

Installations classées

BDEI 2936

La régularisation de l'autorisation environnementale par le juge administratif, où en est-on après cinq ans de pratique ?

Les « contentieux triangulaires », ces contentieux où un requérant conteste un acte administratif délivré à un tiers, constituent un terrain favorable à la régularisation des autorisations administratives⁽¹⁾. Face au recours d'un tiers, la régularisation procède d'une volonté de préservation des situations acquises par les bénéficiaires de l'autorisation administrative. Pour ces derniers, la rectification de l'irrégularité constatée est préférable à la disparition pure et simple de la décision. Dans cet esprit, le juge administratif s'est vu confier par le législateur des pouvoirs de régularisation dans le contentieux de l'urbanisme (C. urb., art. L. 600-5, L. 600-5-1 et L. 600-9) puis dans celui de l'environnement, le second étant très largement inspiré du premier.

Introduction

En matière environnementale, le pouvoir de régularisation a été consacré à l'occasion de la réforme de l'autorisation environnementale le 1^{er} mars 2017, même si certaines décisions avaient préfiguré cette évolution législative (V. par ex. CE, 16 déc. 2016, n° 391452, *Ligérienne Granulats SA*)⁽²⁾. Certains auteurs considèrent même que, sans attendre cette consécration, le juge du plein contentieux des ICPE disposait déjà de cette attribution⁽³⁾. Avec le re-

groupement d'autorisations au sein d'une autorisation environnementale unique, le risque d'irrégularités augmente mécaniquement. C'est pour juguler ce risque que les auteurs de l'ordonnance ont donné au juge un pouvoir de régularisation. Plus largement, cette consécration s'inscrit dans une double ligne de fond marquée en jurisprudence : la première relative à un raffinement des attributions du juge administratif qui s'émancipe d'un pouvoir binaire (rejeter le recours ou annuler l'autorisation) et la seconde relative à l'exigence toujours plus forte de sécurité juridique⁽⁴⁾.

Applicable aux autorisations environnementales, c'est-à-dire aux autorisations

(1) Seiller B., « Les décisions régularisées », RFDA, 2019, P.791.

(2) Le juge admet qu'une autorisation, délivrée en méconnaissance des règles d'urbanisme, soit régularisée, à la date à laquelle il statue, par une modification ultérieure de ces règles.

(3) Lanoy L., « Le contentieux de l'autorisation environnementale », BDEI Suppl. au n° 80, n° 2460, avr. 2019.

(4) Langelier E. et Viot-Landais A., « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 30-34, 27 juill. 2015, 2245.



Par Louis-Narito Harada

Avocat associé,
spécialiste en droit
de l'environnement
Cabinet HK legal



et Gaspard Terray

Avocat
Cabinet HK legal

délivrées en matière d'installations classées et de travaux soumis à la loi sur l'eau, ce pouvoir de régularisation est énoncé à l'article L. 181-18 du code de l'environnement, au sein du chapitre unique dédiée à l'autorisation environnementale.

Relevons que faute de dispositions identiques pour les ICPE soumises à enregistrement ou à déclaration⁽⁵⁾, le juge administratif ne peut le mettre en œuvre qu'en présence d'une ICPE ou de travaux IOTA soumis à autorisation⁽⁶⁾.

Dans le détail, l'article L. 181-18 présente deux mécanismes :

Le premier (C. env., art. L. 181-18-I, 1^o) permet au juge de limiter la portée de l'annulation à une partie de l'autorisation viciée. Dans ce cas, le juge demande au préfet de reprendre l'instruction à la phase ou sur la partie de l'autorisation qui est entachée d'irrégularité, sans sursis à statuer. C'est la régularisation « hors prétoire ».

Le second (C. env., art. L. 181-18-I, 2^o) permet au juge de surseoir à statuer en présence d'un vice entraînant l'illégalité de l'autorisation susceptible d'être régularisée par une autorisation modificative, laquelle doit intervenir dans le délai qu'il fixe. C'est la régularisation au sein du prétoire, dans laquelle le juge statue lui-même sur la modification régularisatrice⁽⁷⁾.

Dans les deux cas, le juge administratif peut décider, s'il y a lieu, de suspendre l'exécution « des parties de l'autorisation non viciées » (C. env., art. L. 181-18-II).

