ufer und seinen Gewässerraum frei bleiben (BGer 1C\_164/2012 vom 30. Januar 2013, E. 8.4.1; BGer 1A.62/1998 vom 15. Dezember 1998, E. 4c, in: ZBl 101 [2000], 323; HÄNNI, Umweltschutzrecht, 446 f.). Auch nach dem Verwaltungsgericht SG darf im geschlossenen Siedlungsraum auf Renaturierungsmöglichkeiten nicht deshalb verzichtet werden, weil dafür nur noch 19

wenige Möglichkeiten vorhanden sind (B 2010/179 vom 16. März 2011, E. 5.3.5).

- 20 Die revidierte GSchV sieht nunmehr in Art. 41a vor, dass der Gewässerraum in **dicht** überbauten Gebieten den baulichen Gegebenheiten angepasst werden kann, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist (in Kraft seit 1. Juni 2011). Zur Anwendung des Begriffs «dicht überbaute Gebiete» wurde auf Wunsch der Kantone ein konkretisierendes Merkblatt verfasst. Begründet wird die Ausnahmeregelung mit dem Argument, die Siedlungsentwicklung nach innen solle nicht verhindert werden (ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt «dicht überbaute Gebiete», 1 ff., insb. 3). In diesem Sinne hat das Kantonsgericht LU entschieden, es sei geradezu der Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung, Siedlungsgebiet zu verdichten und Baulücken zu nutzen, sofern das Interesse an der Nutzung überwiege (V 12 272 vom 10. Juli 2013, E. 3.5–3.6).
- 21 Die bundesgerichtliche Argumentation vermag m.E. zu überzeugen. Revitalisierungen sind **standortgebunden**. Raumplanerische Strategien bilden aus wasserbaulicher und gewässerschutzrechtlicher Sicht nur, aber immerhin, ein öffentliches Interesse, das beim Entscheid eine Rolle spielen kann (dazu Verwaltungsgericht ZH, Urteil vom 19. Juni 2008 [VB.2007.00413], E. 6.4). Es gehört explizit zu den Zielen der Raumplanung, die mit der Freihaltung des Gewässerraums verfolgten Anliegen zu unterstützen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a, Art. 3 Abs. 2 Bst. c und d RPG). Aus wasserbaulicher Sicht muss ausreichend Raum für künftige wasserbauliche Vorhaben freigehalten werden. Weil das Wasserbaurecht überdies der Verknüpfung dieser Vorhaben mit gewässerökologischen Massnahmen eine hohe Bedeutung zuweist, dürfen auch diese Anliegen nicht präjudiziert werden. Das spricht für eine restriktive Handhabung von Ausnahmebewilligungen. Wird im Einzelfall auf eine Revitalisierung verzichtet, so bedarf es dazu einer überzeugenden kontextabhängigen Abwägung der Interessen (vgl. Art. 41a Abs. 4 und 41c Abs. 1 GSchV und Verwaltungsgericht SZ, Urteil vom 24. Februar 2010 [VGE III 2009 223], in: EGV-SZ 2010 B 8.9).

#### D. Sinngemässe Anwendung von Abs. 2 (Abs. 4)

- 22 Als **künstliche Fliessgewässer** im Sinne von Art. 4 Abs. 4 WBG werden in der Botschaft jene Gewässer bezeichnet, die für bestimmte, nicht wasserbauliche Zwecke neu geschaffen werden (Botschaft GSchG 1987, 1142). Man denke etwa an Kanäle für Schifffahrtsverbindungen, Be- und Entwässerungen, industrielle Produktion, Energiegewinnung, Sportanlagen usw. An ihre

Gestaltung werden grundsätzlich die gleichen gewässerökologischen Anforderungen wie an Eingriffe in natürliche Gewässer gestellt. Allerdings können ökologische Aspekte aufgrund der zgedachten Nutzung nicht immer im selben Mass berücksichtigt werden. Deshalb sei Art. 4 Abs. 2 WBG nur «sinngemäss» anzuwenden (Botschaft GSchG 1987, 1142 f.; vgl. auch die Sondernorm Art. 41a Abs. 5 Bst. c GSchG betreffend das Festlegen des Gewässerraums). Bestehende Gewässer dürfen jedoch nicht beeinträchtigt werden. Wird ihnen Wasser entnommen, so gelten die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 29 und 30 GSchG und von Art. 9 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 Bst. d BGF.

Aus Sicht des Hochwasserschutzes dürfen künstliche Kanalisierungen jedenfalls die Hochwassergefahr nicht verschärfen. Weil auch künstliche Gewässer einen Beitrag zur Verbesserung des Naturhaushalts leisten können, ist es zudem angezeigt, die künstlichen Fliessgewässer in gewässerökologische Konzepte einzubinden. Sie sollen, soweit dies die Nutzung zulässt, ihr ökologisches Potenzial ausschöpfen. Dies wird durch Art. 4 Abs. 4 WBG ermöglicht. 23

Eine besondere Situation liegt auch bei der **Wiederinstandstellung von Verbauungen nach Schadenereignissen** vor. Nach Schadenereignissen muss die bisherige Einschätzung der Gefahrensituation in Frage gestellt werden. Der Fokus ist auf die Wirksamkeit der zu treffenden Massnahmen gerichtet und die Behörden stehen unter erheblichem Zeitdruck. Art. 4 Abs. 4 WBG stellt klar, dass dies kein Argument ist, von den ökologischen Anforderungen an wasserbauliche Eingriffe abzuweichen. Was unter «sinngemäss» zu verstehen ist, wird nicht weiter erläutert, doch ist einsichtig, dass Renaturierungsanforderungen, Sanierungsaufwand und Machbarkeit in einem ausgewogenen Verhältnis stehen sollen (vgl. BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 3.5). Gar nicht erfasst werden jene leichten Schäden, deren Behebung keine Eingriffsqualität hat, sondern als blosser Unterhalt i.S.v. Art. 4 Abs. 1 WBG anzusehen ist; für solche Arbeiten ist Art. 23 WBV massgeblich. 24

Eine vorausschauende Revitalisierungsplanung (Art. 38a Abs. 2 GSchG) kann die Umsetzung der ökologischen Anforderungen erheblich erleichtern. Selbst wo man sich nach den Umständen mit bloss punktuellen Verbesserungen begnügen muss, ist es von Vorteil, wenn sich diese in eine langfristige Strategie einfügen. 25

26 **Résumé**

L'art. 4 LACE, respectivement l'art. 37 LEaux, posent des exigences qualitatives pour l'aménagement des cours d'eau en disposant que les eaux, les rives et les ouvrages de protection contre les crues doivent être entretenus de façon à maintenir la protection contre les crues à un niveau constant. L'entretien doit, en particulier, préserver la capacité d'écoulement. Par capacité d'écoulement, on entend le débit maximum admissible dans un cours d'eau par unité de temps. La capacité d'écoulement est fixée d'une manière différente selon les différents tronçons d'eau conformément au plan de protection contre les crues. Pour définir la capacité d'écoulement d'un ouvrage de protection contre les crues, il faut considérer la totalité du tracé endigué. Le point le plus bas des digues est déterminant selon le Tribunal fédéral.

L'art. 4 al. 2 LACE précise que, lors d'interventions dans les eaux, le tracé naturel des cours d'eau doit être autant que possible respecté ou, à défaut, reconstitué. Les let. a à c posent des exigences qui doivent être remplies de manière cumulative. Le droit fédéral ne précise cependant pas dans quels cas des adaptations conséquentes sont nécessaires. Selon le Tribunal fédéral, le terme «autant que possible» signifie qu'il faut peser les intérêts en présence. Le pouvoir d'appréciation est en conséquence considérable. Les cantons doivent toutefois tenir compte des zones dangereuses et de l'espace à réserver aux eaux conformément à l'art. 36a LEaux dans leurs plans directeurs et dans leurs plans d'affectation ainsi que dans d'autres activités ayant des effets sur l'organisation du territoire (art. 21 al. 3 OACE). Ils doivent également analyser périodiquement les dangers découlant des eaux et l'efficacité des mesures mises en oeuvre pour se protéger des crues (art. 22 OACE). L'al. 3 prévoit des exceptions à l'al. 2 dans les zones bâties. Ces zones doivent être effectivement déjà bâties et non des zones où des constructions sont planifiées. Il n'est pas toujours possible de prendre en compte les aspects écologiques des cours d'eau artificiels dans la même mesure que pour les eaux naturelles. Ainsi, l'al. 2 ne s'applique que par analogie aux cours d'eau artificiels en vertu de l'al. 4.



## Art. 5 WBG/LACE

### Interkantonale Gewässer

- <sup>1</sup> Bei interkantonalen Gewässern koordinieren die Kantone ihre Massnahmen und verständigen sich über die Aufteilung der Kosten.
- <sup>2</sup> Können sich die Kantone über die erforderlichen Massnahmen oder über die Aufteilung der Kosten nicht einigen, so entscheidet der Bundesrat.

### Eaux intercantionales

- <sup>1</sup> Les cantons se concertent sur les mesures à prendre et s'entendent sur la répartition des frais.
- <sup>2</sup> S'ils ne parviennent pas à s'entendre sur les mesures à prendre ou sur la répartition des frais, le Conseil fédéral tranche.

### Acque intercantionali

- <sup>1</sup> I Cantoni si accordano sui necessari provvedimenti e sulla relativa ripartizione delle spese.
- <sup>2</sup> Se un'intesa in merito non fosse possibile, la decisione spetta al Consiglio federale.

**Materialien und amtliche Publikationen:** Ständeräthliche Kommission, Bericht der ständeräthlichen Kommission über deren Entwurf zu einem schweizerischen Wasserbaupolizeigesetz vom 4. Dezember 1876, BBl 1877 I 49 ff. (zit. Bericht WBPG 1877); INGENIEURGEMEINSCHAFT IG BENKEN PLUS/ANL AG NATUR UND LANDSCHAFT (Hrsg.) (verfasst durch FREI MANFRED/LEUENER WERNER/KALBERER RAPHAEL et al.), Landwirtschaftliches Vorprojekt Benken Plus – Technischer Bericht <<http://www.linthwerk.ch/images/BenkenPlus/TechnischerBericht.pdf>>, 7.9.2005 (zit. Technischer Bericht); DEPARTMENT FÜR VERKEHR, BAU UND UMWELT VS (DVBUS VS), Sachplan 3. Rhonekorrektion – Text, Juni 2006, <[www.vs.ch/NavigData/DS\\_12/M18274/de/RapportDESachplan.pdf](http://www.vs.ch/NavigData/DS_12/M18274/de/RapportDESachplan.pdf)>, Juni 2006 (zit. Sachplan Rhonekorrektion); KTE SG/GL/SZ (Hrsg.) (verfasst durch SCHLEGEL HEINER), Kantonsübergreifendes Entwicklungskonzept für die Linthebene (EKL 2003) – Schlussbericht – Synthesebericht 2, <[http://www.ekl-linthebene.ch/www.ekl-linthebene.ch/pdf/vernehmlassung/Schlussbericht/Schlussbericht\\_Synthese2.pdf](http://www.ekl-linthebene.ch/www.ekl-linthebene.ch/pdf/vernehmlassung/Schlussbericht/Schlussbericht_Synthese2.pdf)>, 20.12.2007 (zit. EKL 2003); Botschaft betreffend den Rahmenkredit des Bundes für die Realisierung der ersten Etappe der 3. Rhonekorrektion (R3) in den Jahren 2009–2014 vom 13. Mai 2009, BBl 2009 4333 ff. (zit. Botschaft Rhonekorrektion 2009); REGIONALKONFERENZ DER REGIERUNGEN DER NORDWESTSCHWEIZ (NWRK) (Hrsg.), La Birse – die Birs, Schutz des Wassers – Protection de l'eau – Nutzung des Wassers – Utilisation de l'eau – Schutz vor dem Wasser – Prévention contre l'eau, Liestal 2010 (zit. La Birse – die Birs); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU), Entwurf Erläuternder Bericht vom 11. Mai 2010 zu A) Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung; B) Versickerung von Abwasser – Änderung der Gewässerschutzverordnung, <[http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1863/Bericht\\_1.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1863/Bericht_1.pdf)>, 11.5.2010 (zit. Entwurf Erläuternder Bericht 2011); DEPARTEMENT BAU, VERKEHR UND UMWELT AG (BVU AG), Beschwerde gegen Kanton Luzern zurückgezogen – Kanton Aargau hat sich erfolgreich für den integralen Hochwasserschutz im Reusstal gewehrt, Medienmitteilung, <[https://www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails\\_28187.jsp](https://www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_28187.jsp)>, 14.11.2012 (zit. Medienmitteilung Hochwasserschutz); DÉPARTEMENT DE L'INTÉRIEUR VD (DINT VD)/DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ENVIRONNEMENT VD (DSE VD), Plan sectoriel 3<sup>e</sup> correction du Rhône Vaud – texte, 8 juillet 2013, <[http://www.fiches-plandirecteur.vd.ch/prod/dinf/pdcn\\_2\\_p.nsf/bc853969a35ad2b9c1257007004b74af/195e88a8ecf349a9c1257ba40034f6f7/\\$FILE/c\\_Plan%20sectoriel%20R3.pdf](http://www.fiches-plandirecteur.vd.ch/prod/dinf/pdcn_2_p.nsf/bc853969a35ad2b9c1257007004b74af/195e88a8ecf349a9c1257ba40034f6f7/$FILE/c_Plan%20sectoriel%20R3.pdf)>, 8.7.2013 (cit. Plan sectoriel); BAUDIREKTION ZH/UMWELTDEPARTEMENT SZ/SBB, Hochwasserschutz auf dem Prüfstand,

Medienmitteilung, <[http://www.zh.ch/internet/de/aktuell/news/medienmitteilungen/2013/213\\_hochwasserschutz.html](http://www.zh.ch/internet/de/aktuell/news/medienmitteilungen/2013/213_hochwasserschutz.html)>, 23.9.2013 (zit. Medienmitteilung Hochwasserschutz).

#### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Allgemeine Bemerkungen.....	2
III.	Kommentierung .....	3
A.	Interkantonale Koordination (Abs. 1).....	4
1.	Beispiele interkantonaler Zusammenarbeit .....	5
2.	Vorgehen bei internationalen Gewässern .....	12
B.	Subsidiäre Kompetenz des Bundesrats (Abs. 2).....	14

### I. Entstehungsgeschichte

- 1 Schon 1877 wurde eine dem heutigen Art. 5 WBG analoge Regelung in das Wasserbaupolizeigesetz aufgenommen (Art. 6 WBPG 1877). Sie war im Gesetzesentwurf des Bundesrats noch nicht enthalten und wurde von der ständerätlichen Kommission eingebracht, die argumentierte, dass dem Bund kraft seiner **Oberaufsicht** das letzte entscheidende Wort zustehen müsse (S-Kommission, Bericht WBPG 1877, 53). Die Totalrevision des Wasserbaurechts von 1991 hat an dieser Ordnung festgehalten. Der neue Wortlaut stellt klar, dass die Koordination dennoch eine Aufgabe der Kantone ist. Der Bund soll zwar seine fachliche Unterstützung zur Verfügung stellen (Botschaft WBG, 1388), der Bundesrat greift aber erst ein, wenn sich die beteiligten Kantone nicht einigen können.

### II. Allgemeine Bemerkungen

- 2 Art. 5 WBG findet eine Entsprechung im Gewässerschutzrecht (Art. 56 GSchG) und in Normen betreffend die Rechte an interkantonalen Wasservorkommen (Art. 76 Abs. 5 BV, Art. 6 WRG). Auch das Fischereigesetz kennt eine Entscheidungsbefugnis des Bundesrats wenn sich die Kantone nicht einigen können (Art. 24 BGF).

### III. Kommentierung

- 3 Interkantonale Wasserbauprojekte erstrecken sich regelmässig über **ganze Einzugsgebiete**. Die Planung von Revitalisierungen orientiert sich ebenfalls an den hydrologischen Einzugsgebieten und soll nicht auf einzelne Gewäs-

ser(abschnitte) beschränkt bleiben (BAFU, Entwurf erläuternder Bericht 2011, 3). Trotz oftmals unterschiedlicher Interessenlage gab die Koordination unter den Kantonen bisher kaum zu juristischen Auseinandersetzungen Anlass. Die einzige bisher seit Inkrafttreten des WBG bekannt gewordene Beschwerde wurde wieder zurückgezogen, nachdem sich die Kt. AG und LU auf ein integrales Hochwasserschutz-Management unter Begleitung des Bundes einigen konnten (BVU AG, Medienmitteilung Hochwasserschutz).

## A. Interkantonale Koordination (Abs. 1)

Interkantonale Vorhaben können operativ nicht in die ausschliessliche Verantwortung eines einzelnen Kantons gegeben werden (BAFU, Entwurf erläuternder Bericht 2011, 23); Gemeinden und Kantone müssen eine einzugsgebietsbezogene Form der Zusammenarbeit finden, die alle regional relevanten Interessen einbezieht. Die Vielfalt der zu berücksichtigenden Interessen und die Vielzahl der Beteiligten machen ein **transparentes Verfahren** notwendig, das zugleich die in Art. 25a RPG festgelegten Grundsätze der Koordination wahrt. Es ist für den Ablauf von Vorteil, wenn auf der organisatorischen Ebene vorbereitend festgelegt wird, wer wofür zuständig ist und wer in welcher Phase resp. für welche Fragen einbezogen werden soll (BAFU, Koordination, 35). Auch die unterschiedlichen Finanzplanungen sind aufeinander abzustimmen (BAFU, Koordination, 18).

### 1. Beispiele interkantonaler Zusammenarbeit

Die Kantone sind die Aufgabe fallbezogen angegangen. Wie die folgende Auswahl von Beispielen zeigt, müssen neben dem Hochwasserschutz stets zahlreiche weitere Sektoren erfasst werden:

**Linth:** Das 1807 auf Beschluss der Tagsatzung gebaute Linthwerk stand ab 1862 als eidgenössisches Unternehmen unter der Oberaufsicht der Eidg. Linthkommission, bestehend aus je einem Mitglied der Kte SG, GL, SZ und ZH sowie einem Vertreter des Bundes (BB Linthverwaltung). Nachdem Ende des letzten Jahrhunderts die Notwendigkeit einer Gesamtsanierung offenbar wurde, musste die Rechtsform des Linthwerks der heute im Wasserbau geltenden Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (dazu Komm. zu Art. 2 WBG N 9 ff.) angepasst werden. Das Linthwerk wird heute auf der Basis eines Konkordats der Kte SG, GL, SZ und ZH weitergeführt (Interkantonale Vereinbarung Linthwerk). N und S haben das BG Auflösung Linthun-

ternehmung 2001 diskussionslos angenommen. Die neue Trägerschaft ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die von der Linthkommission geführt wird.

- 7 An der Ausarbeitung des Massnahmenkonzepts «Hochwasserschutzkonzept Linth 2000» waren neben Behördenvertretern der Linthkantone und des Bundes auch Interessenvertreter aus Gemeinden, Landwirtschaft, Umweltorganisationen, Vertreter der SBB, der Elektrizitätswirtschaft sowie des Militärs und themenbezogene Fachgruppen beteiligt. Dem nach der öffentlichen Auflage abgeänderten Projekt wurde 2007 die Baubewilligung erteilt. Diese hielt gerichtlichen Überprüfungen stand (vgl. BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008 und [linth24.ch](http://linth24.ch), onlineZeitung oberer Zürichsee und Linthgebiet, Hochwasserschutz Linth 2000, <<http://www.linth24.ch/Niederurnen.niederurnen+M5b278593b29.0.html>>, 22.11.2008). Der Bau erfolgte zwischen 2008 und 2013.
- 8 Das Konzept Linth 2000 wurde durch zwei räumlich weiter greifende Projekte ergänzt. Zum einen sollen mit dem «Entwicklungskonzept Linthebene 2003» die künftigen raumwirksamen Aktivitäten der Region auf die Ziele von Linth 2000 abgestimmt, dessen Wirkungen auch ausserhalb des Linth 2000-Projektperimeters unterstützt und so die mit der Sanierung des Linthwerks erreichten Verbesserungen langfristig gesichert werden (KTE SG/SZ/GL, EKL 2003, 19). Hierfür wurde eine überkantonale Struktur in der Form eines Vereins geschaffen, das sog. «Forum Lebendiges Linthgebiet». Zum anderen befasste sich das Vorprojekt «Benken Plus» thematisch insbesondere mit der Festlegung landwirtschaftlicher Vorranggebiete, landwirtschaftlichen Strukturverbesserungen, Landerwerb und –umlegung und der Siedlungsentwässerung Benken. Träger dieses Projektes waren das Linthwerk, die Linthebene-Melioration und die drei Gemeinden Benken, Kaltbrunn und Uznach (IG BENKEN PLUS, Technischer Bericht, 1 ff.).
- 9 **Rhone:** Das Gesamtkonzept der dritten Rhonekorrektur wurde im Sachplan Rhonekorrektur definiert, der im Juni 2006 vom Walliser Staatsrat genehmigt wurde (VS, Sachplan Rhonekorrektur, 11). Koordinationsbedarf bestand mit dem Kanton Waadt im Abschnitt Chablais. Ein entsprechender Sachplan des Kantons Waadt trat 2008 in Kraft. Er ist rollend angelegt, d.h. er wird im Zuge der Richtplananpassung aktualisiert (vgl. zum bisherigen Ablauf VD, Plan sectoriel, 16). Einbezogen wurden zahlreiche Bereiche wie Landwirtschaft, städtische Agglomerationsplanung, Energie, Natur- und Landschaftsschutz, Archäologie, Wald, Tourismus und Erholung, Trinkwas-

serversorgung sowie die Konzepte und Sachpläne des Bundes (VD, Plan sectoriel, 17). Jedes Ausführungsprojekt muss ein normales Plangenehmigungsverfahren durchlaufen, in das die eidg. Behörden involviert sind. Das BAFU war an allen Vorstudien beteiligt (Botschaft Rhonekorrektur 2009, 4341).

**Birs:** Ausgangspunkt der Koordination war hier die Aufwertung des Flusslaufes der Birs. Die Regierungsratskonferenz Nordwestschweiz (BE, BL, BS, JU, SO) hat im Sinne der Art. 4 und 46 GSchV eine breit angelegte integrale Gewässerplanung in Form eines Regionalen Entwässerungsplans (REP) entworfen, in den der Hochwasserschutz eingegliedert ist. Die Schaffung zusammenhängender, naturnaher Gewässer- und Auenlandschaften geht einher mit der Verbesserung der Siedlungsentwässerung, der Abwasserbehandlung, der Sicherung der Trinkwasserqualität und des Raumbedarfs für Hochwasser. Für die Weiterentwicklung des REP zu einem Integralen Einzugsgebietsmanagement wurde 2010 eine Interkantonale Birskommission gegründet. Sie überwacht die Umsetzung der geplanten Massnahmen und sorgt für die Erfolgskontrolle (NWRK, La Birse – die Birs, 1 ff.).

**Sihl:** An der Planung des 2007 initiierten Projekts «Hochwasserschutz Sihl, Zürichsee, Limmat» sind Gemeinden, Bezirke und Kantone an Sihl, Zürichsee und Limmat beteiligt. In der Begleitgruppe sind das BAFU, die Eisenbahngesellschaften (SBB und Sihltal Zürich Uetliberg Bahn) sowie die kantonalzürcherische Gebäudeversicherung vertreten. Die Umsetzung mittelfristiger Massnahmen hat begonnen, für den langfristigen Hochwasserschutz haben sich zwei Konzepte herausgeschält, die nun in einem gemeinschaftlichen Prozess vertieft werden sollen. Die beiden Konzepte integrieren Hochwasserschutz, Restwasser, Grundwasser, Trinkwasserversorgung, Siedlungs- und Naturschutzgebiete, Fischerei, Wassertrübung, Tourismus u.a. Der Bund beteiligt sich an den Projektierungskosten (BAUDIREKTION ZH/UMWELTDEPARTEMENT SZ/SBB, Medienmitteilung Hochwasserschutz mit weiterführenden Links).

## 2. Vorgehen bei internationalen Gewässern

Art. 5 WBG bezieht sich auf interkantonale Gewässer. Bei internationalen Gewässerkorrekturen wird die Zusammenarbeit fallweise auf zwischenstaatlicher Ebene geordnet. Dabei müssen sowohl die schweizerische wie auch die ausländische **regionale Kompetenzordnung** beachtet werden. Die Kantone können im Rahmen von Art. 56 BV mit dem Ausland Verträge schliessen,

soweit es in ihrem Zuständigkeitsbereich liegt. Für eine übergeordnete zwischenstaatliche Organisation unter finanzieller Beteiligung des Bundes bedarf es jedoch besonderer Grundlagen, die üblicherweise in einen **Staatsvertrag** münden.

- 13 In diesem Sinne wird z.B. das Entwicklungskonzept Alpenrhein von zwei verschiedenen internationalen Organisationen gemeinsam getragen. In der Internationalen Regierungskommission Alpenrhein (IRKA) sind die Regierungen der Kt. SG und GR, des Fürstentums Liechtenstein und des Landes Vorarlberg vertreten. Die IRKA dient u.a. als Plattform zur Entscheidungsfindung und Planung ökologischer und wasserwirtschaftlicher Massnahmen am Alpenrhein (<http://www.alpenrhein.net/>). Die Internationale Rheinregulierung (IRR) demgegenüber beruht auf den Staatsverträgen der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit der Republik Österreich (Staatsvertrag Rhein 1924 und Staatsvertrag Rhein 1954). Diese beiden Staatsverträge bilden für den Bund zugleich die Rechtsgrundlage für die Subventionierung einer hochwassersicheren Einleitung des Alpenrheins in den Bodensee.

## **B. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrats (Abs. 2)**

- 14 Die Entscheidungskompetenz des Bundes bei Streitigkeiten ergibt sich aus seiner **Aufsichtspflicht** (Art. 49 Abs. 2 BV und Art. 11 Abs. 2 WBG, vgl. auch BGE 116 Ib 24, 27 E. 3a). Seit dem Inkrafttreten des neuen Wasserbaugesetzes musste der Bundesrat allerdings noch nie intervenieren, wohl auch, weil der Bund bereits im Vorfeld über Anforderungen an subventionsberechtigte Projekte beträchtlich Einfluss nimmt. Namentlich können Abgeltungen an kantonsübergreifende Vorhaben einzeln gewährt werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. b WBV), woran der Bund ein strategisches Interesse hat.
- 15 Auch unter altem Recht sind nur wenige Streitigkeiten zu verzeichnen, die einen Bundesratsbeschluss erforderlich machten. Dabei stand die Kostenbeteiligung im Vordergrund (vgl. Protokolle des schweizerischen Bundesrats vom Freitag, 28. Juli 1905, Nr. 3687; Dienstag, 10. November 1914, Nr. 5369; Montag, 13. April 1931, Nr. 613).

### 16 **Résumé**

L'art. 5 LACE dispose que les cantons se concertent sur les mesures à prendre et s'entendent sur la répartition des frais. La coordination intercantonale ne

doit pas être du seul fait du canton. En effet, les cantons et les communes doivent également travailler ensemble en prenant en compte tous les intérêts régionaux. Pour les eaux internationales, ce sont les dispositions des différents Etats qui s'appliquent. L'art. 56 Cst. autorise les cantons à conclure des contrats pour autant qu'ils s'agissent de leur domaine de compétence. En vertu de l'al. 2, le Conseil fédéral tranche si les cantons ne parviennent pas à s'entendre sur les mesures à prendre ou sur la répartition des frais. La compétence subsidiaire du Conseil fédéral se fonde sur le devoir de surveillance de la Confédération (art. 49 al. 2 Cst.). Depuis la mise en vigueur de la nouvelle LACE, le Conseil fédéral n'est encore jamais intervenu.



### 3. Abschnitt: Finanzielle Leistungen des Bundes/ Section 3: Prestations financières de la Confédération

#### Art. 6 WBG/LACE

##### Indemnités afférentes aux mesures de protection contre les crues

- <sup>1</sup> Dans les limites des crédits alloués, la Confédération encourage les mesures visant à protéger la population et les valeurs matérielles considérables contre les risques inhérents à l'eau.
- <sup>2</sup> Elle accorde des indemnités notamment pour:
  - a. la construction, la remise en état et le remplacement d'ouvrages et d'installations de protection;
  - b. l'établissement de cadastres et de cartes des dangers, l'aménagement et l'exploitation de stations de mesures ainsi que la mise sur pied de services d'alerte, pour assurer la sécurité des agglomérations et des voies de communication.

##### Abgeltungen an Massnahmen des Hochwasserschutzes

- <sup>1</sup> Der Bund fördert im Rahmen der bewilligten Kredite Massnahmen, die dazu dienen, Menschen und erhebliche Sachwerte vor den Gefahren des Wassers zu schützen.
- <sup>2</sup> Er leistet Abgeltungen namentlich für:
  - a. die Erstellung, die Instandstellung und den Ersatz von Schutzbauten und -anlagen;
  - b. die Erstellung von Gefahrenkatastern und Gefahrenkarten, die Einrichtung und den Betrieb von Messstellen sowie den Aufbau von Frühwarndiensten zur Sicherung von Siedlungen und Verkehrswegen.

##### Indennità per misure di protezione contro le piene

- <sup>1</sup> Nei limiti dei crediti stanziati, la Confederazione promuove le misure atte a proteggere la vita umana e i beni materiali considerevoli dai pericoli delle acque.
- <sup>2</sup> Essa accorda indennità segnatamente per:
  - a. l'esecuzione, il ripristino e la sostituzione di opere e installazioni di protezione;
  - b. l'allestimento di catasti e di carte dei pericoli, l'approntamento e l'esercizio di stazioni di misurazione, nonché la creazione di sistemi d'allarme per la sicurezza di centri abitati e vie di comunicazione.

**Bibliographie:** CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2014 (cit. AUTEUR, Commentaire LTF); MEYER JEAN, La nouvelle loi fédérale sur les subventions: les tenants et les aboutissants?, in: Revue fiscale 1992, 158 ss (cit. Nouvelle loi fédérale sur les subventions); PERRITAZ PIERRE/BRAHIER JEAN-MICHEL, Expropriation matérielle suite à l'affectation d'une parcelle en zone protégée, in: BRDC 2014 276 s. ; WIGET Stefanie, Die Programmvereinbarung – Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Berne 2012.

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Adaptions d'ordonnances dans le domaine de l'environnement liées en particulier au développement des conventions-programmes pour la période allant de 2016 à 2019, 4.12.2013 <[http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O\\_Domaine-de-l-environnement\\_Rapport-](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O_Domaine-de-l-environnement_Rapport-)

expl\_fr.pdf>, 4.12.2013 (cit. Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016–2019); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Manuel sur les conventions-programmes 2016–2019 dans le domaine de l'environnement, Communication de l'OFEV en tant qu'autorité d'exécution, L'environnement pratique, Berne 2015 (cit. Manuel conventions programmes 2016–2019).

### Table des matières

I.	Remarques liminaires aux art. 6 à 10 LACE.....	1
A.	Historique .....	1
1.	Entrée en vigueur des anciens art. 6 à 10 LACE.....	1
2.	Révisions ultérieures.....	7
B.	Système général.....	13
1.	Objet traité.....	13
2.	Relation avec la loi sur les subventions .....	16
3.	Principales étapes de la procédure d'octroi d'indemnités pour des mesures d'encouragement ordinaires .....	19
C.	Protection juridique .....	20
1.	Dispositions et principes applicables.....	20
2.	Recours des cantons.....	22
3.	Recours des tiers.....	30
II.	Historique de l'art. 6 LACE.....	39
III.	Commentaire .....	44
A.	Encouragement financier des mesures de protection par la Confédération (al. 1) .....	44
1.	Limite au soutien financier fédéral des mesures de protection contre les crues .....	44
2.	Droit subjectif aux indemnités fédérales .....	47
B.	Indemnités (al. 2).....	50
1.	Mesures donnant droit à une contribution .....	50
2.	Mesures ne donnant pas droit à une contribution .....	53
3.	Mesures portant atteinte à la propriété foncière.....	56

## I. Remarques liminaires aux art. 6 à 10 LACE

### A. Historique

#### 1. Entrée en vigueur des anciens art. 6 à 10 LACE

Le 19 juillet 1988, un premier projet de loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau a été publié dans la Feuille fédérale, au sein du Message répartition des tâches 1988 figurant aux pages 1389 ss. Ce **message du Conseil fédéral**, daté du **25 mai 1988**, adressé aux deux Chambres de l'Assemblée fédérale, figurait aux pages 1293 ss, en particulier aux pages 1348 ss.

L'**Assemblée fédérale** n'a cependant pas repris telles quelles les dispositions relatives aux prestations financières de la Confédération prévues dans le projet du Conseil fédéral. Par exemple, elle n'a pas voulu inscrire à l'art. 6

aLACE de 1993 que seuls les cantons à capacité financière moyenne ou faible pouvaient être au bénéfice d'indemnités (comparer le Message répartition des tâches 1988, 1389 ss avec le texte figurant dans la FF 1991 II 1456 ss). De même, elle a jugé opportun de donner des exemples de mesures susceptibles d'être indemnisées (art. 6 al. 1 let. a et b aLACE de 1993). Un autre changement entre le projet et la version finale de la loi a résidé dans le taux maximal de subventionnement fédéral. Alors que le projet prévoyait un taux maximal de 45 %, le Parlement fédéral a finalement décidé que ce taux pourrait s'élever jusqu'à 80 % dans les cas visés par l'art. 6 al. 1 let. a et b aLACE. Pour les autres cas, le taux maximal de 45 % prévu par le projet était applicable (comparer l'art. 9 aLACE du projet avec celui de la loi adoptée et entrée en vigueur en 1993).

- 3 Le texte finalement arrêté par l'Assemblée fédérale a été publié, pour mise en consultation, dans la FF 1991 II 1456. La version définitive a été publiée dans le RO 1993 234 ss.
- 4 Les art. 6 à 10 aLACE sont entrés en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 1993**, en même temps que la loi (RO 1993 234 ss). Leur entrée en vigueur a entraîné parallèlement l'abrogation des art. 9 à 12 de la loi sur la police des eaux, articles qui traitaient des «subventions fédérales». Même si ces anciennes dispositions laissaient une grande marge de manœuvre aux cantons et aux communes, elles prévoyaient déjà des subventions de la Confédération, lesquelles «ont permis d'assurer une protection efficace contre les crues» (Message répartition des tâches 1988, 1379).
- 5 A noter que la loi sur la police des eaux a été définitivement abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2013 suite à l'entrée en vigueur de la LOA.
- 6 Depuis leur entrée en vigueur, les dispositions contenues à la section 3 de la LACE ont subi diverses modifications qui seront brièvement présentées ci-après.

## 2. Révisions ultérieures

- 7 La **première révision** touchant la section 3 de la loi a eu lieu avant même l'entrée en vigueur de la loi. Le 25 mars 1992, le Conseil fédéral a proposé de modifier les art. 6, 7 et 8 LACE dans le cadre de mesures d'assainissement des finances fédérales (FF 1992 III 341 ss). La Confédération prenait en charge jusqu'à 65 % des dépenses des cantons pour des mesures de protection contre les crues ainsi que pour la revitalisation des eaux. Le Conseil fédéral a propo-

sé de supprimer l'aide fédérale aux cantons à forte capacité financière (FF 1992 III 358). La loi fédérale sur la réduction d'aides financières et d'indemnités, du 9 octobre 1992 a été publiée dans la FF 1992 VI 98 et au RO 1993 pages 325 ss, entraînant la modification des art. 6 al. 1 phrase introductive, 7 et 8 LACE. La réforme prévoyait ainsi d'accorder des indemnités aux «cantons à capacité financière moyenne ou faible». Cette réforme est entrée en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 1993**, soit au moment même où la LACE entrait en vigueur (voir N 1 ss) (cf. RO 1993 325).

Par la suite, l'**art. 9 LACE** a été modifié. Cette modification est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994 (RO 1994 1634) et le message y relatif a été publié dans la FF 1993 IV 301 ss (voir commentaire ad art. 9 LACE N 3 ss). 8

La **principale modification** touchant les art. 6 à 10 LACE est intervenue par la **RPT**. Le message du Conseil fédéral du 7 septembre 2005 a été publié dans le Message RPT 2005. Cette modification faisait partie de la nouvelle législation d'exécution issue de cette réforme. En effet, l'Assemblée fédérale avait reconnu la nécessité de modifier les principes régissant la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, ce qui avait entraîné une modification de la Constitution fédérale alors en vigueur (RO 2007 5765 ss; Message du Conseil fédéral du 14 novembre 2001, in: FF 2002 2155 ss). Cette volonté avait ensuite été concrétisée par une législation d'exécution dont faisait partie la modification des art. 6 à 10 LACE. 9

De manière générale, la **réforme sur la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons** visait à désenchevêtrer au maximum et de façon judicieuse les tâches, les compétences et les flux financiers entre la Confédération et les cantons (FF 2002 2155 ss, 2164). Il s'agissait de définir clairement les responsabilités incombant aux deux niveaux étatiques en appliquant le principe de subsidiarité et d'équivalence. Cette réforme entendait par ailleurs optimiser les formes de collaboration entre la Confédération et les cantons, ainsi qu'entre les cantons eux-mêmes (FF 2002 2155 ss, 2164). Elle était née en réaction à la centralisation rampante des compétences qui limitait de plus en plus l'autonomie décisionnelle et le champ d'action des cantons. Ces derniers étaient de surcroît souvent dépendants financièrement de la Confédération, ce qui tendait à vider progressivement le fédéralisme de sa substance (FF 2002 2155 ss). 10

Concernant les art. 6 à 10 LACE, la réforme a notamment précisé les conditions qui font naître le droit à l'indemnisation (art. 6 et 9 LACE). Elle a consacré l'art. 8 LACE à la forme des contributions, et non plus aux indemnités 11

allouées pour le rétablissement d'ouvrages et d'installations. Elle y a introduit la principale nouveauté de la réforme, soit l'instrument de la convention-programme comme acte juridique octroyant les indemnités fédérales.

- 12 Une autre révision importante a eu lieu lors de la **modification de la LEaux du 11 décembre 2009**, laquelle a entraîné l'abrogation de l'art 7 LACE, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2011 (RO 2010 4285 ss). Cette disposition prévoyait la possibilité pour la Confédération d'octroyer des aides financières pour les projets de revitalisation des eaux (voir commentaire ad art. 7 LACE N 1 ss). Avec l'abrogation de l'art. 7 LACE, l'art. 8 LACE a été modifié. Cette modification est également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (RO 2010 4285; Rapport CEATE-E Protection et utilisation, notamment 7343 ss). Désormais, l'art. 8 LACE ne se réfère plus aux aides financières, mais seulement aux indemnités (RO 2010 4285; CEATE-E, Rapport CEATE-E Protection et utilisation, 7343).

## B. Système général

### 1. Objet traité

- 13 La LACE a pour objectif de protéger les personnes et les biens matériels importants contre les crues, notamment suite à des inondations et à des phénomènes d'érosions ou d'alluvionnements (cf. art. 1 LACE). Alors que la protection contre les crues incombe aux cantons (art. 2 LACE), la **Confédération soutient financièrement les mesures de protection** prises par ces derniers (art. 6 al. 1 LACE). Tel est l'objet des art. 6 à 10 LACE, soit la troisième section de la LACE (qui en compte sept en tout): fixer les règles relatives aux prestations financières de la Confédération.
- 14 Outre la **destination des indemnités** (art. 6 al. 2 LACE), la section 3 traite de la **forme** de celles-ci (contributions allouées globalement ou contributions allouées au cas par cas; art. 8 LACE), des **conditions** de leur octroi (art. 9 LACE) et de la **procédure** que doit suivre l'Assemblée fédérale pour débloquer les fonds (art. 10 LACE).
- 15 Les fonds destinés aux indemnités afférentes aux mesures de protection contre les crues sont mis à disposition par la Confédération suite à l'adoption (voir commentaire ad art. 10 LACE N 10 ss, 18 ss et 24 ss):
  - D'un **crédit-cadre**, destiné aux mesures d'encouragement ordinaires;
  - D'arrêtés de **crédits spéciaux**, pour les mesures d'encouragement extraordinaires;

- De **crédits d'engagement**, pour les projets de très grande envergure.

## 2. Relation avec la loi sur les subventions

Toutes les questions liées à l'octroi d'indemnités fédérales ne sont pas réglées dans la LACE. En effet, est également applicable la **LSu**. Cette dernière est entrée en vigueur au début des années 90 (RO 1991 857 ss; cf. MEYER, Nouvelle loi fédérale sur les subventions) afin d'uniformiser la terminologie juridique et les nombreux régimes spécifiques de subventionnement fédéral (FF 1987 I 369 ss). Les dispositions applicables aux aides et indemnités prévues dans la LSu s'appliquent ainsi à tout subventionnement fédéral, sauf dispositions contraires d'autres lois ou arrêtés fédéraux de portée générale.

Les indemnités fédérales qui se fondent sur la LACE entrent dans le champ d'application de cette loi harmonisatrice conformément à l'**art. 2 LSu**. En effet, l'art. 2 al. 1 LSu prévoit que cette loi s'applique à toutes les aides financières et indemnités prévues par le droit fédéral (MEYER, Nouvelle loi fédérale sur les subventions, 160). Il en découle que les indemnités visant à financer les mesures de protection contre les crues qui se fondent sur la LACE entrent dans le champ d'application de la LSu (OFEV, Naturgefahren, ch. 4.2).

Les **art. 6 à 10 LACE** priment néanmoins les dispositions de la LSu en tant que **dispositions spéciales**. Elles déterminent la manière dont la Confédération finance les mesures prises par les cantons en matière d'aménagement des cours d'eau afin d'assurer une protection efficace contre les crues.

## 3. Principales étapes de la procédure d'octroi d'indemnités pour des mesures d'encouragement ordinaires

Afin d'avoir un aperçu global du mécanisme d'octroi des indemnités fédérales, il est intéressant de présenter les principales étapes de la procédure d'octroi d'indemnités fédérales pour les mesures dites d'encouragement ordinaires de protection contre les crues (par opposition aux mesures extraordinaires au sens de l'art. 10 al. 2 LACE et aux projets de grande envergure au sens de l'art. 10 al. 3 LACE). Celles-ci sont les suivantes:

- L'Assemblée fédérale décide de mettre des fonds à disposition sous la forme d'un **crédit-cadre** (art. 10 al. 1 LACE).

- Les cantons soumettent à l'OFEV leur **demande d'indemnités** pour les mesures de protection contre les crues envisagées (cf. art. 6 al. 2 LACE).
- L'OFEV examine si la requête du canton remplit les conditions fixées par les bases légales applicables (cf. art. 6 et 9 LACE notamment). Deux hypothèses sont possibles.
- Si l'OFEV estime que les **conditions légales ne sont pas remplies**, il rend alors une décision tendant au refus d'octroi d'indemnités. Cette décision est sujette à recours au Tribunal administratif fédéral puis au Tribunal fédéral (voir N 22 ss).
- Si, au contraire, l'OFEV estime *prima facie* que les **conditions d'octroi sont remplies**, s'ouvre alors la phase des négociations entre les divisions spécialisées de l'OFEV et celles des cantons, sur la base des mandats confiés par les organes habilités à signer. A nouveau, il convient de faire une distinction:
  - Si les **parties ne parviennent pas à se mettre d'accord** (p. ex. sur le taux de participation financière de la Confédération), l'OFEV statuera par voie de décision sujette à recours au TAF, puis au TF.
  - Si les **négociations aboutissent**, soit les parties conclueront une convention-programme, soit une décision sera rendue par l'OFEV. Ainsi:
    - Pour la prise de mesures n'engendrant pas un investissement particulier, l'OFEV et le canton concerné concluent une **convention-programme** (art. 8 al. 1 LACE); cette dernière couvre l'offre de base et les données de base sur les dangers. L'indemnité sera allouée sous forme globale («octroi d'indemnités globales») (cf. ég. art. 4 à 8a OACE).
    - Pour les projets particulièrement onéreux au sens de l'art. 8 al. 2 LACE, les indemnités seront versées par voie de **décision** («indemnités au cas par cas») (cf. ég. art. 9 à 12 OACE).
- Lorsque l'OFEV accorde les fonds, le canton exécute les mesures de protection contre les crues prévues.
- L'OFEV vérifie la bonne exécution de la convention-programme (art. 7 OACE) et des mesures prises suite à une décision octroyant des indemnités (art. 12 OACE). En cas de **mauvaise exécution ou d'inexécution**, l'OFEV peut exiger une restitution partielle des montants alloués ou refu-

ser de verser la somme restante, si le versement devait se faire par paiements échelonnés (cf. art. 8 et 11 OACE).

