

N° 420119

Association danger de tempête
sur le patrimoine rural et autres

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 14 septembre 2018
Lecture du 27 septembre 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. La directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement exige que tout « projet » susceptible d'avoir « *des incidences notables sur l'environnement* » fasse l'objet d'une étude d'impact et soit soumis, pour avis, à une administration spécialisée en matière d'environnement, une *autorité environnementale*. Votre décision *Association France nature environnement* du 6 décembre 2017 (CE, n° 400559, T.) a jugé contraire aux objectifs de cette directive le fait de confier au même préfet de région la tâche de rendre cet avis environnemental et d'autoriser ou non, *in fine*, le projet. Il en résulte qu'un certain nombre d'autorisations délivrées par les préfets de région ont été rendues au terme d'une procédure illégale. Le tribunal administratif d'Orléans, saisi d'un recours contre une autorisation environnementale du 18 mars 2016 relative à cinq éoliennes à implanter à Marville-Moutiers-Brûlé, accordée après enquête publique, vous interroge, en application de l'article L. 133-1 du code de justice administrative, sur la possibilité de régulariser ce vice de procédure en faisant application des importants pouvoirs confiés au juge de plein contentieux de ces nouvelles autorisations environnementales par l'article L. 181-18 du code de l'environnement, article que vous avez commencé à interpréter dans votre avis contentieux *Ass. Novissen* du 22 mars 2018 (CE, n° 415852, Rec.).

Avant d'examiner les trois questions du tribunal, nous voudrions commencer par deux points liminaires, d'une part pour rappeler les conditions dans lesquelles un grand nombre de projets, notamment éoliens, se sont trouvés fragilisés par votre décision de décembre 2017, d'autre part, pour rappeler les jalons jurisprudentiels existants pour appréhender cette difficile question de régularisation.

2. Vous savez que la directive 2001/42 du 27 juin 2001 pour les « plans et programmes » et **la directive codificatrice 2011/92 du 13 décembre 2011** pour les « projets » imposent, dans des termes légèrement différents, que les Etats membres désignent les autorités qu'il faut consulter sur le plan ou le projet en raison de leurs « *responsabilités spécifiques en matière d'environnement* ». Dans un arrêt du 20 octobre 2011 dit *Seaport* (CJUE, *Department of the environment for Northern Ireland c/ Seaport LTD e.a.*, C-474/10), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la directive « plans et programmes » (2001/42), impose que l'autorité environnementale consultée ait une certaine autonomie vis-à-vis de l'autorité qui élabore le plan. Cette jurisprudence vous a conduit à censurer les cas où le

même préfet joue le rôle d'autorité environnementale puis adopte ou approuve un « plan ou programme » (CE, 26 juin 2015, Ass. FNE, n° 365876, inédit ; id, n° 360212, Rec). La question de la transposition de cette jurisprudence au cas des projets se posait. Vos rapporteurs publics avaient pris parti en faveur de cette transposition ainsi qu'une partie de la doctrine.¹ Vous avez tranché en ce sens par votre décision du 6 décembre 2017, estimant que l'économie du dispositif d'évaluation environnementale impliquait, tant pour les projets que pour les plans et programmes, qu'une autorité spécifiquement environnementale soit consultée et qu'elle dispose d'une forme d'autonomie vis-à-vis des administrations qui élaborent ou seulement approuvent ou autorisent un plan ou un projet. Vous avez en revanche, par une interprétation très constructive du texte, mais conforme à la réalité de la structuration des DREAL, jugé conformes à la directive les « missions régionales d'autorité environnementale », MRAE, qui sont indépendantes du préfet, bien qu'elles s'appuient, comme l'autorité qui autorise le projet, sur les DREAL, dès lors que ces directions disposent désormais d'un service spécifique bénéficiant d'une certaine autonomie. Nous avons aussi conclu en ce sens.

Cette décision a fait l'objet de critiques par la doctrine, qui vous a notamment reproché, non sans de bons arguments, de ne pas avoir renvoyé à la Cour de justice la question de la transposition de la jurisprudence *Seaport* aux projets (v. par ex. Revue Énergie - Environnement - Infrastructures n° 2, Février 2018, Sandrine GALIPON, *L'autonomie de l'autorité environnementale à l'aune de la jurisprudence Seaport*). Surtout, il s'est avéré que votre décision de décembre 2017 a créé de lourdes difficultés d'exécution pour l'administration. On pouvait penser que votre décision conduirait à confier l'ensemble des missions d'autorité environnementale dévolues aux préfets aux MRAE, mais ce n'a pas été le cas et, à ce jour, les textes n'ont toujours pas été modifiés pour les mettre en conformité avec votre interprétation de la directive 2011/92. La situation est donc particulièrement insatisfaisante : tous les projets où le préfet de région continue à être à la fois autorité environnementale et autorité qui délivre l'autorisation administrative méconnaissent le droit de l'Union européenne. En outre, signalons que votre jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le cas où le préfet de région est autorité environnementale tandis que le préfet de département autorise le projet, tous deux s'appuyant sur la même DREAL.