Ces dispositions ne peuvent se lire sans les explications figurant dans deux avis du Conseil d'État, élevés par des auteurs au rang de « précis »⁽⁸⁾ ou de « mode d'emploi »⁽⁹⁾ de la régularisation des autorisations environnementales. L'avis « *Association Novissen* » du 22 mars 2018 (CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen et autres*) enseigne concrètement la façon dont le juge peut régulariser au sein du prétoire. Ainsi, le juge prononce le sursis à statuer par un jugement avant dire droit dans lequel il fixe également un délai de régularisation et en précise les modalités. Cette régularisation implique l'intervention d'une décision complémentaire qui corrige le vice dont est entachée la décision attaquée. S'il constate que la régularisation a été dument effectuée, le juge rejette le recours dont il est saisi.

L'avis « *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural* » du 27 septembre 2018 explique quant à lui la manière dont le juge doit procéder dans le cas de dispositions illégales ou inconventionnelles : « *si ces modalités [de régularisation] ne sont pas légalement applicables, notamment du fait de l'illégalité des dispositions qui les définissent, il appartient au juge de rechercher si la régularisation peut être effectuée selon d'autres modalités, qu'il lui revient de définir en prenant en compte les finalités poursuivies par les règles qui les ont instituées et en se référant, le cas échéant, aux dispositions en vigueur à la date à laquelle il statue* », si bien que le juge peut lui-même définir les règles applicables à la régularisation (CE, avis, 27 sept. 2018, n° 420119, *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural*). Nous y reviendrons.

Plus récemment, dans son arrêt *société Eqiom*, le Conseil d'État a aussi souligné la prééminence de la place de l'exploitant de l'ICPE, défenseur de son autorisation à l'instance, dans la mise en œuvre des pouvoirs de régularisation (CE, 11 mars 2020, n° 423164, *Société Eqiom*). Cet arrêt précise que si le juge est saisi, dans les conclusions en défense de l'exploitant, d'une demande de sursis en attendant la régularisation de l'autorisation environnementale, alors il doit mettre en œuvre ses pouvoirs de régularisation si les conditions sont réunies. À l'inverse, en l'absence de telles conclusions, le juge en a simplement la faculté. Face à des irrégularités sérieuses, la demande de régularisation constitue pour l'exploitant une stratégie de défense de l'autorisation ICPE. En urbanisme, le rôle du pétitionnaire en défense d'un permis de construire semble plus discret, le juge administratif ayant l'obligation de corriger les irrégularités régularisables faute de quoi celui-ci commet une erreur de droit (V. par ex. : CE, 27 mai 2019, n° 420554, *Société MSE La Tombelle*).

Cinq ans après l'entrée de la régularisation dans le code de l'environnement, celle intervenant « au sein du prétoire » semble s'imposer en jurisprudence. Les orientations données par le Conseil d'État dans les deux avis fondateurs donnent une liberté considérable au juge dans la définition des modalités de régularisation au sein du prétoire. Pour autant, il ne faut pas délaïsser le mécanisme de l'annulation partielle (ou de régularisation en dehors du prétoire) qui peut présenter des intérêts pratiques en contentieux. En toute hypothèse, même si le juge du plein contentieux environnemental commence à s'accoutumer à la logique nouvelle de la régularisation, l'exploitant-défendeur joue un rôle clé dans le débat contentieux puisqu'il doit, pour maximiser les chances de régularisation, être à l'initiative de la demande.

Pour cela, l'exploitant, en défense d'une autorisation environnementale contestée devant le juge, devra préalablement identifier les vices régularisables (I) avant de soumettre au juge des modalités pour les réparer (II).

(5) À moins que ces installations bénéficient elles-mêmes d'une autorisation environnementale.

(6) L'amendement sénatorial n° COM-57 du 15 février 2018 visant à étendre les pouvoirs de régularisation à la déclaration et à l'enregistrement examiné dans le cadre de l'examen de la loi ESSOC a été rejeté.

(7) Dutheillet de Lamothe L., concl. sur CE, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen et autres*, BDEI n° 75, n° 2328, mai 2018.

(8) Sellier B., « Précis de la régularisation des autorisations environnementales », *Gazette du Palais*, n° 21 du 12 juin 2018.

(9) Sellier B. ; « Mode d'emploi de la régularisation juridictionnelle en matière d'environnement », *Gazette du Palais*, n° 04 du 29 jan. 2019.

