

Étude d'impact et clause filet: faut-il changer le chalutier?



Xavier de Lesquen
Avocat associé -
Cabinet Lacourte
Raquin Tatar



Anne-Laure Gauthier
Avocat counsel -
Cabinet Lacourte
Raquin Tatar

1. Le maître d'ouvrage est la personne pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés. À ce titre, « *il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et les travaux* »¹. On le sait, l'ouvrage projeté ne peut être dissocié de son terrain d'assiette : la conception du projet est donc nécessairement menée en lien avec la recherche du foncier, dans le cadre désormais bien établi de la planification urbaine, cette dernière intégrant la multiplicité des objectifs énumérés à l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme.

Les règles du PLU applicables dans la zone d'implantation du projet reflètent donc ces objectifs, notamment « *la qualité urbaine, architecturale et paysagère* »² et « *la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts ainsi que la création, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques* »³.

Cela étant, le maître d'ouvrage doit se préoccuper des incidences de son projet sur l'environnement. C'est ce qui résulte, pour tous types de projets, du III de l'article L. 122-1 du code de l'environnement relatif à l'évaluation environnementale, en vertu duquel le maître d'ouvrage doit élaborer une étude d'impact dont l'objet est de « *décrire et d'apprécier de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables directes et indirectes d'un projet* » sur un grand nombre de facteurs : la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres,

le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage. Ceci, à condition, bien sûr, que le projet emporte de telles incidences.

Notre système de droit impose donc au maître d'ouvrage d'être le maître de l'ouvrage et de ses incidences sur son environnement.

2. L'obligation de réaliser une étude d'impact répond à une double exigence constitutionnelle.

Il s'agit d'abord de l'article 3 de la Charte de l'environnement, en vertu duquel « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Or les atteintes ne peuvent être prévenues ou réduites que si elles sont identifiées, décrites et évaluées, ce qui est précisément l'objet de l'étude d'impact et, de façon plus générale, de l'évaluation environnementale.

Cette dernière est définie par le III de l'article L. 122-1 du code de l'environnement comme un « processus » comprenant, sur la base de l'étude d'impact réalisée par le maître d'ouvrage, la réalisation des consultations de l'autorité environnementale et des collectivités territoriales et leurs groupements intéressés par le projet mais également « *l'examen, par l'autorité compétente pour autoriser le projet, de l'ensemble des informations présentées dans l'étude d'impact et reçues dans le cadre des consultations effectuées et du maître d'ouvrage* ».

L'étude d'impact et les avis rendus, en particulier celui de l'autorité environnementale, sont ainsi des éléments que l'autorité administrative doit prendre en compte pour autoriser le projet.

Il s'agit tout d'abord de mettre cette dernière en mesure d'apprécier le respect des règles de fond : par ex. pour un projet de construction, l'absence d'atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique⁴

ou l'absence de conséquences dommageables sur l'environnement⁵, faute de quoi le projet peut être assorti de prescriptions spéciales ou refusé⁶.

Il s'agit également de mettre l'autorité administrative en mesure de préciser « les mesures et caractéristiques du projet destiné à éviter les incidences négatives notables, réduire celles qui ne peuvent être évitées et compenser celles qui ne peuvent être évitées ni réduites » (ce sont les mesures ERC) ainsi que « les modalités du suivi des incidences du projet sur l'environnement ou la santé humaine ». Cette obligation, qui résulte du I de l'article L. 122-1-1 du code de l'environnement, s'applique à tous les projets, même à ceux soumis au seul permis de construire⁷.

Cette responsabilité particulière qui pèse sur l'autorité administrative conduit tout naturellement à la seconde exigence constitutionnelle : l'article 7 de la Charte de l'environnement, en vertu duquel « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

3. La mise en œuvre, par la loi, de ces exigences constitutionnelles repose ainsi sur deux dispositifs distincts :

– l'évaluation environnementale : les obligations en la matière figurent aux articles L. 122-1 et s. du code de l'environnement ;

– la participation du public : elle fait l'objet des articles L. 123-1-A et s. du même code.

Si l'étude d'impact sous sa forme moderne a été créée par la première grande loi environnementale française – celle du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, elle a ensuite été adaptée pour servir de support à l'évaluation environnementale imposée par le droit européen, précisément la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, remplacée par la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011.

C'est ainsi du droit de l'Union européenne que découle le critère de la soumission d'un projet à évaluation environnementale, et donc à étude d'impact : en vertu de l'article 2.1 de la directive « projets » de 2011, « les États membres prennent les

dispositions nécessaires pour que, avant l'octroi de l'autorisation, les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, soient soumis à une procédure de demande d'autorisation et à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences ».

La directive pose également les autres éléments essentiels de l'évaluation environnementale, en particulier l'exigence de soumettre les projets ayant une incidence notable sur l'environnement à une procédure de demande d'autorisation⁸, les facteurs sur lesquels porte l'évaluation⁹, la consultation de l'autorité environnementale¹⁰ et la prise en compte des éléments issus de l'étude d'impact et des consultations dans le cadre de la procédure d'autorisation¹¹.