C'est dans ce contexte que le tribunal administratif d'Orléans a constaté le vice affectant l'autorisation environnementale contestée. Il a estimé que l'irrégularité de l'avis avait un double effet : d'une part, influencer par elle-même sur la décision de l'administration ; d'autre part, nuire à l'information de la population lors de la procédure de consultation du public, et donc influencer la décision finale.² Cette appréciation est remise en cause par le ministre qui s'appuie notamment sur votre décision CE, 1^{er} mars 2013, *Sté Roozen France e.a.*, n° 340859, T où, dans un cas particulièrement extrême, vous avez admis que l'absence de consultation de l'autorité environnementale n'entraînait pas l'annulation de la décision finale. Il ne vous appartient pas, dans le cadre de cette demande d'avis, de discuter de la position du tribunal sur ce point, qui paraît d'ailleurs reposer sur des éléments solides. C'est donc bien sur le terrain de la régularisation qu'il faut se placer.

¹ V. *Moderniser l'évaluation environnementale*, Rapport établi par M. Jacques Vernier, mars 2015, p. 18.

² L'opérance du moyen tiré de ce que l'acte, conforme au droit national, est illégal du fait qu'il repose sur une base légale qui ne prévoit pas certaines formalités prévues par le droit de l'Union européenne résulte de la jurisprudence issue des décisions CE, 8 juillet 1991, A..., n° 95461, Rec. ; CE, Ass, 30 octobre 1996, Cabinet Revert et Badelon, n° 45126, Rec. ; CE, Ass., 6 fevr. 1998, M. B..., n° 138777, Rec.

3. Nous en venons au deuxième élément de ce prologue : **quels sont les repères jurisprudentiels fixant les possibilités et les limites d'une régularisation dans un tel cas ?**

Précisons d'abord que, même en matière d'obligations procédurales résultant du droit de l'Union européenne, celui-ci ne s'oppose pas à ce qu'il existe des possibilités de régularisation. S'agissant précisément de la consultation du public prévue par l'ancienne directive 85/337/CEE du 27 juin 1985, qu'a codifiée la directive 2011/92, la CJUE a jugé par un arrêt *Josef Krizan e.a.* du 15 janvier 2013 (C-416/10) qu'il est possible de régulariser une absence de mise à disposition du public du projet de décision, en y procédant tardivement, à condition « *que toutes les options et solutions soient encore possibles et que la régularisation à ce stade de la procédure permette encore au public concerné d'exercer une réelle influence sur l'issue du processus décisionnel* ».

Le droit administratif connaît en ce moment un essor spectaculaire de ces procédés de régularisation des actes administratifs illégaux. Cette construction, qui résulte à la fois d'un droit commun de la régularisation dégagé progressivement par votre jurisprudence et de textes sectoriels confiant au juge des pouvoirs spécifiques de régularisation, est encore inachevée. Deux grandes distinctions émergent pour cartographier ce nouveau pays : il faut d'abord distinguer la régularisation au sens fort, qui est rétroactive (v. pour les décisions attribuant une subvention annulées pour irrégularité de forme ou de procédure, CE, section, 1^{er} juillet 2016, Commune d'Emerainville, n° 363047 363134, Rec. ; en matière d'indu de RSA, CE, section, 16 dec. 2016, Mme C..., n° 389642, Rec.³), et la régularisation au sens faible, qui consiste à mettre fin pour l'avenir à illégalité, et qui existe bien sûr depuis toujours (v. en matière d'ICPE, CE, 16 dec. 2016, Société Ligérienne Granulats SA e.a., 391452 391688, rec.). Emergent ensuite deux chemins de régularisation : l'un à l'intérieur du prétoire, impliquant un avant-dire-droit juridictionnel, des actes administratifs de régularisation et un jugement final validant ou non cette régularisation (v. sur la régularisation des documents d'urbanisme, CE, section, 29 juin 2018, *Cne de Sempy*, n° 395963, Rec.) ; et l'autre à l'extérieur du prétoire, lorsque la décision du juge ouvre à l'administration une voie pour prendre des actes de régularisation, qui pourront donner lieu à un second contentieux (v. pour les autorisations d'urbanisme, même indivisibles, annulées partiellement, CE, 1^{er} mars 2013, M. et Mme D..., n° 350306, Rec. ; CE, 1^{er} octobre 2015, *Cne de Toulouse*, n° 374338, Rec.).