I.- Identifier les vices régularisables

Le constat d'un élargissement des vices régularisables en jurisprudence est indéniable (A). Cette orientation ne dissipe pas pour autant les incertitudes quant à son périmètre exact (B), si bien qu'il est aujourd'hui difficile de dégager des critères permettant de déterminer le caractère régularisable d'un vice (C).

A. Un élargissement constaté

À l'instar de ce qui a pu être observé en droit de l'urbanisme, les parties, mais également les juridictions, se sont saisies de la possibilité de régulariser les vices affectant les autorisations environnementales. On observe actuellement une accélération de l'élargissement des vices régularisables⁽¹⁰⁾.

Dans un premier temps, la régularisation a principalement concerné deux champs qui ont été à l'origine des deux avis rendus par le Conseil d'État en 2018, moins d'un an après l'entrée en vigueur de la réforme de l'autorisation environnementale. Le premier concerne la régularisation du vice tiré de l'insuffisance de démonstration des capacités financières de l'exploitant : les juridictions régularisent le manque d'information du public sur ce point (CAA Douai, 12 juill. 2018, n° 15DA01535 ; CE, 7 juin 2019, n° 4171928, *SODEGER* ou encore l'affaire à l'origine du CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen et autres*). Le second concerne la régularisation des autorisations délivrées dans des conditions irrégulières compte tenu de l'avis rendu par une autorité environnementale qui manquait de garanties d'impartialité au regard des obligations procédurales issues de la Directive 2011/92/UE sur l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (dite « directive Projet ») (CAA Douai, 4 oct. 2018, n° 16DA01704 ; CAA NANCY, 4^{ème} ch., 26 janv. 2021, n° 20NC00316 ; CE avis, 27 sept. 2018, n° 420119, *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural*).

Ces deux dernières années, le champ des vices régularisable s'est élargi de manière significative. Cela peut probablement s'expliquer par une meilleure appréhension tant par le juge que par les parties des pouvoirs de régularisation. Ainsi ont été considérés comme des vices susceptibles de faire l'objet d'une régularisation :

- l'insuffisance de l'étude de dangers qui ne faisait pas état de la pollution des sols sur l'intégralité d'une carrière et ayant été de nature à nuire à la bonne information du public (CAA Nantes, 8 janv. 2021, n° 20NT00288) ;

- la méconnaissance des dispositions du règlement applicable au terrain d'assiette du projet d'installation classée ; il s'agit en l'espèce de pales d'une éolienne qui méconnaissent des règles de recul fixées par des dispositions d'un plan local d'urbanisme (CAA bordeaux, 4 mai 2021, n° 19BX01274) ;
- l'absence d'autorisation de dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées ; le juge indique que vice est susceptible d'être régularisé par une autorisation modificative comportant la dérogation (CAA Nantes, 20 avr. 2021, n° 19NT00807 ; CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00316) ;
- l'insuffisance des garanties financières constituées par un exploitant pour mettre en service un parc éolien (CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00316) ; ou encore
- l'irrégularité des modifications substantielles apportées au projet à l'issue de l'enquête publique (CAA Nantes, 17 nov. 2021, n° 20NT02167).

B. Des incertitudes prégnantes

Faute de définition du caractère régularisable d'un vice dans les textes, celui-ci résulte d'une appréciation souveraine et *in concreto* des juges dans chaque affaire. Même si des tendances se dessinent (cf. A), cette liberté réservée au juge peut donner lieu à des décisions incohérentes, divergentes, voire contradictoires sur le caractère régularisable ou non d'un vice donné. Les juges sont souvent laconiques quand il s'agit d'expliquer pourquoi tel ou tel vice est considéré comme régularisable ou non, ce qui génère une insécurité pour les exploitants-défendeurs. Trois catégories de vice ont donné lieu à des interprétations qui peuvent sembler divergentes.

En premier lieu, le vice tiré de l'incompatibilité d'une installation ou d'un ouvrage avec les documents d'urbanisme. Comme exposé ci-avant, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a récemment considéré qu'était régularisable une éolienne et sa pale « implantée » en méconnaissance d'une règle de recul du PLU (CAA bordeaux, 4 mai 2021, n° 19BX01274). Sans se prononcer sur les modalités de régularisation, le juge a dû considérer qu'il suffisait de déplacer l'éolienne de quelques mètres. Dans une autre affaire, la Cour administrative d'appel de Paris, après avoir constaté qu'un projet d'installation de compostage de boues de station d'épuration ne pouvait être autorisé dans une zone donnée du PLU, a considéré que ce vice n'était pas régularisable (sans envisager un déplacement du projet ; CAA Paris 13 févr. 2020, n° 17PA23410). Face à un problème similaire, lié à l'implantation de l'ouvrage, le juge peut prendre deux positions opposées au regard des particularités des projets. Il appartient ainsi à l'exploitant-défendeur de démontrer en quoi et comment l'autorisation propre à son projet peut être régularisée.

