FdP AVOCATS
Droit de l'environnement

ALERTE
ENVIRONNEMENT
URBANISME

Février 2022

ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DES PROJETS 1
SITES ET SOLS POLLUÉS 2
ICPE 3
URBANISME 3
MINES 4

ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DES PROJETS

Avis mitigé de l'autorité environnementale sur la clause filet

L'autorité environnementale vient de rendre son avis sur le projet de décret permettant de soumettre à évaluation environnementale de petits projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

Pour rappel, ce projet de décret met en place le dispositif de « clause filet » sollicité par le Conseil d'Etat dans sa décision du 15 avril 2021 (n°425424). Dans cet arrêt, il avait en effet estimé que le droit français méconnaissait les objectifs de la directive européenne du 13 décembre 2011 et il avait ainsi enjoint au Premier Ministre de réviser, dans un délai de neuf mois, la nomenclature des projets soumis à évaluation environnementale de manière à ce qu'aucun projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement ne puisse être dispensé d'évaluation environnementale, même s'il est en-deçà des seuils définis par la nomenclature.

Le projet de décret crée ainsi un nouvel article R. 122-2-1 dédié à cette clause filet au sein du code de l'environnement. Il prévoit que même si les caractéristiques du projet sont inférieures aux seuils définis par l'article R. 122-2 du code de l'environnement, si celui-ci est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, il sera soumis à la procédure d'examen au cas par cas pour décider si une évaluation environnementale de ce projet est nécessaire.

Cette initiative appartient à l'autorité compétente pour autoriser le projet mais également au porteur de projet qui pourra le faire volontairement.

Dans le cadre de la consultation publique menée jusqu'au 10 février sur ce projet de décret, l'autorité environnementale a donné son avis sur le dispositif retenu. Selon elle, la mise en œuvre de cette clause filet aurait dû lui être confiée.

Pour l'autorité environnementale, ce dispositif introduit en effet un niveau d'instruction et une autorité supplémentaires pour des projets qui ne seront qu'exceptionnellement soumis à évaluation environnementale. Cela participe donc à la complexité actuelle de la procédure, qui fait intervenir au titre de l'autorité environnementale des acteurs multiples et est source d'insécurité juridique pour les porteurs de projets. En outre, cela pose également la question de l'impartialité de l'autorité en charge du projet.

De plus, l'autorité environnementale relève qu'une possibilité de saisine de l'autorité compétente pour statuer sur la soumission du projet à évaluation environnementale par les des tiers aurait également dû être prévue, notamment des associations de protection de l'environnement.

L'autorité environnementale pointe en outre d'autres lacunes du dispositif, comme le fait que le juge administratif n'interviendra que suite à un recours portant sur la décision autorisant le projet et non pas dès la décision rendue sur la soumission à étude d'impact. Il y aura donc un décalage dans le temps, qui pourra être important, entre le moment où est prise la décision de ne

pas soumettre un projet à évaluation environnementale, et le moment où la décision d'autorisation est susceptible d'être attaquée en justice. Le risque est alors grand, si l'autorisation fait l'objet d'une annulation, que la procédure doive être reprise très en amont, retardant d'autant le développement du projet.

Reste désormais à voir si la version définitive du décret prendra en compte ces critiques.

La compétence du Préfet sur le cas par cas validée

Par deux décisions du 16 février 2022, le Conseil d'Etat a validé la compétence du Préfet de région en tant qu'Autorité Environnementale chargée de l'examen au cas par cas.

Dans la première affaire (n°442607), France Nature Environnement sollicitait l'annulation du décret du 3 juillet 2020 relatif à l'autorité environnementale et à l'autorité chargée de l'examen au cas par cas, qui prévoit que le Préfet de région a la qualité d'autorité chargée de l'examen au cas par cas afin de déterminer si un projet doit ou non être soumis à évaluation environnementale.

L'association soulevait l'absence d'impartialité du Préfet de région en tant qu'Autorité Environnementale dans la mesure où celui-ci a une « double casquette », et peut également intervenir en tant qu'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation du projet.

Le Conseil d'Etat a rejeté cet argument en rappelant que le décret prévoit que le Préfet de région peut confier l'examen au cas par cas à la Mission Régionale d'Autorité Environnementale (« MRAe ») de la région sur laquelle le projet doit être réalisé lorsqu'il estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, notamment s'il est chargé de l'élaboration du projet soumis à autorisation ou en assure la maîtrise d'ouvrage.