La participation du public s'appuie à titre principal sur l'enquête publique, procédure ancienne en droit français, qui existait dès les premières législations environnementales : elle était par exemple prévue par le décret napoléonien de 1810 sur les ateliers dangereux, insalubres ou incommodes, ancêtre de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement.

L'enquête publique, régie par les articles L. 123-1 et s. du code de l'environnement, cohabite désormais avec d'autres formes de participation du public : outre la concertation préalable, qui intervient avant le dépôt de la demande¹², il s'agit principalement de la participation du public par la voie électronique (PPVE) prévue à l'article L. 123-19 du même code.

Ces dispositifs législatifs précisent les conditions et les limites du principe constitutionnel de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Ils assurent également la transposition des objectifs fixés par la directive « projets » de 2011, notamment l'obligation d'assurer une information et une participation du public à un stade précoce « des procédures décisionnelles en matière d'environnement »¹³, cette expression renvoyant aux procédures à l'occasion de laquelle les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement sont soumis à une évaluation de leurs incidences.

4. La procédure d'évaluation environnementale a été réformée par l'ordonnance

n° 2016-1058 du 3 août 2016 et son décret d'application n° 2016-1110 du 11 août 2016 afin de passer d'une approche par « procédures » à une approche par « projet ».

Le I de l'article L. 122-1 du code de l'environnement définit le « projet » comme « la réalisation de travaux de construction, d'installations ou d'ouvrages, ou d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ».

Et le III du même article précise que « lorsqu'un projet est constitué de plusieurs installations, ouvrages ou travaux, il doit être appréhendé dans son ensemble, y compris en cas de fractionnement dans le temps et dans l'espace et en cas de multiplicité de maîtres d'ouvrage, afin que ses incidences sur l'environnement soient évaluées dans leur globalité ».

L'objectif est de permettre à l'administration et au public de disposer d'une vision globale du projet, incluant l'ensemble de ses composantes (en évitant un « saucissonnage » ou fractionnement des projets, qu'il soit matériel, chronologique ou juridique) et de pouvoir apprécier l'intégralité de ses effets sur l'environnement et la santé.

Selon le guide d'interprétation de la réforme du 3 août 2016 élaboré par le ministère (CGDD en août 2017), le « projet » doit être appréhendé « comme l'ensemble des opérations ou travaux nécessaires pour le réaliser et atteindre l'objectif poursuivi. Il s'agit des travaux, installations, ouvrages ou autres interventions qui, sans le projet, ne seraient pas réalisés ou ne pourraient remplir le rôle pour lequel ils sont réalisés ». Le guide donne pour exemple la « construction d'un stade qui nécessite un défrichement et la réalisation de voies d'accès pour le desservir : le stade mais aussi le défrichement et la voie d'accès qui lui sont indispensables constituent donc un seul et même projet ».

Afin de déterminer si l'on est en présence d'un « projet », le guide retient un faisceau d'indices, notamment : la « proximité géographique ou temporelle », les « similitudes/interactions entre les différentes composantes du projet », ou encore l'« objet et [la] nature des opérations ».

À titre d'illustration, deux opérations immobilières prévues sur deux parcelles adjacentes reliées par deux passages ne forment pas un « projet » au sens de ces dispositions. Le Conseil d'État estime qu'« en se fondant sur la perspective que

cet autre projet avait la même finalité de construction de logements sociaux, sur la présence dans les plans annexés au dossier de la demande du permis de construire attaqué de deux passages menant à la parcelle A 1759, et sur la circonstance que ces projets, dont le second n'était, au demeurant, qu'hypothétique, s'inscrivaient dans le projet d'urbanisation de la zone tel qu'il ressort du plan local d'urbanisme, sans rechercher s'il existait entre eux des liens de nature à caractériser le fractionnement d'un projet unique, le tribunal a commis une erreur de droit»¹⁴.

5. Cette approche par projet repose sur le tableau annexé à l'article R. 122-2 du code de l'environnement. Selon cet article, « les projets relevant d'une ou plusieurs rubriques énumérées dans le tableau annexé au présent article font l'objet d'une évaluation environnementale, de façon systématique ou après un examen au cas par cas, en application du II de l'article L. 122-1, en fonction des critères et des seuils précisés dans ce tableau ».