En deuxième lieu, et bien que l'insuffisance des capacités techniques et/ou financières soit un vice qui « traditionnellement » peut faire l'objet d'une régularisation, il est

(10) V. Gillig D., « Contentieux spéciale des installations classées », BDEI 2807, n° 95, septembre 2021 et « Contentieux spéciale des installations classées », BDEI, n° 98, n° 2894, mars 2022.

arrivé que le juge refuse explicitement d'user de ses prérogatives de régularisation. Ainsi la Cour administrative d'appel de Nantes a considéré que « *le l'insuffisance des capacités techniques et financières de l'association pour la réalisation du projet, affecte les qualités du pétitionnaire lui-même et implique que le projet soit repris, le cas échéant, globalement. Il entache ainsi l'arrêté contesté dans sa totalité. La décision contestée est, par suite, insusceptible d'être régularisée par une autorisation modificative. Dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer en vue d'une régularisation* » (CAA Nantes, 17 nov. 2021, n° 20NT02167). L'absence de caractère régularisable pourrait être justifiée par le fait que l'exploitant ne disposait à la fois pas des capacités techniques et financières ou encore que les pièces justificatives étaient largement insuffisantes. En ce sens, seules les insuffisances « mineures » pourraient faire l'objet d'une régularisation, créant alors une nouvelle distinction prétorienne non sans ajouter de la confusion avec celles déjà existantes⁽¹¹⁾.

En troisième et dernier lieu, la protection de la faune a donné lieu également à des décisions qui peuvent en apparence sembler incohérentes. Ainsi en a-t-il été de l'absence de dérogation espèce protégée considérée tantôt comme un vice régularisable (Cf. ci-avant : CAA Nantes, 20 avr. 2021, n° 19NT00807 ; CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00316), tantôt comme un vice non régularisable. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Nantes, dans une affaire intéressant un parc éolien, a retenu que « *l'atteinte que le parc projeté fera peser sur la conservation de la population de Cigogne noire nicheuse à proximité immédiate du site d'implantation des éoliennes, est lié à l'emplacement même choisi par la société Ferme Éolienne du Bois Bodin pour implanter son parc éolien. Ce vice, qui entache l'arrêté attaqué dans sa totalité, est insusceptible d'être régularisé par une autorisation modificative* ». Ici, le juge-administrateur se met à la place du préfet pour refuser *a priori* la dérogation espèce protégée, ce qu'il n'a pas fait dans les deux autres affaires où le juge laisse la porte ouverte à l'exploitant-défendeur pour solliciter la dérogation espèce protégée dans le cadre d'une décision modificative sans pour autant que ce dernier soit assuré que le Préfet la délivre. La distinction entre ce qui relève du vice régularisable ou non est là encore sibylline.

C. Une identification malaisée

→ 1. Ce qui n'est pas un critère d'identification

Au regard de la jurisprudence, un certain nombre de critères n'ont pas d'incidence sur le caractère régularisable d'un vice affectant une autorisation environnementale.

(11) Nous pourrions penser à la distinction entre les vices substantielles et non substantielles (cf. CE, 14 oct. 2011, n° 323257, *Société Ocreal*).

Tout d'abord, l'absence d'une des autorisations requises pour un projet soumis à autorisation environnementale n'est pas *ipso facto* un vice non régularisable. Le Conseil d'État l'avait rappelé sur un plan théorique en ce qui concerne la régularisation « hors prétoire » dans son avis *Association Novissen*. Les juges du fond ont étendu cette solution à la régularisation « dans le prétoire », notamment pour des projets où ont été omises des dérogations « espèces protégées » (CAA Nantes, 20 avr. 2021, n° 19NT00807 ; CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00316).

