CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée s'inscrit dans un long cortège de contentieux engagés contre le projet de parc éolien en mer au large des îles de Noirmoutier et d'Yeu.

Cette succession de contentieux s'explique en partie par la multiplicité des actes que vous avez jugé attaquables par les concurrents ou les associations environnementales selon le cas, qui concernent les **décisions rejetant une candidature et désignant le lauréat**¹ et les décisions qui en découlent :

- arrêté du ministre délivrant à la société une **autorisation d'exploiter** un parc éolien au large des îles d'Yeu et de Noirmoutier (CE, 21 août 2019, *Association « Non aux éoliennes entre Noirmoutier et Yeu »*, n° 419959)
- **convention d'utilisation du domaine public maritime** (décision de non-admission du pourvoi contre l'arrêt de rejet de la CAA de Nantes, n° 438292, avril 2021)
- **autorisations d'aménager et au titre de la police de l'eau** (non-admissions n° 439601-439605).

A ces contentieux touchant les décisions permettant d'exploiter un parc éolien en mer se sont ajoutés divers contentieux que nous qualifieront de « périphériques », notamment en matière de communication de **documents**

¹ CE, 21 août 2019, Société WPD Offshore GmbH, n° 418918

administratifs (CE, 22 juillet 2016, Société Eoliennes en Mer Iles d'Yeu et de Noirmoutier, n° 399919, 399943)

Dans notre affaire, l'association Non aux éoliennes entre Noirmoutier et Yeu (NENY) a demandé l'annulation à la CAA de Nantes d'une décision de **retenir le site d'implantation** du parc éolien en mer, de l'arrêté du 12 octobre 2018 du MTES autorisant la société EMYN à **exploiter l'installation éolienne** et de l'arrêté du 15 novembre 2018 du MTES acceptant **l'offre améliorée** présentée par la société EMYN.

La CAA était compétente en premier et dernier ressort s'agissant des 2 premières décisions, elle a rejeté les conclusions dirigées contre ces décisions.

S'agissant de la dernière décision, elle a estimé à juste titre que vous étiez compétent en premier et dernier ressort en application de l'article 58 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 dont nous allons vous reparler, et vous a transmis la requête dans cette seule mesure en application de l'article R. 351-2 du code de justice administrative.

Aucun pourvoi n'ayant été formé contre l'arrêt en tant qu'il rejeté une partie des conclusions, vous n'êtes saisi que de la décision ministérielle accepté l'offre améliorée présentée, en application des dispositions du III de l'article 58 de la loi ESSOC par la société EMYN.

De quoi s'agit-il ?

Le cadre général est connu, il est posé par les articles L 311-10 et suivants du code de l'énergie, c'est l'organisation d'une procédure **de mise en concurrence** pour l'attribution d'autorisations au titre du code de l'énergie (L. 311-5) lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie.

Les candidats retenus, désignés par l'autorité administrative, bénéficient d'un **contrat d'achat** pour l'électricité produite conformément à l'article L. 311-12. Ainsi que l'indique l'exposé des motifs du PJJ ESSOC, pour les procédures de mise en concurrence lancées en 2011 et 2013, aucun contrat d'obligation d'achat n'avait été signé en 2018, puisque aucune installation n'était construite. L'exposé des motifs notait que le tarif accordé à ces installations était **très élevé** (entre 180 et 230 euros/MWh) et ne correspondait plus aux prix actuels de

l'éolien en mer, entraînant des **rémunérations excessives** pour les candidats retenus.

C'est à cette préoccupation que répond l'article 58 de la loi ESSOC. Il prévoit spécifiquement pour les mises en concurrence relatives à des installations de production d'énergie renouvelable en mer dont le candidat retenu a été désigné avant le 1er janvier 2015 et pour lesquelles les contrats d'achat n'ont pas encore été conclus, la possibilité pour le ministre de demander au candidat retenu **d'améliorer son offre**, notamment en **diminuant le montant du tarif d'achat**, en modifiant les modalités de révision ou de versement de ce tarif ou en réduisant la puissance de l'installation, le cas échéant par dérogation à certaines dispositions du cahier des charges mentionné aux articles L. 311-10-1 et L. 311-10-2 dudit code. L'acceptation de l'offre emporte modification du cahier des charges et du contrat d'achat d'électricité à conclure avec EDF.

C'est donc l'acceptation de l'offre améliorée pour le parc de la société EMYN qu'il vous est demandé d'annuler pour excès de pouvoir.

