

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 25 février 2022
Lecture du 21 mars 2022

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , Rapporteur public

L'article L 311-13 du CJA rend désormais le Conseil d'Etat compétente en 1^{er} et dernier ressort pour connaître des recours contre les décisions relatives aux installations de production d'énergie renouvelable en mer ainsi qu'à leurs ouvrages connexes. Il est ainsi mis fin à un quinquennat de compétence de 1^{er} et dernier ressort de la CAA de Nantes dans ces matières.

L'article R311-1-1 a fixé la liste des décisions concernées et le décret du 12 mars 2021 qui l'a créé a précisé que ses dispositions s'appliquent aux requêtes enregistrées à compter de la date d'entrée en vigueur de celui-ci.

Vous voici donc saisis pour la première fois en 1^{er} ressort d'un tel contentieux, mais celui-ci a un air de redite, puisqu'est en cause trois projets de parcs éoliens en mer dont vous avez déjà eu à connaître en 2019.

Les diverses associations requérantes vous demandent en effet l'annuler le refus de la ministre d'abroger la décision du 6 avril 2012 attribuant à la société Eolien Maritime France, au terme d'une procédure d'appel d'offres organisée sur le fondement de l'article L. 311-10 du code de l'énergie (une première pour l'éolien en mer), l'exploitation de trois parcs éoliens localisés sur le domaine public maritime au large de Courseulles-sur-Mer, Saint-Nazaire et Fécamp (lots 2, 3 et 5), ainsi que de son arrêté du 18 avril 2012 l'autorisant au titre du code de l'énergie à exploiter ces parcs.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Si l'article R311-1-1 inclue les attributions de lot et les autorisations d'exploiter au titre du code de l'énergie dans votre compétence de 1^{er} et dernier ressort, il ne vise pas à strictement parler les refus d'abroger, mais c'est bien l'esprit du texte de viser l'ensemble des recours contre ces décisions, vous retiendrez donc votre compétence de 1^{er} ressort (voyez par analogie CE *société FE Sainte-Anne* n° 432722, 432920 du 9 octobre 2019 aux T.).

La qualité donnant intérêt pour agir des associations est contestée en défense, mais doit prévaloir ici aussi un parallélisme de principe entre l'intérêt à demander l'annulation d'un acte et celui à demander son abrogation (voyez pour les actes réglementaires Assemblée 20 décembre 1995, *Mme Vedel et M. J...*, n°132183).

Il faut alors ici distinguer la décision d'attribution de lots et celle d'autorisation d'exploiter. Vous considérez que des associations chargées de la protection de l'environnement ont intérêt à contester une autorisation au titre du code de l'énergie mais pas la décision qui désigne le candidat retenu à l'issue de la procédure d'appel d'offre (CE 25 février 2019 Association Force 5, n°412493 aux T. ; CE 24 juillet 2019 Association Gardez les Caps, n°418846 aux T.).

La transposition de ce raisonnement à la demande d'abrogation vous conduira donc à retenir que les demandes d'abrogation de la décision d'attribution de lots sont irrecevables¹. La circonstance que l'abrogation de la désignation d'un lauréat entraînerait l'abrogation de l'autorisation d'exploiter ne change rien à ce raisonnement.

S'agissant de l'autorisation d'exploiter 3 parcs éoliens en mer, il s'agit de décisions individuelles créatrices de droit (cf par analogie pour des autorisations d'utiliser des fréquences CE Section, 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, p. 355 ; CE 30 juin 2006 289564 Neuf telecom et plus proche de l'autorisation en cause ici, pour un décret autorisation la création d'une centrale nucléaire: CE, 26 février 1996, *Land de Sarre et autres*, n° 115585, T.).

Mais vous reconnaissez l'existence de décisions créatrices de droit sans que ces droits soient intangibles (CE 10 mars 1967, *ministre de l'économie et des finances c/ société Samat et Cie*, n° 64509, Rec), c'est ce que l'article L242-2 du CRPA codifie en indiquant que « (...) l'administration peut, sans condition de délai : 1° Abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie (...) ».