La seconde affaire (n°437202) porte, elle, sur l'intervention du Préfet en tant qu'Autorité Environnementale statuant sur l'examen au cas par cas des plans ou programmes. Son impartialité était contestée dans la mesure où celui-ci peut également être amené à se prononcer sur ce plan ou programme pour l'approuver.

Toutefois, pour le Conseil d'Etat, cela ne pose pas de problème tant que le Préfet n'est pas chargé de l'élaboration du document. Tel était le cas en l'espèce puisque la carte communale, dont la révision avait été approuvée par le Préfet à la fin de la procédure, avait été élaborée par la commune (article L. 124-2 du code de l'environnement alors en vigueur).

Dans la mesure où le Préfet n'est pas l'auteur du plan/programme, il peut donc intervenir à plusieurs niveaux sur celui-ci (double casquette) : en tant qu'Autorité Environnementale chargée de l'examen au cas par cas, mais également pour se prononcer sur le plan/programme.

SITES ET SOLS POLLUÉS

Elaboration d'une directive européenne sur la santé des sols

La procédure d'élaboration d'une directive européenne sur la santé des sols a été lancée par l'ouverture d'un appel public à contributions d'un mois le 16 février. Cet appel sera suivi d'une consultation publique qui durera trois mois et devrait conduire à l'adoption finale de la directive vers le deuxième trimestre 2023.

Cette proposition de directive avait été annoncée par la Commission européenne le 17 novembre 2021 dans le cadre de sa stratégie sur les sols. Partant en effet du constat que 70 % des sols de l'UE sont dégradés, la Commission a estimé qu'il était nécessaire de fixer un cadre juridique commun aux sols, comme c'est déjà le cas pour l'eau ou l'air.

L'Union européenne se fixe comme objectif de mettre un terme d'ici à 2050 à l'augmentation nette de la surface de terres occupées. Pour y parvenir, elle prévoit notamment que les États membres déterminent leurs propres objectifs aux niveaux national, régional et local pour 2030. La France a déjà anticipé le sujet au travers de la récente loi Climat et résilience dans le

cadre de l'objectif de « zéro artificialisation nette ». La Commission a également prévu que les États appliquent une hiérarchie de l'occupation des terres, consistant à « éviter-réutiliser-minimiser-compenser », plutôt que d'imperméabiliser de nouveaux espaces naturels ou agricoles. Cela rappelle là encore la séquence française « ERC » (éviter-réduire-compenser), que la loi de reconquête de la biodiversité de 2016 a renforcée.

La Commission a aussi indiqué qu'elle établira une liste dans l'UE des contaminants du sol à surveiller en priorité, révisera la directive relative aux émissions industrielles (dite directive « IED »), évaluera la directive sur la responsabilité environnementale et étudiera la faisabilité d'un certificat de santé des sols pour les transactions foncières.

ICPE

Cessation d'activité des ICPE : certification des mesures de gestion de la pollution

La loi ASAP du 7 décembre 2020 a créé de nouvelles obligations en termes de cessation d'activité des ICPE à compter du 1er juin 2022. A partir de cette date, l'exploitant devra faire attester, par une entreprise certifiée dans le domaine des sites et sols pollués, de la mise en œuvre de mise en sécurité du site et de l'adéquation des mesures proposées pour la réhabilitation du site, puis de la mise en œuvre de ces dernières.

Un arrêté ministériel du 9 février 2022, publié le 25 février au journal officiel, fixe les modalités de certification pour ces entreprises ainsi que les modèles d'attestation à remplir lors de la cessation d'activité des ICPE.

Il en profite pour harmoniser le dispositif de certification et d'attestation prévu dans le cadre du changement d'usage d'un ancien site ICPE ou d'un projet de construction sur un terrain situé dans un Secteur d'Information sur les Sols (« SIS ») (articles L.556-1 et 2 du code de l'environnement).

URBANISME

La limitation de l'intérêt à agir des associations contre les autorisations d'urbanisme est-il constitutionnel ?