Votre avis contentieux *Ass. Novissen* a inscrit les formes de régularisation ouvertes par l'article L. 181-18 du code de l'environnement dans ce tableau à quatre cases. D'une part, le juge peut permettre la régularisation de l'autorisation à l'intérieur de l'instance : il s'agit alors d'une régularisation au sens fort, rétroactive, qui doit se faire en appliquant, en principe, les textes en vigueur à la date de la décision que l'on souhaite régulariser. Cette forme de régularisation fait l'objet des deux premières questions du tribunal. D'autre part, vous avez interprété le I de cet article comme permettant une régularisation hors prétoire mais seulement au sens faible, non rétroactive : le juge procède à une annulation partielle voire totale de la décision et la procédure doit être reprise en fonction des textes en vigueur à la date de la nouvelle décision, les éléments de procédure non viciés pouvant, selon le droit commun (CE, 15 décembre 1965, *Dame veuve E...*, n° 62712, Rec.), être conservés s'ils sont réguliers et

³ Dans ces deux dernières affaires, le caractère rétroactif de la régularisation nous semble se manifester par le fait que ne sont pas soustraits ou réclamés les intérêts sur la somme en cause pour la période s'écoulant entre la décision initiale illégale et l'acte de régularisation. V. *La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir*, AJDA 2016 p. 1859.

conformes à ces textes. Cette forme de régularisation fait l'objet de la troisième question du tribunal.

4. Nous en venons donc à la première question, par laquelle le tribunal vous demande si la régularisation dans le prétoire doit toujours se faire selon les dispositions en vigueur à la date de la décision attaquée, y compris s'agissant des « *modalités de mise en œuvre de la formalité viciée* », et si une régularisation est possible pour le vice de l'espèce. On comprend la difficulté du tribunal : en l'espèce, ce n'est pas la norme qui a été mal appliquée, mais la norme correctement appliquée qui était inconvictionnelle. Régulariser en appliquant les textes en vigueur à l'époque ne peut dès lors conduire qu'à reproduire l'irrégularité dénoncée par les requérants, puisque le texte continue de prévoir une compétence résiduelle du préfet de région comme autorité environnementale. La question du tribunal esquisse une porte de sortie, suggérant peut-être qu'il faudrait, dans un tel cas, appliquer les textes anciens pour le principe de la consultation d'une autorité environnementale, et les textes nouveaux, en vigueur à la date où le tribunal statue, pour ses modalités de mises en œuvre.

4.1. Il s'agit ici d'une régularisation rétroactive : après régularisation, l'acte sera considéré comme légal *ab initio*. Nous vous invitons à réaffirmer l'idée que, dans ce cas, il est nécessaire d'appliquer les textes en vigueur à la date de la décision initiale tant pour le principe des formalités à respecter que pour le détail de leurs modalités. Il y a à cela deux raisons. D'abord, dans ce paysage encore incertain de la régularisation des actes administratifs, il s'agit d'une des règles transversales que vous avez répétées et appliquées dans tous les domaines, un des points d'appui fermes de cette jurisprudence en construction (v ; CE, sect., 29 juin 2018, Cne de Sempy, n° 395963, Rec. ; . CE, avis, 26 juillet 2018, *Association "Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambrésis" et autres*, 416831, Rec.). En réalité, cette règle ne trouve pas sa source dans cette récente jurisprudence des années 2010 mais, nous semble-t-il, dans la célèbre jurisprudence *Sieur Rodière* de 1925 (CE, 26 dec. 1925, Rec. p. 1065) : lorsque l'administration reconstitue un processus administratif passé, il est nécessaire d'appliquer les textes en vigueur à l'époque. Outre la constance de votre jurisprudence, la seconde raison de maintenir ici ce principe nous semble que la combinaison de textes de procédure passés et de texte de procédure présents, pour réparer une des briques de la procédure passée, serait source d'inextricables complexités à chaque fois que les textes de procédure auraient substantiellement évolué entre les deux dates.

Il est vrai que l'application des textes passés, en vigueur à la date de la décision viciée attaquée, peut également engendrer des difficultés, par exemple lorsqu'il s'agit de consulter un organisme qui a été renouvelé, voire dont la composition a été modifiée entre temps. Mais cette sorte de difficultés est depuis longtemps aplanie par les développements subtils de votre jurisprudence *Rodière* : votre jurisprudence de section *M. F...* du 14 février 1997 (CE, n° 111648, Rec., concl. Mme Péresse) prévoit ainsi que, dans un tel cas, on consulte en principe l'organisme dans sa nouvelle composition. Il nous semble qu'il vous faut, le plus possible, vous couler dans cette jurisprudence traditionnelle.