L'article R. 122-2 du code de l'environnement précise également que : « Lorsqu'un même projet relève de plusieurs rubriques du tableau annexé, une évaluation environnementale est requise dès lors que le projet atteint les seuils et remplit les conditions de l'une des rubriques applicables. »

Le maître d'ouvrage doit donc vérifier la situation de son projet au regard de l'ensemble des rubriques de la nomenclature. Ainsi, un projet immobilier peut se situer sous les seuils de la rubrique 39a, qui impose un examen au cas par cas pour les « travaux et constructions qui créent une surface de plancher au sens de l'article R. 111-22 du code de l'urbanisme ou une emprise au sol au sens de l'article R. * 420-1 du même code supérieure ou égale à 10 000 m² »¹⁵. Mais il peut être soumis à évaluation environnementale à titre systématique, ou au moins à examen au cas par cas, du fait qu'il est destiné à accueillir une ICPE soumise à autorisation ou enregistrement¹⁶ ou nécessite la mise en place de dispositifs de captage des eaux souterraines¹⁷.

6. Si l'évaluation environnementale a nettement basculé dans l'approche par « projet », il en va différemment de la participation du public.

Le code de l'environnement crée un lien logique entre l'évaluation environnementale et l'enquête publique. L'article L. 123-2 du code de l'environnement pose en effet le principe que « font l'objet d'une enquête publique [...] préalablement à leur autorisation, leur approbation ou leur adoption : 1° Les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements exécutés par des personnes publiques ou privées devant comporter une évaluation environnementale ».

En pratique, c'est moins simple. Le texte comporte d'abord un certain nombre d'exceptions, parfois pour renvoyer à la PPVE, parfois pour exempter de participation¹⁸. Surtout, le texte de l'article L. 123-2 associe l'enquête publique (au singulier) à l'autorisation du projet (au singulier). Et c'est à l'occasion de la délivrance de cette autorisation que l'enquête publique est menée, comme l'illustre l'article L. 123-3 : « L'enquête publique est ouverte et organisée par l'autorité compétente pour prendre la décision en vue de laquelle l'enquête est requise ». Il ne s'agit donc plus d'une approche « projet » comme pour l'évaluation environnementale, mais bien d'une approche traditionnelle « par procédure ».

Le cas où le projet soumis à évaluation environnementale fait l'objet d'une seule procédure administrative, telle celle du permis de construire, se traite facilement. Ainsi, s'agissant des permis de construire, l'article L. 123-2 du code de l'environnement prévoit que ceux soumis à évaluation environnementale après un examen au cas par cas font l'objet d'une PPVE précitée, de sorte que seuls les permis de construire soumis à évaluation environnementale systématique donnent lieu à une enquête publique.

Et le code de l'urbanisme encadre expressément les délais d'instruction du permis de construire selon qu'il doit donner lieu à enquête publique¹⁹ ou PPVE²⁰.

7. Mais, on le sait, un projet peut requérir la délivrance de plusieurs autorisations (permis de construire, autorisation de défrichement, dérogation espèces protégées, déclaration au titre de la législation sur les ICPE ou de l'eau, voire enregistrement ICPE ou autorisation environnementale) faisant l'objet de procédures distinctes.

D'où la difficulté : un projet, combien de participations ?

Pour certaines autorisations, les textes se chargent de préciser si une participation du public est requise. C'est le cas de l'autorisation environnementale : l'article L. 181-10 du code de l'environnement impose dans tous les cas soit l'enquête publique soit la PPVE. De même, l'article R. 123-1 du même code dispense d'enquête publique les défrichements portant sur une superficie inférieure à 10 hectares.

Pour les autorisations d'urbanisme, la situation est moins claire.

Comme dit précédemment, l'article L. 123-2 du code de l'environnement prévoit, par exception à l'enquête publique, une PPVE pour les demandes de permis de construire et de permis d'aménager portant sur des projets donnant lieu à la réalisation d'une évaluation environnementale après un examen au cas par cas. Mais ce texte n'indique pas si le permis de construire délivré pour un projet dont la composante « immobilière » pèse de façon marginale dans ses incidences sur l'environnement (pensons à un bâtiment modeste abritant une exploitation soumise à autorisation environnementale) doit faire l'objet d'une participation du public ?

Le code de l'urbanisme ne répond pas non plus à cette question. On y trouve – comme on l'a vu – des dispositions qui adaptent les modalités de l'instruction à l'hypothèse d'une participation du public : c'est le cas de l'article R. 423-20 pour l'enquête publique ; ou encore de l'article R. 423-25 pour la PPVE. L'existence d'une participation est également prise en compte dans les exceptions au principe « silence vaut acceptation », énumérées à l'article R. 424-2 : y figurent les demandes de permis de construire soumises à enquête publique.

Les projets soumis à permis de construire et enregistrement ICPE²¹ font l'objet de dispositions particulières, qui préfigurent la « clause filet ». En effet, la procédure d'enregistrement ICPE est, en principe, exemptée d'évaluation. Mais l'autorité administrative compétente (le préfet) peut décider, notamment au regard de la localisation du projet, d'instruire la demande selon les règles de procédure prévues pour les autorisations environnementales, ce qui a pour effet de soumettre la demande à évaluation environnementale et enquête publique : cela revient à activer une forme de clause filet et à décider, dans le même mouvement, de soumettre

le projet à évaluation environnementale à l'issue d'un examen au cas par cas.