## C. Protection juridique

### 1. Dispositions et principes applicables

Les différends en matière de subventionnement sont régis principalement par le **principe de coopération** ancré à l'art. 44 al. 3 Cst. ainsi que par la LSu (sur l'application de cette loi, voir N 16 ss). 20

En vertu de l'art. 35 LSu, les voies de droit sont régies par les **dispositions générales de procédure fédérale** puisque les indemnités des mesures de protection contre les crues sont octroyées par la Confédération. 21

### 2. Recours des cantons

La plupart des différends qui apparaissent en matière d'indemnités pour les mesures visant la protection contre les crues opposent le plus souvent un canton à la Confédération (p. ex. TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011; TAF A-7595/2010 du 2 mai 2011). Comme l'art. 44 al. 3 Cst. prévoit que les différends entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation, le **recours aux tribunaux** n'est qu'un **instrument subsidiaire** de règlement des différends entre cantons et Confédération (BIAGGINI, Kommentar BV, art. 44 Cst., N 10, pour qui ce principe est l'expression de la culture fédéraliste de la Suisse et de la courtoisie politique). Cela est également valable en matière d'indemnisation de mesures de protection contre les crues (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6; OFEG, Directives Protection, 33). C'est pour cette raison principalement qu'il n'existe pas une grande casuistique judiciaire dans ce domaine. 22

D'une manière générale, les voies de droit ne doivent être utilisées que si les procédures d'expertise, de résolution de conflits, de médiation et les autres procédures de règlement des différends ont échoué (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6). Le **recours aux instruments judiciaires** doit être l'**ultima ratio** (dans ce sens, WIGET, Programmvereinbarung, 223). Cette subsidiarité des voies de droit comme instrument de règlement des différends est ainsi une manifestation du principe de coopéra- 23

tion (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3.11). Cela permet d'expliquer, tout au moins en partie, la raison du faible nombre de cas tranché par les instances judiciaires dans ce domaine. Le principe de coopération doit par ailleurs être expressément mentionné dans une clause contenue dans les conventions-programmes (art. 8 al. 1 LACE).

- 24 Si malgré leurs efforts, les parties ne parviennent pas à régler leur différend par la négociation ou la médiation, elles peuvent **saisir la justice**. Plusieurs cas de figure sont à distinguer (voir N 25 à N 28).
- 25 Première hypothèse: une **décision** a été rendue. Dans ce cas, l'instance de recours est le **TAF** conformément à l'art. 33 LTAF. Le recours au TAF déploie un effet suspensif (art. 55 al. 1 PA). L'autorité inférieure (OFEV) ne peut pas le retirer (art. 55 al. 2 PA), mais le tribunal peut le faire, que ce soit d'office ou sur demande. Si l'effet suspensif est maintenu, aucune indemnité dont le montant est contesté ne peut être versée jusqu'à droit connu sur la décision du tribunal (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3.12).
- 26 L'arrêt du TAF pourra ensuite être porté devant le **TF** conformément aux art. 82 ss LTF. L'exception d'irrecevabilité de l'art. 83 let. k LTF ne trouve pas application. Cette disposition ne s'applique que lorsque la législation ne donne pas un droit à la subvention. Or la LACE (art. 6 et 9 LACE) précise de manière suffisamment concrète les conditions d'octroi de la prestation, sans laisser à l'appréciation des autorités d'application le soin de déterminer si un montant sera alloué. Qu'une subvention ne puisse être octroyée que dans le cadre des limites budgétaires (art. 6 al. 1 LACE) n'exclut pas l'existence d'un droit à la subvention (AUBRY GIRARDIN, Commentaire LTF, art. 83 N 118 et réf. citées).
- 27 Deuxième hypothèse: le différend concerne une **convention-programme en cours d'élaboration**, donc pas encore conclue. Tel est le cas lorsque le canton n'accepte pas la convention-programme une fois qu'elle lui est soumise ou requiert une décision sujette à recours conformément à l'art. 19 al. 3 LSu (par exemple parce que la Confédération refuse l'octroi d'une indemnité ou participe aux coûts à un taux inférieur à celui auquel le canton estime avoir droit), la Confédération doit fixer le contenu de la proposition de convention-programme par voie de **décision** (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.4). Une fois la décision rendue, il convient de se référer aux explications données ci-devant en cas de recours contre une décision (voir N 25 s).

Troisième hypothèse: le différend survient alors que la **convention-programme a déjà été conclue**. Comme l'acte juridique attaqué est un contrat de droit administratif (et non une décision; pour plus d'informations sur la nature et la forme de l'acte octroyant l'indemnité voir commentaire ad art. 8 LACE N 11), l'art. 35 let. a LTAF est applicable par le renvoi des art. 16 LACE et art. 35 al. 1 LSu. Cette disposition prévoit que le **TAF** connaît par voie d'action, en première instance, des contestations qui reposent sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements et ses entreprises. Conformément à l'art. 44 LTAF, la procédure est régie par la PCF.

La décision du TAF pourra ensuite être attaquée devant le TF en vertu des art. 82 ss LTF (cf. ég. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3.12). Selon l'OFEV, l'art. 120 al. 2 LTF fait obstacle aux cantons à ce qu'ils forment action directement devant le TF au lieu du TAF. Cette position est critiquée par une partie de la doctrine qui considère qu'il aurait été plus approprié de permettre aux cantons d'ouvrir action directement au TF sur la base de l'art. 120 LTF au vu de la nature spéciale des rapports juridiques existant entre la Confédération et les cantons et des différends qui y sont liés (WIGET, Programmvereinbarung, 245, 252).

### 3. Recours des tiers

On entend par **tiers** toute entité juridique autre que les cantons, susceptible d'être partie contre la Confédération à un différend relevant du domaine des subventions pour des mesures de protection contre les crues. Les tiers ne sont cependant pas souvent directement impliqués dans la procédure d'octroi d'indemnités, la plupart des litiges opposant en effet la Confédération à un canton. Néanmoins, il se peut qu'un différend en matière d'indemnisation de mesures de protection contre les crues intervienne entre la Confédération et une partie tierce.

Il convient de distinguer entre les recours dirigés contre des décisions (voir N 32) et les recours dirigés contre les propositions de conventions-programmes (voir N 33).

Si le recours d'un tiers est dirigé contre une **décision**, l'acte est attaquant devant le TAF (art. 33 let. d LTAF). L'affaire pourra ensuite être portée devant le TF (art. 82 ss LTF). La difficulté réside dans la possibilité de reconnaître aux tiers la **qualité pour recourir**, laquelle est réglée aux art. 48 al. 1 PA par le renvoi de l'art. 37 LTAF (pour les recours devant le TAF) et 89 al. 1

LTF (pour les recours devant le TF). Selon ces dispositions, ont la qualité pour recourir les tiers qui sont particulièrement atteints par la décision et qui ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Ces deux conditions doivent être remplies cumulativement. D'une part, le recourant doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec la décision attaquée; il doit ainsi être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés (AUBRY GIRARDIN, Commentaire LTF, art. 89 N 22) D'autre part, l'admission du recours doit permettre au recourant d'éviter de subir un préjudice de nature économique, matérielle, idéale ou autre, préjudice que la décision attaquée lui occasionnerait; l'intérêt doit ainsi être direct et concret.

- 33 Si la contestation porte sur une **proposition de convention-programme**, les «tiers habilités à recourir» ont la possibilité de requérir de la Confédération une **décision sujette à recours** (art. 19 al. 3 LSu; à ce sujet, cf. ég. FF 1987 I 369 ss, 414). La notification de cette décision aura pour objet le même contenu que celui de la proposition de convention-programme, mais, avec pour différence, le fait que ce contenu figure désormais dans un acte juridique sujet à recours. Une fois la notification effectuée, les voies de droit sont régies par les dispositions générales de la procédure fédérale (art. 35 al. 1 LSu).
- 34 Selon l'OFEV, de tels recours ne devraient être admis qu'avec beaucoup de retenue (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6), car les conventions-programmes, conclues entre la Confédération et les cantons, sont de **nature programmatoire** et, partant, ne portent pas sur les droits et obligations des administrés. Or, seuls sont attaquables les actes juridiques qui modifient la situation juridique des administrés, ce qui n'est en principe pas le cas des conventions-programmes (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6). L'OFEV énumère cependant **quatre hypothèses dans lesquelles le recours des tiers contre le contenu d'une convention-programme** pourrait être admis (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6), car leur situation juridique pourrait s'en trouver affectée:
- la législation fédérale donne un droit directement justiciable et ce droit est concrètement menacé par le contenu de la convention-programme;
  - les prestations de la convention contiennent des dispositions qui portent atteinte aux droits ou aux intérêts des tiers;

- le droit cantonal fixe le montant des indemnités cantonales en fonction de la part de contributions fédérales, de sorte que l'octroi d'indemnités fédérales ne dépend pas plus exclusivement de la législation fédérale;
- la législation cantonale prévoit qu'une contribution cantonale ne peut être versée que s'il y a aussi une contribution fédérale.

En pratique, ce sont principalement les communes ou les organisations de protection de la nature et du paysage qui pourront être considérées comme des tiers habilités à recourir et, partant, se voir reconnaître la qualité pour recourir. 35

Les **communes** sont susceptibles d'être touchées par l'octroi ou le refus de subventions fédérales visant à financer les mesures de protection contre les crues. En effet, selon l'art. 20a al. 3 LSu, les collectivités communales peuvent demander au canton le remboursement des frais engagés pour leurs prestations, au moins à hauteur de la part des contributions fédérales aux frais totaux. Cette disposition n'impose toutefois aux cantons que la transmission proportionnelle des ressources fédérales et ne fait pas référence au montant des besoins concrets des communes (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6). Partant, si elles souhaitent pouvoir se faire indemniser pour les mesures de protection qu'elles prennent ou financer des projets, elles ont un intérêt à ce que le canton se fasse accorder des indemnités fédérales (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6). 36

De leur côté, les **organisations de protection de la nature et du paysage** devraient être en mesure de recourir sur la base de l'art. 12 LPN (droit de recours des organisations de protection de la nature et du paysage), à condition que les effets de la convention soient suffisamment concrets sur un objet entrant dans le champ d'application de la protection de la nature et du paysage (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.6 dernière phrase). Par exemple, si la convention-programme fixe, comme condition de financement, que le canton prenne des mesures ayant un impact sur un objet touchant à la protection de la nature et du paysage, la convention-programme serait susceptible d'être attaquée par une organisation qui a vocation à protéger ces intérêts publics. 37

Pour davantage d'informations sur les voies de droit pouvant être empruntées en application de la LACE (voir commentaire ad art. 16 LACE N 18 ss). 38

## II. Historique de l'art. 6 LACE

39 Lors de l'**adoption de la LACE** (arrêté du Parlement in: FF 1991 II 1456; publication in: RO 1993 234 ss; voir N 1 ss), l'art. 6 aLACE était la **disposition centrale de la section 3 de la loi**, dans la mesure où elle prévoyait aussi bien le type de mesures de protection contre les crues susceptibles d'être indemnisées par la Confédération (al. 1) que les conditions complémentaires que ces mesures devaient remplir pour être effectivement indemnisées (al. 2).

40 Sa formulation était la suivante:

### Art. 6 Indemnités afférentes aux mesures de protection contre les crues

<sup>1</sup> Dans les limites des crédits alloués, la Confédération accorde aux cantons des indemnités pour les mesures de protection contre les crues, notamment pour:

- a. La construction d'ouvrages et d'installations de protection;
- b. L'établissement de cadastres et de cartes des dangers, l'aménagement et l'exploitation de stations de mesures ainsi que la mise sur pied de services d'alerte, pour assurer la sécurité des agglomérations et des voies de communication.

<sup>2</sup> Les indemnités ne sont accordées que si les travaux prévus entrent dans le cadre d'une planification rationnelle et répondent aux exigences légales.

<sup>3</sup> Aucune indemnité n'est accordée pour les travaux d'entretien.

41 L'art. 6 LACE a ensuite subi une **première modification**, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993 (cf. FF 1992 III 341 ss; RO 1993 325; pour davantage de détails, renvoi est fait ci-devant, N 7 ss). La phrase introductive de l'al. 1 a été reformulée comme suit:

<sup>1</sup> Dans les limites des crédits alloués, la Confédération accorde aux cantons à capacité financière moyenne ou faible des indemnités pour les mesures de protection contre les crues, notamment pour:

...

42 L'art. 6 LACE a ensuite subi une **grande modification lors de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons**, proposée par le Conseil fédéral (Message RPT 2005) et entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2008 (RO 2007 5779 ss, 5787). Cette réforme a eu pour conséquence de modifier la structure ainsi que la portée juridique de l'art. 6 LACE, qui règle désormais avant tout le type de mesures sujettes à

indemnisation. Les conditions complémentaires d'allocation des contributions sont désormais fixées à l'art. 9 LACE.

La nouvelle structure de cette disposition, actuellement en vigueur, s'explique par le souci du législateur d'harmoniser les différentes dispositions du droit de l'environnement consacrées aux indemnités financières fédérales. Ainsi, la formulation actuelle de l'art. 6 LACE s'inspire notamment de celle de l'art. 36 al. 1 LFo (Message RPT 2005, 5748). 43

### III. Commentaire

#### A. Encouragement financier des mesures de protection par la Confédération (al. 1)

##### 1. Limite au soutien financier fédéral des mesures de protection contre les crues

L'art. 6 al. 1 LACE énumère les **activités que doit encourager la Confédération** (Message RPT 2005, 5748): «les mesures visant à protéger la population et les valeurs matérielles considérables contre les risques inhérents à l'eau». Cette base légale autorise la Confédération à soutenir financièrement les mesures adoptées par le canton dans le cadre et aux conditions définis par la LACE. Pour bénéficier d'un soutien financier fédéral, les mesures prises par les cantons doivent viser «à protéger la population ainsi que des valeurs matérielles considérables» («biens d'une valeur notable» dans la LFo) «contre les risques inhérents à l'eau» («catastrophes naturelles» dans la LFo). Par valeurs matérielles considérables, on entend des choses qui présentent pour la collectivité (et non pas pour un individu) une valeur importante (cf. OFEV, Naturgefahren, ch. 2.2.1). Pour le surplus, voir commentaire ad art. 1 LACE. 44

L'art. 6 al. 2 LACE fournit une **liste d'exemples de mesures** remplissant ces conditions (voir N 50 ss). 45

Cet alinéa restreint matériellement le soutien financier de la Confédération dans la mesure où il n'est accordé que «dans les limites des crédits alloués» (cf. OFEV, Naturgefahren, ch.2.2.3). Cette expression désigne le **crédit-cadre** voté tous les quatre ans par les Chambres fédérales, lequel est consacré au financement des mesures de protection contre les crues (art. 10 LACE) (voir commentaire ad art. 10 LACE N 15 ss). 46

## 2. Droit subjectif aux indemnités fédérales

- 47 Malgré la formulation de cette disposition («encourage» dans la version française, «fördert» dans celle allemande et «promuove» dans l'italienne) et l'interprétation littérale qui pourrait en résulter, l'al. 1 présente un **caractère justiciable**, tout comme l'al. 2. L'art. 6 al. 1 LACE ne s'adresse en effet pas uniquement à la Confédération à l'exclusion de tout autre destinataire. Une telle affirmation reviendrait à dire que cet alinéa ne confère aucun droit subjectif à l'octroi d'indemnités. Or, tel n'est pas le cas.
- 48 La nouvelle formulation de l'art. 6 al. 1 LACE a été introduite suite à la **réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons** (RPT). Or cette réforme ne prévoyait pas de modifier le contenu juridique de l'art. 6 aLACE (voir N 42 ss), mais uniquement d'harmoniser le texte avec d'autres législations analogues (notamment la LFo, N 43). Sur ce point, la nouvelle version proposée est donc purement cosmétique. Cela ressort tant du message du Conseil fédéral accompagnant le projet de loi que des débats parlementaires qui ont suivi. En effet, le commentaire relatif à l'art. 6 LACE contenu dans le message du Conseil fédéral ne fait que mentionner que «l'al. 1, à l'instar de la disposition en vigueur, énumère les activités qui doivent être encouragées par la Confédération» (Message RPT 2005, 5748). De même, l'absence d'interventions parlementaires sur la nouvelle teneur de l'art. 6 LACE telle que proposée par le Conseil fédéral tend à la même conclusion.
- 49 La jurisprudence le confirme. Le TF affirme dans plusieurs arrêts que l'art. 6 LACE est suffisamment **précis**, de sorte que l'octroi d'un subventionnement ne dépend pas du pouvoir d'appréciation de l'autorité d'application et, cela, même si les indemnités ne sont accordées que dans les limites des crédits alloués (TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, consid. 1; cf. TF 2C\_449/2009 du 21 janvier 2010 consid. 1.1.; TF 2C\_762/2008 du 8 mai 2009, consid. 1.1; voir commentaire ad art. 9 LACE N 14 ss).

### B. Indemnités (al. 2)

#### 1. Mesures donnant droit à une contribution

- 50 Le second alinéa détermine quelles sont les **mesures susceptibles de faire l'objet d'une indemnité fédérale**. Elles sont énumérées de façon non-exhaustive («notamment») aux let. a et b. Ainsi, une indemnité pourra être

accordée pour «la construction, la remise en état et le remplacement d'ouvrages et d'installations de protection» contre les risques inhérents à l'eau (**let. a**) ainsi que pour «l'établissement de cadastres et de cartes des dangers, l'aménagement et l'exploitation de stations de mesures ainsi la mise sur pied de services d'alerte, pour assurer la sécurité des agglomérations et des voies de communication» (**let. b**).

La **liste** des mesures de protection contre les crues étant **illustrative**, d'autres mesures, semblables à celles figurant à l'al. 2, peuvent faire l'objet d'indemnités fédérales. Renvoi est ainsi fait aux mesures évoquées à l'art. 3 LACE et à l'art. 2 al. 1 OACE. Dans ses directives, l'OFEG fournit également des exemples de mesures de protection (OFEG, Directives Protection, 27). A noter qu'une modification de l'art. 2 al. 1 OACE est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Désormais, cet article prévoit expressément que les indemnités peuvent être allouées pour «le déplacement d'ouvrages ou d'installations menacés vers des lieux sûrs». En effet, lorsqu'il est impossible de protéger durablement les personnes et les biens d'une valeur notable grâce à des mesures techniques ou de de construction, la seule solution consiste souvent à **déplacer les ouvrages ou les installations menacés vers des lieux sûrs**. Il faut préciser qu'il ne s'agit pas d'une mesure de protection supplémentaire, mais d'une alternative aux mesures techniques de construction, ce qui n'induit donc aucun surcoût. Dans certains cas, les déplacements sont plus avantageux que les mesures de techniques de construction (cf. OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016–2019, 2).

La prise de mesures (prestations et travaux) sur la base de la LACE et l'OACE entraîne des coûts. Dans ses directives, l'OFEV précise quels sont les **coûts** de ces mesures qui sont **imputables**, c'est-à-dire qui peuvent donner droit à une contribution. Sont ainsi des coûts donnant à contribution les honoraires d'une expertise ou d'une étude préliminaire, les prestations techniques des administrations cantonales et communales si elles n'ont pas été fournies par les bureaux d'ingénieurs mandatés, les travaux de construction, les assurances responsabilité civile du maître de l'ouvrage pour les travaux spéciaux, les acquisitions de terrain et d'immeubles, le rétablissement d'un profil d'écoulement suffisant après un événement naturel, etc. Pour davantage de précisions sur ces mesures, voir OFEV, Manuel conventions-programmes 2016-2019, 6<sup>e</sup> partie, annexe 8. En outre, il convient désormais de tenir compte du nouvel art. 2a OACE, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, et traitant expressément des coûts imputables. Sa teneur est la suivante:

- <sup>1</sup> Pour le versement des indemnités visées à l'art. 2, al. 1 et 2, seuls sont imputables les coûts effectifs et directement nécessaires à l'accomplissement adéquat de la tâche qui donne droit à des indemnités. En font partie les coûts de l'étude de projet, de l'acquisition de terrain et de l'exécution des travaux ainsi que du bornage.
- <sup>2</sup> Les taxes et les impôts en particulier ne sont pas imputables ni les coûts qui peuvent être mis à la charge des tiers qui, de manière déterminante, sont bénéficiaires ou responsables de dégâts.

Cette nouvelle disposition se fonde sur la définition des coûts imputables que donne l'OEaux (art. 58 OEaux) (cf. OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016–2019, 3).

- 53 Les directives de l'OFEV énumèrent également quels sont les coûts qui, en revanche, ne sont **pas imputables** et, partant, ne donnent pas droit à contribution (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016-2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 8, Tableau 9). Tel est le cas pour:
- les prestations administratives du canton et des communes;
  - les frais d'assurance contre les dangers naturels;
  - les frais d'assurance responsabilité civile du maître de l'ouvrage pour les travaux usuels;
  - les frais de dispositifs de mesure ne faisant pas partie d'un système d'alerte et d'alarme;
  - les frais liés à l'évacuation des eaux souterraines et pluviales;
  - les coûts de valorisation des données acquises par des stations de mesure;
  - les frais de séances d'information dans le cadre du processus de planification participative tels que ceux liés à la location de salles, à l'achat de nourriture ou aux logements de participants.
- 54 Si les directives de l'OFEV précisent quels sont les coûts imputables, elles ne fournissent pas pour autant les conditions spécifiques que les mesures doivent remplir pour qu'une indemnité puisse être effectivement accordée. Il ne suffit donc pas que le canton opte pour une mesure énumérée à l'art. 6 LACE et dont le coût est imputable selon les directives de l'OFEV pour qu'il obtienne nécessairement une indemnité. En effet, il faut encore que la mesure remplisse les **conditions** d'allocations des contributions, qui sont **fixées à l'art. 9 LACE** (voir commentaire ad art. 9 LACE N 17 ss).

## 2. Mesures ne donnant pas droit à une contribution

L'art. 6 al. 2 LACE doit être lu en parallèle avec l'**art. 2 al. 5 OACE** qui prévoit <sup>55</sup> des **exceptions aux mesures sujettes à indemnisation**. Ainsi, aucune indemnité n'est allouée ni pour les mesures visant à protéger des bâtiments et des installations qui ont été construits: 1. Dans des zones alors déjà définies comme dangereuses ou réputées dangereuses, et 2. sans être alors liés impérativement à cet emplacement (art. 2 al. 5 let. b OACE), ni pour les «mesures visant à protéger des bâtiments et des installations touristiques [...] qui se trouvent en dehors des zones habitées» (art. 2 al. 5 let. b OACE) (voir ég. commentaire ad art. 9 LACE N 41 ss). L'art. 2 al. 5 let. a OACE, dans sa teneur en vigueur jusqu'au premier janvier 2016, prévoyait qu'aucune indemnité n'était allouée pour les mesures nécessaires à la protection «de **nouveaux** bâtiments et de nouvelles installations dans des zones particulièrement menacées». A notre avis, cette exception est maintenue et est désormais comprise dans la nouvelle teneur de l'art. 2 al. 5 OACE. En effet, «le refus d'indemniser certaines mesures de protection ne doit pas se limiter aux nouvelles installations et aux nouveaux bâtiments construits dans des zones particulièrement menacées. Il doit également s'appliquer aux bâtiments et aux installations qui ont **été construits dans des zones délimitées comme dangereuses ou réputées dangereuses au moment de leur construction**, sans être liés impérativement à cet emplacement. Si les bâtiments et les installations menacés n'ont pas été construits dans des zones délimitées comme dangereuses ou réputées dangereuses au moment de leur construction et s'ils ne peuvent pas être protégés par des travaux de construction, l'OFEV peut subventionner leur éventuel déplacement vers des lieux sûrs au titre de l'art. 2 al. 1 OACE. Avec cette modification, il y aura à l'avenir une tendance à exclusion du subventionnement davantage de ces mesures de protection que selon le droit actuel» (OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016–2019, 2 s.).

C'est ainsi que, lorsque la mesure retenue consiste, dans le cadre de la protection <sup>56</sup> contre les crues, à **déplacer les ouvrages ou les installations menacés vers des lieux sûrs** (voir N 51), aucune indemnité ne sera accordée lorsque le déplacement concerne des ouvrages ou des installations construits dans des zones délimitées comme dangereuses ou réputées dangereuses (cf. art. 2 al. 5 let. a OACE).

- 57 Par ailleurs, conformément à l'art. 6 al. 2 let. a LACE, des indemnités peuvent être octroyées pour «la remise en état <...> d'ouvrages et d'installations de protection». La version allemande utilise le terme «die Instandstellung <...> von Schutzbauten und -anlagen». En conséquence, des indemnités ne seront pas versées pour les travaux d'entretien et de réparation, c'est-à-dire de **maintien de l'état existant** (en allemand: «Instandhaltung»). Ces travaux ne sont en effet pas subventionnés. Il est enfin rappelé qu'une mesure ne respectant pas les conditions d'allocation des contributions fixées à l'**art. 9 LACE** n'est pas sujette à indemnisation (voir commentaire ad art. 9 LACE N 24).

### 3. Mesures portant atteinte à la propriété foncière

- 58 Les mesures de protection contre les crues peuvent avoir pour effet de porter atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Lorsque la mesure de protection **restreint l'utilisation d'un bien foncier** (p. ex. une interdiction de construire), elle est susceptible de constituer une expropriation matérielle sujette à indemnité.
- 59 En principe, une indemnité pour expropriation matérielle est due lorsque l'atteinte est particulièrement grave et que les autres conditions fixées par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'expropriation matérielle sont remplies (cf. OFEV, Naturgefahren, ch. 5.3; cf. ég. ATF 131 II 728, consid. 2.2 ss; ATF 91 I 329, consid. 3). Néanmoins, si les mesures de protection contre les crues visent à prévenir un danger imminent, elles constituent des **mesures de police**, lesquelles ne sont en principe pas susceptibles de fonder une indemnité pour expropriation matérielle (OFEV, Naturgefahren, ch. 3.1.3; cf. ég. TF 1P.421/2002 du 7 janvier 2003, consid. 2; ATF 106 Ib 336, consid. 5; ATF 105 Ia 330, consid. 3b et c). Pour un exemple où une indemnité pour expropriation matérielle était due suite à la collocation d'une parcelle en zone protégée, inconstructible, motivée par un intérêt public relevant à la fois de la protection de la nature et d'impératifs de police des eaux, voir TF 1C\_787/2013 du 12 mai 2014 (commenté par PERRITAZ/BRAHIER, Expropriation matérielle).
- 60 Seules les mesures de protection contre les crues portant atteinte à la propriété foncière qui sont **sujettes à indemnité pour expropriation matérielle** peuvent **bénéficier d'un subventionnement** par la Confédération. A défaut, le canton ne pourra pas inclure le montant de l'indemnité versé dans la requête de subventionnement qu'il soumet à l'OFEV ; de son côté, l'OFEV ne sera pas tenue d'indemniser ces dépenses injustifiées (voir commentaire ad art. 9

LACE N 15). C'est pourquoi, le canton doit veiller à n'accorder aux propriétaires lésés une indemnité pour expropriation matérielle que lorsque les conditions posées par la jurisprudence du TF sont remplies. Le canton veillera également à ne pas calculer le montant de cette indemnité (lorsque les conditions d'octroi d'une indemnité pour expropriation matérielle sont remplies) en se basant sur la valeur du terrain en zone à bâtir, alors que ce terrain aurait dû se trouver en zone agricole. En effet, le subventionnement effectué par l'OFEV se base sur la valeur qu'aurait le terrain si son affectation avait été conforme au droit de l'aménagement du territoire. Pour un exemple où le canton a accordé à tort une indemnité pour expropriation matérielle en se basant sur la valeur d'un terrain en zone à bâtir, voir TAF A-7595/2010 du 2 mai 2011 (confirmé en recours dans TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011).

Pour davantage d'informations relatives aux restrictions à la propriété foncières sujettes ou non à indemnité, nous renvoyons à l'avis de droit de l'OFEV, Naturgefahren, ch. 3. 61

### Zusammenfassung 62

Art. 6 Abs. 1 WBG nennt die vom Bund zu fördernden Massnahmen, nämlich jene, die dazu dienen, Menschen und erhebliche Sachwerte vor den Gefahren des Wassers zu schützen. Diese gesetzliche Grundlage ermächtigt den Bund, die Massnahmen, welche die Kantone im Rahmen und unter den Voraussetzungen des WBG getroffen haben, finanziell zu unterstützen. Die finanzielle Unterstützung durch den Bund wird aber in Abs. 1 materiell eingeschränkt, so muss die Förderung «im Rahmen der bewilligten Kredite» liegen. Die Rahmenkredite werden alle vier Jahre von der Bundesversammlung verabschiedet und dienen der Finanzierung von Hochwasserschutzmassnahmen (Art. 10 WBG).

Ungeachtet des Wortlauts dieser Bestimmung («encourage» in der französischen, «fördert» in der deutschen und «promuove» in der italienischen Version) und der Auslegung nach dem Wortsinn, welche daraus resultieren könnte, ist Abs. 1 justiziabel.

Art. 6 Abs. 2 WBG legt fest, für welche Massnahmen der Bund Abgeltungen gewähren kann. Eine Abgeltung kann gewährt werden für die Erstellung, die Instandstellung und den Ersatz von Bauten und Anlagen zum Schutz vor Gefahren des Wassers (Bst. a) sowie für die Erstellung von Gefahrenkatastern und Gefahrenkarten, die Einrichtung und den Betrieb von Messstellen

sowie den Aufbau von Frühwarndiensten zur Sicherung von Siedlungen und Verkehrswegen (Bst. b). Die Aufzählung in Bst. a und b ist nicht abschließend («namentlich»).

In Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 WBG müssen Art. 2 Abs. 5 WBV und die Richtlinien des BAFU beachtet werden. Sowohl Art. 2 Abs. 4 WBV als auch die Richtlinien des BAFU nennen Ausnahmefälle, Umstände in denen keine Abgeltung gewährt werden kann bzw. kein Anspruch auf eine Abgeltung besteht.



## Art. 7 WBG/LACE

### Abrogé

Abrogé par le ch. II 1 de la LF du 11 déc. 2009 (Renaturation), avec effet au 1<sup>er</sup> janv. 2011; RO 2010 4285; FF 2008 7307 7343.

### Aufgehoben

Aufgehoben durch Ziff. II 1 des BG vom 11. Dez. 2009 (Renaturierung), mit Wirkung seit 1. Jan. 2011; AS 2010 4285; BBl 2008 8043 8079.

### Abrogato

Abrogato dal n. II 1 della LF dell'11 dic. 2009 (Rinaturazione), con effetto dal 1° gen. 2011; RU 2010 4285; FF 2008 7033 7069.

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Manuel sur les conventions-programmes 2016–2019 dans le domaine de l'environnement, Communication de l'OFEV en tant qu'autorité d'exécution, L'environnement pratique, Berne 2015 (cit. Manuel conventions programmes 2016–2019).

## Remarques générales

L'ancien texte de l'art. 7 LACE a été en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 1<sup>er</sup> janvier 2011 et était formulé de la manière suivante:

### «Aides financières pour la revitalisation des eaux

La Confédération peut accorder des aides financières aux cantons à capacité financière moyenne ou faible afin de rétablir dans un état proche de l'état naturel des eaux auxquelles des ouvrages ont porté atteinte.»

Avant son abrogation, cette disposition était consacrée aux **aides financières** accordées par la Confédération en faveur des cantons pour la **revitalisation des eaux**. Elle avait été adoptée afin de concrétiser, en droit positif, la volonté politique de rétablir l'état naturel des cours d'eau auxquels des ouvrages portaient atteinte (Message répartition des tâches 1988, 1352).

Suite à l'introduction d'un régime de subventions pour la revitalisation des eaux dans la LEaux (**art. 62b LEaux**), l'art. 7 LACE a été abrogé (CEATE-E, Rapport CEATE-E Protection et utilisation, 7329). Les aides financières pour la revitalisation des eaux, octroyées sur la base de la LEaux, jouent un rôle sur les indemnités qui se fondent sur les art. 6 et 9 LACE. En effet, il est possible qu'un même projet requière des mesures relevant tant de la LACE que de la LEaux. L'administration fédérale parle alors de **recoupement de programmes** (OFEV, Manuel conventions programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie,

ch. 6.1.4). Dans une telle constellation, s'il y a cumulation d'objectifs entre les différents projets pour une même surface, toutes les synergies possibles doivent être exploitées. Il faut en revanche veiller à exclure toute forme de double financement pour une seule et même prestation.

- 4 L'art. 7 LACE ne conférait cependant **aucun droit** subjectif à l'obtention d'une aide financière. De plus, ces aides n'étaient accordées qu'aux cantons à capacité financière moyenne ou faible (Message répartition des tâches 1988, 1352). Le système actuellement en vigueur de financement des projets de revitalisation des cours d'eau est, dans une large mesure, différent de celui initialement prévu par la LACE (voir commentaire ad art. 62b LEaux N 1 ss).

##### 5 **Zusammenfassung**

Vor seiner Aufhebung regelte Art. 7 WBG die **Finanzhilfen** des Bundes an die Kantone für **Renaturierungen**. Mit der Einführung des Subventionstatbestandes für Revitalisierungen im GSchG (**Art. 62b GSchG**) wurde Art. 7 WBG aufgehoben.

Art. 7 WBG verlieh jedoch **kein subjektives Recht** auf Gewährung einer Finanzhilfe. Überdies wurden diese Finanzhilfen nur Kantonen mit durchschnittlicher oder schwacher Finanzkraft gewährt. Das heute geltende Finanzierungssystem für Revitalisierungen der Gewässer unterscheidet sich grösstensteils von demjenigen, das ursprünglich im WBG vorgesehen war.



## Art. 8 WBG/LACE

### Forme des contributions

- 1 La Confédération alloue les indemnités aux cantons sous la forme de contributions globales, sur la base de conventions-programmes.
- 2 Des indemnités peuvent être allouées aux cantons au cas par cas pour des projets particulièrement onéreux.

### Form der Beiträge

- 1 Der Bund gewährt den Kantonen die Abgeltungen als globale Beiträge auf der Grundlage von Programmvereinbarungen.
- 2 Für besonders aufwendige Projekte können den Kantonen die Abgeltungen einzeln gewährt werden.

### Forma dei contributi

- 1 La Confederazione accorda le indennità ai Cantoni sotto forma di contributi globali sulla base di accordi di programma.
- 2 Per progetti particolarmente onerosi, le indennità possono essere accordate singolarmente.

**Bibliographie:** BIAGGINI GIOVANNI, Neuer Finanzausgleich: Expertise zu diversen Rechtsfragen betreffend «Verbundaufgaben» und «Programmvereinbarungen» im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Eidgenössische Finanzverwaltung) und der Konferenz der Kantonsregierungen, Zürich 2000 (cit. Neuer Finanzausgleich); DUBÉY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014 (zit. Droit administratif); MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011 (cit. Droit administratif Vol. II).

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Manuel sur les conventions-programmes 2016–2019 dans le domaine de l'environnement, Communication de l'OFEV en tant qu'autorité d'exécution, L'environnement pratique, Berne 2015 (cit. Manuel conventions-programmes 2016–2019).

### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	4
III.	Commentaire .....	8
A.	Contributions allouées globalement (al. 1).....	8
1.	Introduction .....	8
2.	Définition de la convention-programme .....	9
3.	Caractéristiques des conventions-programmes.....	12
4.	Contributions fédérales allouées globalement.....	17
5.	Procédure pour l'octroi d'indemnités globales .....	21
B.	Contributions allouées au cas par cas (al. 2).....	31
1.	Introduction .....	31
2.	Conditions pour l'octroi de contribution allouées au cas par cas.....	32
3.	Procédure pour l'octroi d'indemnités au cas par cas.....	37

## I. Historique

- 1 A l'origine, l'art. 8 LACE traitait des indemnités pour le **rétablissement d'ouvrages et d'installations de protection contre les crues**, qui avaient été **détruits à la suite d'intempéries ou de catastrophes naturelles**. Il prévoyait également des indemnités pour le **remplacement d'ouvrages anciens** ne garantissant plus une sécurité suffisante. Le message accompagnant la loi précisait que ces indemnités n'étaient toutefois allouées que si la destruction ou l'endommagement de ces ouvrages ne résultait pas d'un entretien insuffisant de la part des autorités cantonales (Message répartition des tâches 1988, 1352).
- 2 Suite à la **réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)**, le contenu normatif de l'ancien art. 8 LACE a été repris dans celui de l'actuel art. 6 LACE. Le nouvel art. 8 LACE est désormais exclusivement consacré à la forme des actes juridiques octroyant des indemnités fédérales. L'une de ces formes est la convention-programme, instrument introduit par la RPT (WIGET, Programmvereinbarung, 111).
- 3 Suite à l'abrogation de l'art. 7 LACE et à l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011 du nouvel art. 62b LEaux, réglant l'octroi d'indemnités pour la revitalisation des eaux, l'art. 8 LACE a subi une légère **modification** (RO 2010 4285 ss). La version actuelle de l'art. 8 LACE ne se réfère plus aux «aides financières» (pour lesquelles il n'y avait pas de prétention juridique), mais seulement aux «indemnités» (pour lesquelles une prétention juridique existe; Rapport CEATE-E Protection et utilisation, 7329; voir commentaire ad art. 6 LACE N 47 ss).

## II. Remarques générales

- 4 L'art. 8 LACE traite des **formes des actes juridiques octroyant des contributions (ou indemnités) fédérales**. Ainsi, l'acte juridique octroyant des contributions fondées sur la LACE peut prendre l'une des deux formes suivantes:
  - la convention-programme ou
  - la décision.
- 5 En résumé, les indemnités relatives aux mesures n'engendrant pas un investissement particulier peuvent être allouées globalement, sur la base de **conventions-programmes** (art. 8 al. 1 LACE), alors que les indemnités relatives

aux projets particulièrement onéreux sont versées individuellement, par voie de **décision** (art. 8 al. 2 LACE; OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.1.2).

La procédure à suivre pour l’octroi de contributions fédérales est réglée dans l’ordonnance (art. 4 ss OACE pour les contributions globales; art. 9 ss OACE pour les situations réglées au cas par cas) ainsi que dans les directives d’exécution de l’OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019), 6<sup>e</sup> partie).

L’art. 8 LACE trouve un **ancrage constitutionnel** à l’art. 46 al. 2 Cst. qui dispose que la «Confédération et les cantons peuvent convenir d’objectifs que les cantons doivent réaliser lors de la mise en œuvre du droit fédéral; à cette fin, ils mettent en place des programmes soutenus financièrement par la Confédération». Cette disposition constitutionnelle a été concrétisée aux art. 16 à 22 de la LSu qui règlent notamment la forme juridique de l’octroi des aides financières et des indemnités fédérales. L’art. 8 LACE doit ainsi être lu à la lumière de cette loi, puisque cette dernière s’applique aussi aux indemnités se fondant sur la LACE (voir commentaire ad art. 6 LACE N 16 ss).

### III. Commentaire

#### A. Contributions allouées globalement (al. 1)

##### 1. Introduction

Les indemnités octroyées aux cantons pour les mesures de protection contre les crues sont, en principe, allouées par la Confédération sous forme de contributions globales, sur la base d’une convention, appelée «**convention-programme**». Cet instrument juridique repose sur l’idée selon laquelle la Confédération et le canton négocient une contribution financière globale pour un «programme», c’est-à-dire pour une série de mesures coordonnées et cohérentes s’étendant en général sur quatre ans (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.1).

##### 2. Définition de la convention-programme

La convention-programme aurait été proposée, pour la première fois, dans des **avis de droit** rendus à l’attention de l’administration fédérale, dans le

cadre de la réforme sur la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons au début des années 2000. Les expertises de GIOVANNI BIAGGINI et DANIEL KETTINGER, qui avaient été mandatés à cette occasion, sont souvent mentionnées comme références pour expliquer l'origine de la convention-programme (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.1, note de bas de page n°2). Pour une définition approfondie de la convention-programme, voir WIGET, Programmvereinbarung, 111 ss.

- 10 Désormais, cette forme d'acte juridique pour octroyer des indemnités est inscrite dans la LSu. En effet, selon l'**art. 16 al. 3 LSu**, les subventions fédérales sont en principe versées sur la base de conventions-programmes lorsque le destinataire est un canton (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.1.1). C'est l'**art. 20a LSu**, introduit par la RPT et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, qui traite spécifiquement des conventions-programmes.
- 11 Une convention-programme est un **contrat de droit public au sens des art. 19 ss LSu** (pour un avis plus nuancé: WIGET, Programmvereinbarung, 253 s). Il s'agit en particulier d'un contrat de droit administratif de coordination, en ce sens que les parties à la convention sont deux entités étatiques. Il existe une sorte de partenariat entre les parties à la convention-programme, de sorte qu'elles ne sont pas dans un rapport hiérarchique l'une par rapport à l'autre (BIAGGINI, Neuer Finanzausgleich, 54 ss). Cette forme de contrat de droit public s'oppose dogmatiquement au contrat de droit administratif de subordination, lequel est conclu entre un particulier d'une part et l'Etat d'autre part (DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, N 1077 ss; MOOR/POLTIER, Droit administratif Vol. II, 434 s.).

### 3. Caractéristiques des conventions-programmes

- 12 La répartition des tâches entre la Confédération et les cantons diffère selon les domaines, ce qui implique, du point de vue technique, un pilotage différencié des programmes. Indépendamment de ce fait, toutes les conventions-programmes contiennent certains éléments essentiels (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.1).
- 13 Les **exigences minimales** que les conventions-programmes doivent remplir sont définies de manière générale à l'**art. 20a LSu**. Cette disposition prévoit que ces conventions fixent les objectifs stratégiques à atteindre en commun et

régissent la contribution de la Confédération ainsi que les modalités de la surveillance financière (art. 20a al. 1 LSu). Le contenu de cette disposition se recoupe largement avec celui de l'art. 5 al. 2 OACE qui prévoit que «la convention-programme a notamment pour objets: les objectifs stratégiques à atteindre en commun, la prestation du canton, la contribution fournie par la Confédération [et] le controlling». En raison de leur portée relative, les conventions-programmes ne peuvent toutefois pas contenir de dispositions normatives (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.1).

Afin de **vérifier efficacement la bonne exécution de la convention-programme**, cette dernière porte en règle générale sur plusieurs années (art. 20a al. 2 LSu) et le versement des fonds a lieu par **paiements échelonnés** (art. 6 OACE). Les conventions-programmes conclues sur la base de la LACE sont valables pour une durée de **quatre ans au plus** (art. 5 al. 3 OACE). Pour de plus amples informations sur le **controlling** de la Confédération et du canton, nous renvoyons au manuel de l'OFEV sur les conventions-programmes conclues dans le domaine de l'environnement (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.5). 14

En règle générale, une convention-programme concerne un **canton précis**, 15 mais elle peut également s'appliquer à une **région particulière**, voire à un **territoire couvrant plusieurs cantons ou dépassant les frontières cantonales**. Comme il n'est pas possible, au sens des art. 19 ss LSu, que plusieurs cantons soient parties à la même convention-programme avec la Confédération, cette dernière doit conclure une convention-programme avec chaque canton concerné, ou alors statuer par voie de décision individuelle si cette voie est ouverte (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3.3).

Pour davantage de précisions quant au **contenu matériel des conventions-programmes**, nous renvoyons au manuel de l'OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3 et annexe 2). 16

#### 4. Contributions fédérales allouées globalement

L'art. 8 al. 1 LACE précise que les indemnités fédérales seront, en principe, 17 allouées globalement. Ainsi, la convention-programme doit fixer la **contribution globale**, par opposition à une contribution individuelle, versée au cas par cas, objet de l'art. 8 al. 2 LACE. Certes, la somme globale peut être divisée

en plusieurs montants attribués aux divers objectifs du programme, si cela s'avère nécessaire pour le controlling (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.3.6). Le financement de la part du programme non couverte par les contributions fédérales est du ressort du canton, qui peut y associer les communes, les propriétaires concernés, des sponsors ainsi que d'éventuels tiers et bénéficiaires.

- 18 L'art. 8 al. 1 LACE doit être lu en parallèle avec l'art. 2 al. 1 OACE, qui confirme le fait que «les indemnités pour les mesures d'aménagement des cours d'eau et l'établissement des documents de base sur les dangers sont en règle générale allouées sous forme globale». C'est à la section 3 de l'OACE (art. 4 à 8a OACE) que l'on trouve les règles sur le déroulement de la **procédure** d'octroi des indemnités globales (voir N 21 ss).
- 19 Le montant définitif des indemnités globales est négocié entre l'OFEV et le canton concerné en question (voir commentaire ad art. 9 LACE N 35 s. et 45 s.).
- 20 En résumé, les contributions globales sont la **règle**, alors que les indemnités individuelles l'exception. Les conditions légales qui doivent être remplies pour que l'indemnité soit allouée de manière individuelle (c'est-à-dire ponctuelle) sont traitées plus bas (voir N 31 ss).

## 5. Procédure pour l'octroi d'indemnités globales

- 21 La procédure de ratification des conventions-programmes est lancée par l'OFEV qui invite les **cantons** à **déposer une demande relative à un programme concret**. A cette fin, l'Office fournit aux cantons des indications générales qui leur sont utiles pour remplir leur demande (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.2). Les cantons préparent alors de leur côté une demande et la remettent à l'OFEV (art. 4 al. 1 OACE). Le contenu de cette demande doit remplir les mêmes critères que le contenu de la convention-programme qui sera conclue en aval de la procédure (cpr art. 4 al. 2 OACE et art. 5 al. 2 OACE). Après réception et examen des demandes cantonales, s'ouvre la **phase des négociations entre l'OFEV et les services cantonaux compétents**. Selon l'art. 19 al. 2 LSu, à la fin des pourparlers, l'autorité (OFEV) **adresse au requérant** (canton), **une proposition** résultant des négociations en lui impartissant un délai pour accepter le contrat.