Ensuite, la nature du vice à régulariser - illégalité interne ou externe - est également sans incidence sur le caractère régularisable. Les premières orientations prises par la jurisprudence en 2017 et 2018 semblaient régulariser exclusivement des vices affectant la légalité externe de l'autorisation. Cela étant, le texte de l'article L.181-18 du code de l'environnement ne définit pas la notion de vice régularisable, ni *a fortiori* ne mentionne la distinction entre le vice de légalité interne et externe. Le Conseil d'État n'exclut pas qu'un vice de légalité interne soit régularisable (CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen et autres*). Le juge du fond l'a suivi à plusieurs reprises (V. par ex. pour l'insuffisance de constitution de garanties financières : CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00316 ; l'incompatibilité avec une règle d'urbanisme : CAA Bordeaux, 4 mai 2021, n° 19BX01274). Il reste que cette distinction a des conséquences pratiques quant aux règles applicables à la décision modificative intervenant après le jugement avant dire droit : la régularisation d'un vice de forme ou de procédure se fait en appliquant des dispositions en vigueur à la date à laquelle l'autorisation initiale a été prise, tandis que la régularisation d'un vice de fond se fait en appliquant les règles en vigueur à la date de l'autorisation modificative (CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen et autres*).

→ 2. Ce qui peut être un critère d'identification

Deux approches semblent se dessiner en jurisprudence pour déterminer le caractère non régularisable d'un vice.

La première est une approche que l'on pourrait définir comme « essentialiste ». Le juge s'attache à un type de vice et à sa gravité pour estimer qu'il n'est pas régularisable. C'est le cas par exemple pour les vices liés à l'emplacement du projet : « *l'atteinte que le parc projeté fera peser sur la conservation de la population de Cigogne noire nicheuse à proximité immédiate du site d'implantation des éoliennes, est lié à l'emplacement même choisi par la société Ferme Éolienne du Bois Bodin pour implanter son parc éolien* » (CAA Nantes, 6 juill. 2021, n° 20NT02652) ou encore « *le vice mentionné au point 12 [atteinte aux intérêts protégés par l'article L.511-1 du code de l'environnement], qui est lié à l'emplacement même choisi par la société Trédias Energies pour implanter son parc éolien, n'est pas susceptible de régularisation* » (CAA Nantes, 20 juill. 2021, n° 20NT00657).

La seconde est une approche plutôt « téléologique », où le juge s'attache aux conséquences de la régularisation du vice pour déduire que celle-ci n'est pas possible sans établir un nouveau projet. À cet égard, le juge a estimé non régularisable le vice qui :

- implique que le projet soit repris : « *l'insuffisance des capacités techniques et financières de l'association pour la réalisation du projet affecte les qualités du pétitionnaire lui-même et implique que le projet soit repris, le cas échéant, globalement. Il entache ainsi l'arrêté contesté dans sa totalité. La décision contestée est, par suite, insusceptible d'être régularisée par une autorisation modificative* » (CAA Nantes, 17 nov. 2021, n° 20NT02167) ;
- provoque un bouleversement tel qu'il changerait la nature : « *l'atteinte portée par le parc éolien dans son ensemble, à la commodité du voisinage, à la protection des paysages et à la conservation des sites et des monuments, atteinte à laquelle il ne pourrait être remédiée sans apporter au projet un bouleversement tel qu'il en changerait la nature même, l'arrêté contesté ne peut donner lieu, ni à une annulation partielle, ni à un sursis à statuer dans l'attente de sa régularisation* » (CAA Nantes, 23 oct. 2020, n° 19NT04144).

Au-delà de ces deux approches, l'idée commune sous-jacente à ces décisions d'appel est que le vice et/ou sa régularisation affecte la totalité du projet. La régularisation du vice doit pouvoir s'opérer sans que le projet soit bouleversé.

En matière d'urbanisme, le juge du permis de construire commet une erreur de droit s'il se trompe sur le caractère non régularisable d'un vice (CE, 27 mai 2019, n° 420554, *Société MSE La Tombelle*). Eu égard à la similitude des dispositions de l'article L.181-18 du code de l'environnement avec celles de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, le raisonnement nous paraît tout à fait transposable.

II. Proposer les modalités de la régularisation

Cinq ans après avoir été consacré, le mécanisme de régularisation est de plus en plus intégré par le juge administratif (A). La jurisprudence fait montre d'une grande liberté laissée au juge dans la définition des modalités de régularisation (B). Il est dans l'intérêt de l'exploitant-défendeur de formuler une demande de régularisation dans le cadre de sa stratégie contentieuse (C).