4.2 Mais le cas d'espèce pose une difficulté spécifique et redoutable : le règlement de procédure applicable à la date de la décision attaquée, l'article R. 122-6 du code de l'environnement, qui désigne le préfet de région comme autorité environnementale, est lui-même entachée d'inconvictionnalité. L'administration ne doit donc pas l'appliquer, en vertu de vos jurisprudences CE, sect., 14 nov. 1958, *Sieur Ponard*, n° 35399, rec. p. 554 et CE, 30

juillet 2003, *Ass. Avenir de la langue française*, n° 245076, Rec., pas plus que le juge. Nous ne vous proposons cependant pas de parer à cette difficulté en jugeant qu'il faut alors appliquer les textes en vigueur à la date des mesures de régularisation. Cette position s'éloignerait de la logique générale de votre jurisprudence et se heurterait aux difficultés que nous évoquions. En l'espère, une telle innovation ne serait d'ailleurs d'aucun secours puisque le texte en vigueur aujourd'hui comporte le même vice.

Faut-il alors en déduire que dans un tel cas le vice n'est pas régularisable ? Là encore, nous pensons qu'il faut vous placer, le plus possible, dans le sillage de la jurisprudence existante. Or, même dans le cas où le texte détaillant les modalités d'une formalité exigée par le droit de l'Union européenne n'existe pas ou est lui-même inconventionnel, vous avez déjà admis la possibilité pour l'administration d'édicter régulièrement un acte. Depuis votre décision d'assemblée du 6 février 1998 *M. B...* (CE, n°s 138777 147424 147425, Rec.) vous jugez que l'administration peut, en l'absence de transposition correcte d'une directive, éviter qu'une décision individuelle soit annulée pour méconnaissance des objectifs de la directive en assurant spontanément, pour ce cas individuel, le respect de ces objectifs. Autrement dit l'administration peut inventer les voies d'une correcte transposition, au cas par cas, pour les décisions individuelles qu'elle prend et les sauver ainsi d'une annulation contentieuse. Cette jurisprudence audacieuse est guidée par l'idée qu'il ne faut pas que l'action administrative soit paralysée : lorsqu'une loi nationale n'est pas applicable faute de décret d'application, elle n'entre pas en vigueur et les actes pris sans la respecter son légaux ; lorsqu'une directive n'est pas transposée, les actes pris après expiration du délai de transposition qui en méconnaissent les objectifs sont illégaux. D'où l'idée qu'un acte administratif puisse échapper à l'annulation contentieuse si, pour son cas particulier, les objectifs de la directive ont été respectés *in concreto* par l'usage qu'a fait l'administration des moyens à sa disposition.

Votre décision d'assemblée *M. B...* en a jugé ainsi pour des formalités de publicité et de mise en concurrence préalable à la conclusion d'un contrat que le droit national ne prévoyait pas. Vous avez confirmé cette jurisprudence, dans ce même domaine, par deux décisions CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, A, et CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n° 241187, A : malgré l'absence de texte applicable et dans l'attente de ce texte, l'administration peut, et doit, organiser une procédure de mise en concurrence *ad hoc*. En matière de droit d'asile, vous avez jugé que l'inconventionnalité des dispositions réglementaires relative au traitement des demandes d'asile d'étrangers en rétention administrative devait conduire l'administration à procéder, conformément au droit européen, à un examen au cas par cas de ces demande pour décider du maintien ou non en rétention et du recours ou non à la procédure accélérée (CE, 30 juillet 2014, *La Cimade*, n° 375430, Rec.). S'agissant de règles de fond, vous avez jugé que l'annulation des dispositions transposant une directive sur la reconnaissance des titres professionnels ne dispensait pas l'administration française d'atteindre les objectifs de la directive, dans l'attente de l'édiction de la nouvelle réglementation, en délivrant au cas par cas des cartes professionnelles (CE, Ass., 29 juin 2001, *M. G...*, n° 213229, Rec. ; CE, 27 oct. 2011, *Ass. Analyser*, n° 341278, T.).