Simultanément l'OFEV **publie cette proposition dans la Feuille fédérale**. La 22  
publication de la convention-programme dans la Feuille fédérale se fonde sur  
l'art 19 al. 3 LSu et l'art. 30a al. 1 PA, lequel prévoit que «s'il est vraisemblable  
que de nombreuses personnes seront touchées par une décision ou si l'identi-  
fication de toutes les parties exige des efforts disproportionnés et occasionne  
des frais excessifs, l'autorité, avant de prendre celle-ci, peut publier la requête  
ou le projet de décision, sans motivation, dans une feuille officielle et mettre  
simultanément à l'enquête publique la requête ou le projet de décision dû-  
ment motivés en indiquant le lieu où ils peuvent être consultés».

Comme **exemple d'une telle proposition**, nous pouvons citer la «Proposition 23  
de conclure des conventions-programmes entre l'Office fédéral de  
l'environnement OFEV et le canton de Vaud», publiée dans la FF 2012 194;  
cette proposition concerne plusieurs domaines environnementaux, dont celui  
des ouvrages de protection contre les risques inhérents à l'eau (art. 6 al. 1  
LACE). La contribution de la Confédération pour ce domaine s'élève à  
8'195'000.- CHF.

La publication de la convention-programme à la Feuille fédérale permet de 24  
**respecter le droit d'être entendu des tiers et des communes touchés dans  
leurs intérêts**. L'expérience montre qu'il est extrêmement rare, dans le do-  
maine de l'environnement, que des tiers soient directement touchés par le  
contenu d'une convention-programme (OFEV, Manuel conventions-  
programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.3). En revanche, il est admis que les  
**communes** puissent être touchées par une telle convention. Dès lors, il se  
justifie de consulter les communes avant la fin des négociations sur les con-  
ventions-programmes. Cette consultation se fera au moyen d'une notification  
individuelle, d'une publication ou d'une audition collective, par  
l'intermédiaire des associations cantonales de communes. Cette dernière  
possibilité sera notamment utilisée si de nombreuses communes (voir toutes)  
sont concernées dans une mesure comparable (cf. OFEV, Manuel conven-  
tions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.3; Message RPT 2005, 5740). Il  
est en outre recommandé de procéder à des prises de contact individuelles si  
«la convention-programme se réfère exceptionnellement à un seul objet se  
trouvant sur le territoire de la commune concernée» (OFEV, Manuel conven-  
tions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.3).

Suite à la notification de la convention-programme au canton (art. 19 al. 2 25  
LSu), le canton ainsi que les communes et les tiers concernés disposent de  
**30 jours pour exiger une décision** ayant pour contenu la proposition de la

convention-programme (art. 19 al. 3 LSu); une telle décision sera demandée pour être en mesure de former, dans un deuxième temps, un recours à son encontre.

- 26 La suite de la procédure dépend de la **formulation d'un éventuel recours** contre le contenu de la convention-programme. Il faut donc distinguer la situation où le canton ratifie la convention-programme sans que personne ne formule de recours (voir N 27) de celle où, précisément, un tel recours est formulé (voir N 28 à N 30).
- 27 La première hypothèse est la plus fréquente en pratique. En effet, la plupart du temps, la convention-programme est **ratifiée par le canton dans le délai imparti**, devenant ainsi un contrat de droit public (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.1.1).
- 28 La seconde hypothèse suppose que le **canton refuse de ratifier la convention** ou qu'**une décision sujette à recours** soit requise, notamment par un tiers ou une commune dans les 30 jours qui suivent la publication de la convention à la Feuille fédérale. Ce dernier cas vise l'hypothèse où le canton accepte de la ratifier mais qu'un tiers s'y est opposé en recourant. Dans tous ces cas, la Confédération fixe le contenu de la convention-programme **dans une décision sujette à recours** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.1.1) (voir commentaire ad art. 6 LACE N 27 et N 33). Cela permet de contrôler les intérêts des tiers et la qualité de partie des tiers à la procédure.
- 29 Si les instances judiciaires n'entrent pas en matière sur le recours dirigé contre la décision rendue ou le **rejet**, la convention initialement négociée entre formellement en vigueur en tant que décision (ce qui ne change rien à son contenu matériel).
- 30 Si le recours est **admis**, la Confédération devra adresser au canton, éventuellement après de nouvelles négociations, une nouvelle proposition de convention-programme qui prend en considération la décision de recours. Le canton, les communes et les tiers lésés peuvent alors, une nouvelle fois, requérir une décision sujette à recours et recourir (au sujet de la procédure de recours, voir commentaire ad art. 6 LACE N 20 ss).

## B. Contributions allouées au cas par cas (al. 2)

### 1. Introduction

Lorsqu'un **projet est particulièrement onéreux (projet individuel)**, l'art. 8 al. 2 LACE prévoit que les indemnités fédérales doivent être versées «au cas par cas», et non pas de manière globale avec l'instrument de la convention-programme conformément à l'art. 8 al. 1 LACE. Ainsi, le financement d'un projet par l'instrument de la convention-programme et le financement au cas par cas s'excluent mutuellement (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, ch. 6.2.3, OP3). Sur le montant des indemnités de la Confédération affectées aux projets individuels, voir commentaire ad art. 9 LACE N 47 ss.

### 2. Conditions pour l'octroi de contribution allouées au cas par cas

La loi subordonne le financement individuel des mesures de protection contre les crues au **caractère onéreux d'un projet particulier**. Il s'agit d'interpréter cette notion, formulée de manière générale dans la loi, à l'aide de l'OACE et des publications de l'OFEV, afin d'être en mesure d'identifier les critères permettant à la Confédération de verser des contributions au cas par cas et, partant, de préciser la notion du caractère «particulièrement onéreux» du projet.

L'art. 2 al. 2 OACE énumère les **conditions alternatives qui doivent être remplies pour que l'indemnité puisse être versée au cas par cas**. C'est le cas lorsque les mesures coûtent plus de 5 millions de francs (let. a), présentent une dimension intercantonale ou concernent des cours d'eau frontaliers (let. b), touchent des zones protégées ou des objets inscrits dans des inventaires nationaux (let. c), requièrent une évaluation complexe ou spécifique par des experts en raison des variantes possibles ou pour d'autres motifs (let. d); ou encore n'étaient pas prévisibles (let. e).

Les **aides à l'exécution de l'OFEV** précisent encore davantage les critères qui déterminent les situations où les indemnités fédérales doivent être allouées au cas par cas (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 5). A titre d'exemple, on peut mentionner que le Manuel précise qu'il faut aussi prendre en considération, en plus du coût du projet, le risque indi-

viduel de décès par an, les ouvrages de régulation des lacs, la surface de défrichement, les ouvrages d'accumulation (cf. aussi LOA), le caractère supracantonal ou supranational du projet, l'atteinte par le projet à des biotopes d'importance nationale, etc. (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019).

- 35 Ces précisions de la part de l'OFEV étaient particulièrement bienvenues. En effet, avant la réforme sur la répartition et la péréquation financières, l'octroi des indemnités sous forme de contributions globales (conventions-programmes) ou de manière individuelle (décisions) dépendait uniquement du coût du projet. Désormais, cette différenciation rigide a été assouplie grâce à l'ordonnance et surtout aux directives de l'OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, Annexe 5). On pourrait toutefois se demander si une telle mise en œuvre de la loi repose encore sur une base légale suffisante.
- 36 En **conclusion**, il ressort de ces éléments utiles à l'interprétation de la loi, que les indemnités seront versées «au cas par cas» lorsque le projet financé est particulièrement coûteux et qu'il nécessite des mesures complexes, à incidence spatiale, qui doivent être harmonisées à tous les niveaux de l'Etat fédéral (Confédération, cantons, communes).

### 3. Procédure pour l'octroi d'indemnités au cas par cas

- 37 La procédure d'octroi d'indemnités «au cas par cas», en faveur d'un projet individuel, est réglée aux **art. 9 ss OACE**. L'art. 10 al. 1 OACE, qui règle la forme de l'acte juridique octroyant des indemnités, indique que «l'office fixe le montant des indemnités par voie de décision ou conclut à cette fin un contrat avec le canton».
- 38 En pratique, bien que l'ordonnance prévoie que la contribution puisse se faire tant sous forme de décision que de contrat, c'est la forme de la **décision administrative** qui est systématiquement choisie (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, ch. 6.2.3, OP3). La contribution sera accordée à condition que les exigences imposées par la Confédération soient satisfaites et que toutes les autorisations cantonales ainsi que l'attestation de financement du canton soient réunies.
- 39 Les projets individuels ne font **pas partie de la convention-programme**, car les projets individuels ne peuvent pas être régis simultanément par deux formes juridiques distinctes (contrat de droit administratif/décision adminis-

trative) (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, ch. 6.2.3, OP3, note de bas de page n° 6). Ils sont donc exclus du champ d'application des conventions-programmes.

Même si ces projets sont de grande envergure et donc susceptibles de durer plusieurs années, la Confédération ne souscrit que pour une **durée maximale de cinq ans** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.3, OP3). Les projets individuels qui dépassent cette période doivent être échelonnés. Cela a pour conséquence que les moyens financiers octroyés correspondront uniquement aux moyens requis pour une période de cinq ans. Contrairement à ce qui se faisait avant la réforme sur la péréquation financière, il est à présent exclu que la Confédération souscrive à un engagement de financement pour plusieurs décennies (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, ch. 6.2.3, OP3). La procédure d'octroi d'indemnités devra donc systématiquement être relancée, une fois que la durée de la décision de financement sera écoulée.

### Zusammenfassung

Gemäss Art. 8 WBG gewährt der Bund den Kantonen die Abgeltungen für Hochwasserschutzmassnahmen grundsätzlich in Form von globalen Beiträgen auf der Grundlage von sogenannten «Programmvereinbarungen». Dieses Instrument beruht auf der Idee, dass der Bund und der betreffende Kanton einen globalen Finanzbeitrag für ein bestimmtes «Programm» aushandeln, d.h. für eine Serie von koordinierten und kohärenten Massnahmen, welche sich in der Regel über einen Zeitraum von vier Jahren erstrecken.

Eine Programmvereinbarung stellt einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne der Art. 19 ff. SuG dar. Im Besonderen handelt es sich dabei um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, nämlich einen koordinationsrechtlichen, der einer Vereinbarung zwischen zwei Gemeinwesen entspringt. Die Minimalanforderungen an eine Programmvereinbarung sind ganz allgemein in Art. 20a SuG definiert und das Verfahren ist in den Art. 4 ff. WBV geregelt.

Für besonders aufwendige Projekte sieht Art. 8 Abs. 2 WBG vor, dass die Abgeltungen des Bundes einzeln gewährt werden können statt in Form eines globalen Beitrags im Rahmen einer Programmvereinbarung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 WBG. Folglich schliessen sich die Projektfinanzierung mittels Programmvereinbarung und diejenige mittels im Einzelfall gewährter Abgeltung gegenseitig aus. Das Gesetz knüpft die Einzelfallfinanzierung von

Hochwasserschutzmassnahmen an den mit einem bestimmten Projekt verknüpften besonderen Aufwand. Diese allgemeine Formulierung des Art. 8 WBG gilt es mithilfe der WBV (s. Art. 2 Abs. 2 WBV) und den Publikationen des BAFU auszulegen, um die Kriterien festzulegen, welche es dem Bund erlauben, im Einzelfall Abgeltungen zu gewähren und, daran anknüpfend, das Verständnis von «besonders aufwendig» zu präzisieren. Das Verfahren bei der Gewährung von Abgeltungen im Einzelfall ist in den Art. 9 ff. WBV geregelt.



## Art. 9 WBG/LACE

### Conditions d'allocation des contributions

- <sup>1</sup> Les contributions ne sont accordées que pour des mesures qui s'inscrivent dans une planification rationnelle, qui répondent aux exigences légales et qui présentent un bon rapport entre les coûts et l'utilité.
- <sup>2</sup> Le Conseil fédéral règle les conditions et édicte des dispositions concernant notamment le montant des contributions et les dépenses imputables.

### Voraussetzungen der Beiträge

- <sup>1</sup> Beiträge werden nur gewährt für Massnahmen, die auf einer zweckmässigen Planung beruhen, die gesetzlichen Anforderungen erfüllen und ein gutes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen.
- <sup>2</sup> Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen im Einzelnen und erlässt Vorschriften namentlich über die Höhe der Beiträge und die anrechenbaren Kosten.

### Condizioni per la concessione dei contributi

- <sup>1</sup> I contributi sono accordati solo per provvedimenti che si basano su un'adeguata pianificazione, adempiono le condizioni legali e presentano un buon rapporto costi-utilità.
- <sup>2</sup> Il Consiglio federale disciplina dettagliatamente le condizioni ed emana prescrizioni, segnatamente sull'ammontare dei contributi e sulle spese computabili.

**Bibliographie:** BRAHIER, JEAN-MICHEL, Installations dangereuses et aménagement du territoire: protection contre les accidents majeurs et maîtrise des constructions à proximité des installations dangereuses, Zurich 2010 (cit. Installations dangereuses).

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Manuel sur les conventions-programmes 2016–2019 dans le domaine de l'environnement, Communication de l'OFEV en tant qu'autorité d'exécution, L'environnement pratique, Berne 2015 (cit. Manuel conventions-programmes 2016–2019); OFFICE FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, Modèle de répartition des coûts pour ouvrages de protection en vertu de la loi sur les forêts et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau, Communication de l'OFEV aux personnes demandant des subventions pour les ouvrages de protection susmentionnés, Berne 2015 (cit. Modèle OFEV).

### Table des matières

I.	Historique .....	1
A.	Texte entré en vigueur le 1 <sup>er</sup> janvier 1993 .....	1
B.	Révision du 18 mars 1994, entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> août 1994 .....	3
C.	Révision du 6 octobre 2006, entrée en vigueur le 1 <sup>er</sup> janvier 2008 .....	8
II.	Remarques générales .....	14
III.	Commentaire .....	17
A.	Conditions d'octroi des contributions fédérales (al. 1) .....	17
B.	Montant des contributions fédérales (al. 2) .....	26
1.	Historique .....	26
2.	Montant des indemnités de la Confédération affectées à l'offre de base .....	35
3.	Montant des indemnités de la Confédération affectées aux données de base sur les dangers .....	44

4. Montant des indemnités de la Confédération affectées aux projets individuels.....	47
5. Diminution des montants alloués .....	78
C. Dispositions du Conseil fédéral (al. 2).....	82

## I. Historique

### A. Texte entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993

- 1 Dans sa première version (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993), l'ancien art. 9 LACE n'était pas seulement consacré aux **conditions d'allocation** des contributions, mais aussi aux **montants** des indemnités et des aides fédérales. Il avait la teneur suivante (RO 1993 234, 236):

**Conditions d'allocation et montant des indemnités et des aides financières**

- <sup>1</sup> Les indemnités et aides financières sont modulées selon la capacité financière des cantons et s'élèvent au maximum à:
    - a. 80 pour cent des dépenses imputables dans les cas visés à l'art. 6, alinéa 1<sup>er</sup>, lettre b;
    - b. 45 pour cent dans les cas ordinaires.
  - <sup>2</sup> Les indemnités et aides financières inférieures à 50 000 francs ne sont généralement pas allouées.
  - <sup>3</sup> Lorsque des mesures extraordinaires de protection contre les crues, par exemple à la suite d'intempéries, représentent une charge considérable pour un canton par rapport à sa capacité financière, la Confédération peut exceptionnellement accorder un montant supplémentaire. Ce dernier s'élève au maximum à 20 pour cent des dépenses imputables.
- 2 Depuis lors, cette disposition a subi deux importantes modifications, exposées ci-après (voir N 3 ss et 8 ss).

### B. Révision du 18 mars 1994, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994

- 3 Suite aux décisions d'assainir les finances fédérales, prises au début des années 90 (cf. FF 1992 III 341 ss; FF 1993 IV 301 ss), les valeurs-seuils et les pourcentages de participation inscrits à l'ancien art. 9 LACE ont été modifiés, en vue de procéder à des **économies budgétaires**.
- 4 A l'origine, la valeur-seuil inscrite à l'ancien art. 9 al. 2 LACE était arrêtée à 50'000 francs; ce seuil permettait d'éviter l'allocation de subventions mineures

(Message répartition des tâches 1988, 1352). Le message accompagnant la loi précisait toutefois que cette règle ne devait pas être appliquée trop restrictivement, afin de prendre en considération les cantons et communes à faible capacité financière (Message répartition des tâches 1988, 1352).

Lors de la réforme législative susmentionnée, issue de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les mesures d'assainissement 1993, le Parlement a décidé d'**élever cette valeur-seuil** à 100'000 CHF (RO 1994 1634, 1639). Cette modification est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994, soit un peu plus d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la LACE. La nouvelle teneur de l'art. 9 al. 2 LACE était ainsi la suivante:

- <sup>2</sup> Les indemnités et aides financières inférieures à 100 000 francs ne sont généralement pas allouées.

Le doublement du montant fixé à l'ancien art. 9 al. 2 LACE s'inscrivait ainsi dans le cadre des mesures d'assainissement des finances fédérales (FF 1993 IV 301 ss). Selon le Conseil fédéral, le relèvement à 100'000 CHF de la limite inférieure pour l'octroi d'indemnités et d'aides financières devait permettre de diminuer nettement les demandes de subventionnement adressées à la Confédération pour des projets de moindre envergure (FF 1993 IV 301, 324). De cette manière, l'aide fédérale allait pouvoir être concentrée plus fortement sur les importants projets de protection contre les inondations, permettant ainsi de réaliser une économie annuelle d'environ 2 mio. CHF (FF 1993 IV 301, 324).

Dans le cadre de l'assainissement des finances fédérales, l'ancien art. 9 al. 1 let. a LACE a également été modifié (RO 1994 1634, 1639). En effet, sur proposition du Conseil fédéral (FF 1993 IV 301, 324), l'Assemblée fédérale a décidé de réduire à 70 % le taux de subventionnement (participation financière) de la Confédération pour l'élaboration de cadastres et des cartes des dangers, de l'aménagement et de l'exploitation de stations de mesures ainsi que de la mise sur pied de services d'alerte visant à assurer la sécurité des agglomérations et des voies de communication. Elle visait d'une part, à **harmoniser le taux de subventionnement** de la LACE avec celui inscrit dans la LFo et, d'autre part, de permettre à la Confédération d'**économiser** près de 0,5 million par an (FF 1993 IV 301, 324). La nouvelle teneur de l'art. 9 al. 1 let. a LACE était ainsi la suivante:

- a. 70 % des dépenses imputables dans les cas visés à l'art. 6, al. 1, let. b;

### C. Révision du 6 octobre 2006, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008

- 8 L'art. 9 LACE a été profondément modifié par la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur la réforme de la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (RO 2007 5779, 5818; FF 2005 5641 ss).
- 9 Le nouvel art. 9 al. 1 LACE a repris quasiment tel quel le contenu normatif de l'ancien art. 6 al. 2 LACE, relatif aux critères d'indemnisation. En effet, à l'origine, l'ancien art. 6 al. 2 LACE, dans sa version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993, prévoyait que les indemnités n'étaient accordées que si les travaux prévus entraient dans le cadre d'une planification rationnelle et répondaient aux exigences légales.
- 10 Désormais, l'art. 9 al. 1 LACE a la teneur suivante (version actuelle):
  - <sup>1</sup> Les contributions ne sont accordées que pour des mesures qui s'inscrivent dans une planification rationnelle, qui répondent aux exigences légales et qui présentent un bon rapport entre les coûts et l'utilité.
- 11 Pour rappel, la teneur de l'ancien art. 6 al. 2 LACE était la suivante:
  - <sup>2</sup> Les indemnités ne sont accordées que si les travaux prévus entrent dans le cadre d'une planification rationnelle et répondent aux exigences légales.
- 12 Désormais, le nouvel art. 9 al. 1 LACE précise, contrairement à l'ancien art. 6 al. 2 LACE, que les contributions doivent présenter un bon rapport entre les coûts des mesures et leur utilité. La nouvelle version de l'art. 9 al. 1 LACE consacre donc directement dans la loi au sens formel le critère du **caractère économique de la mesure** (FF 2005 5641, 5748).
- 13 Quant au nouvel art. 9 al. 2 LACE, il correspond à l'ancien art. 9 al. 5 LACE, dont la teneur a été rappelée ci-devant (voir N 5). Désormais, le Conseil fédéral est chargé de définir les critères servant à fixer le montant des contributions (FF 2005 5641, 5749). C'est pourquoi, la valeur-seuil (ancien art. 9 al. 2 LACE), les taux de participation (ancien art. 9 al. 1 et 3 LACE) et la procédure d'octroi des indemnités (ancien art. 9 al. 4 LACE) sont fixés dans la législation d'exécution (art. 2 OACE) et ne se trouvent plus dans la loi.

## II. Remarques générales

L'art. 9 al. 1 LACE règle les **conditions d'octroi des contributions fédérales**.<sup>14</sup> Ces contributions sont d'une importance capitale en pratique, puisque les mesures dont les coûts ne sont pas couverts par l'octroi de subventions ne sont en principe jamais adoptées puis réalisées, quand bien même elles offriraient une protection efficace (OFEV, Naturgefahren, ch. 5.2.1). Ces conditions étant formulées en termes généraux dans la loi, elles sont concrétisées de manière plus détaillée dans la législation d'exécution (art. 1 ss OACE). Pour le Tribunal fédéral, l'art. 9 LACE et les art. 1 ss OACE décrivent avec suffisamment de précision les conditions auxquelles le soutien financier fédéral doit être accordé. Ils permettent ainsi de fonder directement une **prétention juridique**. La densité normative de ces dispositions légales est donc suffisante pour ne pas faire dépendre l'octroi d'une indemnité du libre pouvoir d'appréciation de l'autorité d'application et cela, même si les indemnités ne sont accordées que dans les limites des crédits alloués (TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, consid. 1; cf. ég. TF 2C\_449/2009 du 21 janvier 2010, consid. 1.1; TF 2C\_762/2008 du 8 mai 2009, consid. 1.1).

Le **canton** doit toutefois faire preuve de prudence lorsqu'il finance des projets<sup>15</sup> de protection contre les crues (au sens de l'art. 6 al. 1 LACE). En procédant à des dépenses de ce type, le canton prend le risque de ne pas se faire rembourser par la Confédération comme il l'aurait prévu, si cette dernière estime que les coûts cantonaux ne sont pas justifiés. Par exemple, un canton qui déciderait d'octroyer à tort une indemnité pour expropriation matérielle suite à une nouvelle planification d'une zone exposée aux crues ne pourrait pas inclure ces coûts dans les dépenses imputables susceptibles de bénéficier d'un subventionnement fédéral. Les coûts pouvant être évités par les cantons ne doivent effectivement pas être pris en compte par la Confédération (TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, cons. 3.1).

A noter que l'OFEV a développé un «**Modèle de répartition des coûts pour ouvrages de protection** en vertu de la loi sur les forêts et de la loi sur l'aménagement des cours d'eau» (OFEV, Modèle OFEV). Il s'agit d'une communication adressée aux personnes demandant des subventions pour les ouvrages de protection en vertu de l'une ou l'autre de ces deux lois, lorsqu'il s'agit de régler la participation des offices fédéraux (OFEV en tant qu'autorité allouant les subventions, OFROU en tant que propriétaire d'ouvrage des routes nationales, OFT en tant que propriétaire d'ouvrages de l'infrastructure ferroviaire, armasuisse en tant que propriétaire d'ouvrages militaires) aux<sup>16</sup>

coûts des ouvrages de protection. Pour le détail sur le modèle de subventionnement pour ouvrages de protection LFo et LACE, il est renvoyé au texte même de la communication.

### III. Commentaire

#### A. Conditions d'octroi des contributions fédérales (al. 1)

17 Pour faire l'objet d'une indemnité de la Confédération, l'art. 9 al. 1 LACE exige que la mesure respecte **trois conditions**, à savoir:

- s'inscrire dans une planification rationnelle,
- répondre aux exigences légales et
- présenter un bon rapport entre les coûts et l'utilité.

18 Même si ces conditions sont formulées de manière générale, le TF a toutefois estimé que ces conditions sont suffisamment précises pour fonder directement une **prétention pécuniaire** (voir N 14 ss). De plus, il a jugé que les conditions fixées à l'art. 9 al. 1 LACE permettent à la Confédération de ne pas intervenir lorsque les coûts des mesures auraient été évitables (TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, consid. 3.1; voir également commentaire ad art. 6 LACE N 55 ss).

19 Le Conseil fédéral, chargé de régler en détail les conditions d'allocation des contributions (art. 9 al. 2 LACE), a adopté l'**art. 1 OACE** dont la teneur est la suivante:

Des indemnités sont allouées lorsque:

- a. le canton participe aux mesures dans une proportion adéquate;
- b. les mesures sont requises par l'intérêt public et tiennent compte des intérêts publics relevant d'autres secteurs;
- c. les mesures ont été planifiées de façon rationnelle;
- d. les mesures répondent aux exigences techniques, économiques et écologiques;
- e. les autres conditions prévues par le droit fédéral sont remplies;
- f. l'entretien ultérieur est garanti.

20 Les conditions relatives à la **planification rationnelle** et au **respect des conditions légales**, figurant à l'art. 9 al. 1 LACE sont expressément reprises à

l'art. 1 let. c et e OACE. L'OFEG fournit des critères permettant d'apprécier le caractère rationnel de la planification du projet envisagée (OFEG, Directives crues des cours d'eau, 2 s.; cf. ég. OFEV, Naturgefahren, ch. 5.2.2 s.).

La condition du **bon rapport entre les coûts et l'utilité**, figurant à l'art 9 al. 1 LACE, correspond à la condition relative aux «exigences [...] économiques» de l'art. 1 let. d OACE. Les exigences relatives au caractère économique des mesures de protection correspondent aux principes généraux de la LSu (cf. TAF A-7596/2010 du 2 mai 2011, consid. 3.1; GOVONI, Risikomanagement, 110). Ainsi, selon l'art. 10 al. 1 let. a LSu :

Les dispositions légales régissant les indemnités doivent prévoir que:

- a. la tâche peut être menée à bien au moindre coût et avec le minimum de formalités administratives;

Les considérations économiques, en tant que condition du financement fédéral pour les mesures de protection contre les crues, font partie intégrante de la pratique des subventions fédérales. Cela vaut notamment pour les grands projets coûteux, où sera prioritaire la variante qui prévoit le meilleur rapport coût-utilité (GOVONI, Risikomanagement, 110). Le rapport coût-utilité ne s'apprécie pas de la même manière selon que les mesures visent à protéger des vies humaines ou des biens matériels d'une valeur considérable (cf. art. 6 al. 1 LACE; cf. OFEV, Naturgefahren, ch. 5.2.1). Ainsi:

- lorsque la vie et l'intégrité corporelle sont mises en danger, il convient d'effectuer une comparaison des coûts des différentes mesures envisagées par rapport à la protection d'un être humain, exercice qui se révèle délicat. A noter que, si la population a droit à obtenir une protection, elle n'a pas droit à ce que des mesures de protection actives soient prises; en effet, des mesures passives, notamment d'aménagement du territoire, peuvent suffire, puisqu'elles permettent de réduire le danger. C'est pourquoi, il convient d'apprécier l'efficacité de ces deux types de mesures (actives et passives).
- Lorsque ce sont des biens matériels qui sont mis en danger, il suffit de tenir compte de leur valeur dans le cadre d'une analyse coût-utilité. Il n'est plus nécessaire de procéder à la délicate appréciation de la valeur de la vie humaine.

L'obligation de choisir une mesure présentant un bon rapport coût-utilité ne signifie pas qu'il faille choisir la moins chère (cf. OFEV, Naturgefahren,

ch. 4.2.1.2). De plus, il convient de tenir compte de toutes les autres conditions susmentionnées.

- 24 A noter enfin que l'ordonnance a fixé quelques **conditions supplémentaires** par rapport à celles figurant à l'art. 9 al. 1 LACE (cf. art. 1 let. a, b, d et f OACE).
- 25 Ces **conditions** étant **cumulatives**, il suffit que l'une d'entre elles ne soit pas remplie pour que la prétention juridique à l'octroi d'une indemnité tombe. Le respect de ces conditions permet de fonder une prétention directe des cantons (voir N 14 ss).
- 26 Il n'en demeure pas moins que l'OFEV garde une marge de manœuvre conséquente dans la **fixation du montant des contributions** fédérales aux mesures de protection contre les crues. C'est ce point qui est à présent analysé.

## **B. Montant des contributions fédérales (al. 2)**

### **1. Historique**

#### **Evolution de la situation juridique**

- 27 Comme indiqué ci-devant (voir N 1 ss), le taux de participation de la Confédération était, à l'origine, fixé à l'ancien art. 9 al. 1 LACE. Le principal critère était celui de la **capacité financière des cantons** (Message répartition des tâches 1988, 1351). Ainsi, dans les cantons à forte capacité financière, le taux de participation était de 20 %. En revanche, le taux était de 45 % pour le financement des projets ordinaires des cantons à faible capacité financière (Message répartition des tâches 1988, 1351). Ce critère avait été établi par les commissions d'étude mandatées par le Conseil fédéral lors de la réforme des années 80 sur la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (voir rapport final d'avril 1980 de la Commission Geiger, ch. 264; Message répartition des tâches 1988, 1351).
- 28 Afin de cibler avec une plus grande précision les régions bénéficiaires, le Conseil fédéral avait, dans un premier temps, décidé d'abandonner le critère de la capacité économique des cantons. Le subventionnement fédéral en matière de protection contre les crues ne devait donc plus profiter aux cantons à faible capacité financière mais aux régions rencontrant des problèmes spéciaux en matière de correction des cours d'eau (Message répartition des tâches 1988, 1351). Afin de circonscrire ces régions en difficulté, le Conseil

fédéral avait mandaté une commission d'étude qui avait pour mission d'établir des critères permettant d'identifier ces régions.

Suite à l'échec de cette commission, le Conseil fédéral a décidé de maintenir le critère de la capacité économique du canton. Il a toutefois prévu de ne plus accorder de subventions fédérales (même en cas d'événements exceptionnels) pour toutes les mesures de protection contre les crues aux cantons à forte capacité financière (Message répartition des tâches 1988, 1352). C'est pourquoi, l'ancien art. 6 al. 1 LACE prévoyait que seuls les cantons à capacité financière moyenne ou faible pouvaient avoir droit à des indemnités pour les mesures de protection contre les crues. 29

Suite à la nouvelle réforme sur la péréquation financière entrée en vigueur en 2008 (RO 2007 5779 ss), la capacité financière du canton n'est plus un critère pertinent pour fixer le taux de subventionnement fédéral. Il en résulte que les cantons sont à présent traités sur un pied d'égalité. En effet, les aides sont versées en fonction des **besoins effectifs** et des **prestations fournies** par les cantons indépendamment de la capacité financière du canton subventionné. Ce changement de paradigme a notamment été possible grâce à la collecte de données sur les risques environnementaux ainsi qu'à l'élaboration de carte de dangers développées principalement par l'OFEV. 30

### Droit actuel et systématique

En droit actuel, le montant des contributions de la Confédération dépend du type de projet subventionné. Pour rappel, la réglementation distingue entre: 31

- les projets financés de **manière globale** «sur la base de conventions-programmes» (art. 8 al. 1 LACE) et
- les «projets particulièrement onéreux» financés «**au cas par cas**», faisant le plus souvent l'objet d'une décision administrative (art. 8 al. 2 LACE).

Parmi les projets financés **de manière globale** (voir art. 8 al. 1 LACE), il convient d'opérer une nouvelle distinction entre: 32

- d'une part, «les mesures d'aménagement des cours d'eau» (art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> ph. OAT), c'est-à-dire les mesures de «protection technique contre les dangers naturels» (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.1), appelées également «**offre de base**». Ces mesures concernent des projets qui ne sont pas particulièrement onéreux, des mises en état périodiques et des services d'alertes et stations de mesure nécessaires;

- d'autre part, «l'établissement des **documents de base** sur les dangers» (art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> ph. OAT).
- 33 L'art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> ph. OAT confirme expressément l'existence de ces deux types de mesures et leur financement:
- Les indemnités pour les mesures d'aménagement des cours d'eau, le déplacement d'ouvrages ou d'installations menacés vers des lieux sûrs et l'établissement des documents de base sur les dangers sont en règle générale allouées sous forme globale.
- 34 Nous examinerons ci-après, successivement:
- le montant des indemnités de la Confédération affectées à **l'offre de base** (voir N 35 ss);
  - le montant des indemnités de la Confédération affectées aux **données de base** sur les dangers (voir N 44 ss);
  - le montant des indemnités de la Confédération affectées aux **projets individuels** (voir N 47 ss).
- 35 De manière générale, il convient d'ores et déjà de préciser que l'attribution fédérale se fonde, d'une part, sur des critères axés sur les **risques**, lesquels reflètent la situation de danger prévalant dans un canton déterminé et les dommages potentiels qui en découlent, et, d'autre part, sur des critères liés aux **besoins**, qui reflètent aussi indirectement les dommages potentiels auxquels un canton est exposé (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2).

## 2. Montant des indemnités de la Confédération affectées à l'offre de base

### Taux de subventionnement

- 36 L'aide financière de la Confédération affectée à l'offre de base en matière d'aménagement des cours d'eau (projets compris dans l'offre de base; cf. art. 8 al. 1 LACE) se monte à **35 % du crédit-cadre total** (cf. art. 10 al. 1 LACE), après déduction d'une réserve pour l'indemnisation des prestations supplémentaires (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/B).

Concrètement, chaque canton reçoit **au minimum 100'000 francs par période de programme**; l'affectation du montant restant par canton se fait en fonction des **négociations** portant sur le programme. 37

Ainsi, le taux de la participation financière de la Confédération n'est pas fixé par la loi. Il est négocié entre l'OFEV et le canton concerné, conformément aux critères fixés à l'art. 2 al. 1 2<sup>e</sup> ph. OACE, dont la teneur est la suivante: 38

Le montant des indemnités globales est négocié entre l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et le canton concerné et est fonction :

- a. des dangers potentiels et des risques de dommages;
- b. de l'ampleur et de la qualité des mesures ainsi que de leur planification.

Le Manuel OFEV (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.1) a repris et complété les critères de l'art. 2 al. 1 OACE de la manière suivante: 39

- dangers potentiels, dommages potentiels (risques) et besoins d'intervention;
- exigences posées aux projets (gestion intégrée des risques, développement durable);
- encouragement des projets particulièrement efficaces.

Pour assurer une application uniforme des critères à l'échelle nationale, la **Confédération** fournit les **indicateurs nécessaires**. Ainsi, en 2008, l'OFEV, en partenariat avec la société privée Swiss Re (une compagnie de réassurance basée à Zurich), a développé des indicateurs liés aux mesures de protection contre les crues sous la forme de cartes de dangers numériques. Ces dernières permettent d'évaluer de manière détaillée les concentrations de risques d'inondation. Elles offrent également une vue d'ensemble des dégâts potentiels pouvant être causés par les crues sur tout le territoire suisse. Ce projet se nomme «**Aquaprotect**». Il existe un projet semblable en matière de protection des forêts qui se nomme «**Silvaprotect**». 40

A noter que, pour les données de base sur les dangers naturels et pour les projets individuels, le taux n'est pas le même que celui applicable à l'offre de base (voir N 46, 49, 52 et 68). 41

### Coûts imputables

- 42 Préliminairement, il convient de rappeler (voir commentaire ad art. 6 LACE N 55) que, selon l'art. 2 al. 5 OCE aucune indemnité n'est allouée pour:
- a. des mesures visant à protéger des bâtiments et des installations qui ont été construits: 1. Dans des zones alors déjà définies comme dangereuses ou réputées dangereuses, et 2. Sans être alors liés impérativement à cet emplacement;
  - b. des mesures visant à protéger des bâtiments et des installations touristiques telles que téléphériques, remontées mécaniques, pistes de ski ou sentiers pédestres qui se trouvent en dehors des zones habitées.
- 43 En ce qui concerne plus précisément les **coûts imputables** plus précisément, renvoi est fait aux listes figurant dans le Manuel OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 8), qui énumèrent d'une part, les coûts donnant droit à contribution et d'autre part, les prestations ne donnant pas droit à contribution. Il en a été question en détail dans le cadre du commentaire de l'art. 6 LACE, N 5 ss. Enfin, rappelons qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2016, est entrée en vigueur l'art. 2a OACE, traitant expressément des coûts imputables.
- 44 A noter que, malgré l'absence d'une base légale claire, l'OFEV a décidé que le taux de participation de la Confédération pour les projets compris dans l'offre de base s'élèverait à **35% au plus des coûts imputables** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016-2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.1).

### 3. Montant des indemnités de la Confédération affectées aux données de base sur les dangers

- 45 Comme relevé ci-devant (voir N 32), l'art. 2 al. 1 OACE, traitant des indemnités **allouées sous forme globale**, ne vise pas que les indemnités pour l'offre de base, c'est-à-dire «les indemnités pour les mesures d'aménagement des cours d'eau», mais également les «indemnités pour [...] l'établissement des documents de base sur les dangers».
- 46 En effet, des indemnités fédérales peuvent aussi être affectées à la **collecte et au traitement de données de base sur les dangers** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, 7). Ces indemnités fédérales font partie des mesures à **inclure dans le cadre des conventions-programmes**. La loi se contente d'ailleurs d'opérer uniquement la distinction entre les contribu-

tions globales et les contributions au cas par cas pour les projets particulièrement onéreux (voir commentaire ad art. 8 LACE N 31), sans traiter en particulier le cas des données de base sur les dangers. L'OFEV accorde toutefois une importance particulière à la prévention des dommages et donc à la **gestion intégrée des risques**. Cette gestion des risques nécessite la collecte et le traitement de données de base sur les dangers, lesquels se concrétisent par l'élaboration de cartes des dangers, de cartes indicatives des dangers, de cadastres des dangers, de cadastre des événements et des ouvrages de protection, de vues d'ensemble des risques (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.3/OP2). Ces mesures sont d'ailleurs expressément mentionnées dans la loi (voir commentaire ad art. 6 al. 2 let. b LACE N 50 ss).

L'importance que revêtent ces mesures pour l'OFEV se traduit par un taux de participation de la Confédération plus favorable pour les cantons, dans la mesure où elles sont couvertes à **50 % par des indemnités fédérales** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/B et 6.2.3/OP2), alors que les projets ordinaires ne peuvent pas bénéficier d'un taux de participation de la Confédération supérieur à 35 %. L'affectation de ressources à la réalisation et à la révision des cartes des dangers et des documents de base ainsi qu'à l'établissement de plans d'urgence est déterminée exclusivement en fonction des **besoins effectifs** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/B), le critère déterminant étant celui des études à entreprendre dans le canton (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.3/OP2). Toutefois, la Confédération essaie de faire preuve au maximum de souplesse dans l'allocation des indemnités. En effet, elle ne prescrit aucun rapport déterminé entre les aides financières affectées à l'offre de base et aux données de base sur les dangers. Cette proportion est fixée dans le cadre des **négociations contractuelles** entre la Confédération et les cantons. Par exemple, si un canton a du retard dans la collecte et le traitement de données de base sur les dangers, ce secteur pourra être encouragé en conséquence.

#### 4. Montant des indemnités de la Confédération affectées aux projets individuels

##### Taux de subventionnement

- 48 Le **solde du montant du crédit-cadre** (cf. art. 10 al. 1 LACE), après affectation des ressources à l'offre de base (voir N 35 ss) et aux données de base sur les dangers (voir N 44 ss) est attribué aux projets individuels au sens de l'art. 8 al. 2 LACE, appelés aussi projets particulièrement onéreux. Ce solde est réparti entre les cantons, selon des critères axés sur les **risques** et sur les **besoins**.
- 49 Lorsqu'une indemnité est octroyée à un projet individuel, le taux de subventionnement de la Confédération est réglé à l'**art. 2 al. 3 et 4 OACE**, dont la teneur est la suivante:
- <sup>3</sup> La contribution au financement des mesures [destinées à un projet particulièrement onéreux] est comprise entre 35 et 45 % des coûts [...].
  - <sup>4</sup> Si un canton assume des charges considérables en raison de mesures de protection extraordinaires, notamment à la suite de dommages dus à des intempéries, la contribution visée à l'al. 3 pourra être exceptionnellement relevée à 65 % au plus du coût des mesures.
- 50 En principe, pour les projets individuels particulièrement onéreux au sens de l'art. 8 al. 2 LACE, le taux de la contribution fédérale est de **35 % des coûts imputables** (sur la notion de coûts imputables, cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, annexe 8, et ch. 2.3 ci-devant).
- 51 Il existe néanmoins un **modèle incitatif**, qui s'applique aux projets individuels faisant l'objet d'une décision de la Confédération, et qui ne sont donc pas couverts par les conventions-programmes passées entre la Confédération et les cantons. Ce modèle incitatif permet d'**augmenter** la contribution fédérale dans les deux hypothèses suivantes:
- le projet est **particulièrement efficace** (art. 2 al. 3 OACE; cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/D);
  - le canton doit faire face à des **charges considérables** (art. 2 al. 4 OACE).
- 52 Ces deux hypothèses seront précisées ci-après (voir N 52 ss, 62 ss).

## Augmentation du montant des indemnités pour les projets particulièrement efficaces

Un projet individuel peut être encouragé en raison de son **efficacité**.<sup>53</sup> L'indemnité fédérale sera alors supérieure à 35 %; elle pourra atteindre **45 %**. C'est donc l'efficacité du projet qui permet de fixer le taux individuel de la contribution fédérale (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.3/OP3).

Pour définir l'efficacité d'un projet, l'**art. 2 al. 3 OACE** fixe divers critères:<sup>54</sup>

- <sup>3</sup> La contribution au financement des mesures [...] est fonction:
  - a. des dangers potentiels et des risques de dommages;
  - b. du degré de prise en compte effective des risques;
  - c. de l'ampleur et de la qualité des mesures ainsi que de leur planification.

Les critères énoncés à l'art. 2 al. 3 OACE sont les mêmes que ceux applicables aux projets ordinaires, fixés à l'art. 2 al. 1 OACE, à l'exception du critère figurant à l'art. 2 al. 3 let. b OACE.<sup>55</sup>

Ce critère supplémentaire, qui doit être considéré par l'OFEV dans le cadre de la répartition des coûts d'un projet particulièrement onéreux, est celui du «**degré de prise en compte effective des risques**»; l'OFEV doit donc également analyser dans quelle mesure le projet cantonal prend effectivement en considération les différents risques existants.<sup>56</sup>

Ainsi, l'accroissement de 10 % au maximum de la participation fédérale dépend des critères fixés à l'art. 2 al. 3 OACE. Le Manuel OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 9) a repris et complété ces critères en distinguant trois groupes de critères:<sup>57</sup>

- Gestion intégrée des risques;
- Aspects techniques;
- Planification participative.

L'**évaluation de la gestion intégrée** des risques tient compte du rapport relatif aux données de base sur les dangers, du plan de mesures d'urgence et de la réglementation de l'entretien des ouvrages de protection. Il faut par exemple que le canton ait pris des mesures d'organisation (système d'alarme) permettant de réduire considérablement le risque de survenance d'un dommage ou encore qu'il ait adopté un plan d'affectation tenant compte des<sup>58</sup>

cartes des dangers et de l'espace réservé aux eaux (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 9–1).

- 59 L'aspect technique a trait à la **qualité des mesures envisagées**. Par exemple, les mesures de protection doivent être conçues de manière à ce que les ouvrages et leurs environs réagissent de manière appropriée en cas de crue (pas de destruction) et une déviation contrôlée des effets liés à l'inondation doit être assurée (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 9–2).
- 60 L'aspect social vise l'**implication de la population** dans la procédure d'élaboration du projet de protection contre les crues. Il s'agit par exemple d'informer la population quant aux objectifs du projet ou de discuter des différentes variantes possibles avec les milieux intéressés par le biais de processus participatifs (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 9–3).
- 61 Il est relevé que le Manuel OFEV indique également qu'il faut promouvoir la qualité du projet en tenant compte des trois aspects du développement durable (économie, écologie et social) (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/D).
- 62 La participation fédérale supplémentaire en raison de la qualité du projet peut ainsi être accrue entre 2 et 10 % au maximum; pour le détail, renvoi est fait à l'annexe 9 du Manuel OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie).

### **Augmentation du montant des indemnités en raison de charges considérables**

- 63 Les contributions fédérales peuvent être augmentées en raison de **charges considérables**. Cela ressort de l'art. 2 al. 4 OACE qui prévoit ce qui suit:
- <sup>4</sup> Si un canton assume des charges considérables en raison de mesures de protection extraordinaires, notamment à la suite de dommages dus à des intempéries, la contribution visée à l'al. 3 [pour les projets particulièrement onéreux] pourra être exceptionnellement relevée à 65 % au plus du coût des mesures.
- 64 Cette augmentation vise à soutenir les cantons lorsque sont réunies les deux conditions cumulatives suivantes:
- lourdes charges à supporter;
  - suite à la prise de **mesures de protection extraordinaires**, notamment en cas d'urgence.