La procédure de délivrance du PC a été adaptée en conséquence :

- la demande de PC et la demande d'enregistrement doivent être déposées de manière concomitante ;

- si le préfet décide d'appliquer la procédure d'autorisation environnementale à la demande d'enregistrement, il notifie « sans délai » au maire une copie de sa décision²² ;

- en vertu de l'article R. 423-37-3 du code de l'urbanisme, applicable « lorsqu'il apparaît [en dehors du délai d'un mois laissé au service instructeur pour réclamer des pièces complémentaires²³[...] que le projet doit faire l'objet d'une évaluation environnementale et que, par conséquent, le dossier doit être complété par une étude d'impact, le délai d'instruction de la demande ou de la déclaration est suspendu jusqu'à la date de réception par l'autorité compétente en matière d'urbanisme du rapport du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête ou, le cas échéant, de la synthèse des observations du public ».

8. Au bilan, si les codes de l'urbanisme et de l'environnement comportent des dispositions qui prévoient une PPVE pour certains types de projets soumis à permis de construire et adaptent la procédure d'instruction du permis pour y intégrer l'enquête publique ou la PPVE, ils ne répondent pas de façon claire à la question de savoir si le permis de construire délivré pour un projet soumis à évaluation environnementale doit toujours faire l'objet d'une participation du public.

Comme dit précédemment, la question se pose de façon aiguë dans le cas de projets soumis à évaluation environnementale pour des aspects autres que ceux justifiant la délivrance du permis de construire. C'est souvent le cas lorsque le projet relève d'une ou de plusieurs rubriques du tableau annexé à l'article R. 122-2 du code de l'environnement, mais pas de la rubrique 39. Est-il alors légalement exigé de soumettre le permis de construire à participation du public, alors que la construction projetée est sans incidence substantielle sur l'environnement ? Il faut relever que la pratique des services instructeurs, dont ceux de l'État, ne paraît pas homogène : certains soumettent le permis de construire à PPVE (si le projet a fait l'objet d'une évaluation environnementale à l'issue d'un examen au cas par

cas) voire à enquête publique (commune le cas échéant à une ou plusieurs autorisations requises), et d'autres le font échapper à toute participation.

Il n'existe donc pas de réponse certaine à cette question. Mais on peut se référer à quelques repères solides.

Il est tout d'abord certain que tout projet soumis à évaluation environnementale doit faire l'objet d'une participation du public, celle-ci devant être réalisée à l'occasion de l'une des autorisations requises : cette exigence résulte directement de l'article L. 123-2 du code de l'environnement.

Les codes ne précisant pas toujours les autorisations devant faire l'objet d'une participation du public, on doit les interpréter au regard des textes de niveau supérieur de la hiérarchie des normes.

On ne tire pas d'indications utiles de la directive « projet » de 2011. Son article 2, paragraphe 2, se contente de préciser que « l'évaluation des incidences sur l'environnement peut être intégrée dans les procédures existantes d'autorisation des projets dans les États membres ou, à défaut, dans d'autres procédures ou dans celles à établir pour répondre aux objectifs de la présente directive », les paragraphes 2 et 4 de l'article 6 prévoyant l'information et la participation du public « à un stade précoce des procédures décisionnelles en matière d'environnement visées à l'article 2, paragraphe 2 [...] ».

En revanche, la Charte de l'environnement apporte un éclairage décisif : en vertu de son article 7, la participation du public s'impose pour « les décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». C'est d'ailleurs ce que rappelle le titre du chapitre du code de l'environnement comportant les articles L. 123-3-A et s. : « Participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement ». Il convient donc de se demander, pour chaque autorisation nécessaire à un projet, si elle a une incidence sur l'environnement, au regard de son objet. Ainsi, si le projet requiert un permis de construire en vue d'une construction modeste sans incidence directe et certaine, par elle-même, sur les facteurs environnementaux pris en compte par l'article L. 122-1 du code de l'environnement, alors la procédure de délivrance de ce permis de construire n'a pas à intégrer une participation du public.

9. C'est cette organisation complexe des textes et des procédures qu'il a fallu com-

pléter d'un dispositif filet à vocation générale.

En effet, le système de seuils qui structure la soumission à évaluation environnementale ignore certains aspects du projet, notamment sa localisation.

Or, la jurisprudence communautaire considère que la fixation de seuils à un niveau particulièrement bas qui laisserait présumer qu'aucun projet inférieur au seuil déterminé et situé dans une zone vulnérable ou à proximité de celle-ci ne peut avoir des incidences notables sur l'environnement ne suffit pas à respecter la directive, car « un projet de dimension même réduite peut avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de sa nature ou de sa localisation »²⁴.

Suivant cette jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'État, saisi par des associations de protection de l'environnement qui contestaient la rubrique 44 de la nomenclature (et plus particulièrement les pistes permanentes de courses, d'essais et de loisirs pour véhicules motorisés), a censuré ce système de seuil dans une décision du 15 avril 2021²⁵.