¹ La possibilité d'abroger ces décisions est prévue sous condition par le IV de l'article 58 de la loi n°2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Autrement dit à côté des mesures de police dont le bénéficiaire ne dispose d'aucun droit au maintien, certaines décisions peuvent être abrogées, mais seulement si les conditions de leur maintien ont disparu. Face à une décision créatrice de droit, il faut donc d'abord vérifier si elle est soumise à des conditions de maintien, pour ensuite, dans l'affirmative, vérifier si ces conditions sont toujours remplies. Voyez sur ce point votre décision 413548 Greenpeace France du 11 avril 2019 au rec. En particulier, toute l'argumentation des requérantes fondées sur les règles régissant la commande publique et les modifications substantielles d'un contrat est sans portée.

En l'espèce, la société Eolien maritime France qui a obtenu les 3 lots est une société de projet, qui au moment de l'autorisation en cause était composé à 60% de la société EDF energie nouvelles et à 40% de la société Dong énergie. En 2016 EMF a réorganisé son capital, le nouveau capital est désormais partagé à parts égales entre la société EDF Energies Nouvelles et la société Enbridge.

Nous ne croyons pas que vous devriez retenir, comme le demande le ministre, le caractère **tardif** de la demande d'abrogation au regard de ce changement de composition relativement ancien, ni le caractère **confirmatif** du refus d'abroger attaqué, qui fait suite il est vrai à une 1ere demande contestée devant la CAA de Nantes et qui l'avait jugé irrecevable pour un motif de procédure. Il est vrai que vous estimez qu'un second refus d'abroger un acte individuel peut revêtir un caractère confirmatif, en l'absence de tout changement de circonstance de fait ou de droit (CE section M..., P... et L..., 28 mars 1952, p. 198 ; CE, 27 avril 1998, H... 167368, aux T), contrairement au second refus d'abroger un acte réglementaire (et CE, 8 juin 2016, K..., n° 386837 aux T), mais c'est bien un changement de circonstance qui est invoqué, et vous n'aurez pas à trancher ce point si vous nous suivez pour rejeter la demande.

Selon les associations requérantes, la société Enbridge ne présenterait pas les mêmes garanties que la société Dong qui s'est retiré car elle ne disposerait d'aucune expérience notoire en matière d'éolien et encore moins en matière d'éolien offshore, ni d'aucune implantation en Europe. Ce point est contesté en défense par la ministre, et nous ne sommes pas certains que pour une technologie qui reste encore en phase de développement même en dehors de France, on puisse faire d'une expérience particulièrement riche et préalable un critère de sélection déterminant.

Mais ce n'est pas la question à trancher ici. La question qu'il faut se poser est de savoir si la **stabilité de l'actionnariat** de la société de projet titulaire de l'autorisation est une condition de l'autorisation. Dans une affaire Neuf telecom en 2006 aux T. (précitée) vous aviez ainsi

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

relevé que l'autorisation d'utilisation de fréquences accordée à un opérateur, créatrice de droit, ne pouvait pas être abrogée au motif que les parts sociales de la société titulaire de l'autorisation avaient été cédées à un tiers, car ce changement n'est pas une cession de l'autorisation et seule une telle cession pouvait justifier une telle abrogation, en dehors des cas de sanction administrative.

Or, rien dans les conditions fixées par voie réglementaire pour accorder l'autorisation en cause ici ne soumet l'autorisation à une telle condition de stabilité de l'actionnariat. L'autorisation est certes délivrée en conséquence de la désignation comme lauréat de l'appel à candidature, mais le cahier des charges de l'appel à candidature ne pose pas davantage de condition de stabilité pour sélectionner le lauréat, qui en tout état de cause va pour mener à bien son projet faire appel à des partenaires et des sous-traitants.

Dans le cadre d'une décision créatrice de droit, le changement de circonstance invoqué ne peut pas conduire à réécrire l'histoire et à s'interroger sur le point de savoir si, avec sa structure capitalistique actuelle, la société EMF aurait été retenue comme lauréat. Faute d'identifier une condition de l'autorisation qui se serait plus remplie, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'administration pouvait abroger les autorisations litigieuses.

PCMNC au rejet des trois requêtes.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.