Plusieurs fins de non-recevoir sont soulevées, vous n'aurez pas à y répondre si vous nous suivez pour rejeter la requête. Signalons simplement que l'intérêt pour agir de l'association nous paraît devoir être retenu dès lors que ses statuts prévoient qu'elle lutte « *contre les conséquences financières pour les consommateurs, des prix issus des appels d'offres du projet éolien offshore des îles de Noirmoutier et Yeu.* »

1. S'agissant de la **légalité externe**, il est soutenu que l'arrêté litigieux aurait dû être signé par le ministre de l'économie et pas par le seul ministre chargé de l'énergie. Mais les dispositions de la loi ESSOC prévoit très explicitement que l'offre améliorée est acceptée par ce dernier et personne d'autre.

Il est également soutenu que cet arrêté aurait dû être précédé de l'avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). La procédure prévue par la loi ESSOC ne prévoit pas une telle consultation. L'article L.134-10 du code prévoit les cas génériques de consultation préalable de la CRE, qui concernent essentiellement les projets de dispositions à caractère réglementaire relatifs à l'accès aux réseaux publics et infrastructures d'énergie et le régime de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, hypothèses très éloignées du cas d'espèce.

Dans le cadre de la procédure d'appel d'offre, le ministre chargé de l'énergie publie un cahier des charges qui comporte notamment les conditions économiques et financières de l'exploitation, notamment la durée et les modalités financières du contrat d'achat ou du contrat de complément de rémunération, en vertu de l'article R. 311-13 du code de l'énergie. Ce cahier des charges est soumis à l'avis de la CRE en application de l'article R. 311-14 avant publication et, en application de l'article R. 311-16-1, après publication en cas de modification substantielle. Mais l'architecture des textes vise clairement l'hypothèse d'un nouvel avis de la CRE sur le cahier des charges modifié substantiellement après publication de l'appel d'offre mais **avant** la désignation du candidat retenu qui clôture cet appel d'offre. Ce n'est pas notre hypothèse.

Il est vrai que l'article R. 311-27-12 du code prévoit que le ministre peut postérieurement à la désignation des candidats retenus apporter au cahier des charges des modifications non substantielles, en vue d'en adapter ou d'en simplifier le contenu, mais cet article n'était en tout état de cause pas en vigueur à la date de la décision litigieuse.

La consultation de la CRE n'était donc pas requise

2.1 Au titre de la **légalité interne**, il est temps d'en venir au moyen qui a justifié l'inscription devant votre formation de jugement. Il est soutenu que la décision du 15 novembre 2018 serait intervenue en méconnaissance des objectifs de transparence et d'égalité de traitement entre candidats fixés par la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, car cette acceptation de l'offre améliorée aurait dû faire l'objet d'une **nouvelle procédure de mise en concurrence** en raison de la modification **substantielle** du cahier des charges initial.

En l'espèce, l'offre améliorée emporte des modifications qui sont de plusieurs ordres : tout d'abord la diminution du tarif d'achat de l'électricité, qui est un élément défavorable à l'attributaire. Ensuite plusieurs mesures qui lui sont favorables : le versement d'une avance mensuelle sur les ventes d'électricité qu'il effectue, la prise en charge par RTE des frais de raccordement au réseau et la suppression des redevances d'occupation du domaine public maritime.

Les requérants font valoir que les conditions financières résultant de « l'offre amélioré » modifient substantiellement les conditions de mise en concurrence initiale, de sorte qu'une nouvelle procédure de désignation aurait été selon eux nécessaire.

Plusieurs séries d'objections doivent être discutées à l'encontre de ce moyen.

Tout d'abord, la requête prend appui sur une comparaison avec les règles applicables aux marchés publics, qui nous paraît injustifiée. La procédure d'appel d'offres prévue à l'article L. 311-10 du code de l'énergie est une procédure particulière qui ne relève pas du code de la commande publique. Les contrats de la commande publique se définissent, en effet, comme « *les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* » (article L.2 du code de la commande publique). C'est très **éloigné** de l'objet de l'appel d'offre lancé pour la fourniture de nouvelles capacité de production électrique.

Au demeurant, que ce soit sur le fondement de la directive relative à la passation des marchés publics (article 72 de la directive 2014/24/UE) ou de la directive Concessions (article 43 de la directive 2014/23/UE) la **modification sans nouvelle procédure** est notamment permise lorsque plusieurs conditions cumulatives sont remplies : si la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, si la modification ne change pas la nature globale du marché; et si toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché.