A. L'acculturation du juge

Cette acculturation du juge administratif aux mécanismes de régularisation prévus à l'article L. 181-18 du code de l'environnement s'apprécie tant quantitativement que qualitativement.

Sur un plan quantitatif, le nombre de décisions où le juge administratif met en œuvre les prérogatives qu'il tire des dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement s'accroît d'année en année. Si on s'en tient aux seules décisions publiées, une vingtaine fait état d'une régularisation en 2018 contre plus de 80 pour l'année 2021.

Sur un plan qualitatif, le juge prend aujourd'hui le soin de présenter dans le détail les modalités de régularisation dans les motifs de sa décision, garantissant ainsi une plus grande sécurité juridique pour l'administration et l'exploitant dans la délivrance d'une autorisation modificative purgeant les vices relevés (v. pour des ex. récents : CAA Lyon, 11 févr. 2021, n° 18LY03266, CAA Lyon, 11 mars 2021, n° 19LY01441, CAA Nantes, 13 avr. 2021, n° 20NT02189 et CAA Nantes, 11 juin 2021, n° 19NT01040). Dans des décisions plus anciennes, le juge avait tendance à prononcer un sursis à statuer sans exposer les modalités de la régularisation (v. par ex. : CAA de Nantes, 5^{ème} ch., 19 juill. 2019, n° 18NT01002).

B. La liberté du juge

Selon le Conseil d'État dans l'avis *Association Novissen*, « le juge peut préciser, par son jugement avant dire droit, les modalités de cette régularisation ». Sur ces prémisses, le juge administratif a parfois fait preuve d'une grande ingéniosité dans la détermination des modalités de régularisation « au sein du prétoire ». En témoigne par exemple la régularisation des avis des autorités environnementales irrégulières car ne disposant pas des garanties d'indépendance requises (CE, 6 déc. 2017, n° 400559 et CE, 28 déc. 2017, n° 407601).

La difficulté était ici redoutable. Au stade de la régularisation, le texte applicable, l'article R. 122-6 du code de l'environnement qui désigne le préfet de région comme autorité environnementale, est lui-même entaché d'inconventionnalité. La nouvelle saisine de l'autorité environnementale serait de nouveau irrégulière, conduisant à un « véritable cercle vicieux »⁽¹²⁾. Pour surmonter cette difficulté, le Conseil d'État a suivi le rapporteur public qui a estimé que « l'administration peut [...] assurer, pour une procédure particulière, une « transposition spontanée » des objectifs d'une directive mal transposée dans le droit national »⁽¹³⁾. De là, le juge administratif, en fixant les modalités de régularisations adaptées, crée une procédure *ad hoc* en désignant lui-même une autorité administrative pouvant faire office d'autorité environnementale présentant toutes les garanties exposées par la directive Projet. Dans ce cadre, le juge a par exemple désigné la Mission ré-

(12) Maître M.- P., « La saga de l'Autorité environnementale », BDEI Suppl. au n° 80, avr. 2019

(13) Dutheillet de Lamothe L., concl. sur CE, 27 sept. 2018, n° 415852, *Association danger de tempête sur le patrimoine rural*, BDEI n° 78, n° 2394, nov. 2018.

gionale de l'autorité environnementale (MRAe) alors que les textes ne lui avaient pas encore confié cette mission (CAA Douai, 7 févr. 2019, n° 16DA01704).

La liberté du juge apparaît encore lorsqu'il entend rectifier une insuffisance du dossier tenant aux capacités techniques et financières du pétitionnaire. Au lieu de proposer une nouvelle enquête publique sur un sujet qui ne le « mérite pas », le juge de renvoi, dans l'affaire *Association Novissen*, observant que « la régularisation n'impose pas nécessairement de reprendre l'ensemble de l'enquête publique », invite l'exploitant à transmettre au préfet un dossier qui sera « soumis au public pendant une durée d'un mois, rappelant la nature du projet et l'objet de la nouvelle phase de l'information du public. (...) Dans le cadre de cette mise à disposition des informations relatives aux capacités financières de la société pétitionnaire, le public pourra présenter ses observations dans un registre ouvert en mairie dans chacune de ces deux communes ou par courriers adressés à la mairie qui seront annexés au registre ».