Rien ne fait obstacle à ce que ce raisonnement soit transposé aux obligations procédurales issues de la *directive projet* et, par un heureux hasard, **vous l'avez déjà appliqué à la directive 85/337 du 27 juin 1985** qu'a codifiée par la suite la directive 2011/92. Par votre décision *Ass. Le réseau sortir du nucléaire* du 6 juin 2007 (CE, n° 292386, Rec.), vous avez jugé que « *nonobstant l'absence de règles nationales [prévoyant une procédure d'information du public préalable], l'autorité administrative devait prévoir une procédure d'information du*

public compatible avec les objectifs de la directive pour délivrer l'autorisation litigieuse ». L'administration peut donc assurer, pour une procédure particulière, une « transposition spontanée » des objectifs d'une directive mal transposée dans le droit national.

En application de cette jurisprudence, au moins depuis votre décision de décembre 2017, les préfets de région, qui ne doivent pas appliquer l'article R. 122-5 du code de l'environnement qui les désignent autorité environnementale lorsqu'ils sont autorité décisionnaire, peuvent sauver les autorisations qu'ils délivrent en organisant une procédure de consultation d'une « autorité environnementale » non prévue par les textes nationaux mais de nature à satisfaire les exigences de la directive 2011/92. Votre jurisprudence ne les autorise bien sûr pas à déroger aux règles de répartition des compétences : seul un décret pourra fixer la règle en la matière. Mais dans le silence des textes, l'administration demeure libre de s'entourer d'avis consultatifs supplémentaires : elle peut, dès lors, assurer une transposition *ad hoc* de la directive pour une demande d'autorisation qu'elle instruit. S'il y a ensuite un litige contre cette autorisation, ce sera un procès fait à cet acte individuel et non le procès de la mauvaise ou de l'insuffisante transposition de la directive par les règlements français. Même si le juge est saisi d'une exception d'illégalité fondée sur l'inconventionnalité de l'article R. 122-5, puisque ces dispositions de la directive n'ont pas d'effet direct (CE, 1^{er} mars 2013, *Société Roozen France e.a.*, n° 340859 340957, T), il n'en tirera pas de conséquence sur l'acte attaqué si, en l'espèce, les objectifs de la directive ont été respectés.

Puisque les autorisations environnementales peuvent théoriquement être délivrées conformément au droit de l'Union européenne, il nous semble qu'elles peuvent aussi être régularisées. Le tribunal administratif peut alors surseoir à statuer et fixer un délai pour permettre à l'administration de régulariser la procédure en recourant à l'avis d'une autorité aux « *responsabilités spécifiques en matière d'environnement* » autonome, désignée pour le projet, et en soumettant le cas échéant cet avis à la consultation du public.

Dans ce cadre d'analyse, il revient au tribunal de dire si le vice est régularisable. Si c'est le cas, le tribunal peut théoriquement s'arrêter à fixer un délai de régularisation en laissant à l'administration le soin de fixer les modalités de cette régularisation. Cependant, celles-ci sont délicates à déterminer lorsque, comme en l'espèce, il ne s'agit pas de respecter un règlement qui a été méconnu, mais d'inventer un chemin pour satisfaire aux exigences de la directive méconnue tout en respectant les autres exigences du droit national. Votre avis contentieux *Ass. Novissen* a en outre précisé que le juge de plein contentieux de l'autorisation environnementale, dans son office de juge de la régularisation, peut, pour ce qui concerne l'information du public, « *fixer des modalités de régularisation adaptées* » dans son avant-dire-droit. En l'espèce, il nous semble donc que le juge peut, de même, préciser dans l'avant-dire-droit les modalités de la régularisation.

Ce que le juge prescrira dans son avant-dire-droit s'impose à l'administration, et pourra être critiqué, notamment en appel. Il ne faut pas se dissimuler qu'une telle définition des modalités de régularisation dans l'avant-dire-droit est un exercice difficile, mais ce n'est jamais que celui que vous exigez chaque jour de l'administration, qui doit s'abstenir d'appliquer des textes illégaux. Pour le cas qui nous occupe, deux difficultés se posent pour régulariser une autorisation délivrée par un préfet qui a également fait office d'autorité environnementale.

5. La première difficulté est de trouver une autorité administrative pouvant faire office d'autorité environnementale, c'est-à-dire experte et autonome.

Si le vice entachant l'article R. 122-6 avait été corrigé, une solution aisée consisterait pour l'administration à recourir à l'autorité environnementale nouvellement compétente pour les autorisations délivrées par les préfets de région. Ce recours au nouveau texte ne constituerait pas une obligation, puisqu'il n'est pas applicable à la procédure passée qu'il s'agit de régulariser, mais le juge pourrait choisir ce cadre de référence pour simplifier la définition des modalités de régularisation. Le choix d'un tel point d'accroche ne pourrait cependant se faire qu'avec certaines précautions : l'administration comme le juge devraient s'assurer que ce texte, qui n'existait pas à l'époque, d'une part, ne semble pas lui-même incompatible avec la directive 2011/92 ou une autre règle de droit et, d'autre part, peut s'insérer dans la procédure ancienne sans créer de nouvelles illégalités.