Nous verrons ci-après que l'OFEV exige **également** que les projets individuels, en cas de charge considérables, soient des «projets de première priorité» (voir N 72 ss). 65

Par «**charge considérable**», l'OFEV entend les cas où le canton peut prouver l'existence d'une charge importante due à des projets prioritaires dans une planification courant sur trois périodes de programmes; la charge moyenne par habitant du canton concerné doit être quatre fois supérieure à la moyenne suisse (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 3/Tableau 2). 66

Une «**mesure de protection extraordinaire**» ou exceptionnelle est prise suite à une situation exceptionnelle. Une telle situation exceptionnelle peut résulter (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 3/Tableau 2): 67

- de la taille des ouvrages (y compris leur coût);
- de l'importance des objets à protéger (p. ex. une grande zone industrielle ou une ville);
- de l'importance des mesures pour la sécurité des personnes;
- du fait que les mesures sont prises à la suite d'intempéries exceptionnelles. Ce dernier cas est celui mentionné expressément à l'art. 2 al. 4 OACE.

Si l'objectif principal de l'augmentation des contributions fédérales est d'aider les cantons dans certaines situations particulières, l'augmentation permet aussi de limiter l'activisme peu efficace et la dispersion des moyens qui peuvent se manifester après une catastrophe (OFEV, Manuel-conventions programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.2/E). 68

Si les conditions pour une augmentation du subventionnement fédéral sont remplies (charges considérables en raison d'un événement imprévisible comme une intempérie), le taux de participation de la Confédération aux dépenses peut être **augmenté à 65 % au plus du coût des mesures** (art. 2 al. 4 OACE). Cela signifie que le taux de participation peut être **augmenté de 20 %** de plus que le taux ordinaire, lequel est fixé entre 35 % et 45 % des coûts imputables (art. 2 al. 3 OACE). Il est encore précisé que le supplément est accordé de manière exceptionnelle et non pas systématiquement. 69

L'augmentation de la contribution fédérale est attribuée **de manière échelonnée** (5 classes: soit 0 %, 5 %, 10 %, 15 % ou 20 %), et non pas forfaitaire- 70

ment à hauteur de 20 %. Le supplément varie donc **entre 0 % et 20 %** selon le caractère exceptionnel du projet considéré. Ce caractère exceptionnel se détermine en fonction de trois critères (OFEV, Manuel convention-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 3, Tableau 3):

- coût du projet par habitant;
- ampleur des dommages potentiels;
- risques individuels de décès.

- 71 Ces critères sont développés de manière détaillée au tableau 3 de l'annexe 3 du Manuel de l'OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie).
- 72 En raison de la limite des ressources pécuniaires à disposition (art. 6 al. 1 LACE), les projets individuels bénéficiaires de prestations supplémentaires en raison de charges considérables au sens de l'art. 2 al. 4 OACE sont priorisés par l'OFEV (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 4). Nous examinerons cette question ci-après (voir N 72 ss).

### **Priorisation pour les projets individuels en cas de charges considérables**

- 73 La contribution fédérale en cas de charges considérables (voir N 62 ss) ne peut être octroyée que pour les **projets de première priorité** (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 4). Il s'agit de projets qui doivent être réalisés rapidement au vu de leur urgence et de leur importance du point de vue de la durabilité (aspects économiques, écologiques et sociaux). Les projets, prêts à être autorisés, sont alors classés par ordre de priorité selon un processus basé sur des critères objectifs, tels que les aspects économiques, écologiques ou sociaux. Ces critères de priorisation ont été développés par l'administration fédérale (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 4). Ce schéma de priorisation des projets individuels garantit que les projets urgents et importants puissent être réalisés rapidement.
- 74 Tout d'abord, le projet individuel doit remplir les conditions prévues aux art. 6 et 9 LACE. Si ces conditions minimales sont remplies, le projet pourra bénéficier d'une indemnité fédérale. Le projet entre alors dans le schéma de priorisation à proprement parler. Il existe **deux ordres de priorité** (1<sup>ère</sup> priorité et 2<sup>e</sup> priorité).

Puis, la Confédération vérifie l'**indice de rentabilité du projet**. Cet indice est un indicateur qui permet d'estimer la valeur intrinsèque d'un projet, de l'évaluer. Pour l'établissement de l'indice de rentabilité, la Confédération propose un outil de calcul, intitulé EconoMe, qui permet d'effectuer des analyses comparatives coûts/efficacité pour l'ensemble des processus pertinents. Cet outil est à utiliser à l'échelle nationale. 75

Si, pour un projet, l'indice est **supérieur à 5**, le projet est automatiquement classé en **première priorité**. Si l'indice de rentabilité est inférieur à 2, le projet sera ipso facto relégué en deuxième priorité. Si le projet a un indice de rentabilité entre 2 et 5, il peut être classé en première priorité s'il remplit l'une des trois conditions suivantes: 76

- Le projet fournit des prestations supplémentaires sur le plan de l'écologie. Tel est le cas si, sur le plan écologique, le projet dépasse les exigences sur l'aménagement naturel des cours d'eau posées par l'art. 4 al. 2 LACE et l'art. 37 al. 2 LEaux;
- Le projet a vu le jour dans le cadre d'un processus participatif. Tel est le cas si une analyse des acteurs a eu lieu au début du projet, si ces derniers ont été impliqués pour la planification du projet ou encore si la population a été informée et consultée lors de la planification du projet (pour une liste des critères d'évaluation de ce processus, cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 9–3),
- Le projet vise à lutter contre un risque individuel de décès élevé, supérieur à  $10^{-5}$  par an (sur la notion de risque individuel, cf. BRAHIER, Installations dangereuses, 188 ss).

Si le projet individuel ne remplit aucune de ces conditions, il sera alors classé en seconde priorité. 77

Un **classement en seconde priorité** entraîne plusieurs désavantages pour le canton concerné: 78

- Les projets de deuxième priorité ne peuvent pas bénéficier de l'augmentation de la contribution fédérale en cas de charges considérables, laquelle est réservée aux projets de première priorité (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>ème</sup> partie, 12 et Annexes 3 et 4).
- Le classement du projet en seconde priorité pourrait impliquer un non-subsidationnement de la Confédération si le crédit-cadre accordé est déjà épuisé par les projets de première priorité (art. 6 al. 1 LACE).

## 5. Diminution des montants alloués

- 79 La Confédération a également le pouvoir de diminuer ou de réclamer aux cantons la **restitution des indemnités versées**. Cela peut avoir lieu en diverses circonstances.
- 80 Conformément à l'art. 7 OACE, le canton doit rendre compte chaque année à l'OFEV de l'utilisation des indemnités et l'OFEV doit procéder à des contrôles par sondage. L'art. 7 OACE s'applique non seulement aux indemnités globales, mais également aux indemnités versées au cas par cas (cf. art. 12 OACE). Si le canton ne s'acquitte pas de son devoir de compte rendu (art. 8 al. 1 let. a OACE) ou qu'il entrave considérablement par sa propre faute l'exécution de sa prestation (art. 8 al. 1 let. b OACE), l'OFEV pourra **retenir tout ou partie des paiements** (art. 8 al. 1 OACE). La **restitution** peut aussi être demandée si des installations qui ont bénéficié d'indemnités fédérales sont ensuite affectées par le canton à un autre but que celui de la protection des crues (art. 8 al. 3 OACE).
- 81 Afin de respecter le principe de proportionnalité, l'OFEV exige d'abord l'exécution correcte de la prestation du canton par une injonction (art. 8 al. 2 à 4 OACE). Il fixe un délai raisonnable au canton pour qu'il puisse pallier à son manquement. Si dans le délai fixé, le canton n'y parvient pas, l'OFEV peut alors exiger la restitution des indemnités versées. La procédure de restitution est régie par les **art. 28 s LSu** (art. 8 al. 4 OACE).
- 82 Même si la procédure de restitution est possible pour les indemnités versées en faveur des projets particulièrement onéreux (art. 8 al. 2 LACE), la demande de restitution des indemnités a le plus souvent lieu lorsque le canton procède à une mauvaise exécution de la convention-programme au sens de l'art. 8 al. 1 LACE.

### C. Dispositions du Conseil fédéral (al. 2)

- 83 L'art. 9 al. 2 LACE est la **base légale** qui sert de fondement à la délégation législative donnant mandat au Conseil fédéral de préciser les «conditions» d'octroi d'une indemnité et d'édicter les «dispositions concernant notamment le montant des contributions et les dépenses imputables».
- 84 Ainsi, le mandat législatif porte principalement sur trois objets distincts, soit les conditions, le montant des contributions et les dépenses imputables. La législation d'exécution règle le détail des conditions d'allocation des contri-

butions à l'art. 1 OACE, la hauteur du montant des contributions à l'art. 2 OACE et les dépenses imputables à l'art. 2 al. 5 OACE. Ces dispositions de l'OACE ont été analysées ci-devant (voir N 17 ss).

### **Zusammenfassung**

85

Art. 9 Abs. 1 WBG regelt die Voraussetzungen für die Vergabe von Beiträgen des Bundes: die Massnahmen müssen auf einer zweckmässigen Planung beruhen, die gesetzlichen Anforderungen erfüllen und ein gutes Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen. Diese Voraussetzungen sind in allgemeiner Weise im Gesetz geregelt und werden durch das Verordnungsrecht der Regierung konkretisiert (Art. 1 ff. WBV). Gemäss dem BGer konkretisieren Art. 9 WBG und die Art. 1 ff. WBV die Vergabevoraussetzungen für eine finanzielle Unterstützung des Bundes in ausreichender Weise. Sie vermögen einen direkten Rechtsanspruch zu begründen. Die Normdichte dieser Bestimmungen ist folglich ausreichend, um die Vergabe einer Abgeltung nicht vom Ermessen der Behörde abhängig zu machen, auch wenn die Abgeltungen nur im Rahmen der gewährten Kredite bewilligt werden.

Art. 9 Abs. 2 WBG beauftragt den Bundesrat mit der Präzisierung der Voraussetzungen für die Vergabe einer Abgeltung und mit dem Erlass von Vorschriften namentlich über die Höhe der Beiträge und die anrechenbaren Kosten. Der Gesetzgebungsauftrag des Bundesrat besteht demnach hauptsächlich aus folgenden drei Elementen: den Voraussetzungen, dem Höchstbetrag der Abgeltungen und den anrechenbaren Kosten. Der Bundesrat regelt die Details der Vergabevoraussetzungen für die Abgeltungen in Art. 1 WBV, die maximale Höhe der Beiträge in Art. 2 WBV und die anrechenbaren Kosten in Art. 2 Abs. 5 WBV.



## Art. 10 WBG/LACE

### Mise à disposition des fonds

- <sup>1</sup> L'Assemblée fédérale vote tous les quatre ans, par voie d'arrêté fédéral simple, un crédit-cadre destiné aux mesures d'encouragement ordinaires.
- <sup>2</sup> Les fonds correspondant aux contributions pour les mesures extraordinaires de protection contre les crues qui s'imposent après un phénomène naturel sont mis à disposition par le biais d'arrêtés de crédit spéciaux.
- <sup>3</sup> Les crédits d'engagement destinés aux grands projets qui nécessitent des fonds importants sur une période prolongée sont soumis à l'Assemblée fédérale dans un message spécial.

### Bereitstellung der Mittel

- <sup>1</sup> Die Bundesversammlung bewilligt mit einem einfachen Bundesbeschluss einen Rahmenkredit für jeweils vier Jahre für die ordentlichen Fördermassnahmen.
- <sup>2</sup> Die Mittel für Beiträge an ausserordentliche Hochwasserschutzmassnahmen, die nach Naturereignissen nötig werden, werden durch besondere Kreditbeschlüsse bereitgestellt.
- <sup>3</sup> Verpflichtungskredite für Grossprojekte, die über einen längeren Zeitraum erhebliche Mittel beanspruchen, sind der Bundesversammlung mit separater Botschaft vorzulegen.

### Stanziamento dei mezzi

- <sup>1</sup> L'Assemblea federale stanZIA di volta in volta mediante decreto federale semplice un credito quadro quadriennale per i provvedimenti di promozione ordinari.
- <sup>2</sup> I mezzi per contributi a provvedimenti straordinari di protezione contro le piene, necessari a causa di fenomeni naturali, sono stanziati mediante decreti specifici.
- <sup>3</sup> I crediti d'impegno per grandi progetti che necessitano di ingenti mezzi per un lungo periodo sono sottoposti all'Assemblea federale mediante messaggio separato.

**Bibliographie:** EHRENZELLER BERNHARD, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes 2000/3, 13 ss (cit. Neue Regelung); MAHON PASCAL, L'article 163 de la Constitution et les autres actes de l'Assemblée fédérale, in: LeGes 2000/3, 41 ss (cit. art. 163 Cst.); SÄGESSER THOMAS, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, in: PJA 1998, 677 ss (cit. Neuordnung).

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Manuel sur les conventions-programmes 2016–2019 dans le domaine de l'environnement, Communication de l'OFEV en tant qu'autorité d'exécution, L'environnement pratique, Berne 2015 (cit. Manuel conventions-programmes 2016–2019).

### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	3
III.	Commentaire .....	10
	A. Crédit-cadre (al. 1).....	10
	1. Notion et forme juridique .....	10
	2. Attribution des moyens du crédit-cadre .....	14
	B. Crédits pour mesures extraordinaires (al. 2) .....	17

1. Notion et forme juridique .....	17
2. Attribution des moyens des crédits spéciaux .....	21
C. Crédits d'engagement pour grands projets (al. 3).....	23
1. Forme juridique et procédure.....	23
2. Attribution des crédits d'engagement.....	26

## I. Historique

Dans sa **première version** (RO 1993 234), l'art. 10 LACE se limitait à rappeler 1  
que «l'Assemblée fédérale fixe dans le budget les crédits jusqu'à concurrence  
desquels des indemnités et des aides financières peuvent être allouées» (cf.  
FF 1991 II 1456, 1458).

Cette disposition a pris de l'ampleur lors de la **réforme de la péréquation** 2  
**financière et de la répartition des tâches** entre la Confédération et les can-  
tons (cpr. RO 1993 236 et RO 2007 5787 s.). En effet, à la différence de la dis-  
position originelle, la version actuelle de l'art. 10 LACE fixe également la  
**forme de l'acte juridique** rendu par l'Assemblée fédérale, forme qui varie en  
fonction de l'importance du projet soutenu. De plus, elle supprime le sys-  
tème du crédit annuel (fixé dans le budget) qu'elle remplace par le système  
du crédit-cadre d'une durée de quatre ans (Message RPT 2005, 5749).

## II. Remarques générales

L'art. 10 LACE dispose que la compétence pour déterminer le budget appar- 3  
tient à l'**Assemblée fédérale** et fixe la **forme de l'acte juridique** (promulgué  
par l'Assemblée fédérale) mettant à disposition les fonds. La forme varie en  
fonction du type de actes soutenus (pour une distinction détaillée des diffé-  
rents projets, voir commentaire ad art. 8 LACE N 4 ss). Plusieurs remarques à  
ce sujet s'imposent.

Premièrement, les indemnités octroyées s'inscrivant dans le cadre d'une **con-** 4  
**vention-programme** (art. 8 al. 1 LACE) sont mises à disposition par la Con-  
fédération sous la forme d'un arrêté fédéral simple voté tous les quatre ans  
(art. 10 al. 1 LACE). Le montant, arrêté par l'Assemblée fédérale, est appelé  
«**crédit-cadre**»; il constitue un crédit d'engagement, fixant le montant maxi-  
mal jusqu'à concurrence duquel l'OFEV est autorisé à prendre des engage-  
ments financiers (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, Glos-  
saire, 14). Le crédit-cadre fixe donc la limite des indemnités fédérales en ma-  
tière de mesures de protection contre les crues (art. 6 al. 1 LACE). La fixation

du crédit-cadre ne constitue cependant pas une garantie de versement effectif des fonds prévus, dans la mesure où la demande de paiement, résultant des engagements, doit encore être autorisée chaque année par le biais de l'approbation du budget de la Confédération (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, Glossaire, 14). En effet, le versement proprement dit des contributions fédérales est décidé chaque année par l'Assemblée fédérale lors de l'approbation du budget (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 1<sup>ère</sup> partie, ch. 1.2.1).

- 5 Le crédit-cadre n'est donc pas immédiatement, dès son adoption, à la pleine disposition de l'OFEV. Cette restriction est une limite importante au subventionnement fédéral des mesures de protection contre les crues se fondant sur la LACE. En effet, une fois l'enveloppe budgétaire épuisée ou si un dépassement budgétaire est prévisible, l'OFEV devra soumettre une demande de fonds supplémentaires (demande de crédit supplémentaire) à l'Assemblée fédérale ou attendre la prochaine période de financement (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, Glossaire, 13).
- 6 Deuxièmement, les **indemnités ayant pour but de financer un projet individuel** (art. 8 al. 2 LACE) proviennent du crédit-cadre disponible après déduction de toutes les contributions allouées sous forme de convention-programme (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, OP3). En raison du caractère limité des ressources financières, l'OFEV applique un schéma de priorisation pour les projets individuels en cas de charges considérables (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, Annexe 4). Ce schéma est développé dans le chapitre suivant (voir commentaire ad art. 9 LACE N 72 ss).
- 7 Troisièmement, les fonds correspondant aux contributions pour les mesures extraordinaires de protection contre les crues qui s'imposent après un phénomène naturel sont mis à disposition par le biais d'arrêtés de **crédit spéciaux** (art. 10 al. 2 LACE).
- 8 Quatrièmement, les **projets de grande envergure**, nécessitant des fonds importants sur une période prolongée, ne sont pas financés à partir du crédit-cadre voté au sens de l'art. 10 al. 1 LACE. Les crédits d'engagement destinés à ces projets doivent être soumis à l'Assemblée fédérale dans un message spécial (art. 10 al. 3 LACE). L'Assemblée fédérale approuve ensuite les crédits par des arrêtés fédéraux simples.

Le fait que la forme juridique soit différente en fonction des actes octroyant les fonds permet de tenir compte des différences entre les projets soutenus et de mettre les fonds à disposition de manière judicieuse. En résumé, le subventionnement des **projets ordinaires** est couvert par le crédit-cadre, alors que celui des **projets extraordinaires** est décidé par des arrêtés spéciaux de l'Assemblée fédérale. Ce système permet d'éviter qu'un projet considérable absorbe une grande partie des fonds mis à disposition par le crédit-cadre.

### III. Commentaire

#### A. Crédit-cadre (al. 1)

##### 1. Notion et forme juridique

L'Assemblée fédérale vote, tous les quatre ans, un crédit-cadre en faveur des **mesures d'encouragement ordinaires** (par opposition aux mesures extraordinaires de l'al. 2 et aux crédits d'engagement destinés aux grands projets de l'al. 3). La mise à disposition de ces moyens financiers revêt la forme d'un **arrêté fédéral simple**.

Pour rappel, il existe deux types d'arrêtés fédéraux (EHRENZELLER, Neue Regelung, 16):

- l'arrêté fédéral (ordinaire) et
- l'arrêté fédéral simple.

L'arrêté fédéral simple présente les **caractéristiques suivantes**:

- Selon l'art. 163 al. 2 Cst., l'arrêté fédéral simple est un **acte non-normatif exclu du référendum populaire** (AUBERT/MAHON, Petit commentaire Cst., Art. 163 Cst. N°26; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, Art. 163 Cst. N°36), et cela, à la différence de l'arrêté fédéral ordinaire (EHRENZELLER, Neue Regelung, 16). En conséquence, tout arrêté fédéral qui n'est pas sujet à référendum est un arrêté fédéral simple au sens de l'art. 163 al. 2 Cst. (MAHON, art. 163 Cst., 51; SÄGESSER, Neuordnung, 681 s.).
- En vertu de l'art. 189 al. 4 Cst., l'arrêté fédéral simple n'est **pas non plus sujet à recours**. Cet article dispose en effet que «les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral».

- 13 La forme juridique de l'arrêté fédéral simple est choisie notamment lorsque l'Assemblée fédérale adopte des crédits d'engagement ou de paiement (AUBERT/MAHON, Petit commentaire Cst., Art. 163 Cst. N°26).
- 14 Les dispositions constitutionnelles susmentionnées sont concrétisées à l'**art. 25 LParl.** Selon cet article, consacré aux finances, «l'Assemblée fédérale arrête les charges et les dépenses d'investissement au moyen du budget et de ses suppléments» (art. 25 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LParl). Elle «arrête de nouveaux crédits d'engagements et plafonds de dépenses autorisés antérieurement et non utilisés au moyen du budget et de ses suppléments, ou au moyen d'arrêtés distincts» (art. 25 al. 1 2<sup>e</sup> phrase LParl). L'art. 25 al. 2 LParl prévoit que les décisions concernées sont prises «sous la forme d'arrêtés fédéraux simples», solution retenue par l'art. 10 al. 1 LACE. Il est encore précisé que l'Assemblée fédérale «fixe dans les décisions de crédit, le but et le montant du crédit. Elle peut en outre y définir les conditions-cadres de l'utilisation du crédit, le calendrier de la réalisation du projet et le compte-rendu du Conseil fédéral» (art. 25 al. 3 LParl).

## 2. Attribution des moyens du crédit-cadre

- 15 En raison de la limite au soutien financier (art. 6 al. 1 *in initio* LACE), limite fixée par l'Assemblée fédérale (art. 10 al. 1 LACE), les projets ne peuvent pas tous être soutenus par la Confédération et, partant, pas tous être réalisés dans le cadre d'un programme quadriennal. C'est pourquoi, l'ensemble des moyens disponibles du crédit-cadre doit être attribué aux cantons sur la base de **critères objectifs et définis en fonction du besoin d'intervention**.
- 16 Les moyens du crédit-cadre servent à financer les indemnités de la Confédération affectées aux **mesures d'encouragement ordinaires**, lesquelles comprennent, d'une part, l'**offre de base** et les **données de base sur les dangers** (art. 8 al. 1 LACE) et, d'autre part, les **projets individuels** (art. 8 al. 2 LACE). Au commentaire de l'art. 9 LACE sont expliquées les conditions d'octroi des contributions fédérales issues du crédit-cadre (voir commentaire ad art. 9 LACE N 17 ss) et la manière dont les moyens financiers sont répartis entre ces diverses mesures (voir commentaire ad art. 9 LACE N 35 ss et 47 ss).
- 17 Par précaution, la Confédération conserve à titre de **réserve** une partie du crédit-cadre, qui n'est pas distribuée aux cantons en début de période. Elle reste ainsi flexible pour fournir des moyens supplémentaires aux cantons touchés par des événements naturels exceptionnels mais d'ampleur restreinte

(exclu de l'art. 10 al. 2 LACE). L'affectation des fonds de la réserve s'effectue en fonction des besoins effectifs des cantons. De plus, comme il a été dit plus haut (N 3 ss), si un dépassement budgétaire est prévisible, une demande de crédit supplémentaire peut être soumise à l'Assemblée fédérale (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, Glossaire, 13).

## **B. Crédits pour mesures extraordinaires (al. 2)**

### **1. Notion et forme juridique**

Les **catastrophes naturelles** ne peuvent par définition pas être planifiées. Il n'est donc pas possible de les prévoir dans l'enveloppe budgétaire consacrée aux projets ordinaires de protection contre les crues, c'est-à-dire dans le crédit-cadre voté tous les quatre ans par l'Assemblée fédérale (art. 10 al. 1 LACE). 18

Afin de faire face à ce type de phénomènes naturels, des crédits supplémentaires sont mis à disposition par des **«arrêtés de crédit spéciaux»**, qui sont des arrêtés fédéraux, distincts de l'arrêté fédéral simple au sens de l'art. 10 al. 1 LACE (cf. FF 2005 5641, 5749). 19

Comme indiqué ci-devant (voir N 10 ss), il existe deux types d'arrêtés fédéraux, l'arrêté fédéral (ordinaire) et l'arrêté fédéral simple. Il s'agit donc de déterminer à laquelle de ces deux catégories d'arrêté fédéral, celui désigné à l'art. 10 al. 2 LACE appartient. 20

Dans le domaine de la LACE, le législateur a prévu que le crédit-cadre soit prévu dans un arrêté fédéral simple (art. 10 al. 1 LACE). On comprendrait mal pourquoi les crédits spéciaux accordés en cas de catastrophes naturelles seraient, quant à eux, prévus dans un acte soumis au référendum populaire. De plus, la formulation choisie par le législateur «arrêtés de crédit spéciaux» plaide en faveur de l'exclusion au référendum. Il en ressort que la nature de l'arrêté fédéral prévu à l'art. 10 al. 1 LACE ne se différencie pas de celle de l'art. 10 al. 2 LACE. 21

### **2. Attribution des moyens des crédits spéciaux**

Les arrêtés de crédits spéciaux permettent à la Confédération de fournir des **moyens supplémentaires aux cantons touchés**, en agissant avec souplesse et en fonction de la situation. De tels arrêtés sont rendus à l'occasion d'un évé- 22

**nement extraordinaire** telle qu'une crue provoquée par des précipitations prolongées (art. 9 al. 2 LACE).

- 23 Alors que l'acte au sens de l'art. 10 al. 1 LACE, promulgué par l'Assemblée fédérale, fixe le crédit disponible qui sera ensuite distribué par le biais des conventions-programmes et des projets individuels, l'arrêté fédéral au sens de l'art. 10 al. 2 LACE met, quant à lui, à disposition des fonds qui sont octroyés dans des situations exceptionnelles, partant ne pouvant pas être planifiées (FF 2005 5651, 5747). C'est donc le **caractère exceptionnel ou l'imprévisibilité de la situation** qui permet de justifier l'adoption d'arrêtés fédéraux au sens de l'al. 2.

### C. Crédits d'engagement pour grands projets (al. 3)

#### 1. Forme juridique et procédure

- 24 Les «crédits d'engagement destinés aux grands projets qui nécessitent des fonds importants», c'est-à-dire les crédits destinés à financer les projets de grande ampleur, s'opposent au crédit-cadre voté tous les quatre ans par l'Assemblée fédérale (art. 10 al. 1 LACE).
- 25 Ces crédits doivent faire l'objet d'une **demande spéciale du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale**, contenue dans un message spécial (art. 10 al. 3 LACE). En même temps, le Conseil fédéral soumet un projet d'arrêté fédéral qui contient le montant à octroyer. Si la demande est accueillie favorablement par le Parlement fédéral, le crédit octroyé sera alors mis à disposition sous la forme d'un arrêté fédéral simple.
- 26 Les crédits d'engagement sont également réglementés aux **art. 21 ss LFC**. Selon l'art. 21 de la loi, «un crédit d'engagement est en principe requis lorsqu'il est prévu de contracter des engagements financiers allant au-delà de l'exercice budgétaire» (al. 1); le crédit fixe alors le montant «jusqu'à concurrence duquel le Conseil fédéral peut contracter des engagements financiers pour un but déterminé» (al. 2). Il constitue ainsi une «autorisation de contracter des engagements financiers jusqu'à concurrence du montant maximal autorisé pour un projet donné» (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, Glossaire, 14).

## 2. Attribution des crédits d'engagement

Le caractère extraordinaire d'un projet est admis lorsque ce dernier est de **grande envergure** et nécessite des **fonds importants pour une longue période**. La notion de «grands projets», au sens de l'art. 10 al. 3 LACE, n'est pas la même que celle de «projets individuels» au sens de l'art. 8 al. 2 LACE, disposition qui vise les projets impliquant des charges particulièrement importantes («projets particulièrement onéreux»). La distinction repose sur des critères permettant de mesurer l'ampleur du projet, tel que son caractère suprarégional ou l'importance des fonds nécessaires. Pour rappel (voir N 10 ss), les projets individuels sont financés par le crédit-cadre (OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, OP3); en revanche, le subventionnement des projets de grande envergure au sens de l'art. 10 al. 3 LACE n'entre pas dans le crédit-cadre quadriennal (cf. OFEV, Manuel conventions-programmes 2016–2019, 6<sup>e</sup> partie, ch. 6.2.1). 27

L'adoption de cet art. 10 al. 3 LACE a été envisagée au début des années 2000, suite au constat que plusieurs grands ouvrages de correction des eaux et de protection contre les crues arrivaient au terme de leur durée d'utilisation et devaient être rénovés (Message RPT 2005, 5747). Or l'assainissement ou la construction de ce type d'ouvrages se fait sur une période plus longue que celle prévue pour les crédits-cadres, de sorte que leur financement doit faire l'objet d'une demande spéciale préalable à l'Assemblée fédérale. En effet, les crédits-cadre ne couvrent pas les indemnités accordées pour les grands projets. Ce régime permet finalement d'éviter que des projets particulièrement importants (et onéreux) absorbent une grande partie des fonds accordés pour les projets ordinaires (crédit-cadre). 28

Les investissements envisagés sont souvent de **nature préventive**. A titre d'exemples, on peut mentionner la troisième correction du Rhône, la correction du Rhin alpin, celle du canal de la Linth et celle des lacs du pied du Jura. Enfin, le message du Conseil fédéral concernant le crédit-cadre de la Confédération pour la réalisation de la 1<sup>ère</sup> étape de la 3<sup>e</sup> correction du Rhône (R3) pour la période de 2009 à 2014 (FF 2009 3891, 3892) constitue une illustration concrète d'un message spécial au sens de l'art. 10 al. 3 LACE. 29

30 **Zusammenfassung**

Art. 10 WBG weist der Bundesversammlung die Kompetenz zur Festlegung des Budgets zu und legt die Form des (durch die Bundesversammlung zu erlassenden) Rechtsaktes fest, durch welchen die Mittel bereitgestellt werden. Die Form variiert je nach Art des unterstützten Projekts. Die Bereitstellung von Mitteln für die ordentlichen Fördermassnahmen erfolgt (im Gegensatz zu Mitteln für ausserordentliche Massnahmen nach Abs. 2 und den Mitteln für Grossprojekte nach Abs. 3) in Form eines einfachen Bundesbeschlusses.

Werden nach Naturereignissen ausserordentliche Hochwasserschutzmassnahmen nötig, werden die Mittel für Beiträge durch besondere Kreditbeschlüsse bereitgestellt, bei welchen es sich um Bundesbeschlüsse handelt, welche sich von einem einfachen Bundesbeschluss i.S.v. Art. 10 Abs. 1 WBG unterscheiden. Es sind folglich der Ausnahmecharakter oder die Unvorhersehbarkeit der Situation, welche den Erlass eines Bundesbeschlusses i.S.v. Abs. 2 erlauben.

Die Verpflichtungskredite für Grossprojekte, die über einen längeren Zeitraum erhebliche Mittel beanspruchen, d.h. Kredite, die der Finanzierung von Projekten mit grosser Tragweite dienen, unterscheiden sich vom Rahmenkredit, den die Bundesversammlung jeweils für vier Jahre bewilligt (Art. 10 Abs. 1 WBG). Diese Kredite müssen Gegenstand eines speziellen Antrags des Bundesrats an die Bundesversammlung sein und in einer separaten Botschaft vorgelegt werden (Art. 10 Abs. 3 WBG). Gleichzeitig legt der Bundesrat einen Entwurf für einen Bundesbeschluss vor, welcher den zu vergebenden Höchstbetrag festlegt. Wird der Antrag durch die Bundesversammlung gutgeheissen, wird der gewährte Kredit in Form eines einfachen Bundesbeschlusses zur Verfügung gestellt. Die Verpflichtungskredite werden auch in den Art. 21 ff. FHG geregelt.



## 4. Abschnitt: Vollzug und Aufsicht/ Section 4: Exécution et surveillance

### Art. 11 WBG/LACE

#### Confédération

- <sup>1</sup> Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.
- <sup>2</sup> Il contrôle l'exécution de la présente loi par les cantons.
- <sup>3</sup> Il peut interdire les dispositifs qui compromettent la protection contre les crues, ou, s'ils sont déjà établis, exiger leur élimination.

#### Bund

- <sup>1</sup> Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen.
- <sup>2</sup> Er beaufsichtigt den kantonalen Vollzug dieses Gesetzes.
- <sup>3</sup> Er kann Massnahmen, die den Hochwasserschutz gefährden, verbieten oder verlangen, dass sie rückgängig gemacht werden.

#### Confederazione

- <sup>1</sup> Il Consiglio federale emana le disposizioni esecutive.
- <sup>2</sup> Esso vigila sull'esecuzione cantonale della presente legge.
- <sup>3</sup> Esso può vietare provvedimenti che pregiudichino la protezione contro le piene o esigerne lo smantellamento.

**Bibliographie:** MOOR PIERRE, Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales, in: ZBl 76 (1975), 191 ss (cit. Surveillance).

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRALE DE LA JUSTICE (OFJ), Surveillance fédérale – Notion et modalités, Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998, in: JAAC 2000 n° 24, 307 ss (cit. Surveillance fédérale); OFFICE FÉDÉRAL DES EAUX ET DE LA GÉOLOGIE (OFEG) (édit.) (rédigé par VISCHER DANIEL), Histoire de la protection contre les crues en Suisse – Des origines jusqu'au 19<sup>e</sup> siècle, Rapports de l'OFEG, Série Eaux N° 5, Berne 2003 (cit. Histoire de la protection).

#### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	7
III.	Commentaire .....	10
	A. Exécution par le Conseil fédéral (al. 1) .....	11
	1. Mise en œuvre d'une aide matérielle .....	12
	2. Modalités de l'exécution .....	14
	B. Surveillance de l'exécution par les cantons (al. 2 et 3) .....	15
	1. Notion de surveillance .....	16
	2. Portée de la surveillance .....	18

## I. Historique

- 1 La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons repose sur la Cst. 1874. L'art. 76 Cst., répartissant les compétences au sujet des eaux, reprend l'art. 24<sup>bis</sup> et en partie l'art. 24 de la Cst. 1874. L'histoire de ces deux dispositions reflète le long développement que le régime des eaux, en particulier la répartition des compétences en la matière, a connu dans notre pays depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (MAHON, Petit commentaire Cst., Art. 76 N 2).
- 2 L'**art. 24 Cst. 1874** accordait à la Confédération le droit de haute surveillance sur la police des endiguements et des forêts dans les régions de haute montagne. La Loi sur la police des eaux a été édictée en exécution de cet art. 24 Cst. 1874. A cette époque, la Confédération participait activement à de grands travaux de correction des cours d'eau entrepris afin de protéger les personnes, le sol et les biens contre les dangers résultant des eaux. De grands chantiers tels la modification du lit de la Linth, la correction des eaux du Jura ainsi que la régularisation des eaux du Rhin ont précisément été accomplis durant ce dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle.
- 3 Le développement de l'exploitation des forces hydrauliques entraîna l'adoption d'un **art. 24<sup>bis</sup> Cst. 1874**, qui donnait à la Confédération la compétence de légiférer en la matière. C'est ainsi que fut adoptée la LFH, à ce jour encore en vigueur.
- 4 Ce sont des préoccupations écologiques, qui aboutirent à l'adoption de l'**art. 24<sup>quarter</sup> Cst. 1874** habilitant la Confédération à légiférer sur la protection des eaux contre la pollution. A la suite de cet article, la LEaux 1955 a été introduite, puis remplacée par la LEaux 1971. En 1975, à la protection qualitative de l'eau s'est ajoutée une compétence en matière de protection quantitative.
- 5 Les art. 24<sup>bis</sup> et 24<sup>quarter</sup> Cst. 1874 ont été révisés, par votation populaire du 7 décembre 1975 (par 859'000 voix contre 249'000, ainsi que tous les cantons, à l'exception du Valais; FF 1976 I 342). Plus tard, le 17 mai 1992, le peuple et les cantons, rejetant l'initiative populaire «pour la sauvegarde de nos eaux» déposée le 9 octobre 1984, ont accepté, en référendum, la LEaux, pour la lutte contre la pollution des eaux (protection qualitative) et la garantie de maintien de débits résiduels minimaux (protection quantitative). La révision totale de la LEaux, soumise comme contre-projet indirect à l'initiative populaire «pour la sauvegarde de nos eaux», a introduit la nouvelle répartition des tâches

entre la Confédération et les cantons. Il s'agissait notamment de contribuer à réduire la densité normative.

Aussi, lorsque dans les années septante, il a été question de prendre des mesures relatives à une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, notamment quant au domaine de l'aménagement des cours d'eau, les modalités déjà introduites en 1991, ont été maintenues. 6

## II. Remarques générales

En tant que loi-cadre, la Loi sur la police des eaux a donné toute satisfaction dans la pratique, dans la mesure où elle a été abrogée seulement le 1<sup>er</sup> janvier 2013, par l'entrée en vigueur de la LOA. De plus, en près de cent ans, la Loi sur la police des eaux n'a subi que de rares modifications, la plus importante étant celle de 1953, par laquelle la Confédération s'est vue conférer la compétence de veiller à la sécurité des barrages (Message répartition des tâches 1988, 1349). 7

La raison principale de cette longévité est la grande autonomie dont disposaient les **cantons** et les communes; la diversité des méthodes de construction et des ouvrages permet encore aujourd'hui de le constater. De plus, les **subventions** de la Confédération ont permis d'assurer une protection efficace contre les crues. La coopération entre la Confédération et les cantons s'est tant et si bien instaurée qu'elle a fini par dépasser les exigences légales. 8

Comme le retrace le bref exposé historique ci-dessus, la LACE intervient dans un contexte légal complexe et fourni, auquel elle n'apporte aucun bouleversement concernant la question d'exécution et de surveillance. Pour preuve, elle maintient le principe général qui veut que la protection contre les crues incombe aux cantons, alors que la Confédération exerce la surveillance sur l'exécution du droit fédéral (Message répartition des tâches 1988, 1349). 9

## III. Commentaire

L'art. 11 LACE reprend, sous une forme plus générale, la réglementation de la Loi sur la police des eaux, en ce qui concerne les compétences d'exécution et de surveillance. Depuis la date de l'entrée en vigueur de la loi, le 1<sup>er</sup> janvier 1993, l'art. 11 LACE n'a subi aucune modification. Nous exposerons en premier lieu l'exécution par le Conseil fédéral. Puis, dans un deuxième temps, nous développerons la question de la surveillance de l'exécution des tâches 10

cantonaux et, en particulier, la portée de cette surveillance exercée par la Confédération.

### A. Exécution par le Conseil fédéral (al. 1)

- 11 Les cantons assurent la protection contre les crues (art. 3 al. 1 LACE) et exécutent la loi, à moins que la Confédération ne soit compétente (art. 12 al. 1 LACE). Le **Conseil fédéral** élabore les dispositions d'exécution de la présente loi, en adéquation avec l'art. 182 de la Cst. et l'art. 7 LOGA. Selon l'art. 48 LOGA, il peut déléguer aux départements la compétence d'édicter des règles de droit (al. 1), pour peu que la loi fédérale l'y autorise. En l'espèce, l'art. 13 LACE prévoit cette délégation, quand, à l'al. 4, le législateur dispose que les **services fédéraux** publient des directives. Aussi, le Conseil fédéral a élaboré l'OACE et les services fédéraux ont édicté des directives, qui sont autant d'aides à l'exécution de la loi. Parmi ces dispositions, la directive de l'OFEG concernant la protection contre les crues des cours d'eau éditée en 2001 est une référence en la matière. L'office fédéral a édicté également des directives sur l'établissement de cadastres et de cartes des dangers ou sur l'établissement du décompte des indemnités.

#### 1. Mise en œuvre d'une aide matérielle

- 12 Les cantons prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection contre les crues et exécutent la loi, sous réserve des compétences fédérales qui consistent prioritairement à encourager et à soutenir financièrement les cantons. Les dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral portent principalement sur les **indemnités** allouées aux cantons. L'OACE contient les normes concernant les prestations financières que la Confédération alloue aux cantons. L'ordonnance d'exécution comprend également les tâches minimales que les cantons doivent remplir dans le cadre de l'exécution de la loi. Les cantons sont ainsi chargés de désigner les zones dangereuses et de la surveillance et de l'entretien des cours d'eau. A cette fin et aux termes de l'art. 22 OACE, ils doivent notamment analyser périodiquement les dangers découlant des eaux et l'efficacité des mesures mises en œuvre pour se protéger des crues. De plus, les cantons doivent mettre en place et exploiter les services d'alerte requis pour garantir la sécurité des agglomérations et des voies de communication face aux dangers de l'eau (Art. 24 OACE).

Les indemnités ne sont allouées que lorsque le canton participe dans une proportion adéquate aux mesures propres à protéger les personnes et les biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux. Les mesures doivent répondre à un intérêt public et tenir compte des intérêts publics relevant d'autres secteurs. Elles doivent avoir été planifiées de façon rationnelle et répondre aux exigences techniques, économiques et écologiques. 13

## 2. Modalités de l'exécution

Pour la mise en œuvre de la loi, le Conseil fédéral édicte non seulement la **procédure** d'octroi des aides financières (voir commentaires ad art. 6 à 10 LACE), mais il pose également les **exigences minimales** pratiques et techniques concernant notamment la surveillance, l'entretien des cours d'eau, la désignation de zones dangereuses et les services d'alerte (voir commentaires ad art. 3 LACE et art. 4 LACE). 14

### B. Surveillance de l'exécution par les cantons (al. 2 et 3)

Le Conseil fédéral contrôle que les cantons appliquent les normes fédérales et veille à ce que les dispositions cantonales d'exécution soient conformes à la loi. La **surveillance de la Confédération** se distingue de la faculté d'accorder des subsides, bien que ces deux facultés concourent au même but, à savoir la protection contre les crues. La surveillance de la Confédération s'étend à tous les ouvrages, que ces derniers soient subventionnés ou non. 15

Le Conseil fédéral peut interdire, voire faire démolir, les dispositifs qui pourraient compromettre le but de la loi, à savoir la protection des personnes et des biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux. A titre d'exemple, des dispositifs visant à protéger les berges peuvent paradoxalement produire des effets secondaires accentuant les risques de crues. En effet, l'implantation de courts ouvrages transversaux s'avançant dans le courant ou de digues offensives en vue de protéger une berge tend à accentuer l'érosion de l'autre berge, déplaçant d'autant le lit de courant et pouvant, selon les cas, accentuer le risque de crues. Dans ce type de cas, l'équipement des deux berges au moyen des dispositifs sus-mentionnés permet d'éviter ces effets secondaires en permettant l'approfondissement du chenal (OFEG, Histoire de la protection, 45). 16

## 1. Notion de surveillance

- 17 Les bases constitutionnelles de la **surveillance fédérale** sur les cantons sont ancrées aux art. 49 al. 2, art. 182 al. 2 et art. 186 al. 4 Cst. La Confédération doit s'assurer que les cantons respectent le droit fédéral (AUBERT, *Petit Commentaire Cst.*, Art. 49 N 11), ce qui est le principe même de la surveillance fédérale. La surveillance fédérale, entendue au sens large du terme, est l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons accomplissent les devoirs que le droit fédéral leur impose. Au sens étroit du terme, la surveillance fédérale est l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral (OFJ, *Surveillance fédérale*, 307). Or, il s'agit ici d'un contrôle plutôt que d'une surveillance. Le contrôle exercé par la Confédération se distingue du contrôle exercé par les tribunaux cantonaux et le Tribunal fédéral, qui n'agissent que s'ils sont saisis d'une action ou d'un recours, leur contrôle est sporadique. Il s'agit d'un **contrôle d'office, continu, et préventif**, qui se distingue des interventions judiciaires en ce qu'elle est essentiellement préventive et qu'elle tend, lorsque le canton a commis une erreur, à la lui faire réparer lui-même (AUBERT, *Petit Commentaire Cst.*, Art. 49 N 12). Ce contrôle s'appuie sur l'ensemble des moyens dont dispose la Confédération afin de s'assurer que le droit cantonal reste conforme au droit fédéral (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, 385).
- 18 Le sujet passif de la surveillance est généralement le canton ou parfois l'autorité inférieure spécialisée (OFJ, *Surveillance fédérale*, 307). Une délégation par les cantons de leurs compétences d'exécution aux communes n'empêche pas l'exercice du contrôle exercé par la Confédération.

## 2. Portée de la surveillance

- 19 La Confédération se charge avant tout de contrôler la légalité des mesures adoptées au regard du droit fédéral (MOOR, *Surveillance*, 192). La Confédération dispose de moyens permettant d'obtenir des informations tels des rapports, la réponse à des questionnaires ou questions ponctuelles ainsi que l'existence de contacts informels entre autorités (OFJ, *Surveillance fédérale*, 330; HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, N 1211–1215). De plus, la Confédération dispose de moyens d'action plus précis afin d'imposer sa surveillance. Le droit de l'environnement, notamment la surveillance de la mise en oeuvre des dispositions de la LPE,

permet l'utilisation de diffusion d'instructions générales par voie de circulaires (TF 1C\_172/2007 du 17 mars 2008, consid. 2.1). Des instructions spéciales font aussi partie des moyens d'actions à disposition (OFJ, Surveillance fédérale, 331; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, N 1216–1225).