En effet, le Conseil d'État a, d'une part, annulé le décret n° 2018-435 du 4 juin 2018 « en tant qu'il ne prévoit pas de dispositions permettant qu'un projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement pour d'autres caractéristiques que sa dimension puisse être soumis à une évaluation environnementale » et a, d'autre part, « enjoint au Premier ministre de prendre, dans un délai de 9 mois à compter de la notification de la présente décision, les dispositions permettant qu'un projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine pour d'autres caractéristiques que sa dimension, notamment sa localisation, puisse être soumis à une évaluation environnementale ».

Et sans attendre la publication du décret, des juridictions administratives – appliquant la décision précitée – ont estimé que des projets, bien qu'en dessous des seuils, devaient faire l'objet d'une évaluation environnementale par application de la directive « projets » de 2011²⁶.

10. C'est pour remédier à cette lacune – et faire droit à l'injonction du Conseil d'État – que le décret n° 2022-422 du 25 mars 2022 relatif à l'évaluation environnementale

des projets, dit décret « clause filet », a été pris.

Si l'on admet que le tableau annexé à l'article R. 122-2 du code de l'environnement a pour objet de « pêcher » les projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale, le dispositif retenu, codifié à l'article R. 122-2-1, consiste à permettre d'en « repêcher » d'autres, parmi ceux situés sous les seuils du tableau annexé et qui étaient donc, jusque-là, dispensés de plein droit de l'évaluation environnementale (tels les projets immobiliers qui créent une surface de plancher et une emprise au sol inférieures à 10 000 m², et qui ne relèvent pas de l'examen au cas par cas ou de l'évaluation environnementale systématique au titre d'une rubrique du tableau autre que la 39a), s'il apparaît qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine, en particulier du fait de leur localisation. Les projets pour lesquels la clause filet est activée sont alors soumis à l'autorité chargée de l'examen au cas par cas (le préfet de région, pour les permis de construire), dans le but de déterminer s'ils doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale, et donc d'une étude d'impact.

Deux voies sont prévues :

- soit la saisine de l'autorité chargée de l'examen au cas par cas est décidée par l'autorité administrative saisie de la première demande d'autorisation ou déclaration requise par le projet : dans ce cas, cette autorité informe le maître d'ouvrage de sa décision motivée de soumettre le projet à examen au cas par cas, au plus tard quinze jours à compter du dépôt du dossier de cette demande ou déclaration. Il appartient alors au maître d'ouvrage de saisir l'autorité en charge de l'examen au cas par cas, dans les conditions existantes, prévues aux articles R. 122-3 et R. 122-3-1 du code de l'environnement.

Il faut relever que le dispositif a légèrement évolué à l'issue des consultations : le projet initial du gouvernement ne prévoyait pas une obligation de motivation ;

- soit le maître d'ouvrage soumet spontanément son projet à l'autorité chargée de l'examen du cas par cas.

11. Cette possibilité de saisine spontanée est une vraie avancée. Elle va permettre au maître d'ouvrage de mieux gérer/anticiper le planning du projet avant d'entamer les formalités administratives requises (ce qui n'est pas neutre sur les conditions

suspensives des promesses de vente du foncier).

Le maître d'ouvrage devra donc s'interroger très en amont sur les conséquences de son projet sur l'environnement et, notamment, s'intéresser à sa localisation sans se limiter au seul zonage du PLU qui classerait le terrain en zone urbaine ou à urbaniser.

Cette faculté devrait en outre, sans que la décision que prendra l'autorité chargée de l'examen au cas par cas puisse être assimilée à un « rescrit », offrir une certaine sécurité juridique dans l'éventualité d'un contentieux.

Les dispositions du décret sont applicables aux premières demandes d'autorisations ou déclarations déposées à compter de sa date d'entrée en vigueur. Cependant, ces dispositions transitoires ne devraient pas faire obstacle à la saisine de l'autorité chargée de l'examen au cas par cas pour des projets ayant déjà fait l'objet, à cette date, d'une première demande d'autorisation.

12. Si les règles du dispositif filet paraissent simples, leur impact sur l'instruction d'un permis de construire n'est pas facile à appréhender.

On pourrait s'attendre à ce que le décret réponde aux problématiques concrètes que le dispositif soulève, dans le cas où la clause filet est activée par l'autorité administrative. En particulier :

- être capable de déterminer s'il s'agit bien de la première autorisation ou déclaration déposée ;

- adapter la procédure en cours pour tenir compte de la nécessité de compléter le dossier de demande de la dispense d'évaluation environnementale ou de l'étude d'impact, selon le résultat de l'examen au cas par cas ;

- si une évaluation environnementale est exigée, adapter la durée d'instruction en conséquence (production de l'étude d'impact, recueil de l'avis de l'autorité environnementale et organisation de la participation du public requise) ;

- dans le cas où le projet est soumis à simple déclaration, préciser selon quelle voie il bascule vers un régime d'autorisation.