Par une décision du 31 janvier 2022 (n°455122), le Conseil d'État a transmis au Conseil Constitutionnel une Question Prioritaire de Constitutionnalité (« QPC ») portant sur la limitation de l'intérêt à agir des associations contre les autorisations d'urbanisme.

Pour rappel, l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme interdit le recours des associations contre les autorisations d'urbanisme si elles n'ont pas été constituées (dépôt des statuts de l'association en préfecture) au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

Ces dispositions, introduites par la loi ELAN du 23 novembre 2018, ont eu pour effet en pratique d'empêcher l'action des associations dites « de projet », généralement créées par des riverains en vue de combattre un programme donné.

Le Conseil d'État estime que la question de l'atteinte que ces dispositions portent au droit au recours garanti par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen présente un caractère sérieux.

Le Conseil constitutionnel se prononcera sur ce sujet dans un délai de trois mois.

Nouvel assouplissement de la régularisation d'un permis de construire

Dans un arrêt du 16 février 2022 (n°420554), le Conseil d'Etat est venu assouplir à nouveau les possibilités de régularisation d'un permis de construire en cours d'instance.

Pour rappel, l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme

permet au juge, lorsqu'il constate qu'un vice entraînant l'illégalité du permis est susceptible d'être régularisé, de sursoir à statuer et d'accorder un délai au pétitionnaire pour que celui-ci régularise son autorisation. Si la mesure de régularisation est notifiée dans ce délai au juge, il statue alors sur la légalité du permis de construire par une décision au fond.

Dans cette affaire, les éléments relatifs à la régularisation du permis avaient été adressés juge alors que le délai qu'il avait fixé dans sa décision avant dire droit était échu. Se posait donc la question de savoir si la régularisation pouvait tout de même être prise en compte.

Pour le Conseil d'Etat, le juge doit bien tenir compte des mesures de régularisation qui sont intervenues en cours d'instance, et ce même si ces mesures ne lui ont été notifiées après l'expiration du délai imparti.

Il en résulte donc qu'un permis de construire peut être régularisé tant que l'instance est pendante et ce sans condition de délai, puisque le juge tient compte de cette régularisation même si le délai qu'il a accordé pour y procéder est expiré.

MINES

Inconstitutionnalité de la prolongation des concessions minières perpétuelles

Le Conseil Constitutionnel vient de déclarer inconstitutionnel l'article L. 144-4 du code minier qui permet aux concessions minières perpétuelles encore en exploitation au 31 décembre 2018 de continuer à être exploitées.

Cet article prévoit aussi que les concessions minières initialement instituées pour une durée illimitée devaient expirer le 31 décembre 2018. La question posée au Conseil Constitutionnel par le biais d'une
Question Prioritaire de Constitutionnalité était donc de savoir si la possibilité de prolongation de droit des gisements encore exploités à cette date qu'il prévoit est conforme à la Constitution.

Dans cette affaire, l'association France Nature Environnement soutenait que ce régime avait pour effet de permettre de prolonger de droit certaines concessions minières sans que l'autorité administrative n'ait à prendre en compte les effets sur l'environnement d'une telle décision.

La loi Climat et résilience du 22 aout 2021 a mis fin à ce régime, mais le Conseil Constitutionnel vient de le déclarer contraire à la Charte de l'environnement pour la période antérieure à cette loi. Depuis aout 2021 en effet, une demande de prolongation de concessions est refusée si l'administration émet un doute sérieux sur la possibilité d'exploiter le gisement sans porter une atteinte grave à l'environnement (article L. 114-3 nouveau du code minier). Elle peut en outre imposer à l'exploitant le respect d'un cahier des charges prévoyant, notamment, l'interdiction de certaines techniques de recherche ou d'exploitation. Compte tenu de ces modifications législatives, le Conseil Constitutionnel en a déduit que les dispositions contestées de cette loi sont conformes à la Constitution, contrairement aux dispositions antérieures qui ont été invalidées.

Une telle déclaration d'inconstitutionnalité aura ainsi pour effet de remettre en question les actes administratifs prolongeant les gisements perpétuels délivrés entre 2011, date de création de l'article L. 144-4 du code minier, et aout 2021 et qui ont été contestés puisqu'elle s'applique notamment « aux instances introduites à cette date [de publication de la décision de déclaration d'inconstitutionnalité] et non jugées définitivement ».