### **Zusammenfassung**

20

Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen zum WBG (Abs. 1). Die Kantone ergreifen alle notwendigen Massnahmen zum Schutz vor Hochwasser und vollziehen das Gesetz (Abs. 2) unter Vorbehalt der Kompetenzen des Bundes, wobei Letztere hauptsächlich in der finanziellen Unterstützung der Kantone bestehen. Die Kantone (und Gemeinden) verfügen im Bereich des Hochwasserschutzes über grosse Autonomie. Der Bundesrat legt die technischen Mindestanforderungen betreffend der Überwachung, dem Unterhalt der Gewässer, dem Ausscheiden von Gefahrenzonen und die Organisation der Notfalldienste fest (siehe auch Kommentar zu Art. 3 und 4 WBG). Ein grosser Teil der Ausführungsbestimmungen thematisiert jedoch die Abgeltungen an die Kantone. Der Bund beaufsichtigt den kantonalen Vollzug des Gesetzes und übt seine Aufsicht aus, indem er die kantonalen Ausführungsbestimmungen und Massnahmen auf ihre Gesetzeskonformität mit dem Bundesrecht überprüft. Dazu greift er auf verschiedene Instrumente der Aufsicht zurück. Schliesslich kann der Bundesrat auch Massnahmen, die den Hochwasserschutz gefährden, verbieten oder verlangen, dass diese rückgängig gemacht werden.



## Art. 12 WBG/LACE

### Cantons

- <sup>1</sup> Les cantons exécutent la présente loi, à moins que la Confédération ne soit compétente.
- <sup>2</sup> Ils édictent les prescriptions nécessaires.
- <sup>3</sup> Lorsque des mesures au sens de l'art. 3, al. 2, sont projetées, et à moins qu'il ne s'agisse de mesures mineures, les cantons les communiquent au service compétent de la Confédération en lui donnant la possibilité de se prononcer.

### Kantone

- <sup>1</sup> Die Kantone vollziehen dieses Gesetz, soweit nicht der Bund dafür zuständig ist.
- <sup>2</sup> Sie erlassen die erforderlichen Vorschriften.
- <sup>3</sup> Sie unterbreiten Projekte im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 den Fachstellen des Bundes zur Stellungnahme; davon ausgenommen sind unbedeutende Vorhaben.

### Cantoni

- <sup>1</sup> I Cantoni eseguono la presente legge, per quanto non sia competente la Confederazione.
- <sup>2</sup> Essi emanano le necessarie disposizioni.
- <sup>3</sup> Trattandosi di misure, giusta l'articolo 3 capoverso 2, in fase progettuale e purché non si tratti di misure di secondaria importanza, i Cantoni informano il servizio competente della Confederazione e gli danno la possibilità di esprimere un parere.

### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	3
III.	Commentaire .....	4
	A. Délégation de compétence aux cantons (al. 1).....	5
	1. Notion d'exécution.....	6
	2. Portée .....	8
	3. Compétences communales.....	10
	B. Prescriptions d'exécution (al. 2) .....	13
	C. Communication à la Confédération (al. 3).....	14

## I. Historique

- <sup>1</sup> Au fil du temps, au gré de nombreuses révisions constitutionnelles, la Confédération a étendu ses tâches et ses champs de compétences législatives. Toutefois, afin de garantir le principe général du «**fédéralisme d'exécution**» («Vollzugsföderalismus»), les cantons conservent la faculté de mettre en œuvre les lois fédérales (AUBERT, Petit commentaire Cst., Art. 46 N 1).

Lors de l'élaboration de la LACE, cette prérogative a naturellement été maintenue. L'art. 12 LACE charge ainsi les **cantons** d'assurer l'exécution de cette loi et en particulier d'édicter les prescriptions nécessaires. En vertu de l'art. 25 OACE, les cantons avaient un délai de cinq ans pour édicter les dispositions d'exécution suite à l'entrée en vigueur de la LACE. Ce délai est arrivé à échéance le 1<sup>er</sup> janvier 1998, compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi au 1<sup>er</sup> janvier 1993. 2

## II. Remarques générales

La protection contre les crues incombe aux cantons, selon l'art. 2 LACE (voir commentaire ad art. 2 LACE). 3

## III. Commentaire

L'art. 12 LACE a pour objet la **répartition des compétences d'exécution** de la LACE entre la Confédération et les cantons. Cette disposition de la LACE se fonde sur l'art. 74 al. 3 Cst. réglant la répartition des compétences entre la Confédération et les Cantons. Selon l'art. 74 al. 3 Cst., l'exécution des dispositions fédérales en matière de protection de l'environnement incombe aux cantons sauf si la loi en réserve la compétence à la Confédération. La portée de l'art. 12 LACE est aisément identifiable dans la mesure où seul l'art. 11 LACE réserve une compétence à la Confédération, en l'occurrence l'éventuelle interdiction ou l'élimination de dispositifs compromettant la protection contre les crues. 4

### A. Délégation de compétence aux cantons (al. 1)

Conformément à l'art. 46 Cst., obligeant les cantons à mettre en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi, et selon l'art. 74 Cst., les cantons exécutent les dispositions fédérales dans la mesure où cette compétence n'est pas réservée. Il importe de préciser la notion d'exécution, la portée de cette exécution et la question des compétences communales en la matière. 5

## 1. Notion d'exécution

- 6 L'art. 36 LPE permet de préciser la notion d'exécution dans le droit de l'environnement. Aux termes de cet article, les cantons disposent d'une **compétence d'exécution au sens strict**. Ils sont ainsi tenus de la mettre en œuvre dans le cadre de leur autonomie (BELLANGER/DEFAGO, Commentaire LPE, Art. 36 N 7). Par conséquent, les cantons sont chargés de mettre en place les conditions permettant d'appliquer la loi. De plus, ils doivent se doter de l'organisation, des infrastructures, du personnel ainsi que des ressources financières adéquates (BELLANGER/DEFAGO, Commentaire LPE, Art. 36 N 9). Par exemple, dans le cadre de la LPE, les cantons sont chargés de déterminer les autorités compétentes. Ils sont de plus appelés à mettre en œuvre les procédures nécessaires pour les particuliers. Enfin, ils doivent édicter les directives nécessaires pour leurs propres services afin d'accomplir leurs tâches selon la LPE (BELLANGER/DEFAGO, Commentaire LPE, Art. 36 N 9 et 11a; BRUNNER, Kommentar USG, Art. 36–48 N 3). Les obligations des cantons selon la LPE restent ainsi générales. Les termes de l'art. 12 LACE recouvrent le principe exposé à l'art. 36 LPE et s'interprètent par analogie avec ce dernier. Il est ainsi permis de conclure que l'art. 36 LPE permet de préciser les obligations des cantons selon l'art. 12 LACE.
- 7 La notion d'exécution reste toutefois large. L'ensemble des autorités chargées de tâches publiques doivent prendre en compte la protection de l'environnement et sa mise en œuvre concrète. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection de l'environnement, et en particulier celle des cours d'eau, fait partie des **tâches générales** que les collectivités publiques doivent assumer lorsque ces collectivités exercent leurs compétences ordinaires. La protection de l'environnement s'ajoute ainsi, en tant que tâche générale, à toutes celles que les collectivités publiques assument dans l'exercice de leurs compétences ordinaires et qui ont des incidences sur l'environnement, sans qu'il soit besoin à cet effet d'une habilitation expresse donnée par la loi pertinente, en l'occurrence la LACE (ATF 112 Ib 280, consid. 6; ATF 113 Ib 383 ss, 399 s.; ATF 115 Ia 42, consid. 4).

## 2. Portée

- 8 Une tâche confiée aux cantons qui impose l'exécution d'une loi fédérale est contraignante (ATF 117 Ia 147, consid. 4c-f; MORELL, St. Galler Kommentar, Art. 74 N 29). Les cantons doivent prendre toutes les mesures nécessaires afin

de pouvoir mettre en application la loi. Toutefois, les cantons conservent une **large autonomie** lorsqu'ils reçoivent une compétence d'exécution (MORELL, St. Galler Kommentar, Art. 74 N 29). Ainsi, par exemple, aucune forme juridique précise de l'acte contenant les dispositions d'exécution n'est obligatoire (ATF 115 Ia 42, consid. 3b). En effet, dans le cadre de la LACE, le législateur fédéral ne s'est pas prononcé sur la forme juridique de l'acte par lequel les cantons doivent arrêter leurs dispositions d'exécution. C'est donc dans le seul droit cantonal qu'il y a lieu de juger si l'acte contenant les dispositions d'exécution repose sur une base légale suffisante. La liberté cantonale reste toutefois limitée en matière procédurale. L'art. 16 LACE renvoie notamment vers les dispositions générales de la procédure fédérale.

La protection contre les crues incombe aux cantons (voir commentaire ad art. 2 LACE) et, de ce fait, revêt une importance particulière. Du fait de leur proximité avec les éléments naturels, en particulier les cours d'eau, et les éléments construits, tels les installations diverses, les cantons sont chargés de prendre toutes les mesures utiles et nécessaires pour remplir leurs obligations liées à la protection de la population et des biens contre les crues (Message police des eaux 1876, 537 ss).

### 3. Compétences communales

L'exécution de la LACE incombe en premier lieu aux cantons, en particulier la protection contre les crues. Les cantons disposent d'une certaine autonomie afin d'exécuter les tâches dont ils sont chargés. Ainsi, les cantons peuvent par exemple déléguer leurs tâches aux **communes** (Message répartition des tâches 1988, 1349; MORELL, St. Galler Kommentar, Art. 74 N 30). Dans ce cas, la loi cantonale doit en disposer.

Cette délégation des tâches des cantons aux communes peut revêtir diverses formes. Par exemple, le canton peut déléguer des tâches en créant une coopération intercommunale, soit l'exécution de tâches communales concernant plusieurs communes. Dans ce cas, les cantons peuvent contraindre les communes à la collaboration quand des critères d'efficacité et économiques exigent une collaboration dans l'exécution des tâches. Une telle contrainte cantonale limitant l'autonomie des communes nécessite toutefois une base légale. Par exemple, l'art. 11 de la LAE BE est une base légale permettant d'imposer aux communes une telle coopération (Bernisches Verwaltungsrecht, 240).

- 12 La notion d'exécution, même dans ce cadre communal, reste large. L'ensemble des autorités chargées de tâches publiques, en particulier dans ce cas les communes, doivent prendre en compte la protection de l'environnement et sa mise en œuvre concrète. Ainsi, dans l'exercice des attributions qui leur sont dévolues par la loi, les communes doivent sans autre tenir compte de la protection de l'environnement, et en particulier de la protection des cours d'eau.

### **B. Prescriptions d'exécution (al. 2)**

- 13 Les cantons exécutent leurs tâches en élaborant des **lois, ordonnances, règlements ou directives** en la matière. Dans le cadre de ces activités, les cantons doivent toutefois se conformer aux mesures et aux exigences dictées par le **droit fédéral**, afin d'assurer une protection optimale contre les crues. Par exemple, les cantons ne peuvent se soustraire à l'obligation d'entretenir leurs cours d'eau ou d'en délimiter l'espace minimal (espace réservé aux eaux). La législation des cantons comprend ainsi des dispositions permettant de prévenir le risque de crues.

### **C. Communication à la Confédération (al. 3)**

- 14 Dans les cas où les cantons se voient contraints d'entreprendre des travaux dont l'ampleur dépasse le simple entretien du cours d'eau et que des mesures liées à la correction, à l'endiguement, à la réalisation de dépotoirs à alluvions doivent par exemple être prises, ils doivent communiquer ces projets au service compétent de la Confédération, c'est-à-dire à l'**OFEV** compétent en matière d'environnement et intégré au DETEC (art. 16 OACE). Sans cette obligation, la Confédération ne pourrait pas exercer son propre **devoir de contrôle** (art. 11 al. 2 et 3 LACE).

### **15 Zusammenfassung**

Der Vollzug der Bestimmungen des WBG unter dem Vorbehalt der Kompetenzen des Bundes in Fällen gemäss Art. 11 WBG obliegt den Kantonen, wobei der Bund die Aufsicht über den Gesetzesvollzug ausübt. Die Kantone erlassen die für den Vollzug des WBG notwendigen Gesetze, Verordnungen, Reglemente und Richtlinien (Abs. 2) und stellen die technischen Mittel für

die Bekämpfung der schädlichen Auswirkungen des Wassers zur Verfügung. Sie müssen über eine geeignete Organisation, Infrastruktur, Fachleute in diesem Bereich verfügen und dafür auch angemessene finanzielle Ressourcen bereitstellen. Sie sind verpflichtet, alle nützlichen und notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Bevölkerung und Güter gegen das Hochwasser zu schützen. Den Kantonen kommt eine gewisse Autonomie in der Ausführung dieser Aufgaben zu, so können sie diese insbesondere auch an die Gemeinden delegieren. Projekte für Massnahmen wie Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen usw. müssen dem Bund gemeldet werden, damit dieser seiner Kontrollpflicht nachkommen kann (Abs. 3).



## 5. Abschnitt: Grundlagenbeschaffung/Section 5: Etudes de base

### Art. 13 WBG/LACE

#### Confédération

- 1 La Confédération effectue les relevés d'intérêt national concernant:
  - a. la protection contre les crues;
  - b. les conditions hydrologiques.
- 2 Elle met les données recueillies et leur interprétation à la disposition des intéressés.
- 3 Le Conseil fédéral règle l'exécution des relevés et l'exploitation des données recueillies.
- 4 Les services fédéraux publient des directives techniques et conseillent les services chargés des relevés.

#### Bund

- 1 Der Bund führt Erhebungen von gesamtschweizerischem Interesse durch über:
  - a. die Belange des Hochwasserschutzes;
  - b. die hydrologischen Verhältnisse.
- 2 Er stellt die Ergebnisse und die Auswertung der Erhebungen Interessierten zur Verfügung.
- 3 Der Bundesrat regelt die Durchführung der Erhebungen und ihre Auswertung.
- 4 Die Bundesstellen erlassen fachtechnische Weisungen und beraten die Erhebungsstellen.

#### Confederazione

- 1 La Confederazione esegue rilevamenti di interesse nazionale concernenti:
  - a. la protezione contro le piene;
  - b. le condizioni idrologiche.
- 2 Essa mette a disposizione degli interessati i dati raccolti e la relativa interpretazione.
- 3 Il Consiglio federale disciplina l'esecuzione dei rilevamenti e la gestione dei dati raccolti.
- 4 I servizi federali emanano le istruzioni tecniche e consigliano i servizi incaricati dei rilievi.

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DES EAUX ET DE LA GÉOLOGIE (OFEG) (édit.), Protection contre les crues des cours d'eau, Directives de l'OFEG, L'environnement pratique no 7515, Bienne 2001 (cit. Directives Protection); OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE)/OFFICE FÉDÉRAL DES EAUX ET DE LA GÉOLOGIE (OFEG)/OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEPF), Recommandation – Aménagement du territoire et dangers naturels, Berne 2005 (cit. Recommandation Aménagement 2005); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/EIDG. FORSCHUNGSANSTALT FÜR WALD, SCHNEE UND LANDSCHAFT (WSL) (édit.) (rédigé par BEZZOLA GIAN RETO/HEGG CHRISTOPH/ALLER DÖRTE et al.), Ereignisanalyse Hochwasser 2005 – Teil 1 – Prozesse, Schäden und erste Einordnung, Umwelt-Wissen Nr. 0707, Berne 2007 (cit. Ereignisanalyse Teil 1); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/EIDG. FORSCHUNGSANSTALT FÜR WALD, SCHNEE UND LANDSCHAFT (WSL) (édit.) (rédigé par BEZZOLA GIAN RETO/HEGG CHRISTOPH/ALLER DÖRTE et al.), Ereignisanalyse Hochwasser 2005 – Teil 2 – Analyse von Prozessen, Massnahmen und Gefahrengrundlagen, Umwelt-Wissen Nr. 0825, Berne 2008 (cit. Ereignisanalyse Teil 2); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), L'OFEV en bref, <<http://www.bafu.admin.ch/org/09606/index.html?lang=fr>>, 26.9.2013 (cit. L'OFEV en bref); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT

(OFEV) (édit.), Adaptations d'ordonnances dans le domaine de l'environnement liées en particulier au développement des conventions-programmes pour la période allant de 2016 à 2019, 4.12.2013 <[http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O\\_Domaine-de-l-environnement\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O_Domaine-de-l-environnement_Rapport-expl_fr.pdf)>, 4.12.2013 (cit. Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), 7<sup>ème</sup> Conférence de l'OFEV sur les dangers naturels 03.07.2014 (cit. 7<sup>ème</sup> Conférence sur les dangers naturels).

### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	4
III.	Commentaire .....	7
	A. Relevés d'intérêt national (al. 1) .....	8
	B. Données recueillies (al. 2) .....	14
	C. Compétences du Conseil fédéral (al. 3) .....	17
	D. Compétences des services fédéraux (al. 4) .....	19

## I. Historique

La LACE – et donc notamment son art. 13 – s'inscrit dans le cadre des travaux menés aux fins d'une **nouvelle répartition des tâches** entre la Confédération et les cantons, consécutivement à la motion Binder. Cette dernière fut acceptée en 1973 (Message répartition des tâches 1988, 1296) et requit, d'une part, l'établissement d'un rapport sur l'«état des lieux» à cette époque et la formulation de propositions pour une nouvelle répartition, accompagnées des projets de révisions nécessaires au niveau constitutionnel et légal, d'autre part (Message répartition des tâches 1988, 1296). C'est ainsi que le domaine de l'aménagement des cours d'eau fut visé par le second train de mesures. Concrètement, la mesure préconisée dans ce domaine consista en une révision totale de l'ancienne Loi sur la police des eaux – et non partielle comme cela était envisagé au début. On remarqua en effet que l'ancienne loi, plus que centenaire, était dépassée en maints endroits et à de nombreux égards, de sorte qu'une révision partielle l'aurait rendue encore moins claire et moins compréhensible (Message répartition des tâches 1988, 1349).

Avec les articles sur les études de base, on entendait **codifier la pratique** développée jusqu'ici, afin de la doter d'une «base légale explicite» (Message répartition des tâches 1988, 1353). Ce faisant, on garantissait la sécurité juridique et rendait à notre avis la pratique plus transparente.

Dans le projet de loi du Conseil fédéral (Message répartition des tâches 1988, 1389), l'art. 13 LACE – qui était alors l'art. 14 – ne possédait que deux alinéas au lieu de quatre. Ceux-ci correspondaient en tout point aux deux premiers

alinéas de l'actuel art. 13 LACE. En outre, le projet comprenait un art. 16 qui chargeait la Confédération de coordonner les relevés. Le Parlement fédéral s'écarta du projet sur ce point en ajoutant donc deux alinéas à l'art. 13 LACE et en ne reprenant pas le texte de l'art. 16 proposé. Selon l'al. 3 de l'art. 13 LACE, le Conseil fédéral règle l'exécution des relevés et l'exploitation des données recueillies. De plus, les services fédéraux publient des directives techniques et conseillent les services chargés des relevés en vertu de l'al. 4. Force est de constater que la densité normative de la disposition adoptée par l'Assemblée fédérale est plus forte que celle du projet proposé par le Conseil fédéral.

## II. Remarques générales

- 4 Tant les **études de base** menées par la Confédération, c'est-à-dire les relevés d'intérêt national concernant la protection contre les crues et ceux concernant les conditions hydrologiques, que celles effectuées par les cantons revêtent un caractère fondamental pour la protection contre les crues. En effet, elles permettent d'accroître les connaissances dans le domaine, de déceler d'éventuels déficits au niveau de la protection, de mieux planifier et au final d'améliorer la prévention ainsi que la sécurité en cas de crues et après ces dernières. Leur coût est par ailleurs largement inférieur à celui des ouvrages de protection. Comme mentionné plus haut (voir N 2), les dispositions sur les études de base résultent d'une pratique qui s'était mise en place sous l'empire de l'ancienne législation sur la police des eaux et qui a reçu une assise légale suite à l'entrée en vigueur de la LACE. Au niveau de l'aménagement du territoire, les études de base existantes et en cours doivent notamment faire l'objet d'une présentation dans le texte du plan directeur (OFEG, Directives Protection, 54).
- 5 L'art. 13 LACE confie à la **Confédération** un certain nombre de **tâches** à accomplir: outre la réalisation desdits relevés (al. 1), celle-ci doit mettre les données recueillies et leur interprétation à la disposition des intéressés (al. 2), régler l'exécution des relevés et l'exploitation des données recueillies (al. 3) et publier des directives techniques ainsi que conseiller les services chargés des relevés (al. 4).
- 6 Le Conseil fédéral a précisé cette disposition à l'**art. 26 OACE**. Il est à noter au demeurant que des études de base sont également prévues dans d'autres législations fédérales. Tel est le cas dans la LEaux et dans la LAT (s'agissant de la LEaux, voir commentaires ad art. 57 ss LEaux). En ce qui concerne la

**LAT**, elle comprend un **art. 6** qui traite d'études de base en corrélation avec les plans directeurs des cantons. Celles-ci sont comme nous le verrons plus larges que celles en matière d'aménagement des cours d'eau. Jusqu'à une date récente, elles consistaient pour les cantons à déterminer dans les grandes lignes le cours que doit suivre l'aménagement de leur territoire (ancien al. 1 de l'art. 6 LAT). L'al. 1 a cependant été abrogé par la révision du 15 juin 2012, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2014. Selon l'al. 2 révisé, les cantons, en vue d'établir leurs plans directeurs, élaborent des études de base dans lesquelles ils désignent les parties du territoire qui, notamment, sont gravement menacées par des forces naturelles ou par des nuisances (let. c). Il apparaît qu'un lien étroit existe entre les études de bases de l'aménagement du territoire et celles du domaine des dangers naturels, les parties du territoire gravement menacées par des forces naturelles ne pouvant être désignées pertinemment qu'avec l'aide de la carte indicative des dangers et des cartes des dangers (voir dans ce sens art. 21 OACE). L'al. 3 ajoute que les cantons décrivent dans les études de base l'état et le développement des territoires urbanisés (let. a), des transports et communications, de l'approvisionnement ainsi que des constructions et installations publiques (let. b) et des terres agricoles (let. c). Ils doivent tenir compte des conceptions et plans sectoriels de la Confédération, des plans directeurs des cantons voisins, ainsi que des programmes de développement régional et des plans d'aménagement régional (al. 4). Enfin, des études de base sont encore mentionnées dans l'**Ofo** à l'art. 15 pour la protection contre les catastrophes naturelles – autrement dit les avalanches, les glissements de terrain, l'érosion et les chutes de pierres – sous le terme de «documents de base» et de manière moins évidente à l'art. 18 en ce qui concerne la gestion de la forêt sous le terme de «planification forestière» (voir OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019, 4), ainsi que dans la **LUMin** (voir son art. 8 al. 2 let. a).

### III. Commentaire

- 7 Les différents alinéas de l'art. 13 LACE renferment les éléments suivants:

#### A. Relevés d'intérêt national (al. 1)

- 8 En vertu de l'al. 1 de l'art. 13 LACE, il incombe à la Confédération d'effectuer les **relevés d'intérêt national** concernant la protection contre les crues et concernant les conditions hydrologiques. Pour être qualifié d'«intérêt national», un relevé concernant la protection contre les crues doit au regard de la pratique mise en place par l'OFEV se rattacher à un cours d'eau lui-même d'importance nationale à l'instar des grands fleuves traversant plusieurs cantons ou pays, ou encore de fleuves qui ont subi de grandes corrections dans l'histoire avec une participation importante de la Confédération, etc. Nous partons de l'idée que l'importance d'un cours d'eau pourrait compter parmi les critères susceptibles d'entrer en ligne de compte pour qualifier un relevé «d'intérêt national». Néanmoins, d'autres critères devraient également être envisagés. Nous pensons notamment à la précision du relevé effectué, à la portée du résultat qui intéresserait plusieurs cantons, etc.
- 9 Conformément à l'al. 3 de l'art. 13 LACE, le Conseil fédéral a précisé l'**exécution des relevés** à l'art. 26 OACE. Dans ce dernier, il octroie la compétence à l'OFEV d'effectuer les études de base pour le compte de la Confédération dans ce domaine. Il précise encore que l'OFEV lève en particulier les profils des cours d'eau (al. 1). L'OFEV récolte en outre les **données hydrologiques**; il aménage les stations de mesure nécessaires et en assure l'exploitation. Dans la mesure où cela n'entrave pas son activité, il peut effectuer contre rémunération des travaux hydrologiques pour le compte d'autorités, de sociétés et de particuliers (al. 2). Il est chargé de coordonner les inventaires des ouvrages et des installations qui sont importants pour la sécurité en cas de crues, établis par les cantons (al. 3) et de tenir un inventaire des mesures de protection contre les crues qui sont soutenues financièrement par la Confédération (al. 4). Dans le cadre d'une révision liée à la troisième période de programmes allant de 2016 à 2019 arrêtée par le Conseil fédéral le 28 janvier 2015 et qui, sous réserve de certaines exceptions, est entrée le 1<sup>er</sup> janvier 2016 (RO 2015 427), l'art. 26 OACE s'est vu doter d'un al. 5 qui confie une tâche supplémentaire à l'Office, à savoir l'analyse des sinistres d'importance nationale (pour un exemple, voir BAFU/WSL, Ereignisanalyse Teil 1). La raison qui motive ce complément réside dans le fait que pour être

pleinement en mesure de retenir les enseignements des catastrophes naturelles, une coordination entre la Confédération et les cantons est nécessaire au niveau de l'analyse des sinistres (OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019, 3; pour davantage d'informations au sujet de cette révision, voir commentaire ad art. 14 LACE N 18).

Par «**lever les profils des cours d'eau**», on entend effectuer un relevé de la géométrie des cours d'eau. Notons que dans la pratique, les levés des profils des cours d'eau suivent une planification, qui est parfois adaptée en fonction des besoins des cantons (projets, monitoring, etc.). Il arrive en outre que certains relevés soient intensifiés, car une crue s'est produite ou on estime que cela répond aux besoins du monitoring.

S'agissant de la manière dont sont effectués les relevés dans ce domaine, la Confédération a recours à des **mandats externes**. L'attribution de tels mandats se déroule dans le respect des règles du droit des marchés publics.

L'al. 3 de l'art. 26 OACE prévoit que l'OFEV coordonne les inventaires des ouvrages et des installations qui sont importants pour la sécurité en cas de crues, établis par les cantons. Cette tâche de **coordination** confiée à l'OFEV se rapporte à l'une des études de base réalisées par les cantons comme cela ressort de l'art. 27 al. 1 let. a OACE (voir commentaire ad art. 14 LACE N 9-11, 16 ss). La Confédération a ainsi élaboré un projet pour définir un modèle de données pour l'inventaire des ouvrages de protection, l'objectif étant d'harmoniser les données cantonales. Il s'avère pourtant que peu d'inventaires existent à ce jour dans le domaine de la protection contre les crues et qu'ils sont souvent incomplets.

En vertu de l'art. 26 al. 4 OACE, l'OFEV tient un **inventaire des mesures** de protection contre les crues qui sont soutenues **financièrement** par la Confédération. Dans les faits, un tel inventaire n'existe pas encore. Mais, des travaux exploratoires sont actuellement conduits dans les cantons. L'idée est que ces derniers, dans un premier temps, fassent l'inventaire de leurs mesures de protection contre les crues, puis qu'ils transmettent les données agrégées à la Confédération, qui les compilera sous forme d'inventaire. Evidemment, seuls les ouvrages de protection contre les crues répondant aux conditions posées à l'art. 9 LACE (voir commentaire ad art. 9 LACE) et ayant ainsi reçu un soutien financier de la part de la Confédération seront retenus aux fins de l'établissement de l'inventaire.

## B. Données recueillies (al. 2)

- 14 Aux termes de l'al. 2 de l'art. 13 LACE, la Confédération met les données recueillies et leur interprétation à la disposition des intéressés. Une fois les données recueillies, la Confédération se doit donc de les **interpréter**. En matière de relevés d'intérêt national concernant la protection contre les crues, il s'agira d'interpréter en particulier les levés des profils des cours d'eau, c'est-à-dire les relevés de la géométrie des cours d'eau. En ce qui concerne les conditions hydrologiques, qui recourent en grande partie les études de base effectuées par la Confédération dans le domaine de la protection des eaux, (voir commentaire ad art. 57 LEaux).
- 15 Elle doit encore mettre ces données et leur interprétation à la disposition des intéressés. Dans la pratique, la Confédération le fait sur demande des intéressés. Il s'agit, partant, d'une **information passive**. A la lumière du nouvel art. 10g LPE en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juin 2014 et plus particulièrement de son al. 2, l'accès à ces données en tant que documents officiels suivra les dispositions de la LTrans et de l'ordonnance y relative (voir OTrans). Pour une comparaison, voir commentaire ad art. 50 LEaux.
- 16 Le cercle des intéressés est constitué d'un public fortement spécialisé, à savoir les auteurs de projets en lien avec l'hydraulique tels que les ouvrages de franchissement, les forces hydrauliques ou les aménagements de cours d'eau.

## C. Compétences du Conseil fédéral (al. 3)

- 17 L'art. 13 al. 3 LACE octroie la compétence au Conseil fédéral de **régler l'exécution des relevés et l'exploitation des données recueillies**.
- 18 C'est sur cette base que le Conseil fédéral a arrêté l'art. 26 OACE. Nous renvoyons, partant, à ce qui a déjà été dit à ce sujet plus haut (voir N 6, 9 ss). L'al. 2 de l'art. 27 OACE spécifie par ailleurs que les cantons doivent tenir compte des directives techniques et des travaux réalisés par la Confédération. L'al. 3 assure une certaine cohérence du système dans la mesure où il astreint les cantons à mettre sur demande les données recueillies à la disposition de l'OFEV et à les rendre accessibles au public sous une forme adaptée. Aussi ce dernier alinéa est-il en parfaite adéquation avec la pratique de la Confédération exposée plus haut (voir N 14).

#### D. Compétences des services fédéraux (al. 4)

Le quatrième et dernier alinéa de l'art. 13 LACE prévoit que les services fédéraux publient des **directives techniques** et **conseillent** les services chargés des relevés. Il fait donc référence à «des services fédéraux». Un premier réflexe pourrait être de se dire que cela était correct au moment de l'entrée en vigueur de la LACE (avec les anciens OFEE, OFEG, OFEFP et Service hydrologique national), mais que tel ne serait plus le cas à l'heure actuelle: l'OFEV – qui est né en 2006 de la fusion entre l'ancien OFEFP et d'une grande partie de l'OFEG (OFEV, L'OFEV en bref) – n'est-il pas désormais seul compétent au niveau fédéral pour remplir cette tâche? L'art. 20 OACE qui a trait aux directives le laisse penser lorsqu'il commence avec l'OFEV. Ce serait toutefois faire abstraction du lien fort existant entre l'aménagement des cours d'eau et l'aménagement du territoire, en particulier pour ce qui est des directives concernant certains des relevés comme l'établissement des cartes des dangers. Aussi ne toucherions-nous pas à l'al. 4 de l'art. 13 LACE. Nous nous demandons en revanche s'il ne conviendrait pas d'ajouter l'ARE à l'art. 20 OACE. Cet Office faisait en effet partie des autorités ayant édicté les recommandations et directives fédérales dans ce domaine (voir p.ex. la Recommandation Aménagement 2005). Au demeurant, il est intéressant de constater que l'art. 27 al. 2 OACE parle, quant à lui, des directives techniques et des travaux réalisés par la Confédération, et non de l'OFEV.

En ce qui concerne les directives techniques elles-mêmes, elles embrassaient à l'époque l'ensemble de l'aménagement des cours d'eau. Aujourd'hui, l'interprétation faite par l'OFEV est beaucoup plus restrictive. A noter que la liste des directives dressée à l'art. 20 OACE n'est pas exhaustive.

A part les réponses aux demandes qui lui sont soumises, les **conseils** prodigués par l'OFEV prennent la forme notamment de séances d'accompagnement dans l'élaboration des projets, de manifestations scientifiques et de cours de formation continue. A cette occasion, l'OFEV se tient à disposition des participants pour toutes questions et organise des informations générales à l'exemple de la Conférence sur les dangers naturels – la septième Conférence s'est tenue le 23 mai 2014 à Berne et a réuni plus de 120 spécialistes, étant précisé qu'une huitième a dû avoir lieu durant le printemps 2015 (OFEV, 7<sup>ème</sup> Conférence sur les dangers naturels).

**22 Zusammenfassung**

Art. 13 WBG weist dem Bund verschiedene Aufgaben zu. Er ist verpflichtet, Erhebungen von gesamtschweizerischem Interesse über die Belange des Hochwasserschutzes und die hydrologischen Verhältnisse durchzuführen (Abs. 1), wobei der Bundesrat die Durchführung der Erhebungen und ihre Auswertung regelt (Abs. 3) und die Bundesstellen fachtechnische Weisungen erlassen und die Erhebungsstellen beraten (Abs. 4). Eine «Erhebung von gesamtschweizerischem Interesse» liegt nach der Praxis des BAFU vor, wenn einem Gewässer selbst nationale Bedeutung zukommt, dieses mehrere Kantone oder Staaten durchquert oder sich der Bund in der Vergangenheit massgeblich an grossen Korrekturen beteiligt hat und weiteren Kriterien. Der Bundesrat ist seiner Pflicht zum Erlass von Ausführungsbestimmungen (Abs. 3) mit Art. 26 WBV nachgekommen. Er betraut das BAFU Erhebungen über den Hochwasserschutz und die hydrologischen Grundlagen vorzunehmen. Dazu muss es auch die dazu notwendigen Messstationen betreiben. Ausserdem koordiniert das Bundesamt die Inventare über Bauten und Anlagen, welche für die Hochwassersicherheit von Bedeutung sind und auch eines über die vom Bund mitfinanzierten Hochwasserschutzmassnahmen (Art. 26 Abs. 3 und Abs. 4 WBV). Die Ergebnisse und Auswertung stellt er Interessierten zur Verfügung (Art. 13 Abs. 2 WBG). Dabei handelt es sich um passive Information, in der Praxis werden diese Informationen nur auf Nachfrage herausgegeben.



## Art. 14 WBG/LACE

### Cantons

Les cantons effectuent les autres relevés nécessaires à l'exécution de la présente loi et en communiquent les résultats aux services fédéraux compétents.

### Kantone

Die Kantone führen weitere Erhebungen durch, die für den Vollzug dieses Gesetzes erforderlich sind. Sie teilen die Ergebnisse den Bundesstellen mit.

### Cantoni

I Cantoni attuano gli altri rilevamenti necessari per l'esecuzione della presente legge e ne comunicano i risultati ai competenti servizi federali.

**Bibliographie:** BEELER URS R., Planerischer Schutz vor Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht 2008, 33 ss (cit. Planerischer Schutz); JUNGO FABIA, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse – avec des perspectives de droit international et de droit européen, th. Lausanne 2011/2012 (cit. Précaution); WALDMANN BERNHARD, Entschädigung aus materieller Enteignung für raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Schutz vor Naturgefahren?, in: Sicherheit & Recht 2009, 159 ss (cit. Entschädigung).

**Travaux préparatoires et sources juridiques officielles:** OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE DES EAUX (OFEE)/OFFICE FÉDÉRAL DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE (OFAT)/OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEFP) (édit.) (rédigé par LOAT ROBERTO/PETRASCHECK ARMIN), Recommandations 1997, Prise en compte des dangers dus aux crues dans le cadre des activités de l'aménagement du territoire, Bienne 1997 (cit. Recommandations Aménagement 1997); OFFICE FÉDÉRAL DES EAUX ET DE LA GÉOLOGIE (OFEG) (édit.), Protection contre les crues des cours d'eau, Directives de l'OFEG, L'environnement pratique n° 7515, Bienne 2001 (cit. Directives Protection); PLATE-FORME NATIONALE «DANGERS NATURELS» (PLANAT) (édit.) (rédigé par LÜTHI ROLF), Cadre juridique des cartes de dangers, in: Série PLANAT 5/2004, 1 ss (cit. Cartes de dangers); OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE)/OFFICE FÉDÉRAL DES EAUX ET DE LA GÉOLOGIE (OFEG)/OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE (OFEFP), Recommandation – Aménagement du territoire et dangers naturels, Berne 2005 (cit. Recommandation Aménagement 2005); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), ProtectMe – Cadastre des ouvrages de protection, 28.2.2008 (cit. ProtectMe); KANTONS RAT ST. GALLEN, Wasserbaugesetz SG – Botschaft und Entwurf der Regierung vom 22. April / 14. Mai 2008, in: Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 24/ 9.6.2008, 2175 ss (cit. Botschaft WBG SG 2008); Message relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire du 20 janvier 2010, FF 2010 959 ss (cit. Message révision LAT 2010); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU) (Hrsg.) (rédigé par HEPPELLE ERWIN), Rechtliche Verankerung des integralen Risikomanagements beim Schutz vor Naturgefahren, Rechtsgutachten, Umwelt-Wissen Nr. 1117, Berne 2011 (cit. Risikomanagement); DÉPARTEMENT DE L'INTÉRIEUR ET DE LA MOBILITÉ GE (DIM GE), DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EAU, SERVICE DE L'ÉCOLOGIE DE L'EAU (SECOE GE), Gestion des dangers naturels – Risques liés aux crues – L'essentiel en bref, Aïre 2011 (cit. Gestion des dangers naturels GE); GROUPE DE TRAVAIL «DANGERS NATURELS» DU CANTON DE BERNE (édit.), Attention, dangers naturels! – Responsabilité du canton et des communes en matière de dangers naturels, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2013 (cit. Dangers naturels BE); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Adaptations d'ordonnances dans le domaine de l'environnement liées en particulier au développement des conventions-programmes pour la période allant de 2016 à 2019, 4.12.2013 <[http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O\\_Domaine-de-l-environnement\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2556/O_Domaine-de-l-environnement_Rapport-expl_fr.pdf)>, 4.12.2013 (cit. Adap-

tations d'ordonnances conventions-programmes 2016–2019); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Cadastre des événements naturels – StorMe, 16.1.2014 (cit. StorMe); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Travaux législatifs OFEV 2014–2019, <<http://www.bafu.admin.ch/recht/13834/13837/index.html?lang=fr>>, 1.3.2014 (cit. Travaux législatifs 2014–2019); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Etat de la cartographie des dangers – ShowMe, 26.5.2014 (cit. ShowMe); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Réalisation de la cartographie des dangers naturels pour toute la Suisse, <<http://www.bafu.admin.ch/naturgefahren/03064/12701/index.html?lang=fr&msg-id=53122>>, 26.5.2014 (cit. Réalisation cartographie); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Cartes des dangers, 7.8.2014 (cit. Cartes de dangers); OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV) (édit.), Les cartes des dangers de 24 cantons sont désormais en ligne, 9.7.2015, <<http://www.bafu.admin.ch/dokumentation/medieninformation/00962/index.html?lang=fr&msg-id=58064>>, 24.7.2015 (cit. Cartes en ligne); CANTON DE VAUD, Dangers naturels, Acteurs et compétences, 24.7.2015, <<http://www.vd.ch/themes/territoire/dangers-naturels/acteurs-et-competences/>>, 24.7.2015 (cit. Acteurs et compétences).

### Table des matières

I.	Historique .....	1
II.	Remarques générales .....	3
III.	Commentaire .....	8
	A. Autres relevés des cantons.....	9
	1. Les différents types d'autres relevés des cantons.....	15
	2. Compétences.....	34

## I. Historique

- 1 L'art. 14 LACE est le pendant pour les cantons de l'**art. 13 LACE**. Il fut, par tant, développé dans le même contexte que ce dernier et reprit la pratique qui avait été mise en place jusqu'à l'entrée en vigueur de la LACE tout en lui conférant une «base légale explicite» (Message répartition des tâches 1988, 1353; voir commentaire ad art. 13 LACE N 1 s.).
- 2 La teneur de l'art. 14 LACE est identique à celle de l'art. 15 du projet de loi du Conseil fédéral (Message répartition des tâches 1988, 1389), les Chambres fédérales ne s'étant point écartées de la proposition du Conseil fédéral pour cet article. Seul le numéro d'article a dû subir une adaptation en vue d'assurer la cohérence de l'articulation de la LACE arrêtée.

## II. Remarques générales

- 3 Les **études de base** des cantons, soit les autres relevés nécessaires à l'exécution de la LACE, sont tout aussi importantes du point de vue de la protection contre les crues que celles réalisées par la Confédération. Données indispensables à la gestion intégrée des risques (OFEV, Manuel conventions-

programmes, Partie 6, 13), elles influent aussi directement sur l'aménagement du territoire. Il suffit pour s'en convaincre de penser p.ex. aux cadastres des dangers, ou encore aux cartes des dangers, dont les zones rouges amèneront à y proscrire, en principe, la délimitation de nouvelles zones à bâtir ainsi que l'édification ou l'agrandissement de constructions et d'installations (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 6; OFEG, Directives Protection, 46 s.). La juste appréciation de la situation de danger représente d'ailleurs une condition essentielle pour la délivrance d'un permis de construire (TF 1C\_203/2012 du 18 janvier 2013, consid. 1.2).

L'**art. 21 OACE** astreint les cantons à désigner les zones dangereuses (al. 1) et à en tenir compte – tout comme l'espace à réserver aux eaux – dans leurs plans directeurs et dans leurs plans d'affectation ainsi que dans d'autres activités ayant des effets sur l'organisation du territoire (al. 3). 4

Dans la pratique, les études de base cantonales doivent figurer notamment dans le texte du **plan directeur** (OFEG, Directives Protection, 54). Elles ont aussi une incidence pour les plans d'affectation: les cartes des dangers, par exemple, fourniront des indications précieuses lors de l'élaboration de ceux-ci, qui à leur tour devront les mettre en œuvre (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 5 s.). Enfin et comme mentionné plus haut, un permis de construire pourra être assorti de conditions, voire refusé en fonction de la situation de danger existant à un endroit donné (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 6, 8). 5

Il convient par ailleurs de procéder à des **réexamens périodiques** des études de base pour déterminer leur adéquation dans le temps. De tels réexamens ont lieu entre autres suite à la survenance d'un événement dommageable, à la réalisation d'une mesure de protection contre les crues, à la révision du plan directeur, respectivement du plan d'affectation, ou encore à l'évolution des connaissances scientifiques. Si le résultat d'un réexamen révèle l'obsolescence d'une étude de base, celle-ci devra être adaptée (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 13 s., 17). 6

Au demeurant, nous tenons à souligner que les notions qui seront définies dans le présent commentaire se fondent sur les documents les plus récents, sachant que de nombreuses définitions existent, p.ex. dans un Dictionnaire de la protection contre les crues ou encore dans la banque de données terminologiques de l'administration fédérale «TERMDAT». 7

### III. Commentaire

- 8 L'art. 14 LACE charge donc les **cantons** de réaliser des études de base qu'il décrit comme étant les autres relevés nécessaires à l'exécution de la LACE. Il ajoute que les cantons doivent communiquer les résultats desdits relevés aux services fédéraux compétents.

#### A. Autres relevés des cantons

- 9 La notion d'«**autres relevés nécessaires à l'exécution de la présente loi**» des cantons est explicitée à l'**art. 27 al. 1 OACE**. Ce dernier énumère en effet les études de base qu'effectuent les cantons en la matière. Partant de la législation faisant foi jusqu'au 31 décembre 2015, le présent chapitre exposera systématiquement les modifications intervenues avec l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, de la dernière révision. Il s'agit ainsi pour les cantons:
- d'établir des inventaires répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues (ancienne let. a);
  - de tenir un cadastre des dangers (ancienne let. b);
  - d'élaborer des cartes des dangers et de les tenir à jour (ancienne let. c);
  - d'effectuer un relevé de l'état des eaux et de leur modification (let. d);
  - de répertorier les sinistres d'une certaine importance (ancienne let. e);
  - d'aménager les stations de mesures requises dans l'intérêt de la protection contre les crues et d'en assurer l'exploitation (let. f).
- 10 De ce fait, les autres relevés des cantons constituent avant tout des mesures de planification.
- 11 Comme évoqué dans le cadre du commentaire ad art. 13 LACE (voir commentaire ad art. 13 LACE N 12), un lien existe entre les art. 26 al. 3 et art. 27 al. 1 let. a OACE. Ainsi, les inventaires répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues établis par les cantons font l'objet d'une coordination de l'OFEV.
- 12 L'al. 2 de l'art. 27 OACE enjoint aux cantons de tenir compte des **directives techniques** et des travaux réalisés par la Confédération. Les aides à l'exécution et communications de la Confédération existant dans ce domaine

sont les recommandations de 1997 (OFEE/OFAT/OFEFP, Recommandations Aménagement 1997), les directives de 2001 (OFEG, Directives Protection), la recommandation de 2005 (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005) et enfin le Manuel sur les conventions-programmes conclues dans le domaine de l'environnement (OFEV, Manuel conventions programmes; nous signalons qu'il existe un nouveau manuel pour la troisième période de programmes allant de 2016 à 2019). Elles sont d'ailleurs aussi reprises dans la jurisprudence du TF (voir p.ex. ATF 140 I 168, consid. 4.1.2).