Du fait que l'information et la participation du public sont mises en œuvre selon une approche mixte « projet / procédure », le pouvoir réglementaire se trouve dans l'obligation d'apporter les réponses atten-

dues procédure par procédure. D'où un décret pointilliste, qui retient des solutions particulières pour :

- l'autorisation environnementale (art. 1), s'agissant en particulier de son volet autorisation au titre de la police de l'eau ;
- les déclarations effectuées au titre de la police de l'eau (art. 2) ;
- les autorisations au titre de la législation des sites classés (art. 3) ;
- les déclarations effectuées au titre de la législation des ICPE (art. 4) ;
- les autorisations de défrichement (art. 5) ;
- les autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public maritime naturel (art. 6) ;
- les concessions pour l'exploitation de cultures marines (art. 7) ;
- les autorisations d'urbanisme (art. 8).

13. À la lecture du décret, il est assez manifeste que ses auteurs ont voulu en dire le moins possible.

Ainsi, s'agissant des autorisations d'urbanisme, les dispositions créées par l'article 8 du décret ne répondent qu'en partie aux problématiques identifiées : (i) trois d'entre elles concernent spécifiquement la déclaration préalable (DP), afin de prendre en compte l'hypothèse, désormais possible, où elle fait l'objet d'une évaluation environnementale et d'une participation du public (modification des articles R. 423-20, R. 423-25 et R. 423-32 du code de l'urbanisme) ; (ii) une disposition prévoit que le défaut de notification d'une décision expresse dans le délai d'instruction vaut décision implicite de rejet lorsque le projet est soumis à PPVE (modification de l'article R. 424-2 du même code, pour les permis de construire, d'aménager et de démolir, mais pas la DP) ; (iii) les autres dispositions portent sur la composition du dossier de demande qui devra préciser les autres autorisations ou déclarations requises par le projet et comporter la dispense d'évaluation environnementale ou l'étude d'impact lorsque c'est nécessaire. Plusieurs problématiques soulevées par le dispositif filet restent ainsi en suspens.

Le décret ne comporte aucune disposition qui prévoirait expressément une suspension du délai d'instruction en cas d'activation du dispositif filet, dans l'attente de la production de la pièce requise (dispense d'évaluation environnementale ou étude d'impact), comme il le prévoit pourtant pour d'autres procédures (autorisation

IOTA, autorisation de défrichage, par exemple).

Le décret ne comporte non plus aucune disposition adaptant le délai de procédure, s'il s'avère qu'une évaluation environnementale est requise après dépôt de la demande de permis de construire, et donc qu'une PPVE doit être organisée en application de l'article L. 123-2 du code de l'environnement. Il convient dès lors de se référer aux textes existants, c'est-à-dire soit l'article R. 423-25 (majoration de deux mois), soit l'article R. 423-37-3 (suspension du délai jusqu'à la date de réception de la synthèse des observations du public).

14. Dès lors, il n'est pas aisé de déduire du décret comment l'instruction d'une demande de permis de construire s'organise, si d'aventure l'autorité compétente, le maire le plus souvent, décidait d'activer le dispositif filet et donc de faire usage de l'article R. 122-2-1 du code de l'environnement.

Une instruction ministérielle en cours de préparation devrait éclairer les intentions du gouvernement.

Il semble que son idée de départ soit que l'autorité compétente décidant d'activer le dispositif filet à l'occasion de la demande de permis de construire doive faire application de l'article R. 423-38 du code de l'urbanisme permettant d'interrompre le délai d'instruction en cas d'incomplétude du dossier. Elle sera en mesure de le faire puisque le courrier prévu à cette fin doit être envoyé au pétitionnaire « dans le délai d'un mois à compter de la réception ou du dépôt du dossier à la mairie ». Il est probable que le courrier fasse double emploi : il comportera les mentions prévues à l'article R. 423-39 en cas d'incomplétude du dossier, dont celle du b) en vertu de laquelle, à défaut de production de l'ensemble des pièces manquantes dans le délai de trois mois fixé au a), la demande fera l'objet d'une décision tacite de rejet.

Le pétitionnaire doit alors saisir l'autorité chargée de l'examen au cas par cas, c'est-à-dire le préfet de région, dans un délai suffisamment rapide pour que, si le projet n'a pas à faire l'objet d'une évaluation environnementale, il soit en mesure de produire la dispense dans le délai de complétude de trois mois. Le délai d'instruction pourra alors recommencer à courir, si d'autres pièces ne demeurent pas manquantes.

Si le préfet décide de soumettre le projet à évaluation environnementale, la situation est plus compliquée. Le pétitionnaire va alors se trouver dans l'obligation de réaliser une étude d'impact que, le plus souvent, il n'aura pas anticipé. Il ne sera donc pas, dans la plupart des cas, en mesure de la fournir dans le délai de trois mois fixé par l'article R. 423-39 sous peine de rejet tacite.