En l'espèce, l'article R. 122-6 n'a toujours pas été rectifié : il n'est donc pas possible de s'arrimer à un nouveau texte. En revanche, le code de l'environnement prévoit, pour d'autres sortes de projets, d'autres autorités environnementales, notamment le Conseil général de l'environnement et du développement durable et les missions régionales de l'autorité environnementales, dont vous avez d'ailleurs déjà eu l'occasion de juger qu'elles accomplissent leurs missions conformément aux objectifs de la directive 2011/92 (CE, du 6 décembre 2017 *Association France nature environnement*, prec. ; CE, 9 juillet 2018, Cne de Villiers-le-Bâcle e.a., n° 410917, T.). L'administration, voire le juge dans son avant-dire-droit, pourront donc y recourir, en s'assurant qu'aucune contrariété n'existe avec le droit procédural en vigueur à la date de la décision contestée.

6. La seconde difficulté pour définir les modalités de la régularisation dans un tel cas fait l'objet de la deuxième question du tribunal : comment régulariser la procédure d'enquête publique qui s'est faite sans l'avis d'une autorité environnementale autonome ? Deux cas de figure doivent être distingués.

6.1 Le premier est celui où le nouvel avis de l'autorité environnementale n'apporte rien par rapport au précédent : se prononçant sur l'étude d'impact et les éventuels compléments apportés après le premier avis rendu par le préfet de région, elle estime ces documents suffisants ; se prononçant sur le projet lui-même, elle n'apporte pas d'observations différentes du premier avis. Dans un tel cas, la mesure de régularisation révèle que le vice n'a pas nui à l'information complète du public et n'a donc pas influé sur ses observations lors de l'enquête publique menée à l'époque : la consultation d'une autorité environnementale autonome n'aurait pas conduit à mettre à sa disposition d'autres éléments. Dans ce cas, selon, nous, il n'y a pas à régulariser la procédure d'enquête publique au seul motif que l'avis avait été signé par le préfet de région : l'information fournie était la bonne. Une correspondance parfaite entre les deux avis sera sans doute rare mais il en ira de même dans tous les cas où la différence d'appréciation entre eux sera si faible qu'elle n'aura pas, selon les termes de votre jurisprudence *Ocréal*, eu pour effet de nuire à l'information de la population ni été de nature à influencer la décision de l'administration (CE, 14 octobre 2011, n° 323257, T.) : la mesure de régularisation révèle la possibilité de neutraliser le vice. Il sera d'ailleurs possible d'interroger l'autorité environnementale sur ce point. La seule publicité à assurer, comme le précise le ministre lui-même, sera celle qui accompagne tout avis de l'autorité environnementale qui, une fois rendu, est publié sur le site internet de celle-ci en vertu du II de l'article R. 122-7 du code de l'environnement, dans sa rédaction alors applicable.

6.2 Lorsque, à l'inverse, le second avis révélera une insuffisance de l'étude d'impact ou formulera une observation nouvelle sur les effets du projet sur l'environnement qui aurait permis une meilleure information du public, conduisant à des observations enrichies et, peut-être, à une position différente de l'administration, il sera nécessaire de régulariser l'enquête publique.

Il faut signaler, ainsi que le ministre le souligne, que la différence d'appréciation entre les deux avis ne tiendra pas forcément à l'insuffisance du premier : elle pourra aussi découler de l'évolution significative du contexte factuel. C'est un point important : bien qu'on applique, pour refaire une partie de la procédure viciée, les textes en vigueur à la date de la décision contestée, les textes du passé, et bien que les mesures de régularisation, une fois adoptées, répareront de façon rétroactive l'autorisation du projet, l'autorité environnementale, puis éventuellement le public s'il est interrogé à nouveau, doivent, selon nous, se prononcer sur le projet en fonction des circonstances factuelles existant à la date où ils sont interrogés. Une solution inverse pourrait se prévaloir d'une certaine logique juridique mais nous paraît impraticable et surtout contraire aux intérêts environnementaux protégés par la directive 2011/92 et au titre de la quelle la mesure de régularisation est conduite. Ce n'est qu'à cette condition, nous semble-t-il, que la CJUE a accepté une éventuelle régularisation dans son arrêt *Josef Krizan e.a.* du 15 janvier 2013. Le nouvel avis pourra donc différer du précédent en fonction de l'évolution des données factuelles. En pratique, il est probable que le porteur de projet, avant cette nouvelle consultation, souhaitera s'assurer que les données factuelles n'ont pas connu d'évolutions significatives et, le cas échéant, ajustera certains éléments de son étude d'impact en conséquence. Cette limitation aux évolutions significatives nous semble admissible pour garder à ce processus le caractère d'une mesure de régularisation : il ne s'agit pas de refaire entièrement l'étude d'impact.