Sur demande, les cantons mettent les données recueillies à la disposition de l'OFEV et les rendent accessibles au **public** sous une forme adaptée (art. 27 al. 3 OACE). On peut déduire deux choses de ce dernier alinéa – celui-ci est par ailleurs, et comme nous le verrons ci-après (voir N 17), intraséquentiellement lié à la législation fédérale sur la géoinformation. La première est que les services fédéraux compétents mentionnés à l'art. 14 LACE sont avant tout l'OFEV. La seconde est que la communication n'a pas lieu de façon automatique comme le laisserait supposer une lecture rigoureuse de l'art. 14 LACE, mais uniquement **sur demande de l'OFEV**. 13

De manière plus générale, la doctrine émet de sérieux doutes quant au respect du **principe de la légalité** dans la mesure où, selon elle, l'obligation d'établir notamment les cartes des dangers serait prévue seulement au niveau de l'ordonnance (voir notamment PLANAT, Cartes de dangers, 19 s.). Nous ne partageons pas cet avis, car l'obligation elle-même résulte non pas de l'art. 27 OACE, mais de l'art. 14 LACE. Certes, cet article ne mentionne pas encore les cartes des dangers en tant que telles. Néanmoins, il fixe l'obligation générale, son principe: les cantons ont le devoir d'effectuer les autres relevés nécessaires à l'exécution de la LACE. Ce faisant, toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit nous paraissent incorporées dans l'art. 14 LACE, et les art. 164 Cst. et art. 22 LParl sont aussi respectés. Rien ne s'oppose à ce que le principe soit ensuite concrétisé, précisé dans l'ordonnance d'exécution de la LACE. 14

## 1. Les différents types d'autres relevés des cantons

Dans ce sous-chapitre, il s'agit de revenir sur chacun des types de relevés cantonaux. 15

### **Les inventaires répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues**

- 16 Les **inventaires** répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues prévus à l'ancienne let. a de l'al. 1 de l'art. 27 OACE consistent en «un recueil des conditions d'aménagement des cours d'eau et des ouvrages déjà réalisés» (DIM GE/SECOE GE, Gestion des dangers naturels GE, 8; il est à noter que le canton de Genève, comme la plupart des cantons, l'appelle «cadastre des ouvrages de protection»). Des mesures et des assainissements peuvent être déduits de la lecture de ces inventaires.
- 17 Ces inventaires relèvent donc de la compétence des cantons, certains d'entre eux prévoyant une délégation aux communes. Des questions se posent pour les cantons lors de l'établissement de ces inventaires, notamment au regard du **degré de précision** requis par la Confédération compte tenu de la législation fédérale sur la géoinformation et de l'art. 20a OACE. Autrement dit, les inventaires atteindront en définitive une qualité permettant un échange simple et une large utilisation (voir art. 4 al. 1 LGéo; voir au surplus art. 5 LGéo s'agissant plus particulièrement des géodonnées de base relevant du droit fédéral, dont il est question ici; voir enfin OFEV, Manuel conventions-programmes, Partie 6, 13, selon lequel les études de base «doivent être accessibles à la population et mises à la disposition des intéressés...»). La protection et la sécurité en cas de crues (autres relevés) ainsi que les cartes des dangers et le cadastre des dangers sont catalogués dans l'annexe 1 de l'OGéo. Ainsi, la confection d'un manuel ou d'une aide à l'exécution est actuellement discutée. Ces inventaires servent de base à l'élaboration des cartes des dangers liés aux crues (DIM GE/SECOE GE, Gestion des dangers naturels GE, 5).
- 18 Au demeurant, même si la terminologie usitée dans la pratique par les autorités fédérales et cantonales («cadastres des ouvrages de protection») se distancie de celle de l'ancienne teneur de l'OACE, ce qui était à notre avis regrettable du fait que cela induisait un risque de confusion pour les non spécialistes, il s'avère qu'elle est commune à la quasi-totalité des cantons et à l'OFEV (voir p.ex. OFEV, Manuel conventions-programmes, Partie 6, 3, qui d'ailleurs utilise les deux désignations confirmant par là même l'ambiguïté). L'OFEV utilise également ce terme en lien avec la base de données «ProtectMe». Cette dernière est un outil informatique développé par l'OFEV dans le but de fournir une aide aux services cantonaux spécialisés dans leur tâche

d'inventaire des ouvrages de protection (pour davantage d'informations quant à cette base de données, voir OFEV, ProtectMe). Notons encore qu'une **révision de l'OACE** a été arrêtée par le Conseil fédéral le 28 janvier 2015 avec celle de plusieurs autres ordonnances dans le cadre de la troisième période de programmes allant de 2016 à 2019, au moyen d'un «*Mantelerlass*» intitulé «Modifications d'ordonnances dans le domaine des conventions-programmes», avec entrée en vigueur, sous réserve de certaines exceptions, le 1<sup>er</sup> janvier 2016 (OFEV, Travaux législatifs 2014-2019, 1). La révision en question (RO 2015 427) a notamment modifié l'al. 1 let. a de l'art. 27 dans le sens de deux légères adaptations rédactionnelles («dressent» et «importants») et apporté un complément avec la notion entre parenthèses de «cadastre des ouvrages de protection» qui s'est imposée dans la pratique (OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019, 3). Au vu de ce qui vient d'être exposé ci-dessus, une telle modification est à saluer; *de lege ferenda*, nous sommes cependant d'avis qu'un remplacement au lieu d'un complément entre parenthèses serait plus judicieux puisque la notion actuelle d'«inventaire répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues» n'a pour ainsi dire pas trouvé d'écho dans la pratique, que les autres instruments formulés à l'art. 27 OACE le sont de manière plus concise et que la nouvelle notion pourrait, au besoin, être explicitée au niveau d'une aide à l'exécution. De plus, on peut légitimement se demander si cette modification ne devrait pas plutôt intervenir déjà à l'art. 26 al. 3 OACE où ladite notion apparaît pour la première fois dans l'ordonnance, et ce nonobstant le fait que le texte français en vigueur des deux articles ne soit pas totalement identique à la différence des textes allemand et italien.

### Les cadastres des dangers

En ce qui concerne le cadastre des dangers, il s'agit d'un «inventaire systématique, structuré et interprétable des événements naturels passés»<sup>19</sup> (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 46; dans ce document, ledit cadastre est dénommé «cadastre des événements»). D'une part, il renseigne «... sur la zone d'incidence des dangers naturels, ainsi que sur les conditions météorologiques, géologiques, géomorphologiques et hydrologiques» (OFEG, Directives Protection, 36). Il sert, d'autre part, de base à l'élaboration des cartes indicatives des dangers, dont la validation est sujette à confrontation avec celui-ci (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 5, 15). Aussi joue-t-il un rôle important en ce qui concerne

l'étape de l'évaluation des dangers naturels (OFEV, StorMe). Il présuppose une mise à jour en continu (BEELER, Planerischer Schutz, 40). Des parallèles peuvent être faits avec les inventaires répertoriant les ouvrages et les installations qui ont une importance pour la sécurité en cas de crues. Premièrement, la pratique a développé au fil des années d'autres dénominations, de sorte qu'une adaptation de l'OACE se justifiait. C'est ainsi que la révision de l'OACE a remplacé à l'art. 27 al. 1 let. b OACE «cadastre des dangers» par «cadastre des événements» tout en spécifiant qu'il s'agit d'une documentation des sinistres. Par cette adaptation de l'OACE, la notion de «cadastre des dangers» regroupera alors celles de «cadastre des ouvrages de protection» et de «cadastre des événements» (OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019, 3). La révision de l'OACE ajoute que les cantons analysent en cas de besoin les sinistres d'une certaine gravité et a abrogé la let. e de l'art. 27 al. 1 OACE pour éviter toute redondance.

- 20 Deuxièmement, l'OFEV met à disposition des cantons une base de données appelée «StorMe» afin de leur fournir une aide dans ce domaine. «StorMe» se réfère par ailleurs à la notion de «cadastre des événements» et fait l'objet d'une actualisation qui devrait être terminée en 2015 (OFEV, StorMe).

### Les cartes des dangers

- 21 Les études de base des cantons les plus importantes sont sans conteste les **cartes des dangers** prévues à la let. c de l'al. 1 de l'art. 27 OACE. Par souci de précision, et bien qu'aucune des méthodes d'interprétation ne permette de le déduire, il sied encore de mentionner l'existence des **cartes indicatives des dangers**. Aussi le texte légal est-il à notre sens lacunaire. L'art. 27 al. 1 OACE devrait être complété soit par une nouvelle lettre, soit par une extension correspondante de la let. c. Une telle démarche garantirait en outre une certaine uniformité au sein des cantons et une cohérence analogue aux instruments de l'aménagement du territoire, vu que les plans d'affectation et les plans directeurs – les cartes indicatives des dangers se situent à cet échelon comme nous le verrons ci-après (voir N 25) – sont, eux, réglementés dans la LAT.
- 22 Par «**carte des dangers**», on entend «une carte établie sur la base de critères scientifiques, qui, à l'intérieur d'un périmètre bien défini, contient des indications détaillées portant sur le type de danger, les degrés de danger et l'extension spatiale probable des processus dangereux» (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 46). Lesdits critères scientifiques sont posés dans les directives et recommandations de la Confédération (voir notamment ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 16 ss)

conformément au mandat confié par l'art. 20 let. b OACE. D'un niveau de détail très élevé (échelle allant du 1:2'000 au 1:10'000), la carte des dangers indique, en d'autres termes, pour une parcelle donnée quels sont les types de dangers qui la menacent, avec quelle intensité et quelle probabilité d'occurrence, quelles en sont les causes, etc. Elle comprend **cinq couleurs** différentes selon le degré de danger: rouge lorsque le danger est élevé, bleu lorsqu'il est moyen, jaune lorsqu'il est faible, hachuré jaune-blanc lorsqu'il est résiduel et, enfin, blanc lorsqu'aucun danger n'est connu ou qu'il est de l'ordre du négligeable (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 16; OFEG, Directives Protection, 45 s.). Le choix des couleurs en lui-même repose bien plus sur une convention dégagée au cours de l'histoire avec pour souci la lisibilité que sur une véritable logique ou une quelconque signification contrairement p.ex. aux listes dans le domaine de la biodiversité. On remarquera que les couleurs retenues correspondent aux couleurs primaires, plus le blanc. Il sied encore de signaler que dans la réalité, le blanc n'est pas représenté sur les cartes, il est transparent. Les degrés de danger sont définis au moyen d'un diagramme fondé sur des critères scientifiques. Les conséquences des zones sont décrites dans les recommandations et directives de la Confédération comme suit: la zone rouge est une zone d'interdiction, la bleue une zone de réglementation et les autres des zones de sensibilisation (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 27; à noter que les directives de 2001 (OFEG, Directives Protection) divergent sur le traitement de la zone blanche en la déclarant zone sans limitation, 46). Certes, l'art. 20 OACE impose à la Confédération d'édicter des directives sur l'établissement de cartes des dangers (let. b). Cependant, rien n'indique dans cet article, ni dans l'art. 27 OACE, comme l'a relevé à juste titre LÜTHI en 2004 déjà (PLANAT, Cartes de dangers, 21 s.) que la Confédération soit habilitée à se prononcer sur les conséquences des cartes des dangers. WALDMANN, de façon plus nuancée, arrive à la même conclusion, mais en argumentant sous l'angle de la distinction entre les questions de fait et de droit (WALDMANN, Entschädigung, 167, et plus particulièrement n. 54 ainsi que la référence à la jurisprudence citée à l'appui). La doctrine n'est toutefois pas unanime sur ce point. HEPPERLE soutient le contraire en spécifiant qu'en cas d'écart, l'autorité devra dûment motiver sa décision (BAFU, Naturgefahren, 43; BAFU, Risikomanagement, 29, 45). Le TF, pour sa part, considère que la question de savoir si un risque existant sur un territoire donné est si grand qu'il empêchera la construction n'est pas une question laissée aux mains des experts, mais une question juridique (ATF 114 Ia 245, consid. 6a). Dans des arrêts ultérieurs, il ne semble cependant pas prêter attention à cette problématique

s'agissant des directives et recommandations de la Confédération (voir notamment TF 1C\_51/2011 du 11 janvier 2012, consid. 2.1). Même si les conséquences envisagées dans lesdites recommandations et directives sont d'après nous totalement fondées, il convient de rappeler que la protection contre les crues incombe aux cantons (voir art. 2 LACE et le commentaire y afférent). Selon nous, il serait judicieux que le Conseil fédéral se penche à nouveau sur la question de la portée à donner dans l'OACE aux directives de la Confédération relatives aux cartes des dangers, étant entendu qu'il y aurait alors lieu de tenir compte non seulement des compétences respectives en matière d'aménagement du territoire (art. 75 al. 1 Cst.) et dans le domaine des eaux (art. 76 Cst.), mais aussi de la condition selon laquelle le terrain est propre à la construction (art. 15 al. 4 let. a LAT), ce qui n'est pas le cas lorsqu'un danger est suffisamment grand et qu'il n'est pas réduit par le biais d'autres mesures (TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, consid. 5.1 et les références citées ainsi que les considérations avancées par le TF pour le cas d'espèce dans le consid. 5.2 – cette jurisprudence a certes été rendue sous l'empire de l'ancien art. 15 LAT, mais elle est transposable telle quelle à nos yeux, et ce en dépit des conditions plus restrictives pour les nouvelles délimitations en zone à bâtir puisque le critère des propriétés du terrain a été repris dans la révision [Message révision LAT 2010, 982]; lorsqu'une portion d'un territoire est classée en zone rouge, nous estimons que la condition du danger suffisamment grand est toujours remplie). Il faudra également tenir compte du principe de la proportionnalité (ATF 114 Ia 245, consid. 6c). Outre cette fonction de délimitation des zones des dangers, les cartes des dangers constituent une base pour la formulation de conditions de construction, la conception de mesures de protection, la planification des mesures d'urgence (ARE/OFEG/OFEPF, Recommandation Aménagement 2005, 17) et la sensibilisation de la population (OFEV, Cartes de danger). A noter que, s'agissant de cette dernière fonction, elles sont un prérequis pour un dialogue sur les risques ouvert (GOVONI, Risikomanagement, 108). En somme, elles permettent d'établir les faits pertinents (BAFU, Naturgefahren, 42; GOVONI, Risikomanagement, 108-109; WALDMANN, Entschädigung, 166 s.).

- 23 La **carte** est – comme la carte indicative des dangers – constituée d'une partie carte et d'une partie texte (OFEE/OFAT/OFEPF, Recommandations Aménagement 1997, 15). Comme évoqué plus haut (voir N 4 s.), les cartes des dangers devront être intégrées dans les plans d'affectation selon l'art. 21 al. 3 OACE. Se pose alors la question sous l'angle juridique de savoir qu'elle en est la valeur avant leur intégration. Il est généralement admis

qu'elles sont, à ce stade, **dénuées de force obligatoire**, mais les autorités doivent en tenir compte dans leurs décisions à incidence spatiale, faute de quoi elles pourront se voir reprocher une irrégularité pour constatation inexacte ou incomplète des faits (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement du territoire 2005, 32; PLANAT, Cartes de dangers, 37 ss). Mais les exigences ne s'arrêtent point là: «[dès] qu'elle dispose d'indices donnant à penser qu'un secteur est éventuellement menacé par [des dangers naturels], l'autorité est [...] tenue de procéder à des investigations complémentaires avant de rendre sa décision, que les documents de base aient déjà été ou non transposés en termes d'aménagement du territoire» (TF 1C\_51/2011 du 11 janvier 2012, consid. 3.).

Pour juger de la pertinence d'une carte des dangers relative à la protection 24  
contre les crues établie dans un cas concret, le TF retient encore les critères de l'«**état de l'art actuel**» et des «**connaissances raisonnables** que l'on peut avoir du bassin versant concerné» (TF 1C\_51/2011 du 11 janvier 2012, consid. 4.1).

La **carte indicative des dangers** est «une carte synoptique établie selon des 25  
critères scientifiques et renseignant sur les dangers qui ont été identifiés et localisés, mais ni analysés, ni évalués en détail» (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement du territoire 2005, 46). Elle offre, partant, une vue d'ensemble des dangers naturels existants ou présumés ainsi que le type dont il est question, pour l'entier d'un territoire, la plupart du temps le canton (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 15, 17). Son échelle va du 1:10'000 au 1:50'000. Elle doit à son tour être transposée dans le plan directeur (art. 21 al. 3 OACE). Un des principaux atouts de cette étude de base consiste en la fourniture d'une aide à la décision en ce qui concerne l'élaboration des cartes des dangers (BEELER, Planerischer Schutz, 40). En effet, elle permet de définir pour ce processus un ordre de priorité de l'action à mener en fonction des dangers alors identifiés et, ce faisant, de faire un usage parcimonieux des fonds à disposition (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 15).

Au niveau de la Confédération, l'OFEV a institué une base de données, 26  
«**ShowMe**», ayant pour vocation de fournir un aperçu de l'état d'avancement de la cartographie des dangers naturels pour l'ensemble du territoire suisse (voir OFEV, ShowMe). En 2014, 93 % des cartes ont été établies pour les zones à bâtir, de sorte que la cartographie y relative est presque terminée, étant précisé qu'il est prévu d'en achever la réalisation au plus tard en 2016

(OFEV, Réalisation cartographie). La Suisse entre dès lors dans une deuxième phase qui consiste à procéder, d'une part, à l'intégration des cartes dans les plans d'affectation et, d'autre part, à la mise à jour des cartes déjà établies. A cela s'ajoute encore l'élaboration des cartes des dangers pour les territoires sis hors zone à bâtir (OFEV, Réalisation cartographie), tout en tenant compte du principe de proportionnalité (PLANAT, Cartes de dangers, 34 s.).

- 27 En outre, on relèvera que 24 cantons ont actuellement mis leurs cartes sur internet (OFEV, Cartes en ligne).
- 28 Enfin, l'art. 27 al. 1 let. c OACE exige des cantons qu'ils tiennent leurs **cartes des dangers à jour**, sans donner toutefois plus de précisions. Les recommandations et directives de la Confédération préconisent un contrôle périodique et si nécessaire une mise à jour à l'occasion de la révision du plan directeur respectivement du plan d'affectation ou consécutivement à un changement notable de la situation de danger tel que la survenance d'un événement ou la construction d'un ouvrage de protection (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 17; OFEE/OFAT/OFEFP, Recommandations Aménagement 1997, 15; OFEG, Directives Protection, 45; pour des cas concrets où la question d'une éventuelle adaptation se posa, voir les arrêts déjà cités plus haut TF 1C\_203/2012 du 18 janvier 2013, concernant la carte des dangers de la commune de Vitznau [canton de Lucerne] vérifiée une première fois après les intempéries de 2005, puis dans le cadre d'une procédure d'octroi d'un permis de construire, et TF 2C\_461/2011 du 9 novembre 2011, se penchant sur un cas de contribution allouée par la Confédération en lien avec les laves torrentielles du Glyssibach à Brienz [canton de Berne], où la carte avait été actualisée suite aux mêmes intempéries, provoquant entre autres un classement des biens-fonds litigieux en zone rouge). Toujours est-il que les cantons sont fondamentalement libres sur ce point et se doivent de définir la fréquence des actualisations dans leur droit cantonal (PLANAT, Cartes de dangers, 36). Cela étant, il doit être dûment tenu compte du principe de précaution (PLANAT, Cartes de dangers, 37), sachant que celui-ci gagne en importance dans le domaine de la protection contre les dangers naturels (JUNGO, Précaution, 221).
- 29 La révision de l'OACE a ajouté à la let. c de l'al. 1 de l'art. 27 que les cantons élaborent des plans d'urgence en cas de sinistre et les tiennent également à jour.

### Les relevés de l'état des eaux et de leur modification

Les cantons sont de surcroît tenus d'effectuer un relevé de l'état des eaux et de leur modification conformément à la let. d de l'art. 27 al. 1 OACE. Parfaitement claire, cette lettre ne requiert pas davantage de précisions. 30

### Les répertoires des sinistres d'une certaine importance

Cette étude de base n'appelle guère, ou du moins plus de commentaires dans la mesure où, comme nous l'avons déjà vu plus haut, la révision a précisé la let. b et abrogé la let. e de l'art. 27 al. 1 OACE, les sinistres importants étant déjà répertoriés et analysés dans le cadre du cadastre des événements (OFEV, Adaptations d'ordonnances conventions-programmes 2016-2019, 3). 31

### L'aménagement et l'exploitation des stations de mesure requises dans l'intérêt de la protection contre les crues

L'art. 27 al. 1 let. f OACE impose aux cantons d'aménager les **stations de mesure requises** dans l'intérêt de la protection contre les crues, puis d'en assurer l'exploitation. On retrouve une certaine analogie avec l'obligation posée par l'art. 26 al. 2 OACE, mais cette fois au niveau des cantons (voir commentaire ad art. 13 LACE N 9). 32

### Autres études de base des cantons

Un tour d'horizon des différents documents publiés en la matière révèle encore l'existence de nombreuses **autres études de base** effectuées par les cantons telles que les **cartes d'intensité**. Ces dernières constituent des «produits intermédiaires importants pour établir les cartes des dangers. Elles indiquent par classe de probabilité (élevée, moyenne, faible, très faible) les intensités des processus dangereux auxquelles il faut s'attendre, telles la profondeur d'inondation et la vitesse d'écoulement en cas de crue ... [Elles] servent aussi de base pour calculer les risques et pour élaborer les mesures de protection et les mesures d'urgence» (ARE/OFEG/OFEFP, Recommandation Aménagement 2005, 16). La liste de l'art. 27 al. 1 OACE n'est manifestement pas exhaustive. 33

## 2. Compétences

L'art. 14 LACE se rapporte clairement aux **cantons**. Rien n'empêche cependant ces derniers de décider, en vertu de leur autonomie, de déléguer cer- 34

taines compétences en matière de gestion des dangers naturels aux **communes**, et donc notamment la tâche d'effectuer les études de base. Une comparaison entre les droits cantonaux révèle des disparités.

- 35 Ainsi, par exemple dans le **canton de Berne**, la LAE BE à son art. 16 al. 1 prévoit que le service compétent de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie élabore les études de base et les projets de conceptions en vertu desquelles les objectifs de la présente loi doivent être réalisés. Ledit service compétent, soit l'Office des ponts et chaussées, est tenu pour ce faire de collaborer avec tous les services cantonaux qu'intéresse l'aménagement des eaux dans la mesure où ils sont concernés (art. 9 al. 1 OAE BE) et de faire appel notamment aux communes concernées (al. 2). Plus généralement, les communes jouissent d'importantes compétences en matière de protection contre les dangers naturels, car le canton a jugé judicieux de laisser le soin aux autorités locales qui disposent de meilleures connaissances du territoire d'agir en cas de problèmes là où ces derniers surviennent, ce sur la base du principe de subsidiarité. Le canton apporte cependant son soutien quant à différents aspects. La Confédération prodigue également un soutien (GROUPE DE TRAVAIL «DANGERS NATURELS» DU CANTON DE BERNE, Dangers naturels BE, 8).
- 36 Le **canton de Vaud** connaît également dans ce domaine une importante délégation en faveur des communes (voir notamment art. 2h LPDP VD et art. 2 RLPDP VD) tout en endossant le rôle de «*leader*», en apportant son appui (CANTON DE VAUD, Acteurs et compétences) et en exerçant la surveillance (art. 3 al. 4 LPDP VD).
- 37 En **droit fribourgeois**, l'aménagement des cours d'eau est réglé dans la LCEaux FR. Selon l'art. 3 al. 1 let. e LCEaux FR, pour assurer une gestion coordonnée des eaux, l'Etat établit, conformément à LATeC FR, les études de base et plans sectoriels de la gestion des eaux portant sur l'aménagement et l'entretien des cours d'eau et des lacs (voir également art. 8 let. k ReLATeC FR en relation avec art. 16 LATeC FR). L'art. 45 LCEaux FR ajoute que le coût des études de base, au sens de l'art. 27 OACE, est à la charge de l'Etat (al. 1), donc du canton, tandis que le coût des travaux d'aménagement, de réfection et d'entretien est supporté par la commune concernée, celle-ci pouvant demander une participation aux tiers concernés (al. 2) et le coût des travaux prévus à l'art. 27 al. 3 et 4 LCEaux FR par ceux à qui en incombe l'exécution (al. 3). L'art. 3 al. 1 let. e LCEaux FR est concrétisé à l'art. 5 RCEaux FR qui notamment désigne le service compétent au niveau cantonal. Le service en

question est habilité par ailleurs à déléguer l'exécution de certaines tâches à des tiers (voir art. 5 al. 7 RCEaux FR). En outre, un organe est institué aux fins de la coordination (voir art. 3 al. 1 let. a RCEaux FR). Notons enfin plus spécifiquement qu'une Commission des dangers naturels, dont l'une des tâches est la coordination des études de base, est instituée à l'art. 4 LATeC FR.

Enfin, à **St-Gall**, la compétence d'établir les études de base pour les dangers naturels géologiques revient au canton conformément à l'art. 12 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase WBG SG. L'al. 2 précise que les communes politiques doivent tenir compte desdites études dans l'aménagement local. En outre, le canton a besoin de la collaboration des communes politiques afin de pouvoir remplir son obligation de tenir les études de base à jour (voir al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase; Botschaft WBG SG 2008, 23). La WBV SG octroie une compétence générale en faveur du Tiefbauamt, sauf disposition contraire de la législation cantonale sur l'aménagement des cours d'eau (voir art. 2). L'art. 11 al. 1 let. b WBV SG prévoit par ailleurs que les études de base établies dans le cadre de projets d'aménagement des cours d'eau doivent être mises gratuitement à la disposition de la *Naturgefahrenkommission* cantonale. Certains cours d'eau (Rhin et Linth) font enfin l'objet d'une réglementation spécifique, laquelle renvoie chaque fois subsidiairement à la WBG SG et à son ordonnance d'exécution.

A titre tant informatif que comparatif, nous renvoyons à l'étude préliminaire «Cadre juridique des cartes de dangers» (PLANAT, Cartes de dangers, 28 s.), qui procure des résumés de la situation régnant en 2004 en ce qui concerne les compétences en matière de cartes des dangers.

### Zusammenfassung

Art. 14 WBG beauftragt die Kantone weitere Erhebungen durchzuführen, welche für den Vollzug des Gesetzes erforderlich sind. Die Erhebung von Grundlagen durch die Kantone ist für den Vollzug des WBG im Hinblick auf den Hochwasserschutz ebenso bedeutend wie diejenigen des Bundes. Die Kantone müssen die Ergebnisse den Bundesstellen mitteilen. Diese «weiteren Erhebungen» bestehen hauptsächlich in planungsrechtlichen Massnahmen, dazu gehören aber auch Inventare von Werken und Anlagen mit Bedeutung für den Hochwasserschutz, die Erfassung des Zustands der Gewässer und künstliche Veränderungen, Gefahrenkataster, Gefahrenkarten, Schadensregister und das Einrichten für die im Interesse des Hochwasserschutzes erforder-

derlichen Messstellen ein und betreiben diese (Art. 27 WBV). Die Inventare von Werken und Anlagen mit Bedeutung für den Hochwasserschutz sind Grundlage für die Erarbeitung der Gefahrenkarten. Gefahrenkataster sind systematische, strukturierte und interpretierbare Inventare von vergangenen natürlichen Schadensereignissen, die regelmässig nachgeführt werden. Die wichtigsten Grundlagen der Kantone sind die Gefahrenkarten. Unter dem Begriff «Gefahrenkarte» versteht man eine Karte, die auf Basis von wissenschaftlichen Kriterien geschaffen wurde und die in einem definierten Gebiet die Art der Gefahr, den Gefährdungsgrad und die mögliche räumliche Ausdehnung der Gefahrenprozesse aufzeigt. Adressaten von Art. 14 WBG sind klarerweise die Kantone, welche jedoch aufgrund ihrer Autonomie entscheiden können, ob und welche Kompetenzen sie den Gemeinden zuweisen. Ein Vergleich des kantonalen Rechts zeigt, dass die Kantone diesbezüglich unterschiedlich vorgehen.



## Art. 15 WBG/LACE

### Répartition des frais

Les coûts des relevés et des recherches effectués tant dans l'intérêt national que dans celui de cantons ou de tiers sont répartis en fonction de l'intérêt que ces travaux présentent pour chacun des intéressés. Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (département) tranche lorsque les intéressés ne parviennent pas à s'entendre.

### Aufteilung der Kosten

Die Kosten für Erhebungen und Forschungsarbeiten, die sowohl im gesamtschweizerischen Interesse als auch im Interesse von Kantonen oder Dritten liegen, werden nach der Interessenlage aufgeteilt. Können sich die Beteiligten nicht einigen, so entscheidet das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Departement).

### Ripartizione delle spese

I costi derivanti dai rilevamenti e dalle ricerche effettuate sia nell'interesse nazionale che cantonale o di terzi sono ripartiti in funzione dell'interesse diretto per i singoli enti. Il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (Dipartimento) decide in caso di disaccordo tra gli interessati.

### Table des matières

I.	Historique.....	1
II.	Remarques générales.....	3
III.	Commentaire – Répartition des frais.....	5

## I. Historique

L'art. 15 LACE appartenait dès l'origine au «paquet» des articles sur les études de base. Il aspire donc aussi à exposer la pratique développée jusqu'à l'entrée en vigueur de la LACE, tout en la munissant d'«une **base légale explicite**» (Message répartition des tâches 1988, 1353). Pour le surplus, voir commentaire ad art. 13 LACE N 1 s. <sup>1</sup>

Hormis son numéro et une adaptation cosmétique ultérieure présentée ci-après, cette disposition a par ailleurs été reprise du projet de loi (voir art. 17 du projet dans Message répartition des tâches 1988, 1392). <sup>2</sup>

## II. Remarques générales

- 3 L'art. 15 LACE se trouve dans une relation extrêmement étroite avec les art. 13 et 14 LACE (voir commentaires ad art. 13 et 14 LACE). Il vient en effet parfaire le système en fixant le sort à réserver aux **coûts engendrés par les relevés** ou, en d'autres termes par les études de base. Il va cependant plus loin en englobant les **coûts des recherches également effectuées** tant dans l'intérêt national que dans celui de cantons ou de tiers.
- 4 En outre, sa deuxième phrase a fait l'objet d'une modification purement cosmétique: le nom du département compétent a été adapté par la Chancellerie fédérale sans procédure formelle selon l'art. 20 al. 2 OPubl. Aussi y est-il désormais fait référence au DETEC.

## III. Commentaire – Répartition des frais

- 5 Traitant donc de la répartition des frais liés aux études de base, cet article appelle les commentaires suivants:
- 6 La clé de répartition prévue à l'art. 15 LACE se base sur l'**intérêt** que retirent les différents intéressés des relevés et des recherches visés. Selon la disposition faisant l'objet du présent commentaire, peuvent être intéressés par un relevé ou une recherche en la matière la Confédération, les cantons ou/et des tiers. Appartiennent principalement à cette dernière catégorie les exploitants des forces hydrauliques. La **clé de répartition** est à notre sens équitable et peut, toute proportion gardée, être comparée p. ex. au régime des charges de préférence. Néanmoins, un mécanisme est institué dans l'hypothèse où elle viendrait à être contestée dans un cas concret: le DETEC tranche. Dans la pratique, un tel cas de figure ne s'est pas encore présenté, de sorte que la menace qu'inspire cet instrument peut être jugée suffisante.
- 7 Dans les faits, la **participation cantonale** qui est demandée pour les levés des profils des cours d'eau correspond à **35 %**. Elle est donc plus basse que le solde pour les travaux subventionnés qui, lui, se monte à 65 %. D'autres études de base connaissent une répartition différente: p. ex. les coûts des cartes des dangers sont supportés à parts égales par la Confédération et les cantons, ceux des cadastres des événements le sont entièrement par la Confédération.

En guise d'ultime commentaire, et même si c'est un truisme, qui dit «répartition» dit «**concours de plusieurs intéressés**» comme cela ressort de l'art. 15 LACE avec l'usage de «tant [...] que [...]». Dans la très grande majorité des cas, les études de base impliquent indubitablement plusieurs, voire de nombreux intéressés. Si, toutefois, on a affaire à un seul intéressé, la logique veut qu'il supporte l'intégralité des coûts.

### **Zusammenfassung**

Art. 15 WBG steht in engem Zusammenhang mit Art. 13 und 14 WBG und ergänzt das System mit einem Kostenschlüssel zur Verteilung der Kosten für Erhebungen und Forschungsarbeiten, die sowohl im gesamtschweizerischen Interesse als auch im Interesse von Kantonen und Dritten (hauptsächlich Betreiber von Wasserkraftwerken) liegen. Die Kosten werden nach Interessenlage aufgeteilt, wobei meist (viele) verschiedene Interessenten involviert sind.



## 6. Abschnitt: Verfahren/Section 6: Procédure

### Art. 16 WBG/LACE

#### Rechtsschutz

Der Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

#### Voies de droit

Les voies de droit sont régies par les dispositions générales de la procédure fédérale.

#### Protezione giuridica

La protezione giuridica è retta dalle disposizioni generali sull'amministrazione della giustizia federale.

**Literatur:** AEMISEGGER HEINZ, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, 103 ff. (zit. Beschwerdegang); GIACOMINI SERGIO, Vom «Jagdmachen auf Verfügungen» – Ein Diskussionsbeitrag, in: ZBl 94 (1993), 237 ff. (zit. Jagdmachen); KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012 (zit. Verfahrensrecht); THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln – die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Basel 2012 (zit. Verfahrensgrundrechte).

#### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Kommentierung .....	5
A.	Der «Rechtsschutz» .....	5
B.	Zwingende Zuständigkeitsordnung im Verwaltungsverfahrensrecht.....	11
C.	Zuständigkeitsordnung Bundesbehörden / kantonale Behörden und anwendbares Verfahrensrecht .....	14

### I. Entstehungsgeschichte

- 1 Die im Entwurf des Bundesrates noch als Art. 18 WBG fungierende Bestimmung zum Rechtsschutz lautete: «Die Bundesgesetze über das Verwaltungsverfahren und über die Organisation der Bundesrechtspflege sind anwendbar» (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1429). Die Botschaft erläuterte diese Bestimmung mit einem einzigen Satz: «Der Hinweis auf das Verfahrensrecht des Bundes ist üblich» (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1391).

Mit diesem etwas lapidaren Satz wollte der Bundesrat vermutlich zum Ausdruck bringen, dass der Hinweis üblich, aber ohnehin nur deklaratorischer Natur sei, weil sich der Geltungsbereich des VwVG und des OG ohnehin aus jenen Verfahrensgesetzen selbst ergibt (vgl. hierzu N 8 ff.).

Mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege und insb. der Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts (als zentrale richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts, vgl. etwa Botschaft Bundesrechtspflege 2001, 4226 f., m.w.H.) wurde in einer explizit nur als «redaktionelle Anpassung» (Botschaft Bundesrechtspflege 2001, 4447) bezeichneten Teilrevision dieser Art. 16 WBG in die heutige Fassung gebracht, die am 1. Januar 2007 in Kraft trat.

Wortgleiche Formulierungen fanden mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege Eingang in zahlreiche andere Spezialgesetze des öffentlichen Rechts (vgl. dazu z.B. AEMISEGGER, Beschwerdegang, 140–142).

## II. Kommentierung

### A. Der «Rechtsschutz»

Anders als Art. 67 GSchG, welcher für das «Beschwerdeverfahren» auf die allgemeinen Bestimmungen des Bundesrechts verweist, ist Art. 16 WBG weiter gefasst, indem dies schlechthin für den «Rechtsschutz» gilt.

Im Verwaltungsverfahren ist das **nichtstreitige** vom **streitigen** Verwaltungsverfahren zu unterscheiden, wobei das nichtstreitige Verfahren auf den **Erlass einer Verfügung** durch die zuständige Verwaltungsbehörde ausgerichtet ist («Verwaltungsrecht ist Verfügungsrecht», MÜLLER, Kommentar VwVG, Art. 5 N 1; vgl. deshalb infolge dessen das eigentliche «Jagdmachen auf Verfügungen», GIACOMINI, Jagdmachen, 237 ff.; vgl. zur Möglichkeit, im Falle von verfügungsfreiem Handeln der Verwaltung den Erlass einer Verfügung zu verlangen, sofern ein schutzwürdiges Interesse besteht, z.B. Art. 25a VwVG; dazu WEBER-DÜRLER, Kommentar VwVG, Art. 25a N 1 ff., sowie – den Begriff des «Berührtseins in Rechten und Pflichten» noch weiter fassend im Fall AKW Mühleberg – BGE 140 II 315, E. 4.). Diese Verfügung bildet dann wiederum den möglichen Streitgegenstand des **Beschwerdeverfahrens** (Art. 44 VwVG: «Die Verfügung unterliegt der Beschwerde»). Deshalb auch hier der Ausspruch: «Ohne Verfügung kein Rechtsschutz» (MÜLLER, Kommentar VwVG, Art. 44 N 1, was aber mit Blick auf die Praxis etwas zu relativieren ist, wie er in N 3 zeigt). Zu den Beschwerdeverfahren gehören

auch die **Rechtsverweigerungs- und die Rechtsverzögerungsbeschwerde** über das Ob und Wann des behördlichen Handelns (MÜLLER, Kommentar VwVG, Art. 46a N 3). Abhängig von einer **spezialgesetzlichen** Grundlage kann als nicht devolutives Rechtsmittel (an die Instanz, die im nichtstreitigen Verfahren die Verfügung erlässt) die **Einsprache** ergriffen werden, bevor dann das Beschwerdeverfahren Anwendung findet (wobei dieses Einspracheverfahren nicht einfach übersprungen werden kann, vgl. auch Art. 32 Abs. 2 Bst. a VGG). Vom Beschwerdeverfahren zu unterscheiden sind sodann die **Klageverfahren** im Verwaltungsrecht, die vor allem für Klagen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen gestützt auf die jeweilige Verwaltungsrechtspflegegesetzgebung praktische Bedeutung haben (vgl. aber die detaillierten Listen z.B. in Art. 35 VGG für direkte Klagen ans Bundesverwaltungsgericht sowie als Beispiel aus dem kantonalen Recht in § 67 VRP SZ). Nicht zu den Rechtsmitteln gehören sodann die **Rechtsbehelfe**, die im Unterschied zu Rechtsmitteln keinen Rechtsschutzanspruch vermitteln. Das **Wiedererwägungsgesuch** richtet sich an die verfügende Instanz, die **Aufsichtsbeschwerde** an die der verfügenden Instanz hierarchisch übergeordnete Instanz (vgl. anstelle vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, 239 ff.).

- 7 Der «Rechtsschutz» gemäss Art. 16 WBG umfasst also **alle Formen des streitigen Verwaltungsverfahrens**, während das «Beschwerdeverfahren» gemäss Art. 67 GSchG zumindest dem Wortlaut nach nur die Verfahren zur Anfechtung von Verfügungen abdeckt (vgl. Komm. zu Art. 67 GSchG).
- 8 Der Rechtsschutz in einer Angelegenheit im Zuständigkeitsbereich einer vom **Geltungsbereich des VwVG** erfassten Behörde (Art. 14 VwVG; vgl. dazu im Detail TSCHANNEN, *Kommentar VwVG*, Art. 1 N 1 ff., und MAYHALL, *Praxis-kommentar VwVG*, Art. 1 N 1 ff.) führt gemäss Art. 47 VwVG in der Regel ans Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 ff. VGG (vgl. KIENER, *Kommentar VwVG*, Art. 47 N 1 ff.; MÜLLER, *Kommentar VwVG*, Art. 44 N 4) und weiter ans Bundesgericht nach Art. 82 Bst. a BGG und Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG (vgl. im Detail WALDMANN, *BSK BGG*, Art. 82 N 10; TOPHINKE, *BSK BGG*, Art. 86 N 4 ff.).
- 9 In Bezug auf diesen **kantonalen** Rechtsschutz ist hervorzuheben, dass Verfügungen letzter kantonalen Instanzen im Regelfall an das Bundesgericht führen (vgl. die Ausnahmen gemäss Art. 33 Bst. i VGG bei TOPHINKE, *BSK BGG*, Art. 86 N 11, die an das Bundesverwaltungsgericht weiterzuziehen sind), weshalb zur Gewährleistung dieses **Rechtswegs an das Bundesgericht** der Bundesgesetzgeber im BGG die kantonale Kompetenz, Ausnahmen vom

Rechtsweg vorzusehen (welche nach Art. 29a BV bereits nur geringfügig ist, vgl. KLEY, St. Galler Kommentar, Art. 29a N 20 f.), weiter beschränkte und nur in Art. 86 Abs. 3 BGG und Art. 88 Abs. 2 Satz 2 BGG explizit davon befreite, eine kantonale richterliche Vorinstanz zu bezeichnen (vgl. auch Art. 87 Abs. 1 BGG bezüglich der abstrakten Kontrolle kantonaler Erlasse, die aber von der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie gar nicht erfasst wird). Zudem finden sich in **Art. 110–112 BGG Mindestvorschriften an das Verfahren vor der letzten kantonalen Instanz**; ebenso in **Art. 1 Abs. 3 VwVG** (zu letzterer Bestimmung N 16; vgl. für eine umfassende Darstellung von völkerrechtlichen, verfassungsrechtlichen und sonstigen bundesrechtlichen Normen, die auf die **kantonalen Verwaltungsverfahren** durchgreifen, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, 20 ff., insb. 36 ff., KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 45 ff., insb. N 69 ff., sowie auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, 163 ff.).

Mit der **Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**, die seit der Totalrevision der Bundesrechtspflege gestützt auf Art. 82 ff. BGG zu erheben ist, ist die Komplexität in der Frage des **Rechtsschutzes gegen kantonale Entscheide vor Bundesgericht**, die noch im Anwendungsbereich des OG bestanden hatte (anstelle vieler BGer 1A.3/2003 und 1P.35/2003 vom 6. August 2003, E. 1.1; AEMISEGGER, Beschwerdegang, 107), massiv reduziert worden. Insbesondere ist die Unterscheidung, ob die angefochtene Verfügung gestützt auf Bundesrecht oder auf kantonales Recht erging, nicht mehr relevant. Doch auch weiterhin dürfte es ein Gebot der Sorgfalt sein, zugleich eine **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** zu erheben (die gemäss Art. 113 BGG vom Bundesgericht zu beurteilen ist, soweit gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen keine Beschwerde nach den Art. 72–89 BGG zulässig ist).

## **B. Zwingende Zuständigkeitsordnung im Verwaltungsverfahren**

Die Zuständigkeitsordnung im Verwaltungsverfahren ist sowohl bezüglich sachlicher als auch örtlicher Zuständigkeit **zwingender Natur**. Eine Derogation (z.B. im Einverständnis zwischen Behörde und Partei oder zwischen den Parteien oder gar eine Einlassung) ist nicht zulässig (Art. 7 Abs. 2 VwVG; DAUM, Kommentar VwVG, Art. 7 N 23 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 480 ff.), es sei denn, es bestehe, wie in Art. 69 EntG, eine

spezialgesetzliche Grundlage hierfür (vgl. auch DAUM, Kommentar VwVG, Art. 7 N 30, m.w.H.).

- 12 Folglich hat jede Behörde von Amtes wegen zu Beginn des Verfahrens ihre Zuständigkeit zu prüfen (Art. 7 VwVG), wobei eine einmal begründete Zuständigkeit bis zum Erlass einer Verfügung bestehen bleibt (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 485 f.). Die unzuständige Behörde erlässt eine Nichteintretensverfügung (Art. 9 Abs. 2 VwVG) und überweist das Gesuch an die zuständige Behörde (Art. 8 Abs. 1 VwVG), gegebenenfalls leitet sie aber vorerst auch nur einen Meinungs austausch mit der allenfalls zuständigen anderen Behörde ein (Art. 8 Abs. 2 VwVG).
- 13 Bei **negativen oder positiven Zuständigkeitskonflikten zwischen Bundesbehörden** entscheidet im Regelfall deren gemeinsame Aufsichtsbehörde oder bei deren Fehlen der Bundesrat (vgl. aber im Detail zu Art. 9 Abs. 3 VwVG DAUM, Kommentar VwVG, Art. 9 N 9 ff.). **Zuständigkeitskonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden**, die sich durch den Meinungs austausch nicht lösen lassen, sind demgegenüber gestützt auf Art. 120 Abs. 1 Bst. a BGG klageweise dem Bundesgericht zu unterbreiten (DAUM, Kommentar VwVG, Art. 9 N 15; WALDMANN, BSK BGG, Art. 120 N 10 ff.) und werden von diesem im Klageverfahren nach dem BZP beurteilt (Art. 120 Abs. 3 BGG; dazu WALDMANN, BSK BGG, Art. 120 N 27 ff.). Solche bundesstaatlichen Kompetenzkonflikte sind nicht zu verwechseln mit Streitigkeiten über die **Abgrenzung** von Erlassen und der darin geordneten Vollzugszuständigkeiten von Bund und Kantonen (vgl. WALDMANN, BSK BGG, Art. 120 N 10).