Cela étant, l'article R. 423-37-3 du code de l'urbanisme, créé pour coordonner la procédure du permis de construire avec celle de l'enregistrement ICPE, est susceptible de régir cette situation : il « apparaît » en effet, en dehors du délai d'un mois laissé à l'autorité d'urbanisme pour exiger des pièces complémentaires²⁷, que « *le projet doit faire l'objet d'une évaluation environnementale et que, par conséquent, le dossier doit être complété par une étude d'impact* ». Or ce texte prévoit alors que : « *Le délai d'instruction de la demande ou de la déclaration est suspendu jusqu'à la date de réception par l'autorité compétente en matière d'urbanisme du rapport du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête ou, le cas échéant, de la synthèse des observations du public.* »

L'article R. 423-37-3, créé pour la miniclause filet du régime de l'enregistrement ICPE, trouve donc très opportunément à s'appliquer à la maxi-clause filet du nouveau décret : son objet est précisément de laisser le temps au pétitionnaire de compléter le dossier, puis d'adapter la durée de l'instruction à l'obligation de réaliser l'évaluation environnementale puis la PPVE.

Mais encore faut-il, dans le (lourd) silence du texte, admettre que l'application de l'article R. 423-37-3 rend inopposable celle de l'article R. 423-39, afin de ne pas soumettre la production de l'étude d'impact au délai impératif et irréaliste de trois mois sous peine de rejet de la demande de permis de construire.

Une telle solution répond à la logique de la clause filet, qui n'a pas vocation à devenir une clause couperet. Elle répond aussi à la logique du dispositif institué par le pouvoir réglementaire, d'abord par la création de l'article R. 423-37-3 pour adapter l'instruction du permis de construire à la clause filet que le régime de l'enregistrement ICPE comporte, et ensuite par le décret clause filet qui prévoit, pour les autres types de procédures, un mécanisme de suspension de l'instruction pour

permettre de compléter le dossier de la dispense ou de l'étude d'impact²⁸.

La solution consistant à faire prévaloir l'article R. 423-37-3 sur l'article R. 423-39 se déduit assez bien du silence des textes : d'une part, le délai de l'article R. 423-39 a pour vocation d'obliger le pétitionnaire à produire les pièces dont l'absence est établie dans le mois qui suit le dépôt de la demande, tandis que l'article R. 423-37-3 concerne un événement qui intervient à l'issue de ce délai (d'où le terme « *lorsqu'il apparaît* »), ce qui est le cas lorsque l'activation de la clause filet débouche sur la décision de soumettre le projet à évaluation environnementale. D'autre part, l'article R. 423-37-3 impose une suspension du délai d'instruction, ce qui suppose nécessairement que ce délai se soit remis à courir, et donc que l'article R. 423-39 ne trouve plus à s'appliquer.

La solution inverse serait très inopportune : obliger le pétitionnaire à déposer une nouvelle demande de permis de construire une fois qu'il aura réalisé l'étude d'impact peut avoir de lourdes conséquences. Deux d'entre elles méritent d'être signalées. Tout d'abord, si la légalité du permis de construire s'apprécie à la date à laquelle il est délivré, la date de la demande n'est pas indifférente : elle est prise en compte pour l'application de dispositions transitoires (telles celle de l'article 9 du décret clause filet...) mais aussi de réglementations techniques issues du code de la construction et de l'habitation, telles la RE 2020. Par ailleurs, la promesse de vente du terrain étant souvent assortie d'une condition suspensive liée à la délivrance du permis de construire, la naissance d'un refus tacite est susceptible de faire obstacle à réitération de la vente, et donc au projet.

Pour clarifier les choses, le courrier d'incomplétude adressée par l'autorité d'urbanisme pourrait utilement indiquer que le dossier devra être complété dans les trois mois de la dispense d'évaluation environnementale, si elle est décidée par l'autorité chargée de l'examen au cas par cas. Dans le cas inverse, l'instruction de la demande sera régie par l'article R. 423-37-3.

Relevons que si l'autorité compétente actionne la clause filet sans envoyer au pétitionnaire un courrier d'incomplétude du dossier dans le délai d'un mois prévu à l'article R. 423-38, alors le délai d'instruction n'est pas interrompu. En cas de dispense d'évaluation environnementale,

le service instructeur devra instruire la demande dans le délai réglementaire à compter de son dépôt. En revanche, si l'évaluation environnementale est requise, l'article R. 423-37-3 trouverait naturellement à s'appliquer.

Enfin, il faut rappeler que le décret modifie l'article R. 424-2 du code de l'urbanisme : le défaut de notification d'une décision expresse dans le délai d'instruction vaut décision implicite de rejet lorsque le projet est soumis à enquête publique mais également, désormais, à PPVE.