Cette liberté offre une souplesse certaine et bienvenue pour régulariser des vices. Elle a permis de dépasser des obstacles liés à l'application de dispositions non conventionnelles. Pour autant, la jurisprudence en construction est aussi empreinte de vicissitudes.

Certaines modalités de régularisation déterminées par le juge administratif peuvent paraître incohérentes, voire contradictoires, rendant la procédure peu lisible. Ainsi la Cour administrative d'appel de Lyon, après avoir constaté un vice lié à l'insuffisance d'information du public concernant les capacités financières a prévu, au titre de la régularisation, que ces informations devront faire l'objet d'une enquête publique complémentaire et, dans le même temps, d'une simple publication sur internet (CAA Lyon, 3^{ème} ch., 11 mars 2021, n° 19LY01441). L'articulation entre ces deux modes d'information du public demeure obscure.

D'autres décisions font preuve d'une certaine rigidité sur les délais de mise en œuvre des mesures de régularisation. En effet, même si le juge détaille plusieurs façons de régulariser avec des modalités de consultation du public différentes, dont les durées varient (enquête publique complémentaire, publication sur internet, etc.), il se borne à arrêter un unique délai d'exécution des mesures de régularisation (CAA Lyon, 11 févr. 2021, n° 18LY03266, CAA Lyon, 3^{ème} ch., 11 mars 2021, n° 19LY01441). Cela étant, en matière d'urbanisme, le Conseil d'Etat vient de juger que le non-respect de ce délai n'était pas rédhibitoire pour valider une mesure de régularisation (CE, 16 févr. 2022, n° 420554, *MSE La Tombelle*).

Enfin, les modalités de régularisation peuvent paradoxalement être source d'insécurité juridique pour l'administration et l'exploitant. Probablement dans un souci de pragmatisme, il est arrivé que le juge détaille une procédure *ad hoc* d'enquête publique sans se référer aux procédures déjà existantes et nombreuses dans le code de l'environ-

nement. Tel a été le cas d'une « phase d'information du public » qui s'inspire très largement des modalités de l'enquête publique sans en porter le nom (CAA Nantes, 11 juin 2021, n° 19NT01040). À l'instar d'autres décisions en jurisprudence, il aurait été probablement plus simple de se référer explicitement à la procédure d'enquête publique complémentaire organisée par le code de l'environnement et adaptée et pour régulariser des vices (C. env., art. R.123-23). Le manque d'uniformité dans les modalités de régularisation des vices est aussi éloquent, symptôme d'une jurisprudence en construction. Par exemple, s'agissant de la régularisation par un nouvel avis de l'autorité environnementale répondant aux exigences conventionnelles, la désignation l'autorité administrative devant se prononcer en qualité d'autorité environnementale est aléatoire, certains juges le font (CAA Lyon, 11 févr. 2021, n° 18LY03266), d'autres non (CAA Nantes, 11 juin 2021, n° 19NT01040).

Pour terminer, il y a lieu de relever une tendance récente et préoccupante des juridictions, celle de l'inscription de modalités de régularisation sous forme de « clause-filet » utilisée notamment pour purger les vices tirés de l'insuffisance de l'étude d'impact qui surviendrait postérieurement au jugement avant dire droit. Le juge retient que « dans le cas où l'avis de l'autorité environnementale recueilli à titre de régularisation, qui devra être rendu en tenant compte d'éventuels changements significatifs des circonstances de fait, diffère substantiellement de celui qui avait été porté à la connaissance du public à l'occasion de l'enquête publique dont le projet a fait l'objet, une enquête publique complémentaire devra être organisée à titre de régularisation [...] dans le cadre de laquelle seront soumis au public, outre l'avis recueilli à titre de régularisation, tout autre élément de nature à régulariser d'éventuels vices révélés par ceux-ci, notamment une insuffisance de l'étude d'impact » (CAA Lyon, 11 févr. 2021, n° 18LY03261 ; CAA Lyon, 11 mars 2021, n° 19LY01441). Cette insertion ajoute de l'incertitude. Elle met à la charge de l'administration et de l'exploitant de régulariser des vices à venir qui ne sont pas, à ce stade, encore identifiés. De nouveaux vices qui, s'ils ne sont pas purgés, affecteront la légalité de l'autorisation modificative...