### C. Zuständigkeitsordnung Bundesbehörden/kantonale Behörden und anwendbares Verfahrensrecht

- 14 Aus der zwingenden Natur der Zuständigkeitsordnung im Verwaltungsverfahrensrecht einerseits und den vorstehend zitierten Grundsätzen «Verwaltungsrecht ist Verfügungsrecht» und «Ohne Verfügung kein Rechtsschutz» andererseits ergibt sich, dass sich mit der von Amtes wegen zu prüfenden Zuständigkeit zu Beginn des Verfahrens nicht nur die verfügende oder sonstwie verfüpfungsfrei handelnde bzw. nicht-handelnde Behörde, sondern zugleich auch das anwendbare Verfahrensrecht zur Erlangung von **Rechtsschutz** ergibt.

Denn **kantonale** verfügende Behörden folgen auch beim Erlass von Verfügungen, mit welchen sie Bundesrecht vollziehen, ihren kantonalen Verfahrensordnungen (TSCHANNEN, Kommentar VwVG, Art. 1 N 25). Sie sind insb. **keine** «andere[n] Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung», für die gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG das VwVG zur Anwendung gelangt, «soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen». Aus dem VwVG ist **einzig** Art. 1 Abs. 3 VwVG für Verfügungen letzter **kantonomer Instanzen** massgeblich (TSCHANNEN, Kommentar VwVG, Art. 1 N 22). 15

Jener **Art. 1 Abs. 3 VwVG** erklärt die Art. 34–38 und 61 Abs. 2 und 3 (Eröffnung, Begründung, Rechtsmittelbelehrung) sowie 55 Abs. 2 und 4 (aufschiebende Wirkung) VwVG für die Verfahren **letzter kantonomer Instanzen**, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes **nicht** endgültig verfügen, für anwendbar. Dies ist, wie vorstehend in N 9 erwähnt, ein den Art. 110–112 BGG vergleichbarer **Mindeststandard** zur Gewährleistung des Rechtsschutzes auf der nächsten Instanz des Bundes; wären gewisse Verfahrensbestimmungen vor der letzten kantonomer Instanz restriktiver als vor der nächsten Instanz des Bundes, würde der bundesrechtlich vorgesehene Rechtsmittelweg durch kantonales Recht beschränkt (vgl. neben den schon unter N 9 Zitierten auch TSCHANNEN, Kommentar VwVG, Art. 1 N 25 ff.). 16

Ansonsten aber – also abgesehen von solchen bundesrechtlichen Vorgriffen auf die letzte kantonale Instanz – ist die Aussage von Art. 16 WBG, dass sich der Rechtsschutz nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege richte, für **kantonale** Verfahren bis und mit der letzten kantonomer Instanz **nicht korrekt** bzw. diese Bestimmung kann sich **nicht** auf diese Verfahren beziehen. Art. 16 WBG beabsichtigt auch nicht eine spezialgesetzliche Abweichung von den Grundsätzen nach Art. 1 VwVG. Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988 bezeichnete es ja, wie in N 1 aufgezeigt, nur als «üblich», dass man einen solchen «Hinweis» in das Gesetz aufnehme, und die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege sprach, wie in N 3 aufgezeigt, diesbezüglich von einer blossen redaktionellen Anpassung. 17

Vielmehr bezieht sich Art. 16 WBG nur auf die Fälle, in welchen die Bundesrechtspflege eben gemäss dem entsprechenden Gesetz anwendbar ist, ausgehend von Art. 1 VwVG. Damit geht es also vor allem um Fälle, in welchen **finanzielle Abgeltungen des Bundes** gegenüber den Kantonen im Sinne von Art. 6 ff. WBG in Frage stehen. 18

- 19 Für **globale** Abgeltungen werden nach Art. 4 ff. WBV Programmvereinbarungen i.S.v. Art. 16 Abs. 3 und Art. 20a SuG zwischen dem Bund (handelnd durch das BAFU) und dem gesuchstellenden Kanton abgeschlossen. Für den Rechtsschutz hält Art. 19 Abs. 2 SuG fest: «Nach den Vertragsverhandlungen stellt die Behörde dem Gesuchsteller einen befristeten Antrag, dessen Inhalt sich nach Artikel 17 oder 20a richtet. Bezieht sich der Antrag auf eine Programmvereinbarung und berührt er die Interessen von Gemeinden, so unterbreitet der Kanton ihn diesen Gemeinden zur Stellungnahme». Da dieses Ergebnis der Vertragsverhandlungen wiederum angefochten werden können muss, sieht Art. 19 Abs. 3 SuG vor: «Die Behörde eröffnet den Antrag auch den beschwerdeberechtigten Dritten. Diese sowie der Gesuchsteller können innert 30 Tagen eine anfechtbare Verfügung verlangen». Gegen diese Verfügung steht der Beschwerdeweg ans Bundesverwaltungsgericht offen (hierzu im Detail WIGET, Programmvereinbarung, 224 ff.).
- 20 In den Fällen, in welchen das BAFU als verfügende Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. a VwVG über ein entsprechendes Gesuch des Kantons um Abgeltung im **Einzelfall** (Art. 9 ff. WBV) zu entscheiden hat, sind diese Verfügungen ebenfalls mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbar.
- 21 Da es sich hierbei um **Subventionen** des Bundes an die gesuchstellenden Kantone handelt, stellt sich die Frage, ob gegen solche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts der Gang **ans Bundesgericht** offensteht, denn Art. 83 Bst. k BGG listet unter den Ausnahmen von der Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten «Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht». In BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 1., wurde die Zulässigkeit der Beschwerde ans Bundesgericht für die **im Einzelfall (Art. 9 ff. WBV) beantragte Unterstützung bejaht**: «Der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. k BGG ist nicht erfüllt, da Art. 6 und Art. 9 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über den Wasserbau (WBG, SR 721.100) in Verbindung mit Art. 1 ff. der Verordnung über den Wasserbau vom 2. November 1994 (WBV, SR 721.100.1) genügend konkret umschreiben, unter welchen Bedingungen die im Einzelfall beantragte Unterstützung zu gewähren ist, ohne dass es im Ermessen der gesetzessanwendenden Behörde liegt, ob sie diesen Beitrag gewähren will oder nicht (vgl. BGer 2C\_449/2009 vom 21. Januar 2010, E. 1.1; 2C.762/2008 vom 8. Mai 2009, E. 1.1). Daran ändert auch nichts, dass die Abgeltungen gemäss Art. 6 Abs. 1 und Art. 10 WBG nur im Rahmen der bewilligten Kredite gewährt werden (BGer 2A.529/2005 vom 20. April 2006, E. 1; 2A.95/2004 vom 18. Februar 2004,

E. 2.1). Der Entscheid kann daher mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden». Bezüglich **globaler** Abgeltungen hat das Bundesgericht über die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Lichte von Art. 83 Bst. k BGG gegen die nach Abschluss der Vertragsverhandlungen zu beantragende Verfügung (i.S.v. Art. 19 Abs. 3 SuG) noch nicht entschieden, und die Lehre legt sich auch nicht fest (wobei subsidiär die Möglichkeit einer Klage nach Art. 120 BGG diskutiert wird; zur Diskussion WIGET, Programmvereinbarung, 233 ff.).

In allen anderen Fällen dürften Streitsachen ihren Ursprung in Massnahmen der Kantone (und ihren planungs- und baurechtlichen Verfahren) haben, die sich deshalb nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Kantone richten und deren Rechtsmittelweg bis zur letzten kantonalen Instanz ebenfalls durch kantonales Recht bestimmt wird (abgesehen von den dargelegten Vorgriffen des Bundesrechts auf das Verfahren vor der letzten kantonalen Instanz). Die «allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege», auf welche Art. 16 WBG verweist, kommen also erst bei der Anfechtung dieser Verfügung der letzten kantonalen Instanz zur Anwendung (insb. Art. 82 ff. BGG). Doch dies alles ergibt sich schon aus dem BGG, auch ohne Erwähnung im WBG.

Der Befund einer bloss deklaratorischen Wirkung von Art. 16 WBG in vorstehender N 2 bewahrheitet sich also; diese Bestimmung ändert bezüglich des Rechtsschutzes nichts an der zwingenden Zuständigkeitsordnung und damit an der entsprechenden Anwendbarkeit der allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze von Bund und Kantonen.

Soweit das Enteignungsgesetz des Bundes (EntG) im Enteignungsverfahren nach Art. 17 WBG Anwendung findet, ist zudem zu beachten, dass darin spezifische Verfahrenbestimmungen enthalten sind und das VwVG nur z.T. subsidiär Anwendung findet (vgl. hierzu auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, 659 ff.).

### Résumé

L'art. 16 LACE a une portée plus large que l'art. 67 LEaux. Le terme «voies de droit» inclut toutes les formes de la procédure administrative litigieuse. La procédure de recours selon l'art. 67 LEaux se limite quant à elle, à la procédure pour le recours contre les décisions.

Les voies de droit dans une cause relevant de la compétence des autorités entrant dans le champ d'application de la PA, conduisent en principe au TAF (art. 31 LTAF) puis au TF.

La répartition des compétences prévue par le droit de la procédure administrative est impérative que ce soit pour la compétence matérielle ou celle territoriale.

L'art. 16 LACE vise seulement les cas où la procédure fédérale s'applique en vertu de la la PA sur la base de l'art. 1 PA: Il s'agit ainsi principalement de cas, où les indemnités financières de la Confédération contre les cantons au sens de l'art. 6 ss LACE sont en cause.



## Art. 17 WBG/LACE

### Enteignung

- <sup>1</sup> Soweit der Vollzug dieses Gesetzes es erfordert, können die Kantone die notwendigen Rechte enteignen oder diese Befugnis Dritten übertragen.
- <sup>2</sup> Die Kantone können in ihren Ausführungsvorschriften das Enteignungsgesetz vom 20. Juni 1930 als anwendbar erklären. Sie sehen vor, dass:
  - a. die Kantonsregierung über streitig gebliebene Einsprachen entscheidet;
  - b. der Präsident der Eidgenössischen Schätzungskommission das abgekürzte Verfahren bewilligen kann, wenn sich die von der Enteignung Betroffenen genau bestimmen lassen.
- <sup>3</sup> Für Gemeinschaftswerke verschiedener Kantone und Werke, die das Gebiet mehrerer Kantone beanspruchen, ist das eidgenössische Enteignungsrecht anwendbar. Das Departement entscheidet über die Enteignung.

### Expropriation

- <sup>1</sup> Si l'exécution de la présente loi l'exige, les cantons peuvent exercer le droit d'expropriation ou le conférer à des tiers.
- <sup>2</sup> Dans leurs prescriptions d'exécution, les cantons peuvent déclarer la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation applicable. Ils prévoient que:
  - a. le gouvernement cantonal statue sur les oppositions non réglées;
  - b. le président de la Commission fédérale d'estimation peut autoriser l'application de la procédure sommaire lorsqu'il est possible de déterminer exactement les personnes touchées par l'expropriation.
- <sup>3</sup> La législation fédérale sur l'expropriation est applicable aux ouvrages qui ont été entrepris par plusieurs cantons et qui se situent sur le territoire de plusieurs d'entre eux. Le département statue sur les expropriations.

### Espropriazione

- <sup>1</sup> Se l'esecuzione della presente legge lo richiede, i Cantoni possono esercitare il diritto d'espropriazione o conferirlo a terzi.
- <sup>2</sup> Nelle loro prescrizioni esecutive, i Cantoni possono dichiarare applicabile la legge federale del 20 giugno 1930 sull'espropriazione e prevedono che:
  - a. il Governo cantonale decide sulle opposizioni irrisolte;
  - b. il presidente della commissione federale di stima può autorizzare la procedura abbreviata se le persone colpite dall'espropriazione possono essere esattamente determinate.
- <sup>3</sup> La legislazione federale sull'espropriazione si applica alle opere eseguite da più Cantoni o situate sul territorio di più Cantoni. Il Dipartimento decide sulle espropriazioni.

**Literatur:** HADORN ROBERT, Das Schätzungsverfahren in Abtretungsstreitigkeiten des Kantons Zürich, PBG aktuell 2000/3, 5 ff. (zit. Schätzungsverfahren); HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008 (zit. Umweltschutzrecht); HEPERLE ERWIN, Bundesbeiträge an den Landerwerb für Hochwasserschutzmassnahmen: Ein folgenschwerer Bundesgerichtsentcheid, in: Sicherheit & Recht 2012, 135 ff. (zit. Landerwerb); HESS HEINZ/WEIBEL HEINRICH, Das Enteignungsrecht des Bundes – Kommentar zum Bundesgesetz über die Enteignung, zu den verfas-

sungsrechtlichen Grundlagen und zur Spezialgesetzgebung des Bundes, Bern 1986 (zit. Kommentar EntG); JAAG TOBIAS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012 (zit. Staatsrecht ZH); MAURER HANS, Revitalisierung der Gewässer, Volltext des in: URP 2008, 441 ff. in gekürzter Fassung abgedruckten Fachbeitrags, <<http://www.maurer-anwalt-zuerich.ch/pdf-anwalt-zuerich/Revitalisierung-2008.pdf>> (zit. Revitalisierung Volltext); MÜLLER JÖRG PAUL/SCHÉFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Grundrechte); MÜLLER MARKUS/FELLER RETO (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. BEARBEITER, Thema X, Bernisches Verwaltungsrecht); RIVA ENRICO, Hauptfragen der materiellen Enteignung – eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Habil. Bern 1990 (zit. Enteignung); WALDMANN BERNHARD, Entschädigung aus materieller Enteignung für raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Schutz vor Naturgefahren?, in: Sicherheit & Recht 2009, 159 ff. (zit. Entschädigung); ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 – Kommentar, Band II (Art. 53–153), 3. Aufl., Bern 2010 (zit. Kommentar Baugesetz BE).

### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Allgemeine Bemerkungen.....	6
	A. Eigentumsgarantie und Enteignungsrecht in der BV.....	6
	B. Spezifische Fragestellungen der Enteignung im Lichte des Wasserbaupolizeirechts .....	16
	1. Zulässigkeit eines nachträglichen formellen Enteignungsverfahrens .....	16
	2. Entschädigungspflicht für formelle und materielle Enteignungen als Folge von Massnahmen zur Gefahrenabwehr (Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur)? .....	18
	3. Entschädigungspflicht auf spezialgesetzlicher Basis für enteignungsrechtlich entschädigungslos zu duldennde Eigentumsbeschränkungen.....	29
III.	Kommentierung .....	30
	A. Kantonale Enteignungskompetenz (Abs. 1 und 2).....	30
	1. Zuständige Behörde und anwendbares Recht in den Kantonen .....	30
	2. Kantonales Enteignungsrecht .....	58
	3. Abs. 2 Satz 2 Bst. a und b.....	60
	4. Abgrenzung insbesondere zu Art. 68 Abs. 3 GSchG .....	63
	5. Wahlrecht der Enteigner zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht nach Art. 119 EntG?.....	65
	B. Anwendbarkeit des eidgenössischen Enteignungsrechts (Abs. 3).....	71
	1. Anwendungsbereich.....	71
	2. Eidgenössisches Enteignungsrecht .....	73

## I. Entstehungsgeschichte

- 1 Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1391, begnügt sich mit einer einzigen Bemerkung zu Art. 17: «Die Enteignungsbestimmungen sind entsprechend der heutigen Praxis formuliert».
- 2 Damit spricht der Bundesgesetzgeber **einerseits** die Tatsache an, dass im Schweizer Recht seit 1848 in der Bundesverfassung die Möglichkeit vorgese-

hen ist, dass im Interesse der Eidgenossenschaft privates Eigentum zwangsweise entzogen wird (Art. 21 BV 1848), wobei das Interesse der Eidgenossenschaft an einem Werk aber stets im Einzelfall durch die Bundesversammlung geprüft wurde. **Andererseits** wurde dieses Recht im Laufe der Zeit – insbesondere aufgrund der 1969 in die BV aufgenommenen **Eigentumsgarantie**, wonach explizit nur «auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse» die Befugnis zur Enteignung eingeräumt werden könne (Art. 22<sup>ter</sup> Abs. 2 BV 1874) – in immer mehr Spezialgesetzen eingeräumt (vgl. zur Entwicklung insb. HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. 2, 131 ff.; HÄNNI, Umweltschutzrecht, 559 f.). Eine solche spezialgesetzliche Grundlage, die die Befugnis zur Enteignung einräumt, findet sich nun hier in Art. 17 WBG.

Die Prüfung im Einzelfall für jedes Werk wurde im Bereich der Wasserbaupolizei jedoch schon bald durchbrochen, indem der **BB der Bundesversammlung vom 21. Juli 1871 betr. Bewilligung eines Bundesbeitrags für Schutzbauten an Wildwassern und für Aufforstungen im Hochgebirge** (BS 10 517) ganz generell die Korrekturen und Verbauungen der Wildwasser sowie die Aufforstungen ihrer Quellengebiete als Werke von allgemeinem schweizerischem Interesse erklärte. Die einzelnen Korrekturen wurden so zum Bestandteil eines die ganze Schweiz umfassenden Meliorationswerks (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. 2, 131 f.).<sup>3</sup>

Enteignungsrechtliche Bestimmungen fehlten jedoch in jenem BB von 1871.<sup>4</sup> Die Enteignungen richteten sich nach kantonalem Enteignungsrecht (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Band. 2, 132). Das (zunächst auf das Hochgebirge beschränkte) Wasserbaupolizeigesetz von 1877 (WBPG) ermächtigte den Bund dann aber, zur Erfüllung der Aufgabe das Expropriationsgesetz von 1850 (später Enteignungsgesetz, EntG) anzuwenden (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. 2, 132 f.) und zwar für «Abtretungen von Privatrechten, welche behufs der Ausführung von Arbeiten, wie sie gegenwärtiges Gesetz vorsieht, notwendig werden», wie Art. 8 Abs. 1 WBPG statuierte. Zudem konnten nach Massgabe desselben Enteignungsgesetzes «bereits erworbene Rechte an Gewässern, sowie Rechte zu Wasserleitungen oder industriellen Wasserverwendungen, wenn das Interesse der Wasserbaupolizei es erheischt, aufgehoben werden» (Art. 8 Abs. 2 WBPG). Mit diesem zweiten Absatz von Art. 8 wurde das WBPG zum ersten Spezialgesetz, welches bezüglich des Gegenstandes des Enteignungsrechts den Rahmen der eigentlichen Enteignungsgesetze sprengte, indem es **eigene** Bestimmungen über die **formelle** Enteignung beinhaltete (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. 2, 136 f.).

- 5 Während unter Anwendung des WBPG noch moniert wurde, dass nicht klar sei, **an wen das Enteignungsrecht übertragen werden könne** und auf welche Weise (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. 2, 137 f.), ist dies nun durch Art. 17 Abs. 1 WBG geklärt: Die Kantone – als Aufgabenträger nach Art. 2 WBG – enteignen entweder selbst, oder sie übertragen diese Befugnis einem Dritten (vgl. hierzu z.B. N 39 das Linthwerk, das gestützt auf die Interkantona- nale Vereinbarung Linthwerk eine solche Befugnis übertragen erhalten hat).

## II. Allgemeine Bemerkungen

### A. Eigentumsgarantie und Enteignungsrecht in der BV

- 6 Das Enteignungsrecht bewegt sich, wie schon angetönt, spätestens seit der 1969 in die BV 1874 aufgenommenen **Eigentumsgarantie**, wonach explizit nur «auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse» die Befugnis zur Enteignung eingeräumt werden könne (Art. 22<sup>ter</sup> Abs. 2 BV 1874), in einem grundrechtlichen Rahmen (vgl. zur Verfassungshistorie VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 1 ff.).
- 7 Im Rahmen der Verfassungsrevision wurde 1999 der neue Art. 26 BV aufgrund von Art. 36 BV kürzer gefasst: Gemäss Abs. 1 ist das Eigentum gewährleistet (**Instituts- und Bestandesgarantie**), und Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden nach Abs. 2 voll entschädigt (**Wertgarantie**).
- 8 **Schutzobjekt** des durch Art. 26 Abs. 1 BV gewährleisteten Eigentums ist das Privateigentum als **Eigentum der Privaten**, was sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts und wohlerworbenen Rechte des öffentlichen Rechts, und zwar nicht nur an beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern auch beschränkte dingliche Rechte, obligatorische Rechte, geistiges Eigentum, wohlerworbene Rechte und auch den Besitz umfasst. Hinzu kommen neben rechtlichen Interessen gewisse faktische Voraussetzungen zur Ausübung dieser Interessen (vgl. im Detail m.w.H. VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 15 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1013 ff.). Das **Gemeinwesen** kann sich nur ausnahmsweise auf die Eigentumsgarantie berufen, wenn es wie ein Privater betroffen ist (VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 28; vgl. zu Einschränkungen in der Grundrechtsträgerschaft auch N 26 f.).
- 9 Unter Verweis auf die entsprechende detaillierte Literatur kann festgehalten werden, dass die **gesetzliche Grundlage** für schwerwiegende Eingriffe in die

Eigentumsgarantie grundsätzlich in Gesetzesform bestehen muss, dass das **öffentliche Interesse**, welches Enteignungen oder Eigentumsbeschränkungen rechtfertigen soll, sich (wie die Wasserbaupolizei in Art. 76 Abs. 1 und 3 BV) aus der Verfassung selbst herleiten lassen muss, und dass eine zu diesem Zweck getroffene Massnahme **geeignet** sein muss, das angestrebte Ergebnis herbeizuführen, und dieses **nicht durch andere**, das Grundrecht weniger stark einschränkende Massnahmen erreicht werden kann, sowie dass bei Betrachtung der Einschränkungen der privaten Interessen einerseits und des verfolgten öffentlichen Interesses andererseits die Massnahme für die Privaten als **zumutbar** erscheint (vgl. zum Ganzen im Detail m.w.H. VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 39 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1020 ff.).

Ist ein Eingriff in die Eigentumsgarantie unter diesen Gesichtspunkten zulässig, so garantiert Art. 26 Abs. 2 BV den Wert des Eigentums; während aber bei **Enteignungen** die volle Entschädigung **Voraussetzung** für die Rechtmässigkeit ist, ist für rechtmässige **Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen**, als **Folge** eines rechtmässigen Eingriffs volle Entschädigung zu leisten, damit dieser rechtmässige Eingriff als mit der Eigentumsgarantie vereinbar erscheint (VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 57, m.w.H.). Ganz konkrete Auswirkungen zeitigt diese Unterscheidung in dem Umstand, dass im ersten Fall erst die Bezahlung der Entschädigung das enteignete Recht auf den Enteigner übergehen lässt, im zweiten Fall die bereits eingetretene Eigentumsbeschränkung erst später durch Entschädigung abgegolten wird (vgl. RIVA, Enteignung, 99). Ersteres meint die **formelle Enteignung**, zweiteres handelt dagegen von der **materiellen Enteignung**. 10

Grundsätzlich sind rechtmässige Eigentumseinschränkungen somit **entschädigungslos** hinzunehmen; die Entschädigungspflicht des Staates für durch rechtmässige Handlungen hervorgerufene Eigentumsbeschränkungen ist der **Kategorie der Staatshaftung für rechtmässiges Handeln** zuzuordnen (vgl. RIVA, Enteignung, 227 ff.), die jeweils eine gesetzliche Grundlage erfordert, andernfalls gilt der Grundsatz, dass der Staat nur für widerrechtliches Handeln (Tun/Unterlassen) haftet. Im Falle der materiellen Enteignung ergab sich die Rechtsgrundlage der Haftung des Staates für rechtmässige Eigentumsbeschränkungen aus ungeschriebenem Verfassungsrecht des Bundes (vgl. etwa BGE 89 I 381, E. 2.), bevor diese Praxis dann 1969 in die BV 1874 aufgenommen wurde. 11

- 12 **Landumlegungen** stellen zwar ebenfalls Eigentumsbeschränkungen dar, durch welche Eigentum an Land verloren geht, sie fallen aber nicht unter die Enteignungen (und damit auch nicht unter die Enteignungsgesetze mit den speziellen Enteignungsverfahren), weil «dem Eigentümer sein Land nicht zugunsten des Gemeinwesens entzogen wird und [...] er grundsätzlich Anspruch auf vollen Realersatz, d.h. auf Zuteilung gleichwertigen Landes hat [...]. Die kantonalrechtlichen Bestimmungen über Landumlegungen stellen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen dar. Die Eingriffe in die Eigentumsverhältnisse, welche die Landumlegungen nach sich ziehen, sind daher mit der Eigentumsgarantie nur vereinbar, wenn und soweit sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen; die Entschädigung, die für den Entzug des Eigentums zu leisten ist, besteht im wertgleichen Realersatz, auf den der Eigentümer grundsätzlich Anspruch hat.» (BGE 95 I 366, E. 4.).
- 13 Bei der **formellen Enteignung** ist demgegenüber eben (anders als bei der Landumlegung) die Deckung des Landbedarfs des Gemeinwesens zur Erstellung öffentlicher Werke oder Verwaltungsgebäude wesentypisch. Das Gemeinwesen kann das Enteignungsrecht auch einem Dritten übertragen, der diese öffentliche Aufgabe (also insbesondere die Erstellung des öffentlichen Werks) übernimmt. Im Unterschied zu den Eigentumsbeschränkungen wird durch formelle Enteignung in einem formellen Enteignungsverfahren ein **privates Recht ganz oder teilweise entzogen** (VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 26 N 53). Im Vordergrund stehen neben der Einräumung von Eigentum an Land die Gewährung von Dienstbarkeiten bzw. die Aufhebung einer solchen sowie die Enteignung von Nachbarrechten (insb. im Zusammenhang mit Lärmimmissionen, was selbstredend voraussetzt, dass vom Nachbarrecht nach Art. 679/684 ZGB geschützte Abwehrrechte bestehen).
- 14 Die – gemäss Art. 26 Abs. 2 BV zu entschädigende – **materielle Enteignung** demgegenüber liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, «wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde. In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichti-

gen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen» (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.1, m.w.H.).

Von besonderer Bedeutung ist die Voraussetzung der «Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung», die «sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen» lassen können muss, in der Frage der Auszonung (zum Spezialfall der **Auszonung zum Schutz vor Naturgefahren** vgl. N 18 ff.), die von der grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Nichteinzonung zu unterscheiden ist. In ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass **keineswegs** «für sämtliche, im Zuge einer Nutzungsplanrevision ausgezonten Grundstücke Entschädigungen wegen materieller Enteignung zu zahlen sind. Auch eine bundesrechtskonform ausgestaltete Bauzone ist nicht für alle Zeiten starr festgelegt, sondern kann und muss entsprechend der Änderung der Verhältnisse und der gesetzlichen Grundlagen neuen Bedürfnissen angepasst werden. Ein Grundeigentümer kann daher nicht darauf vertrauen, dass sein Grundstück stets in der Bauzone bleibt und überbaut werden kann [...]. Auch bei einer Auszonung muss daher zusätzlich gefragt werden, ob die Berechtigung zum Bauen in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte realisiert werden können.» (BGE 131 II 728, E. 2.5). Bei der Frage, was unter «naher Zukunft» zu verstehen ist, sind die Fristen, mit denen die Planung zu rechnen hat, zu berücksichtigen. Nach Ablauf des Planungshorizonts für Bauzonen, der 15 Jahre beträgt (Art. 15 Bst. b RPG), ist der Nutzungsplan grundsätzlich zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen, und bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse ist eine Überprüfung schon vor Ablauf dieser Fristen vorzunehmen (BGE 131 II 728, E. 2.6, m.w.H.).

## **B. Spezifische Fragestellungen der Enteignung im Lichte des Wasserbaupolizeirechts**

### **1. Zulässigkeit eines nachträglichen formellen Enteignungsverfahrens**

Der Regelfall der **formellen** Enteignung ist die Durchführung eines formellen Enteignungsverfahrens, in welchem die Rechte enteignet und die Entschädigung hierfür festgesetzt wird. Wie in N 10 dargelegt, geht erst mit der Bezahlung der Entschädigung das Recht auf den Enteigner über (dies im Unterschied zur materiellen Enteignung).

- 17 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts heisst dies aber nicht, dass Grundeigentümer nicht auch auf ein erst **nachträgliches** formelles Enteignungsverfahren verwiesen werden dürften. So etwa, wenn von einem Werk unvermeidbare übermässige Auswirkungen ausgehen und deshalb nachbarrechtliche Abwehrrechte auf dem Enteignungsweg zu unterdrücken sind: «Steht jedoch noch nicht fest, ob die mit dem Bau oder Betrieb des Werkes verbundenen Einwirkungen ein Übermass erreichen, ist der Enteigner nicht in der Lage, schon anlässlich der Planaufgabe zu umschreiben, ob und welche Nachbarrechte er entziehen oder beschränken möchte. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist er deshalb davon befreit, in der Grunderwerbstabelle diese Rechte zu bezeichnen und öffentlich aufzulegen. Die betroffenen Eigentümer haben stattdessen die Möglichkeit, in einem nachträglichen formellen Enteignungsverfahren Entschädigung für übermässige Einwirkungen zu fordern [...]. Erst nach Eintreten eines Überlastfalls wird festgestellt werden können, ob und inwiefern Grundstücke oder Pachtland der Beschwerdeführer durch die Notentlastung in Anspruch genommen und beeinträchtigt worden sind.» (BGer 1C\_148/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 5.2, betreffend die **Interkantonale Vereinbarung Linthwerk**).

## 2. Entschädigungspflicht für formelle und materielle Enteignungen als Folge von Massnahmen zur Gefahrenabwehr (Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur)?

- 18 Ausgehend vom Begriff der **materiellen** Enteignung, wonach eine Eigentumsbeschränkung zu entschädigen ist, sofern sie einer Enteignung gleichkommt, indem der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird, stellt sich immer wieder – und gerade im Bereich der Wasserbaupolizei – die Frage, ob Eigentumsbeschränkungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr (also im Rahmen des polizeilichen Handelns des Staates, vgl. Komm. zu Art. 1 WBG N 17) zu entschädigen sind.
- 19 Der **Grundsatz** lautet: «Polizeiliche Eigentumsbeschränkungen sind ohne Rücksicht auf ihre Schwere grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, wenn mit der gegen den Störer gerichteten Massnahme eine als Folge der beabsichtigten Grundstücksbenutzung zu erwartende konkrete, d.h. ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und

Gesundheit abgewendet werden soll und wenn die zuständige Behörde zu diesem Zweck ein von Gesetzes wegen bestehendes Verbot konkretisiert und in Bezug auf die in Frage stehende Grundstücksnutzung bloss die stets zu beachtenden polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit festsetzt» (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.2, m.w.H.). Die Entschädigungslosigkeit betrifft jedoch nur die verhältnismässigen polizeilichen Eigentumsbeschränkungen (vgl. BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.2).

Die **Ausnahmen** vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit – und damit grundsätzlich materielle Enteignungen – sind (vgl. BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.3; sog. «Barret-Formel», vgl. dazu auch WALDMANN, Entschädigung, 163 f.):

- die Fälle eines nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch bedingten Bauverbotes,
- der Fall des Verbots einer bereits bestehenden Nutzung (vgl. BGE 96 I 350),
- der Fall, in welchem die Schaffung einer Schutzzone eine Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes bewirkt (vgl. BGE 105 Ia 330, E. 3.d); BGer 1A.122/2002 vom 6. Dezember 2002, E. 3.1) oder einer solchen Auszonung gleichkommt.

Allerdings liegt in diesen grundsätzlich entschädigungspflichtigen Ausnahmefällen wiederum **keine materielle Enteignung** vor (vgl. BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.3),

- wenn die aus polizeilichen Gründen angeordnete Beschränkung unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selbst dient, wie etwa bezüglich Naturgefahren, z.B. bei einem Bauverbot in einem lawinengefährdeten Gebiet oder bei einer Waldabstandszone (BGE 122 II 17, E. 7.b); 106 Ib 336, E. 5.c)/aa); BGer 1P.373/1995 vom 1. April 1996, E. 4.b)/bb), in: ZBl 1997, 175 ff.),
- wenn die Bedrohung von Dritten herrührt, unter Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen gegen diesen Dritten (BGE 122 II 17, E. 7.b); 120 Ib 76, E. 5.a)),
- wo eine Überbauung aus faktischen Gründen gar nicht ernsthaft in Frage kommt, z.B. in einem Sumpfgebiet (BGE 114 Ib 344, E. 3a), innerhalb der Wasserlinie eines Sees (BGer A.389/1986 vom 17. September 1987, E. 3a, in: ZBl 1989, 543 ff.) oder in einem Gebiet mit einer übermässigen Lärmbelastung (BGE 122 II 17, E. 7.b).

- 22 In (a) und (b) schliesst die Tatsache, dass die Beschränkungen auch **weitere Interessen** schützen (z.B. den Wald), die Entschädigungslosigkeit nicht aus (BGE 106 Ib 336, E. 5c/aa). Dient jedoch die aus polizeilichen Gründen angeordnete Beschränkung **dem Schutz eines öffentlichen Werkes**, so ist sie **auch dann** gleich zu behandeln wie eine sonstige Auszonung (und damit entschädigungspflichtig), wenn sie aus polizeilichen Gründen im engeren Sinne erfolgt und sich gegen den Störer richtet (BGE 106 Ib 336, E. 5c/bb); BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.3 und 5.6).
- 23 In Anwendung der Kriterien der **formellen** Enteignung ist der Baulandcharakter eines Grundstücks im Lichte von Art. 15 RPG grundsätzlich zu verneinen, wenn es aufgrund einer Bedrohung durch Naturgefahren gar nicht überbaut werden kann, weshalb auch nicht der Baulandwert zu entschädigen ist (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.1, m.w.H.). Das Bundesgericht hat nun aber klargestellt, dass eine Entschädigung zum Baulandwert nicht schon mit dem Argument verneint werden kann, dass **Grundstücke in einem von Naturgefahren gefährdeten Gebiet** liegen (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.6). Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass eine Zuordnung eines Grundstücks zur **roten Zone nicht** zu dessen Unüberbaubarkeit führt. Denn als Folge dieser Zuordnung werden entweder **aktive Schutzmassnahmen** (insb. im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 WBG zum Hochwasserschutz) getroffen, welche die Gefährdung so stark reduzieren, dass eine bauliche Nutzung der Gebiete wieder möglich und zulässig wird (was sich gerade dort aufdrängt, wo erst nachträglich eine Gefährdung für bestehende Siedlungen entdeckt wird; vgl. auch WALDMANN, Entschädigung, 167 und 171), oder es werden **passive Schutzmassnahmen** in der Form von raumplanerischen Massnahmen (Gefahrenzonen nach Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG) ergriffen, durch welche die bauliche Nutzung verboten wird. Trotz positiver grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates haben die gefährdeten Grundeigentümer keinen Anspruch auf bestimmte Schutzmassnahmen an einem bestimmten Ort, sondern die Behörden entscheiden über Art, Umfang und Ort der Massnahmen in Abwägung aller möglicherweise betroffenen Eigentümerinteressen und unter Berücksichtigung anderer tangierter öffentlicher Interessen (WALDMANN, Entschädigung, 161). Nur wenn nach Durchführung der aktiven Schutzmassnahmen die Zuordnung zur roten Zone unverändert bleibt, besteht ein Bauverbot (vgl. zum Ganzen BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.2 f.).

Wenn das Bundesgericht im Regelfall von einer **Kombination aktiver und passiver Schutzmassnahmen** ausgeht, erkennt es richtig, dass solche Massnahmen ganz unterschiedliche Auswirkungen auf die Kostentragung haben, was den Entscheid des zuständigen Gemeinwesens über die zu treffenden Massnahmen beeinflussen könne. **Passive Schutzmassnahmen**, d.h. konkret Auszonungen, sind nach der dargelegten Rechtslage **entschädigungslos** zu dulddende polizeiliche Eigentumsbeschränkungen, womit die Kosten des passiven (raumplanerischen) Hochwasserschutzes **von den betroffenen Eigentümern getragen** werden. **Aktive Schutzmassnahmen** werden demgegenüber in der Regel durch die zuständigen Gemeinwesen getroffen und auch finanziert. Mit einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage könnten immerhin die Eigentümer, die von den Schutzmassnahmen profitieren, zu Grundeigentümerbeiträgen herangezogen werden. Gewisse kantonale Erlasse verzichten darauf aber ganz oder teilweise, weil der Schutz von menschlichen Siedlungen vor Naturgefahren eine originäre staatliche Aufgabe sei (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.4).

**Aktive Schutzmassnahmen** zugunsten einiger Grundstücke setzen nicht selten aber eben die **formelle Enteignung** von Eigentumsrechten zu Lasten dieser oder anderer Grundstücke voraus: «Eine Entschädigung zum Baulandwert kann daher nicht schon mit dem Argument verneint werden, die betroffenen Grundstücke lägen in einem gefährdeten Gebiet. Denn einerseits dient die Freihaltmassnahme (auch) der Realisierung und dem Schutz eines öffentlichen Werkes, so dass eine materielle Enteignung nicht schon mit dem Hinweis auf den polizeilichen Charakter verneint werden kann [...]. Andererseits gibt es andere Grundstücke, die ebenfalls im gefährdeten Gebiet liegen, aber dank den auf den betroffenen Grundstücken erstellten Hochwasserschutzmassnahmen nun einen besseren Schutz geniessen als zuvor und in eine tiefere Gefahrenzone eingestuft werden konnten. Die beiden Gruppen von Grundeigentümern werden daher ungleich behandelt, was auch der Beschwerdegegner anerkennt [...]. Werden wie im vorliegenden Fall einzelne Grundstücke herangezogen, um für eine grössere Zahl weiterer Grundstücke die Sicherheit zu verbessern, so liegt **ein klassischer Fall des Sonderopfers** vor, welches Ausprägung des generellen Gedankens des Lastenausgleichs ist: **Einzelne Grundeigentümer müssen zu Gunsten der Allgemeinheit oder Dritter ein Opfer erbringen, so dass es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde [...].** Zwar ist auch bei der Sonderopfervariante vorausgesetzt, dass eine Nutzungsmöglichkeit entzogen wird, die sich sonst mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher

Zukunft hätte verwirklichen lassen [...]. In Fällen wie dem vorliegenden hätte aber eine Nutzungsmöglichkeit für die betroffenen Grundstücke in der Tat bestanden, wenn nicht sie, sondern andere Grundstücke für die Realisierung des Wasserbauprojekts herangezogen worden wären; Grundstücke, welche dank dem jetzt realisierten Projekt weiterhin genutzt werden können. In solchen Situationen ist es gewissermassen – wenn vielleicht auch nicht technisch, so doch rechtlich – zufällig, welche Grundstücke für Schutzmassnahmen herangezogen werden und welche davon profitieren. Das rechtfertigt einen Ausgleich zu Gunsten der betroffenen Grundstückseigentümer». (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.6, m.w.H.; Hervorhebungen durch den Autor).

- 26 Das Bundesgericht lässt also nicht (mehr) gelten, ganz grundsätzlich bei der formellen Enteignung von Naturgefahren ausgesetzten Grundstücken den Baulandcharakter nach Art. 15 RPG abzusprechen, weil sie *per se* nicht überbaubar seien, und somit nur den Preis für Landwirtschaftsland zu bezahlen. Es seien bei der Bemessung des Verkehrswerts aber wertmindernde fortbestehende Gefährdungen zu berücksichtigen; und es sei auch ein Vorteil anzurechnen, der einem allfällig noch überbaubaren Rest-Grundstück durch die Realisierung des Hochwasserschutzwerks entstanden ist; zudem seien Beiträge der profitierenden Grundeigentümer bei den Benachteiligten an die Entschädigung anzurechnen. All dies zwecks Erreichung einer **wertmässigen Gleichstellung** der Profiteure und der Benachteiligten bzw. zwecks Abgeltung ihres Sonderopfers (BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 5.8).
- 27 Das **Sonderopfer ist damit nicht mehr als Variante der materiellen Enteignung** anzusehen, «sondern als ein für alle tief greifenden Eigentumseingriffe geltender Ausfluss der kumulierten Grundrechtsanforderungen von Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und Rechtsgleichheit. Es wäre zu prüfen, ob dies nicht überhaupt für alle Ausformungen des Sonderopfers gilt» (HEPPERLE, Landerwerb, 137).
- 28 An der in der Lehre verbreitet als überflüssig kritisierten Rechtsprechung zur grundsätzlichen Entschädigungslosigkeit von polizeilichen Eigentumsbeschränkungen (vgl. anstelle vieler WALDMANN, Entschädigung, 164; BGer 2C\_461/2011 vom 9. November 2011, E. 4.4, m.w.H.), hält das Bundesgericht aber explizit fest.

### 3. Entschädigungspflicht auf spezialgesetzlicher Basis für enteignungsrechtlich entschädigungslos zu dulddende Eigentumsbeschränkungen

Wenn vorstehend ausgeführt wurde, dass **rechtmässige** Eigentumsbeschränkungen grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen sind, sofern sie weder eine formelle Enteignung darstellen, noch einer solchen gleichkommen (also eine materielle Enteignung darstellen, die zudem nicht **durch eine polizeiliche Massnahme** begründet ist), ist klarzustellen, dass die kantonalen Gesetze **im Bereich der Wasserbaupolizei zuweilen spezielle Bestimmungen** enthalten, in welchen die Entschädigungspflicht explizit für verfassungsrechtlich eigentlich entschädigungslos zu dulddende Eigentumsbeschränkungen festgehalten wird. Die von Eigentumsbeschränkungen betroffene Person ebenso wie die zuständige Behörde in der Planungsphase sind also gut beraten, im jeweiligen anwendbaren kantonalen Recht nach solchen Sondernormen Ausschau zu halten, welche eine verfassungsrechtlich nicht gebotene Entschädigungspflicht auf gesetzlicher Grundlage vorsehen (was meist Ausfluss von Billigkeitsüberlegungen ist). 29

## III. Kommentierung

### A. Kantonale Enteignungskompetenz (Abs. 1 und 2)

#### 1. Zuständige Behörde und anwendbares Recht in den Kantonen

Gemäss Art. 17 Abs. 1 WBG enteignen die Kantone – als Aufgabenträger nach Art. 2 WBG – entweder selbst, oder sie übertragen diese Befugnis einem Dritten. 30

Im **Kanton Aargau** gelten Wasserbauprojekte nach dem kantonalen Enteignungsrecht (BauG AG) generell als Enteignungstitel (§ 132 Abs. 1 Bst. d BauG AG), also ohne Einräumung des Enteignungsrechts durch den Regierungsrat im Einzelfall. Dieser «Enteignungstitel berechtigt zur Enteignung für im öffentlichen Interesse erforderliche Werke und Massnahmen, die darin mit genügender Bestimmtheit festgelegt sind» (§ 132 Abs. 3 BauG AG) und kann von der beschlussfassenden Behörde an Private übertragen werden (§ 132 Abs. 4 BauG AG). Träger des wasserbaulichen Teils in der Reusstalebene ist der Staat, spricht der Kanton (§ 2 Abs. 1 Reusstalgesetz AG) und ihm steht 31

auch das Recht zu, die dazu erforderlichen Rechte auf dem Enteignungsweg zu beschaffen (§ 6 Abs. 1 und 2 Reusstalgesetz AG).

- 32 Im **Kanton Appenzell Innerrhoden** steht das Enteignungsrecht der Standeskommission, und damit dem Kanton, zu (Art. 29 Abs. 1 WBauG AI), wobei kantonales Enteignungsrecht zur Anwendung kommt, soweit das Bundesrecht nichts anderes vorschreibt (Art. 29 Abs. 2 WBauG AI).
- 33 Im **Kanton Appenzell Ausserrhoden** ist für den «in Ausnahmefällen vorsorglichen Landerwerb zugunsten von Wasserbauprojekten» der Regierungsrat abschliessend zuständig (Art. 15 Abs. 5 WBauG AR). Mangels anderslautender Anordnungen im WBauG AR findet das kantonale Enteignungsrecht Anwendung (denn im Unterschied zur Wasserbaupolizei wird z.B. für den Bereich der Wassernutzung explizit auf das Enteignungsgesetz des Bundes verwiesen, vgl. Art. 26 Abs. 5 WBauG AR i.V.m. Art. 8 Abs. 3 WBauV AR).
- 34 Im **Kanton Bern** erwerben die Gemeinde, der Gemeindeverband oder die Schwellenkorporation mit dem Wasserbauplan das Enteignungsrecht an den bezeichneten Rechten, wobei sich das Enteignungsrecht nach kantonalem Recht richtet (Art. 26 Abs. 4 WBG BE).
- 35 Im **Kanton Basel-Landschaft** fehlen spezifische wasserbauliche Bestimmungen zum Enteignungsrecht, es findet somit das EntG BL Anwendung (dort findet in § 11 in einem Nebenaspekt der Wasserbau Erwähnung, doch sind die allgemeinen Bestimmungen auch im Wasserbau anzuwenden). Da der Kanton nach § 13 WBauG BL, für die (meisten) enteignungsrelevanten Tätigkeiten zuständig ist, ist bei wasserbaulichen Enteignungen ein Landratsbeschluss erforderlich (§ 36 Abs. 1 EntG BL). Ebenso verhielte es sich bei der Übertragung des Enteignungsrechts an Dritte.
- 36 Auch im **Kanton Basel-Stadt** findet mangels spezifischer wasserbaulicher Bestimmungen das EntG BS Anwendung (vgl. dort insb. § 1–3).
- 37 Im **Kanton Freiburg** verweist Art. 59 Bst. c GewG FR auf das kantonale Gesetz über die Enteignung (vgl. auch den Sonderfall in Art. 31 Abs. 4 GewG FR).
- 38 Im **Kanton Genf** wird in Art. 19 Abs. 3 LEaux-GE auf Art. 3 Abs. 1 Bst. b LEx-GE verwiesen, wonach sich wasserbauliche Massnahmen, denen der Staatsrat zugestimmt hat, jeweils generell als öffentliche Werke bzw. im öffentlichen Interesse qualifizieren, für welche bei nicht einvernehmlicher Erledigung das Enteignungsgesetz Anwendung findet. Eine Übertragung der

Enteignungsbefugnis an Dritte wäre ebenfalls Gegenstand eines Beschlusses des Staatsrates (Art. 5 LEX-GE).