15. Au bilan, ce « dispositif filet » pointilliste et minimaliste met en évidence la complexité (et en réalité la fragilité) des textes en matière d'information et de participation du public.

On comprend la volonté de définir tous les cas de figure, dans l'intention de sécuriser les procédures. Mais la complexification

excessive aboutit au résultat inverse : la difficulté à comprendre, coordonner et interpréter les textes crée de l'insécurité juridique.

On se demande, finalement, si notre dispositif ne souffre pas d'un défaut structurel : il n'est pas allé jusqu'au bout de l'approche « projet », en omettant d'y intégrer complètement l'étape de la participation du public.

Pourtant, la réflexion engagée à l'occasion du dispositif filet donne de précieuses indications pour tenter de sortir du milieu du gué. Le code de l'environnement pourrait ainsi prévoir que la participation du public doit être organisée à l'occasion de la délivrance de la première autorisation ayant une incidence sur l'environnement. Une nouvelle participation ne serait requise que si, d'une part, l'évaluation environnementale doit être actualisée (c'est déjà prévu par le III de l'article L. 122-1-1 du code de l'environnement, sous la forme d'une

PPVE) et, d'autre part, à l'occasion des autres autorisations ayant un impact sur l'environnement.

Le code de l'environnement pourrait alors préciser le type de participation requise, et notamment prévoir les modalités de participation commune aux autorisations pour lesquelles elle est requise, ainsi que le principe selon lequel une PPVE est suffisante si le projet a déjà fait l'objet d'une enquête publique. Il pourrait également poser les règles communes et générales de coordination des procédures, si une participation est requise.

Enfin, il pourrait être confié à l'autorité environnementale la responsabilité de préciser, à l'occasion de l'avis qu'elle rend sur l'évaluation environnementale, les autorisations requises par le projet devant faire l'objet d'une participation du public. ■

¹ Cf. la définition qu'en donne la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

² 2° de l'article L. 101-2.

³ 6° du même article.

⁴ Cf. article R. 111-2 du code de l'urbanisme.

⁵ Cf. article R. 111-26 du même code.

⁶ Pour l'article R. 111-2.

⁷ Cf. CE 30 décembre 2020, *Association Koenigshoffen Demain*, n° 432539 : aux Tables.

⁸ Article 2, paragraphe 1.

⁹ Article 3.

¹⁰ Article 6.

¹¹ Article 8.

¹² Cf. articles L. 121-1-A et s.

¹³ Article 6, paragraphes 2 et 4.

¹⁴ CE 1^{er} février 2021, n° 429790.

¹⁵ À noter que depuis, le décret du 24 septembre 2020 qui a une nouvelle fois modifié la nomenclature annexée à l'article R. 122-2, seuls les projets de plus de 40 000 m² d'emprise au sol dans un espace non artificialisé sont soumis à évaluation environnementale systématique.

¹⁶ Rubrique 1.

¹⁷ Rubrique 17.

¹⁸ Cf. la création des ZAC.

¹⁹ Selon l'article R. 423-32 du code de l'urbanisme, le délai d'instruction est de deux mois à compter de la réception par l'autorité compétente du rapport du commissaire enquêteur.

²⁰ Selon l'article R. 423-25 du code de l'urbanisme, le délai d'instruction est majoré de deux mois.

²¹ Par exemple les bâtiments logistiques avec stockage supérieur ou égal à 50 000 m³ et inférieur à 900 000 m³ (rubrique n° 1510 de la nomenclature ICPE) ou les datacenters avec des groupes électrogènes d'une certaine puissance (Installations de combustion d'une puissance supérieure ou égale à 20 MW mais inférieure à 50 MW, rubrique 2910-A).

²² Cf. article R. 512-46-9 du code de l'environnement.

²³ L'article R. 423-37-3 du code de l'urbanisme se trouve en effet dans la partie du code relatif aux prolongations exceptionnelles du délai d'instruction, destinés à « prendre en compte des obligations de procédure qui ne peuvent être connues dans le mois qui suit le dépôt de la demande » (cf. art. R. 423-18 du même code).

²⁴ CJUE 24 mars 2011, *Commission c/ Belgique*, C-435/09, 50 et s.

²⁵ CE 15 avril 2021, *Association France Nature Environnement*, n° 425424, et auparavant CE 8 décembre 2017, *Fédération Allier Nature* n° 404391

²⁶ Pour une illustration : TA Châlons-en-Champagne 22 juillet 2021, n°s 1902100, 1902786 et 1903038, à propos d'un élevage de poules.

²⁷ Cf. là encore l'art. R. 423-18 du code de l'urbanisme, s'agissant des prolongations exceptionnelles du délai d'instruction.

²⁸ Relevons que, dans ce cas, le délai d'instruction du permis de construire est difficilement maîtrisable puisqu'il ne court qu'à compter de la réception par l'autorité compétente de la synthèse des observations du public, ce qui laisse toute latitude à cette autorité pour programmer la PPVE.