C. La régularisation comme stratégie de défense de l'autorisation environnementale

Sur un plan stratégique, un soin particulier doit être attaché à l'articulation des différentes demandes reconventionnelles formulées par l'exploitant, le cas échéant, en défense de l'autorisation environnementale (régularisation au sein du prétoire, annulation partielle, non-suspension des parties « non viciées » de l'autorisation, autorisation provisoire, etc.) pour éviter tout effet malencontreux d'affaiblissement de l'argumentation. En toute hypothèse, la demande à titre principal en défense doit rester le rejet de la demande d'annulation. Les demandes reconventionnelles ne doivent être envisagées que dans les cas où les

requérants mettent en évidence un vice sérieux affectant la légalité de l'autorisation environnementale.

Dans un premier temps, et avant même d'envisager des demandes de régularisation, l'exploitant doit discuter le caractère substantiel des vices de procédures allégués par le demandeur. Aux termes d'une jurisprudence bien établie, seuls les vices de procédures qui nuisent à l'information complète du public ou sont de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative sont substantiels et susceptibles d'entraîner l'illégalité de l'autorisation environnementale (CE, 14 oct. 2011, n° 323257, *Société Ocreal*). Dès lors, une demande de régularisation ne portera que sur les vices substantiels, ceux non substantiels n'ayant, par définition, pas d'incidence sur la légalité de l'autorisation. Il s'agit d'un premier niveau de défense qui ne nécessite pas de formuler des demandes reconventionnelles.

Dans un deuxième temps, si cette première défense n'est pas suffisante, en présence d'un vice régularisable, l'exploitant pourra solliciter du juge, à titre subsidiaire, de surseoir à statuer afin de le régulariser « au sein du prétoire » par une autorisation modificative. Pour anticiper les difficultés identifiées (cf. B), l'exploitant pourra lui-même proposer des modalités pour régulariser (par exemple identifier les vices à régulariser, la forme de consultation du public, les nouveaux avis à solliciter auprès d'autorités administratives, la modification du projet pour le rendre compatible avec les règles d'urbanisme, la durée du sursis à statuer, etc.).

Dans un troisième temps, dans l'hypothèse où le vice n'est pas régularisable, l'exploitant pourra solliciter une annulation partielle limitée à une phase de l'instruction ou une partie de l'autorisation. Toutefois, l'inconvénient est que seules les régularisations « au sein du prétoire » permettent au juge de définir au sein d'une décision avant

dire droit les modalités de régularisation. En cas d'annulation partielle, le juge ne dispose pas de cette faculté. En effet, fixer des modalités de régularisation conduirait le juge, selon le rapporteur public Louis Dutheillet de Lamotte, « à formuler des injonctions à l'administration alors qu'il n'est, par construction, pas saisi d'un recours contre la future décision. »⁽¹⁴⁾. Le juge doit se borner à indiquer à quel stade l'administration doit reprendre l'instruction à la suite de l'annulation partielle ; rendant la procédure de régularisation moins balisée.

Dans ces deux derniers cas, l'exploitant devra également démontrer qu'il n'y a pas lieu à suspendre la partie non viciée de l'autorisation (ce qui peut être en pratique utile pour entamer des travaux non concernés par les irrégularités). Cette faculté du juge n'est encadrée par aucune condition textuelle, la jurisprudence semble toutefois être sensible à des considérations autres que strictement juridiques comme des « considérations d'ordre économique et social ou tout autre motif d'intérêt général pouvant justifier l'exécution des travaux » (CAA Nancy, 26 janv. 2021, n° 20NC00876).

Dans un quatrième et dernier temps, l'exploitant pourra à titre infiniment subsidiaire demander au juge la délivrance d'une autorisation provisoire dans l'attente que l'administration délivre une nouvelle autorisation (CE, 15 mai 2013, n° 353010, *Société ARF*). Là aussi, il est recommandé à l'exploitant de proposer au juge du plein contentieux des prescriptions complémentaires pour encadrer son installation. Cette faculté du juge est explicitement mentionnée par le Conseil d'État, y compris dans le cas d'annulation partielle, dans son avis *Association Novissen*. Cela étant, les mécanismes législatifs du sursis à statuer et de suspension d'exécution de l'autorisation plus souples et raffinés que la construction prétoirienne de l'autorisation provisoire pourraient à terme, et dans la pratique, l'éclipser. ■

(14) Dutheillet de Lamotte L., concl. sur CE, 27 sept. 2018, n° 415852, *Association danger de tempête sur le patrimoine rural*, BDEI n° 78, n° 2394, nov. 2018.