Que faut-il faire ensuite pour régulariser l'enquête publique dans un tel cas ?

En première approche, lorsqu'une formalité administrative n'a pas été effectuée correctement, elle doit être reprise, or l'enquête publique se présente comme un ensemble indivisible. Sa reprise intégrale peut cependant apparaître disproportionnée par rapport à l'information complémentaire fournie au public. Voilà pourquoi, interprétant la notion de vice « *susceptible d'être régularisé* » et l'office de plein contentieux de juge de la régularisation des autorisations environnementales que vous confie l'article L. 181-18, vous avez précisé dans votre avis *Ass. Novissen* que lorsque certaines pièces auraient dû figurer au dossier d'enquête publique, le juge pouvait dans son avant-dire-droit « *fixer des modalités de régularisation adaptées permettant l'information du public, qui n'imposent pas nécessairement de reprendre l'ensemble de l'enquête publique* ». Autant lorsqu'il s'agit de désigner une autorité administrative *ad hoc* pour satisfaire aux exigences de la directive 2011/92, il nous semble que le juge peut, dans son avant-dire-droit, laisser l'administration libre de cette « *transposition spontanée* » ; autant, s'agissant de la régularisation de l'enquête publique, il nous semble que le juge doit en prévoir des modalités adaptées pour que l'administration puisse se dispenser de reprendre toute l'enquête publique avec le dossier complété : dans le silence de l'avant-dire-droit, faute que le code prévoit une procédure spécifique de *régularisation de l'enquête publique*, qu'il pourrait s'avérer opportun de créer, les textes applicables imposent une enquête publique.

Votre interprétation de l'article L. 181-18 ouvre en théorie un large champ au juge de la régularisation de l'autorisation environnementale : il devient une sorte de législateur qui

détermine le complément qu'il est nécessaire d'apporter à la consultation du public pour que le vice tenant à son insuffisante information lors de l'enquête publique soit régularisé. Cette sorte de pouvoir, comparable par son ampleur à celui du juge des installations classées qui peut modifier ou compléter les prescriptions régissant l'installation, est d'un maniement très difficile. En pratique, là encore, il est plus réaliste que le juge fasse le choix de s'arrimer à des réglementations existantes organisant une consultation du public simplifiée, notamment l'enquête publique complémentaire (articles L. 123-14 et R. 123-23 du code de l'environnement) ou la consultation par voie électronique (art. L. 123-19 et R. 123-46-1 du code de l'environnement).

A cela s'ajoute la difficulté tenant à ce que, au moment où il offre une possibilité de régularisation par son avant-dire-droit, le juge ne connaît pas la teneur du nouvel avis de l'autorité environnementale et l'importance des modifications du dossier soumis à enquête publique : si elles sont modestes, on peut penser qu'une brève consultation électronique pourrait suffire ; si elles modifient profondément le projet, cela pourrait justifier une reprise entière de l'enquête publique en vue de la régularisation de l'autorisation, éventuellement modifiée. Vous avez deux voies pour vous sortir de cette difficulté :

- soit vous permettez, par une interprétation large du II de l'article L. 181-18, que le juge soit saisi à nouveau après délivrance du nouvel avis pour fixer par un deuxième avant-dire droit les modalités de la régularisation, adaptées à l'importance des modifications et pouvant aller de la consultation électronique à l'organisation d'une nouvelle enquête publique ; cette interprétation ne nous semble pas impossible et elle sécuriserait les procédures de régularisation ; mais elle est lourde à mettre en œuvre et il faut éviter que le juge devienne un conseil garantissant à l'administration la réussite de la mesure de régularisation ;
- soit vous estimez que le juge ne doit s'en tenir qu'à un seul avant-dire-droit fixant un délai et l'ensemble des modalités de régularisation, les choix à mettre en œuvre relevant de l'administration. Les modalités fixés par le juge doivent alors être plus frustes et couvrir les différents cas de figure. Il nous semble alors que votre avis pourrait conseiller au juge de la régularisation de prescrire une enquête publique complémentaire, régie par les articles L. 123-14 et R. 123-23 du code de l'environnement, et qui est à même de permettre une participation effective du public sur l'ensemble des modifications.