Mines : application de la loi Climat et Résilience

A compter du 24 février 2022 et jusqu'au 16 mars prochain, plusieurs projets de décrets et d'ordonnances, ayant pour objet d'appliquer les dispositions de la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (n° 2021-1104 dite loi « Climat et Résilience ») relatives au code minier, sont soumis à consultation publique.

Pour rappel, les articles 65 à 81 de cette loi modifient plusieurs dispositions du code minier et nécessitent un décret d'application.

Un projet de décret vise notamment, en application de l'article 65 de cette loi, à :
- définir la nature et les modalités de fixation du montant

des garanties financières devant être constituées avant l'ouverture de travaux de recherche ou d'exploitation minière,
- préciser les modalités pour l'institution d'une police dite « résiduelle » trente ans après l'arrêté donnant acte de l'exécution des mesures prescrites à l'article L. 163-9 du code minier,
- préciser les modalités pour l'instauration de Servitudes d'Utilité Publique (« SUP ») sur les sites miniers en activité ou au moment de la procédure d'arrêt de travaux tel que mis en place par la loi Climat et Résilience (article L. 174-5-1 du code minier). En effet, contrairement aux dispositions prévues paar le code de l'environnement pour les ICPE, le code minier ne permettait pas jusqu'alors l'instauration de SUP,
- apporter des clarifications, pour les demandes d'autorisation liées aux gîtes géothermiques, sur le transfert d'ouvrages, la police des mines et encore le contenu du mémoire accompagnant les demandes d'autorisation d'ouverture de travaux pour les gîtes géothermiques,
- réviser les dispositions applicables aux plans de prévention des risques miniers.

De plus, la consultation publique porte sur un projet d'ordonnance et de décret relatifs à l'autorisation environnementale des travaux miniers en application de l'article 81 de la loi Climat et Résilience. Le projet d'ordonnance vise à intégrer les travaux miniers dans le régime de l'autorisation environnementale. Cette mesure permet d'harmoniser les procédures administratives d'instruction des dossiers de demande d'autorisation, de contrôle, de sanctions et d'exercice de la police spéciale entre les sites miniers et les ICPE.

Le projet de décret sur ce sujet vise principalement à modifier le code de l'environnement afin d'y intégrer les éléments de procédure liés aux activités régies par le code minier et modifier le décret du 2 juin 2006 relatif aux travaux miniers, aux travaux de stockage souterrain et à la police des mines et des stockages souterrains afin de supprimer les doublons avec le code de l'environnement (n° 2006-649).

Un autre projet d'ordonnance complète les dispositions de la loi Climat et résilience concernant les conditions d'attribution des demandes de titres miniers, de gîtes géothermiques et de stockages souterrains. Il renforce la participation du public et impose une mise en concurrence conditionnée à l'épuisement du gisement pour la prolongation des concessions. La durée maximale du permis exclusif de recherches est également portée de dix à quinze ans maximum.

Un autre projet de décret impose la tenue d'un registre destiné à enregistrer la production et les transferts d'or, à l'attention des opérateurs miniers en Guyane.

Enfin, un autre projet d'ordonnance adapte le code minier aux départements d'Outre-mer. Il renforce les modalités de participation des collectivités territoriales et des organismes consultatifs particulièrement en Guyane. Il révise en outre le cadre juridique des autorisations et permis d'exploitation.

Associé :
Laurence ESTEVE de PALMAS
laurence@edp-avocats.com

Collaborateur :
Magali de LARY de LATOUR
magali@edp-avocats.com

Avertissement : Cette lettre d'information est destinée et réservée exclusivement aux clients et contacts du cabinet EDP Avocats et ne saurait constituer une sollicitation ou une publicité quelconque pour le cabinet, ses associés et ses collaborateurs. Les informations contenues dans cette lettre ont un caractère strictement général et ne constituent en aucun cas une consultation ou la fourniture d'un conseil à l'égard des lecteurs.

Mise en page www.imagcom.fr

Cette Alerte Environnement Urbanisme est éditée par le Cabinet EDP Avocats

EdP AVOCATS
Droit de l'environnement

www.edp-avocats.fr

BORDEAUX
14 rue mably,
33 000 Bordeaux

PARIS
5 Rue de l'Alboni,
75 016 Paris

Tél : 06 27 85 53 54 / 06 71 82 48 69