Im **Kanton Glarus** von besonderer Bedeutung ist die Befugnis des Linthwerks (einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit), private Rechte zu enteignen (Art. 5 Abs. 1 Interkantonale Vereinbarung Linthwerk). Hierbei findet das jeweils am Ort der gelegenen Sache geltende Enteignungsrecht, insbesondere für das Verfahren, Anwendung (Art. 5 Abs. 2 Interkantonale Vereinbarung Linthwerk). 39

Im **Kanton Graubünden** ist die Ausarbeitung und Ausführung von Wasserbauprojekten grundsätzlich Aufgabe der Gemeinden, wobei sich auch mehrere Gemeinden zusammenschliessen können (Art. 7 f. KWBG GR). Diese Wasserbauprojekte sind Gegenstand eines Projektgenehmigungsverfahrens (mit Einspracheverfahren), in welchem auch die Entschädigungsbegehren für Ansprüche aus dem kantonalen Enteignungsrecht geltend gemacht werden können für Rechte, die im Projekt beansprucht werden (Art. 10 und 13 Abs. 3 Bst. b KWBG GR), wobei die Anmeldung von Ansprüchen bezüglich der Rechte, die in der Rechtserwerbstabelle des Projekts nicht aufgeführt werden, spätestens bis zum Ende der Einigungsverhandlung im Landerwerbsverfahren zu erfolgen hat (Art. 13 Abs. 4 KWBG GR; vgl. Art. 16 Abs. 1 EntG GR, wonach bei wasserbaulichen Vorhaben das Enteignungsverfahren durch die öffentliche Projektauflage eingeleitet wird). Mit der Projektgenehmigung gilt dann auch das Enteignungsrecht an die Gemeinden als erteilt (Art. 14 Abs. 4 KWBG GR). Die Entschädigung durch die Gemeinde erfolgt nach dem kantonalen Enteignungsrecht (Art. 18 KWBG GR). 40

Der **Kanton Jura** wird gestützt auf LACE JU zu diversen spezialgesetzlich abgestützten konkreten Enteignungshandlungen ermächtigt (Art. 10 Abs. 4 und 5 sowie Art. 14), wobei für die Festlegung der Abgeltungen auf das kantonale Enteignungsrecht verwiesen wird (Art. 26 Abs. 4). 41

Im **Kanton Luzern** verweist § 24 WBG LU auf das Enteignungsrecht (ebenso für Schadenersatzbegehren nach § 14 Abs. 5 WBG LU, wobei dort noch gewisse spezifische Bestimmungen zum Fristenlauf von Schadenersatzbegehren erwähnt sind). In § 25 WBG LU wird dann aber unterschieden: «Bei Korrekturen, auf die das Bundesgesetz über den Wasserbau Anwendung findet, richtet sich die Enteignung nach dem Bundesgesetz über die Enteignung» (Abs. 1). Der Kanton Luzern hat hier also von Art. 17 Abs. 2 WBG Gebrauch gemacht und das bundesrechtliche Enteignungsgesetz für anwendbar erklärt (vgl. auch Kantone Obwalden, Uri und Waadt). In den anderen Fällen, also 42

ausserhalb des Anwendungsbereichs des WBG, wird mit der Genehmigung des Wasserbauprojekts dem Träger des Wasserbaus auch das Enteignungsrecht erteilt; bei Ausbleiben einer gütlichen Einigung findet kantonales Recht Anwendung (Abs. 2). Träger des Wasserbaus in diesem Sinne ist im Grundsatz der Kanton, er kann diese Aufgabe bei Vorliegen besonderer Umstände oder kleineren Gewässern den Gemeinden, Interessierten oder Wuhrgenossenschaften übertragen (§ 19 WBG LU; vgl. § 25 WBG LU über den Verweis von § 26 Abs. 5 WBG LU auch für private Gewässer), womit also bei Genehmigung des Projekts diese Dritten die Enteignungsbefugnis erlangen.

- 43 Im **Kanton Neuenburg** ist gemäss LCE NE der Kanton zu Enteignungen befugt, wobei das kantonale Enteignungsrecht anwendbar ist (Art. 18 LCE NE; vgl. auch explizit zu materiellen Enteignungen Art. 83 LCE NE).
- 44 Der **Kanton Nidwalden** unterstellt im WRG NW den Landerwerb, «sofern ein freihändiger Erwerb ausser Betracht fällt», dem Landumlegungs- oder Enteignungsverfahren (Art. 17 Abs. 1 WRG NW), wobei das in der Strassengesetzgebung festgesetzte Verfahren sinngemäss anwendbar sei (Art. 17 Abs. 2 WRG NW; der Vorbehalt für bundesrechtliche Bestimmungen bezieht sich m.E. nur auf Art. 17 Abs. 3 WBG). Die Zuständigkeit (Kanton, Gemeinden, Bodenverbesserungsgenossenschaften, Private) richtet sich nach Art. 21 WRG NW i.V.m. Art. 13 WRG NW.
- 45 Im **Kanton Obwalden** wurde von der Befugnis des Bundesgesetzgebers in Art. 17 Abs. 2 WBG Gebrauch gemacht und eidgenössisches Enteignungsrecht für anwendbar erklärt. Art. 13 WBG OW lautet: «Die Erteilung des Enteignungsrechts für Massnahmen des Wasserbaus oder Gewässerunterhalts richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Enteignung. Der Regierungsrat entscheidet über streitig gebliebene Einsprachen; der Präsident der Eidgenössischen Schätzungskommission kann das abgekürzte Verfahren bewilligen, wenn sich die von der Enteignung Betroffenen genau bestimmen lassen».
- 46 Der **Kanton St. Gallen** enteignet private Rechte im Anwendungsbereich des WBG SG nach kantonalem Enteignungsgesetz, allerdings nur soweit das Wasserbaugesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält (Art. 34 und 35 WBG SG; vgl. auch VGer SG, Urteil B 2009/48 vom 10. November 2009, E. 2.). Die Zuständigkeiten unterscheiden sich für kantonale und kommunale Gewässer (Art. 17 und 22 WBG SG), was auch für die Enteignungsbefugnis massgeblich ist. Für wasserbauliche Massnahmen wird nach Art. 21 Abs. 1 WBG SG das Planverfahren durchgeführt, womit das entsprechende Baupro-

jekt nach Art. 24 WBG SG öffentlich aufgelegt wird. Wer dafür private Rechte abtreten muss oder auf wessen Grundstück eine Baulinie ausgeschieden wird oder wessen Grundstück in den Gewässerabstand zu liegen kommt, erhält eine persönliche Anzeige. Diese Anzeige gilt als Einleitung des Enteignungsverfahrens (Art. 25 WBG SG) (vgl. zum Ganzen VGer SG, Urteil B 2011/152 vom 24. Januar 2013, E. 5.2.3. f.).

Im **Kanton Schaffhausen** enthält Art. 6<sup>ter</sup> WWG SH den Verweis auf das Enteignungsverfahren mit einer Zuständigkeit des Regierungsrates für den Erwerb solchen Landes oder anderer Rechte. 47

Im **Kanton Solothurn** sieht das GWBA SO eine volle Schadenersatzpflicht als Gegenstück zur Duldungspflicht der Grundeigentümer (§ 10 Abs. 2 und 3 GWBA SO) und eine Entschädigungspflicht für Eigentumsbeschränkungen nach den Grundsätzen der materiellen Enteignung vor (§ 11 GWBA SO; vgl. auch § 12 Abs. 2 GWBA SO). Für formelle Enteignungen hingegen wird auf das Verfahren der Nutzungsplanung nach dem Planungs- und Baugesetz sowie subsidiär auf die Enteignungsbestimmungen im Gesetz über die Einführung des ZGB und die Verordnung über das Enteignungsverfahren verwiesen (§ 13 Abs. 1 GWBA SO). Unternehmen im öffentlichen Interesse kann der Regierungsrat das Enteignungsrecht verleihen (§ 13 Abs. 2 GWBA SO). 48

Im **Kanton Schwyz** hat der Gesetzgeber diese Befugnis dem Bezirksrat übertragen (§ 56 Abs. 1 WRG SZ), auch dann, wenn die aus den Perimeterpflichtigen gebildeten Wuhrkorporationen (als kantonale Körperschaften öffentlichen Rechts, § 52 Abs. 1 WRG SZ) die Bau- und Unterhaltsaufgaben übernehmen. Das Enteignungsverfahren richtet sich nach dem kantonalen Enteignungsrecht (§ 56 Abs. 2 WRG SZ). 49

Im **Kanton Thurgau** regelt das WBG TG die Zuständigkeiten des Kantons für Flusskorrekturen und der Gemeinden für Bachkorrekturen (§ 9 WBG TG) mit den entsprechenden Kostentragungspflichten (§ 12 f. WBG TG). Ebenso werden Entschädigungspflichten des Staates im Gegenzug zu den Duldungspflichten der Eigentümer festgehalten, wobei der Grundsatz gilt, dass Schäden, die verbleiben, nachdem die Grundstücke wieder nutzbar gemacht sind, zu vergüten sind (§ 16 Abs. 2 und § 17 Abs. 1 WBG TG). Das EntG kommt dementsprechend unter Berücksichtigung dieser abweichenden Bestimmungen zur Anwendung. 50

Im **Kanton Tessin** wird der Wasserbau gestützt auf die LC TI geregelt. Die Consorzi, bestehend aus den betroffenen Gemeinden, anderen öffentlichen Entitäten und Privaten, die im entsprechenden öffentlichen Aufgabenbereich 51

tätig sind, werden mit Dekret des Regierungsrates mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet (Art. 12 LC TI), was den Consorzi implizit zugleich auch das Enteignungsrecht vermittelt, soweit dieses zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe erforderlich ist (Art. 22 LC TI).

- 52 Im **Kanton Uri** kann gestützt auf das WBG UR im Auflage- und Einspracheverfahren (bzw. im vereinfachten Verfahren) gegen Wasserbauprojekte Entschädigung gefordert werden, sofern nicht Bundesrecht anwendbar ist (Art. 12 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 WBG UR), wobei abgesehen von diesen Bestimmungen im Wasserbaugesetz dann das kantonale Enteignungsrecht Anwendung findet (Art. 15 Abs. 2 WBG UR). In einer ähnlichen Formulierung wie der Kanton Luzern hat sich der Kanton Uri aber bezüglich aller «wasserbaulichen Massnahmen» (Luzern spricht von «Korrekturen»), auf die das WBG des Bundes Anwendung findet, entschieden, die Enteignung dem Bundesgesetz über die Enteignung zu unterstellen (Art. 15 Abs. 1 WBG). Das heisst also, dass die erstgenannten Art. 12 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 WBG UR in diesen Verfahren gestützt auf das Enteignungsgesetz des Bundes nicht anwendbar sind.
- 53 Im **Kanton Waadt** werden im LPDP VD ähnlich wie in den Kantonen Luzern und Uri die Anwendungsbereiche des kantonalen Gesetzes unterschieden und je nachdem dem Bundesgesetz über die Enteignung (im Anwendungsbereich des WBG) oder dem kantonalen Enteignungsgesetz zugeordnet (Art. 27 LPDP VD).
- 54 Im **Kanton Wallis** wird der kantonale und kommunale Wasserbau gemäss Art. 25 WBG VS rechtsverbindlich in den Ausführungsprojekten festgelegt, wobei Bestandteil des Projekts immer auch «die zu enteignenden Rechte (Enteignungsplan)» (Art. 26 Abs. 1 Bst. f WBG VS) sind. Während der öffentlichen Auflage können die Einsprecher ihre privaten Rechte und allfällige Entschädigungsansprüche, die sie daraus ableiten, geltend machen (sog. Rechtsverwahrung, Art. 29 WBG VS). Der in der Folge ergehende Entscheid über die Genehmigung des Ausführungsprojekts begründet zugleich das Recht auf Enteignung aller zur Ausführung des Werkes benötigten dinglichen Rechte an Grundstücken sowie der aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte, ferner der persönlichen Rechte von Mietern und Pächtern; darüber hinaus wird das kantonale Enteignungsgesetz für anwendbar erklärt (Art. 35 Abs. 2 WBG VS). Art. 49 WBG VS statuiert sodann spezifisch noch eine Entschädigungspflicht für materielle Enteignungen zufolge wasserbaulicher Massnahmen.

Im **Kanton Zug** wird gemäss § 34a Abs. 1 GewG ZG als Folge der Rechtskraft einer Bewilligung für wasserbauliche Massnahmen an öffentlichen und privaten Gewässern der zuständigen Behörde zugleich das Recht zur Umsetzung der Massnahmen auf den privaten Grundstücken eingeräumt. In einer Spezialbestimmung verweist § 34a Abs. 2 GewG ZG für die materielle Enteignung bei privaten Gewässern auf die Kompetenz der Schätzungskommission, die Entschädigung festzulegen, wobei mit dem Verweis auf §§ 56 f. PBG ZG spezifisch auf die Normen zur materiellen Enteignung Bezug genommen wird. Sollten formelle Enteignungen (oder materielle Enteignungen im Zusammenhang mit öffentlichen Gewässern) erforderlich sein, ist gemäss § 93 GewG ZG für die Enteignung und Schätzung das PBG ZG anwendbar (vgl. insb. § 53 Abs. 1 Bst. b PBG ZG). 55

Im **Kanton Zürich** weist das WWG ZH das Enteignungsrecht dem Regierungsrat zu, der es wiederum im Einzelfall Gemeinden, anderen Kooperation des öffentlichen Rechts, Zweckverbänden und – sofern sie im öffentlichen Interesse liegen – privaten Unternehmungen gewähren kann (§ 10 Abs. 1 WWG ZH), wobei hier die Auffassung vertreten wird, dass das WWG ZH als *lex specialis* und *lex posterior* der Bestimmung von § 3 AbtrG ZH vorgeht, wonach bezüglich privater Unternehmen der Antrag vom Kantonsrat zu genehmigen sei (vgl. § 21 Abs. 3 und 5 AbtrG ZH; hierzu im Allgemeinen JAAG, Staatsrecht ZH, N 3608). Im Übrigen ist das kantonale Enteignungsrecht (eben das AbtrG ZH) anwendbar, soweit nicht Bundesrecht gilt (§ 10 Abs. 2 AbtrG ZH; vgl. zur Anwendbarkeit des AbtrG ZH im Wasserbau auch JAAG, Staatsrecht ZH, N 3605). Der letzterwähnte Vorbehalt bezieht sich u.a. auf Art. 17 Abs. 3 WBG. 56

**Zusammenfassend** können wir also festhalten, dass der **Regelfall** die Anwendbarkeit von **kantonalem** Enteignungsrecht ist, das zuweilen durch spezialgesetzliche Bestimmungen des kantonalen Wasserbaurechts ergänzt wird. Kantone, die **Dritten** (insbesondere Korporationen oder Genossenschaften) die Enteignungsbefugnis übertragen bzw. einräumen, tun dies meist im Zusammenhang und gleichzeitig mit einer Projektgenehmigung für konkrete wasserbauliche Massnahmen. Die Kantone Luzern, Uri und Waadt erklären im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Wasserbau das **Bundesgesetz** über die Enteignung für anwendbar; alle drei kantonalen Wasserbaugesetze sind jedoch **vor** dem neueren WBG erlassen worden, weshalb sie auf Art. 17 Abs. 2 WBG noch nicht Bezug nehmen. **Einzig** der Kanton Obwalden hat in seinem 2001 erlassenen Gesetz eine Bestimmung über die Anwendbarkeit des bundesrechtlichen Enteignungsgesetzes eingeführt, 57

die Art. 17 Abs. 2 WBG entspricht und insbesondere auf dessen Bst. a und b Bezug nimmt.

## 2. Kantonales Enteignungsrecht

- 58 Wie soeben aufgezeigt, gelten in allen Kantonen, ausser in den Kantonen Luzern, Uri, Waadt und Obwalden, die kantonalen Enteignungsgesetze im Anwendungsbereich des WBG. Es kann an dieser Stelle keine Übersicht der jeweils massgeblichen kantonalen Erlasse folgen. Beispielhaft wird vielmehr verwiesen auf die Darstellungen der Rechtslage des Kantons Bern (LUDWIG, Enteignungsrecht, Bernisches Verwaltungsrecht) und des Kantons Zürich (JAAG, Staatsrecht ZH, N 3601 ff.; HADORN, Schätzungsverfahren).
- 59 Die Verfahren im kantonalen Enteignungsrecht sind meist demjenigen gemäss dem Bundesgesetz über die Enteignung ähnlich, weshalb hierzu auf nachstehende Ausführungen verwiesen wird.

## 3. Abs. 2 Satz 2 Bst. a und b

- 60 Wie in N 42 ff. dargestellt, haben die **Kantone Luzern, Uri, Waadt und Obwalden** von Art. 17 Abs. 2 WBG Gebrauch gemacht und das EntG für anwendbar erklärt. Da aber die **drei erstgenannten Kantone** über Rechtsgrundlagen im Bereich der Wasserbaupolizei verfügen, die älter sind als das WBG, haben sie darin keine konkreten Bestimmungen aufgenommen, wie sie Art. 17 Abs. 2 in Bst. a und b WBG vorsieht. Nur der **Kanton Obwalden** verfügt mit Art. 13 WBG OW über eine explizit auf diese Bestimmung eingehende Norm: «Die Erteilung des Enteignungsrechts für Massnahmen des Wasserbaus oder Gewässerunterhalts richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Enteignung. Der Regierungsrat entscheidet über streitig gebliebene Einsprachen; der Präsident der Eidgenössischen Schätzungskommission kann das abgekürzte Verfahren bewilligen, wenn sich die von der Enteignung Betroffenen genau bestimmen lassen».
- 61 Mangels Ausführungen hierzu in der Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988 ist zu eruieren, ob die Bestimmungen von Art. 17 Abs. 2 Bst. a und b WBG für die Kantone **automatisch** gelten sollen, die sich für die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Enteignung aussprechen. Dies ist m.E. aus zwei Gründen zu bejahen: In grammatikalischer Auslegung bezieht sich das Ermessen («können») der Kantone nur auf die Anwendbarkeitserklärung

an sich, während dann im zweiten Satz («Sie sehen vor, dass») kein solches Ermessen in der Form einer Kann-Bestimmung mehr zu finden ist. Es ergibt sich sodann schon mit Blick auf den konkreten Verfahrensablauf bzw. in systematischer Auslegung, dass Art. 17 Abs. 2 Bst. a WBG auch in den Kantonen Luzern, Uri und Waadt direkt gestützt auf Bundesrecht gelten muss: Es gibt ja kein Departement des Bundes, das über die Einsprachen entscheiden könnte, nachdem die Schutzmassnahmen nach WBG in der Kompetenz der Kantone liegen; also muss diese Kompetenz zur Entscheidung über Einsprachen zwingend auch bei der Kantonsregierung liegen. Da bezüglich Bst. a und b keine Absicht einer gesetzgeberischen Unterscheidung ersichtlich ist, ist somit zu schliessen, dass nach dem Willen des Bundesgesetzgebers die Wahl des Enteignungsgesetzes des Bundes (Satz 1 von Abs. 2) automatisch auch die Anwendbarkeit von Bst. a und Bst. b bedeutet, sofern die Kantone keine abweichenden Bestimmungen erlassen haben. In dieser Betrachtung ist Art. 13 Wasserbaugesetz des Kantons Obwalden nur deklaratorischer Natur.

Art. 17 Abs. 2 Bst. b WBG ist nicht etwa so zu verstehen, dass damit bloss auf Art. 33 EntG über das abgekürzte Verfahren verwiesen wird, sondern so, dass damit den Kantonen eine **im Vergleich zu Art. 33 EntG vereinfachte Verweisung** in das abgekürzte Verfahren ermöglicht werden soll. Im ersten Fall liesse sich nicht erklären, weshalb ohnehin alle Bestimmungen des EntG gesamthaft anwendbar sind und dann Art. 33 EntG noch spezifisch für anwendbar erklärt wird. Vielmehr gilt eben Zweiteres, womit die weiteren Bedingungen nach Bst. a–d von Art. 33 EntG nicht zu erfüllen sind. Dieser Sinn und Zweck von Art. 17 Abs. 2 Bst. b WBG ergibt sich erst aus dem Erlassentwurf gemäss Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1430, wo Art. 19 des Entwurfs in Abs. 2 Bst. b noch lautete: «sofern die von der Enteignung Betroffenen genau bestimmt werden können, darf mit Bewilligung des Präsidenten der Eidgenössischen Schätzungskommission das abgekürzte Verfahren nach Artikel 33 auch dann durchgeführt werden, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 33 Buchstaben a–d nicht erfüllt sind.»

#### 4. Abgrenzung insbesondere zu Art. 68 Abs. 3 GSchG

Art. 68 Abs. 3 Bst. a und b GSchG sowie Art. 58 Abs. 2 Bst. a und b USG sind **wortgleich** wie die heutigen Art. 17 Abs. 2 Bst. a und b WBG formuliert. Dennoch sind die **Ausführungsvorschriften der Kantone** zum GSchG und USG **nicht** notwendigerweise identisch mit denjenigen zum WBG. Die Frage

nach dem Anwendungsbereich der beiden Gesetze bzw. ihrer Abgrenzung kann sich also für eine konkrete Massnahme durchaus mit praktischer Relevanz stellen.

- 64 Schwierigkeiten in der Abgrenzung können v.a. **Revitalisierungen**, also wasserbaulichen Massnahmen zur Wiederherstellung naturnaher Verhältnisse von Gewässern, bereiten, welche oft eine Aufweitung des Gewässerbetts umfassen und dadurch gleichzeitig das Rückhaltevermögen und die Abflusskapazität für Hochwasser verbessern (MAURER, Revitalisierung Volltext, 6 und 20). Ob es sich dabei um eine Massnahme nach Art. 4 WBG oder nach Art. 37 GSchG handelt, also der Wasserbau oder der Gewässerschutz im Vordergrund steht, wird auch entscheiden, welche enteignungsrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden. Mit MAURER (Revitalisierung Volltext, 20) ist jedoch zu attestieren, dass Revitalisierungen heute fast ausschliesslich anlässlich von Hochwasserschutzmassnahmen an hochwassergefährdeten Gewässern erfolgen; somit erfolgen auch die Enteignungen heute im Regelfall innerhalb eines Wasserbauprojekts gemäss WBG.

## 5. Wahlrecht der Enteigner zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht nach Art. 119 EntG?

- 65 Art. 119 EntG sieht ein Wahlrecht des Enteigners vor, wenn eine Enteignung sowohl nach eidgenössischem als auch nach kantonalem Recht möglich ist (bis zum Zeitpunkt, da die Enteignung schon bewilligt ist). Dies setzt allerdings voraus, dass eine Rechtsgrundlage zur Enteignung nach beiden Rechtsordnungen besteht und dass weder die Anwendung des eidgenössischen noch des kantonalen Enteignungsrecht zwingend vorgeschrieben ist (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. I, Art. 119 N 6).
- 66 Die Art. 68 GSchG und Art. 58 USG bilden nach h.L. einen solchen «Sonderfall», der dem Enteigner ein Wahlrecht einräumt (ZAUGG/LUDWIG, Kommentar Baugesetz BE, Art. 127 N 1; bzw. LUDWIG, Enteignungsrecht N 6, Bernisches Verwaltungsrecht). Aufgrund des identischen Wortlauts musste dies auch für Art. 17 WBG gelten. Die Wasserbaupolizei ist gemäss HESS/WEIBEL (Kommentar EntG, Bd. I, Art. 119 N 12, 16, 28) aber **kein** solcher Bereich, in welchem ein **Wahlrecht** besteht. Allerdings bezieht sich diese Lehrmeinung von 1986 noch auf das alte WBPG, also das Vorgängergesetz des heutigen WBG.

Die h.L. zu Art. 119 EntG verwendet keine Beispiele für ein Wahlrecht, betont jedoch (wie schon HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. I, Art. 119 N 25 ff.), es handle sich um einen «seltenen Fall» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 2080) bzw. einen «äusserst schmalen Bereich» (HADORN, Schätzungsverfahren, 6, vgl. auch den Hinweis in Fn. 3: «soweit die Spezialgesetze des Bundes das anwendbare Enteignungsrecht nicht abschliessend regeln, ist daher auch das jeweils zugehörige kantonale Ausführungsrecht zu konsultieren»).

Das Bundesgericht lässt in BGE 127 II 227, E. 3., auch offen, welche Kriterien für Art. 119 EntG massgeblich sein könnten. «Die Möglichkeit einer freien Wahl zwischen kantonalem und eidgenössischem Enteignungsrecht, von der Art. 119 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG, SR 711) spricht, sieht weder das Eisenbahngesetz noch das appenzellische Gesetz über das Strassenwesen vom 26. April 1998 vor. Dagegen ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das Sanierungsvorhaben, falls es sich aufteilen lässt, teils dem Bundes- und teils dem kantonalen Recht unterliegen könnte.» (vgl. auch schon VGer AG, Urteil vom 5. April 1984, E. 4b/aa), in: ZBl 1985, 272 ff.).

Wie auch HÄNNI, unter Bezugnahme auf Art. 68 GSchG in einem Abschnitt über die «ausschliesslich Bundesrecht» unterstehenden Enteignungen ausführt, steht dem **Enteigner** nach der hier vertretenen Auffassung dann, wenn die Anwendbarkeit von Bundesrecht von den Kantonen angeordnet wurde, **kein Wahlrecht mehr** zu (HÄNNI, Umweltschutzrecht, 576). Dann ist **Bundesrecht ausschliesslich anwendbar**; andernfalls gestützt auf die Entscheidung des kantonalen Gesetzgebers **ausschliesslich kantonales Recht**.

Sollte ein Enteignungsverfahren zu Unrecht nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht eingeleitet worden sein, ist über die Rüge im enteignungsrechtlichen Verfahren zu entscheiden (HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Bd. I, Art. 119 N 29 f.).

## **B. Anwendbarkeit des eidgenössischen Enteignungsrechts (Abs. 3)**

### **1. Anwendungsbereich**

- 71 Die Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1430, enthielt einen Entwurf eines damaligen Art. 19 Abs. 3, der sich vom heutigen Art. 17 Abs. 3 durch ein Wort unterscheidet: «Auf Enteignungen für Gemeinschaftswerke verschiedener Kantone und Werke, die das Gebiet mehrerer Kantone beanspruchen, ist das Enteignungsrecht des Bundes **unverändert** anwendbar». Der Streichung dieses Wortes kommt keine materielle Bedeutung zu. Der Gesetzgeber referenziert hier auf Art. 1 EntG, wonach «Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen», die Geltendmachung des eidgenössischen Rechts zur Enteignung gestatten. Mit dem Wort «unverändert» im Entwurf sollte nur gezeigt werden, dass sich durch Art. 17 Abs. 3 WBG an der Ordnung gemäss Art. 1 EntG nichts verändert.
- 72 Neu eingefügt wurde im Vergleich zum Entwurf noch der Satz 2, wonach das Departement über die Enteignung entscheide. Hier wird auf Art. 50 und 55 EntG Bezug genommen, wonach «das in der Sache zuständige Departement» entscheide. Zuständig für den Wasserbaupolizeibereich auf Bundesebene ist das BAFU, womit «das Departement» das dem BAFU übergeordnete UVEK meint.

### **2. Eidgenössisches Enteignungsrecht**

- 73 Der Verweis auf das eidgenössische Enteignungsrecht bezieht sich auf die materiell-rechtlichen wie formell-rechtlichen Bestimmungen gemäss dem Bundesgesetz über Enteignungen vom 20. Juni 1930 (SR 711), wobei bezüglich des **Verfahrens** die Verordnung über das Verfahren vor den eidg. Schätzungskommissionen vom 13. Februar 2013 (SR 711.1) zu beachten ist. Gemäss Art. 3 dieser Verordnung finden auf das Verfahren vor dem Präsidenten und der Schätzungskommission zudem Art. 7–43 VwVG Anwendung (während Art. 110 EntG einzig auf die Fristenbestimmungen von Art. 20–24 VwVG verweist).
- 74 Das formelle Enteignungsverfahren auf Bundesebene umfasst im Wesentlichen sechs Etappen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 64 N 30; HÄNNI, Umweltschutzrecht, 577 ff.):

- Erteilung des Enteignungsrechts;
- Planauflageverfahren (mit Gelegenheit zur Einsprache);
- Einigungsverhandlung;
- Eventuell: vorzeitige Besitzeinweisung;
- Entscheid des Departements über die Einsprachen gegen die Enteignung und deren Umfang (Einspracheverfahren) bzw. Entscheid der örtlich zuständigen Eidgenössischen Schätzungskommission bezüglich streitig gebliebener Entschädigungsforderungen (Schätzungsverfahren);
- Vollzug.

HÄNNI spricht deshalb von einem **Dualismus des Verfahrens**, mit einem **Administrativverfahren**, in welchem die zuständigen Behörden die Zulässigkeit des konkreten Enteignungsbegehrens und die Begründetheit von Einsprachen dagegen prüfen sowie über den Umfang der abzutretenden Rechte entscheiden, und einem **Schätzungsverfahren** für Streitigkeiten über die Entschädigungsforderungen, wozu Spezialverwaltungsgerichte als Schätzungskommissionen eingesetzt sind (HÄNNI, Umweltschutzrecht, 573 ff.; spezifisch zu verfahrensrechtlichen Aspekten auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 1939 ff.).

Der Rechtsmittelweg führt dann in jedem Fall mit **Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht** (Art. 77 EntG für Entscheide der Schätzungskommission; Art. 55 EntG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b und Art. 31–33 VGG für Entscheide der Departemente).

Für die weiteren Details sei auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen (v.a. HESS/WEIBEL, Kommentar EntG, Band. I).

### Résumé

Selon l'art. 17 al. 1 LACE, les cantons, en tant qu'autorités chargées d'application de la présente loi selon l'art. 2 LACE, peuvent exercer le droit d'expropriation directement ou le conférer à un tiers. En principe, le droit d'expropriation cantonal s'applique, complété par des dispositions fondées sur des lois spéciales du droit cantonal sur l'aménagement des cours d'eau. Les cantons, qui délèguent le droit d'expropriation à des tiers (en particulier aux corporations ou aux coopératives), octroyent le plus souvent parallèlement une autorisation de projet pour des mesures concrètes d'aménagement

des eaux. Les cantons de Lucerne, d'Uri et de Vaud prévoient que la loi fédérale sur l'expropriation s'applique dans les cas visés par la LACE. Ces trois lois cantonales étant entrées en vigueur avant la nouvelle LACE, elles ne se fondent toutefois pas sur l'art. 17 al. 2 LACE. Le canton d'Obwald est le seul canton qui a introduit dans sa loi une disposition sur l'application de la loi fédérale sur l'expropriation qui se conforme à l'art. 17 al. 2 LACE et qui reprend en particulier les let. a et b. Les procédures de droit d'expropriation cantonales sont majoritairement similaires aux procédures prévues par la loi fédérale sur l'expropriation.

Les art. 68 al. 3 let. a et b LEaux, ainsi que l'art. 58 al. 2 let. a et b LPE sont formulés de manière identique à l'actuel art. 17 al. 2 let. a et b LACE. Les dispositions cantonales d'exécution de la LEaux et LPE ne sont toutefois pas nécessairement identiques à celles de la LACE. La délimitation peut dans ce cadre poser problème, en particulier pour les revitalisations.

L'art. 119 LEx prévoit un droit d'option pour l'expropriant, lorsque qu'une expropriation est possible tant d'après le droit fédéral qu'en vertu du droit cantonal, pour autant qu'il existe un fondement juridique pour l'expropriation selon les deux ordres juridiques et que l'application du droit fédéral ou du droit cantonal ne soit pas contraignant.



## 7. Abschnitt: Schlussbestimmungen/ Section 7: Dispositions finales

### Art. 18 WBG/LACE

#### Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

Die Änderungen können unter AS 1993 234 konsultiert werden.

#### Abrogation et modification du droit en vigueur

Les modifications peuvent être consultées au RO 1993 234.

#### Abrogazione e modifica del diritto vigente

Le modifiche possono essere consultate alla RU 1993 234.

**Materialien und amtliche Publikationen:** Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung des Bundesgesetzes betreffend die Wasserbaupolizei vom 9. April 1952, BBl 1952 I 701 ff. (zit. Botschaft Wasserbaupolizeigesetz 1952); Botschaft zum Bundesgesetz über die Stauanlagen vom 9. Juni 2006, BBl 2006 6037 ff. (zit. Botschaft StAG 2006).

#### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Kommentierung .....	3
	A. Ziff. 1 der ursprünglichen Fassung .....	3
	B. Ziff. 2 der ursprünglichen Fassung .....	6
	C. Aufhebung der Bestimmung .....	7

### I. Entstehungsgeschichte

Art. 18 WBG lautete in seiner **ursprünglichen Fassung** wie folgt: 1

#### Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

1. Die Artikel 1–3, 4–12 und 13 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1877 [SR 721.10] über die Wasserbaupolizei werden aufgehoben.

2. Das Bundesgesetz vom 22. Juni 1877 über die Wasserbaupolizei wird wie folgt geändert:

#### *Art. 12<sup>bis</sup>*

Soweit es sich in den Fällen von Art. 3<sup>bis</sup> um Schäden an Flussgerinnen handelt, die bei einer geordneten Absenkung durch abfliessende Wassermengen verursacht werden, werden die Artikel 6–10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 [SR 721.100; AS 1993 234] über den Wasserbau angewendet.

- 2 (vgl. AS 1993 238). Damit entspricht die Bestimmung bis auf die Korrektur der Verweisung auf das neue WBG infolge Anpassung der Artikelnummern im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Art. 20 des bundesrätlichen Entwurfes.

## II. Kommentierung

### A. Ziff. 1 der ursprünglichen Fassung

- 3 Die von der Aufhebung nicht betroffenen Bestimmungen des **Wasserbaupolizeigesetzes** betreffen die Aufsicht des Bundes über Talsperren (Art. 3<sup>bis</sup>, 12<sup>bis</sup> und 13<sup>bis</sup> WBPG gültig seit 1. Januar 1954 bzw. geändert per 1. Januar 1993) sowie die Übergangs- und Schlussbestimmungen.
- 4 Nachdem man sich 1953 beim Ersatz des Bundesratsbeschlusses vom 7. September 1943 über den Schutz schweizerischer Stauanlagen (infolge Aktivdienstzustandes nicht publ.) noch dagegen entschieden hatte, die Regulierung der Stauanlagen in einem **separaten Erlass** unterzubringen (vgl. Botschaft Wasserbaupolizeigesetz 1952, 702), klammerte man die Revision dieser Bestimmungen im Rahmen der im Übrigen umfassenden Revision des Wasserbaupolizeigesetzes 1988 im Zuge des zweiten Massnahmenpaketes zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen aus.
- 5 Dem vielgestaltigen Revisionsbedarf in Bezug auf die Aufsicht, die Projektgenehmigung, den Betrieb und die Überwachung von Stauanlagen sowie der anwendbaren haftpflichtrechtlichen Grundlagen wurde durch die Anpassung und Überführung der Art. 3<sup>bis</sup>, 12<sup>bis</sup> und 13<sup>bis</sup> des Wasserbaupolizeigesetzes und der Talsperrenverordnung von 1957 (später ersetzt per 1. Januar 1999 durch die StAV) in das **StAG** Rechnung getragen (vgl. Botschaft StAG 2006, 6043).

### B. Ziff. 2 der ursprünglichen Fassung

- 6 Bei der Änderung von Art. 12<sup>bis</sup> Wasserbaupolizeigesetz handelt es sich um eine blosser **Anpassung der Verweisung** (Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1392).

### C. Aufhebung der Bestimmung

Mit dem Inkrafttreten des StAG per 1. Januar 2013 (AS 2012 5993) wurden die letzten Bestimmungen des Wasserbaupolizeigesetzes von 1877 in revidierter Form in das neue Gesetz überführt und das **Bundesgesetz über die Wasserbaupolizei formell aufgehoben** (vgl. Art. 34 StAG), womit die Schlussbestimmungen von Art. 18 WBG **obsolet** wurden. 7

#### Résumé

Avec l'entrée en vigueur de la LOA au 1<sup>er</sup> janvier 2013, les dernières dispositions de la loi fédérale du 22 juin 1877 sur la police des eaux sont intégrées sous une forme révisée dans la nouvelle loi. La loi fédérale sur la police des eaux est formellement abrogée. Les dispositions finales de l'art. 18 LACE sont, par conséquent, obsolètes. 8



## Art. 19 WBG/LACE

### Aufgehoben

Aufgehoben durch Ziff. II 29 des BG vom 20. März 2008 zur formellen Bereini-  
gung des Bundesrechts, mit Wirkung seit 1. Aug. 2008; AS 2008 3437; BBl 2007  
6121.

### Abrogé

Abrogé par le ch. II 29 de la LF du 20 mars 2008 relative à la mise à jour formelle du droit fédéral,  
avec effet au 1<sup>er</sup> août 2008; RO 2008 3437; FF 2007 5789.

### Abrogato

Abrogato dal n. II 29 della LF del 20 mar. 2008 concernente l'aggiornamento formale del diritto  
federale, con effetto dal 1° ago. 2008; RU 2008 3437; FF 2007 5575.

### Inhaltsübersicht

I.	Entstehungsgeschichte .....	1
II.	Kommentierung .....	3
	A. Abs. 1 der ursprünglichen Fassung .....	3
	B. Abs. 2 der ursprünglichen Fassung .....	4
	C. Aufhebung der Bestimmung .....	5

## I. Entstehungsgeschichte

- 1 Art. 19 WBG lautete in seiner **ursprünglichen Fassung** wie folgt:

#### Übergangsbestimmungen

- <sup>1</sup> Ist das Gesuch vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht wor-  
den, werden Abgeltungen nach dem bisherigen Recht zugesichert.
  - <sup>2</sup> Nach bisherigem Recht zugesicherte Abgeltungen werden nur noch  
ausbezahlt, wenn innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten dieses  
Gesetzes eine Bauabrechnung eingereicht oder mit dem Bauen begon-  
nen wird.
- <sup>2</sup> (vgl. AS 1993 238). Damit entspricht die Bestimmung bis auf eine rein redak-  
tionelle Anpassung in Abs. 1 genau Art. 21 des bundesrätlichen Geset-  
zesentwurfes (vgl. Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1430).

## II. Kommentierung

### A. Abs. 1 der ursprünglichen Fassung

Das Beitragsrecht des Wasserbaupolizeigesetzes von 1877 wird durch das WBG insofern abgeändert, als die finanzstarken Kantone unter dem neuen Recht grundsätzlich von **Subventionen** ausgeschlossen werden (vgl. Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1388). Um eine **Benachteiligung** derjenigen finanzstarken Kantone zu **verhindern**, die bei Inkrafttreten des neuen Rechts bereits ein Beitragsgesuch eingereicht hatten, wurde Art. 19 Abs. 1 WBG geschaffen (vgl. Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1392). 3

### B. Abs. 2 der ursprünglichen Fassung

Im Zeitpunkt der Revision des Wasserbaupolizeigesetzes von 1877 waren einzelne Dossiers hängig, in denen die Beitragsempfänger trotz Zusicherung der Bundesbeiträge die Projektausführung jahrelang **hinausgezögert** hatten. Mit Art. 19 Abs. 2 WBG bezweckte man, klare Verhältnisse zu schaffen und die Beitragsempfänger zur Ausführung der Arbeiten innert nützlicher Frist anzuhalten, ansonsten die Mittel für andere Zwecke frei würden (vgl. Botschaft Neuverteilung der Aufgaben 1988, 1392). 4

### C. Aufhebung der Bestimmung

Das Bundesgesetz über den Wasserbau wurde per 1. Januar 1993 in Kraft gesetzt (vgl. Komm. zu Art. 20 WBG N 5). Da nunmehr **alle Übergangsfristen abgelaufen** waren, konnten die Übergangsbestimmungen von Art. 19 WBG im Rahmen der formellen Bereinigung des Bundesrechts mit Wirkung per 1. August 2008 aufgehoben werden (Botschaft Bereinigung 2007, 6156; AS 2008 3452). 5

### Résumé

Selon l'al. 1 de la version initiale de l'art. 19 LACE, le droit aux indemnités de la loi fédérale du 22 juin 1877 sur la police des eaux a été amendé par la LACE de façon que les cantons à forte capacité financière ne puissent, en 6

principe, plus bénéficiaire de subventions sous le nouveau droit. L'art. 19 al. 1 LACE fut introduit afin d'éviter une discrimination de ces cantons à forte capacité financière qui avaient avant l'entrée en vigueur du nouveau droit déjà déposé un formulaire de demande de subsides. L'art. 19 al. 2 LACE devait permettre de créer des conditions claires dans l'allocation des subventions et encourager le bénéficiaire des contributions à exécuter les travaux dans un délai raisonnable. L'art. 19 LACE fut abrogé par le ch. II 29 de la LF du 20 mars 2008 relative à la mise à jour formelle du droit fédéral, avec effet au 1<sup>er</sup> août 2008.



## Art. 20 WBG/LACE

### Referendum und Inkrafttreten

- <sup>1</sup> Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.
- <sup>2</sup> Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

### Référendum et entrée en vigueur

- <sup>1</sup> La présente loi est sujette au référendum facultatif.
- <sup>2</sup> Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

### Referendum ed entrata in vigore

- <sup>1</sup> La presente legge sottostà al referendum facoltativo.
- <sup>2</sup> Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

**Literatur:** RICHLI PAUL, Schlussbestimmungen, in: ASA 61 (1992), 475 ff. (zit. Schlussbestimmungen).

### Inhaltsübersicht

I.	Allgemeine Bemerkungen.....	1
II.	Kommentierung .....	2
	A. Fakultatives Referendum (Abs. 1).....	2
	B. Datum des Inkrafttretens (Abs. 2).....	5

## I. Allgemeine Bemerkungen

Art. 20 WBG beinhaltet die letzten der Schlussbestimmungen und gehört zu <sup>1</sup> den sogenannten **Routinevorschriften** (RICHLI, Schlussbestimmungen, 475).

## II. Kommentierung

### A. Fakultatives Referendum (Abs. 1)

Dem Hinweis auf die Möglichkeit der Ergreifung des fakultativen Referen- <sup>2</sup>  
dums kommt **keine konstitutive Wirkung** zu. Vielmehr ergibt sich diese aus  
Art. 89 Abs. 2 BV 1874 bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. a der aktuellen BV. Dort ist  
vorgesehen, dass 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innert  
100 Tagen nach der amtlichen Veröffentlichung eines Bundesgesetzes im  
Bundesblatt die Abstimmung über den Erlass verlangen können.

Die **Anbringung des Hinweises** auf das fakultative Referendum durch die <sup>3</sup>  
Bundesversammlung in jedem, diesem unterstehenden Einzelerlass ist nach  
BIAGGINI jedoch **zwingend** (BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 141 N 3).

- 4 Gegen das Bundesgesetz über den Wasserbau wurde **kein** fakultatives Referendum ergriffen (AS 1993 239).

### **B. Datum des Inkrafttretens (Abs. 2)**

- 5 Das Datum des **Inkrafttretens** wurde mit Bundesratsbeschluss vom 13. Januar 1993 auf den 1. Januar 1993 festgelegt (AS 1993 239).
- 6 Bereits vor dem Inkrafttreten haben Art. 6 Abs. 1, 7 und 8 WBG im Rahmen des Erlasses des Bundesgesetzes über den **Abbau von Finanzhilfen und Abgeltungen** am 9. Oktober 1992 Änderungen erfahren (AS 1993 328 f.). Diese sind ebenfalls per 1. Januar 1993 in Kraft getreten.

### 7 **Résumé**

L'art. 20 LACE contient la dernière des dispositions finales de la LACE. La mention de la possibilité de saisir le référendum facultatif découle de l'ancien art. 89 al. 2 Cst. 1874, respectivement de l'actuel art. 141 al. 1 let. a Cst. Aucune demande de référendum facultatif n'ayant été déposée dans le délai imparti, le Conseil fédéral a fixé la date d'entrée en vigueur de la LACE au 1<sup>er</sup> janvier 1993.