Le juge doit s'imposer la même précaution que pour le choix de l'autorité environnementale : le cadre qu'il fixe doit lui-même être légal, ne pas entrer en contradiction avec d'autres dispositions et doit permettre d'atteindre les objectifs fixés par l'article 6 de la directive 2011/92. Le ministre pointe en particulier la difficulté soulevée par le fait que, depuis la modification de cette directive par la directive 2014/52/UE du 16 avril 2014, la législation européenne fixe elle-même une durée minimale de 30 jours pour la consultation du public : la nouvelle consultation doit-elle systématiquement durer 30 jours, et ce alors qu'une enquête publique complémentaire dure 15 jours en vertu de l'article R. 123-23 ? Il faut tenir compte de ce qu'une enquête publique a déjà été organisée, d'une durée d'au moins 30 jours en application de l'article L. 123-9 du code de l'environnement ; or la mesure de régularisation complète la consultation précédente, qui demeure : la directive ne nous semble donc pas méconnue.

Le dossier soumis à la consultation du public sera enrichi du nouvel avis, des actualisations nécessaires lorsque la situation aurait significativement évolué depuis l'enquête publique précédente, voire d'autres compléments que le pétitionnaire jugerait bon d'apporter après lecture du nouvel avis de l'autorité environnementale.

Précisons enfin qu'ainsi que le prévoit la loi et que l'explique votre avis *Ass. Novissen*, cette nouvelle consultation du public sera suivie d'une nouvelle décision administrative qui, au vu des éléments complémentaires ainsi recueillis, confirme, modifie ou revient sur l'autorisation accordée. Ainsi se trouvent satisfaites les exigences de la CJUE : toutes les options doivent rester ouvertes à ce stade. Si l'autorisation est confirmée cette régularisation vaut *ab initio*, et il n'y a pas d'illégalité pour le passé ou de réparation à prévoir. La juridiction, dans son jugement final, est saisie de la légalité et de l'efficacité de cette procédure de régularisation, qui peuvent être critiqués.

7. Nous achevons. Il s'agissait jusqu'ici de modalités de régularisation à l'intérieur du prétoire. Nous serons beaucoup plus bref sur les modalités de **régularisation hors du prétoire** prévue par le I de l'article L. 181-18 et qui font l'objet de **la troisième question de la demande d'avis**. Votre avis *Ass. Novissen* a interprété ces dispositions comme ne faisant, à peu de chose près, que codifier le droit commun : le juge, annulant partiellement voire totalement l'autorisation, l'administration doit reprendre la procédure entièrement ou en s'appuyant sur les éléments non viciés de la procédure précédente, qui restent valables en vertu de la jurisprudence *Dame veuve E...* (CE, 15 dec. 1965, n° 62712, Rec.) L'article incite le juge à faire œuvre de pédagogie en précisant ce qui est ou non vicié dans la procédure de l'autorisation annulée. La nouvelle procédure doit respecter le droit en vigueur à la date de la nouvelle décision à prendre, et non de l'ancienne, et ne régularise rien pour le passé, puisque le tribunal a prononcé une annulation. Vous pourrez le rappeler.

Le tribunal se demande s'il n'appartient pas au juge d'aller plus loin, et de préciser les modalités de reprise de l'instruction puisque l'article R. 122-5 du code de l'environnement demeure illégal et que l'administration doit, pour la nouvelle procédure, effectuer une « transposition spontanée » pour satisfaire aux exigences de la directive. Bien que cela puisse sembler une simple transposition à la régularisation *hors prétoire* de ce que nous vous avons proposé pour la régularisation *dans le prétoire*, nous pensons que cela ne rentre pas dans l'office du juge de l'autorisation environnementale. Cela conduirait le juge à formuler des injonctions à l'administration alors qu'il n'est, par construction, pas saisi d'un recours contre la future décision. A tout le moins, cela ferait du juge un conseil de l'administration pour la conduite d'une future nouvelle procédure : si le tribunal administratif peut être saisi pour avis pour aider l'administration dans cette sorte de difficulté, c'est par la procédure spécifique, de nature administrative, prévue à l'article R. 212-1 du code de justice administrative. En outre, la modification de l'article R. 122-5 pour le mettre en conformité avec la directive 2011/92 peut intervenir à tout moment : il faut alors qu'elle puisse prévaloir sur d'éventuelles indications données par le tribunal. Nous vous invitons donc, pour cette dernière question, à vous en tenir à la position prise lors de votre avis *Ass. Novissen*.

Tel est le sens des réponses que nous vous invitons à donner au tribunal administratif d'Orléans.