On pourrait parfaitement plaider, si l'on était dans le champ de ces directives, que l'évolution à la baisse du prix d'achat du Kw/h produit par les éoliennes en mer entre la mise en concurrence et la mise en service ne pouvait pas être **raisonnablement** prévue et que les modifications ne changent pas la nature du projet. S'agissant de l'évolution du prix, celle-ci est difficile à mesurer car elle couvre à la fois des **recettes** pour le lauréat qui sont **revues à la baisse** de façon très significative mais qui dépendent de la quantité d'électricité qui sera effectivement produite, **une facilité de trésorerie** et des disparitions de charges qui n'apparaissent pas massives, en tout cas pas au point que le cout pour la collectivité de l'électricité produite, rendu possible par l'offre améliorée, soit

augmenté de 50% par rapport à ce qui découlait normalement du résultat de l'appel d'offre.

Mais ces principes de la commande publique ne trouvent pas à s'appliquer, à la fois car l'appel d'offre à l'origine du litige ne répond pas à sa définition et qu'une **légalisation communautaire spécifique** s'applique aux appels d'offres pour la fourniture de nouvelles capacités, c'est l'article 8 de la directive électricité de 2009. Cette directive prévoit, pour ce qui nous intéresse, la possibilité dans l'intérêt de la protection de l'environnement et de la promotion de nouvelles technologies, de lancer un appel d'offre pour la fourniture de nouvelles capacités.

Il nous paraît difficile d'envisager au regard de ces finalités qu'une modification du prix, à la baisse pour l'essentiel comme on l'a dit, alors même qu'elle est acceptée par le bénéficiaire, puisse être proscrite et impliquer que **l'ensemble de la procédure d'appel d'offre, achevée depuis de nombreuses années, soit reprise à zéro.**

On peut à titre de comparaison **regarder** la jurisprudence tant communautaire qu'administrative s'agissant de l'attribution de fréquences hertziennes pour la téléphonie mobile, qui obéit à des problématiques comparables de **rareté** d'une ressource publique, de nécessité d'un processus d'attribution **transparent** et de prise en compte tant de la **réalité d'un projet industriel** qui doit se développer sur plusieurs décennies que de la nécessaire **adaptabilité** de la régulation à l'évolution du cadre économique et technique pendant la durée de vie de l'autorisation.

S'agissant des conditions financières des autorisations d'utilisation de fréquences, la CJUE (2 avril 2009 C-431/07 P - Bouygues et Bouygues Télécom / Commission), concernant les licences UMTS françaises pour la 3G, a ainsi jugé que la décision du Gouvernement de réduire le montant de la redevance fixée dans le cadre de l'appel d'offre, qui était fixé initialement à 4,9 Mds d'euros pour la porter à 619 millions d'euros n'était pas constitutive d'une aide d'Etat et n'impliquait pas une nouvelle procédure d'appel à candidature.

Pour votre part, par une décision Mediaserv du 2 avril 2010 n° 319816 aux T., vous avez jugé que le régulateur national des télécoms, l'ARCEP, pouvait imposer aux opérateurs titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences

hertziennes attribuée à l'issue d'appels d'offres, d'offrir des prestations d'itinérance à d'autres opérateurs. Une telle prescription s'ajoute très clairement aux obligations qui découlent de l'appel d'offre initial pour l'attribution des fréquences, mais vous n'en avez pas exclu la possibilité au motif qu'elle impliquerait une modification du cahier des charges initial et une nouvelle procédure d'attribution.

L'existence d'une procédure d'appel d'offre pour l'attribution initiale d'une autorisation administrative ne fige pas nécessairement le contenu de cette autorisation.

Enfin, il nous paraît également difficile de soutenir que l'acceptation de l'offre améliorée aurait pu nécessiter une remise à plat totale de la procédure en imposant une nouvelle mise en concurrence, pour la simple raison que la loi ESSOC qui a prévu la possibilité pour le lauréat de faire une offre améliorée, **n'a pas prévue cette remise à plat**. La loi l'a même implicitement mais nécessairement écarté en prévoyant que cette offre acceptée emporte modification du cahier des charges opposables au lauréat et du contrat d'obligation d'achat à conclure avec EDF. On voit mal comment le dispositif de la loi pourrait s'appliquer s'il impliquait une telle remise en concurrence, puisque cela voudrait dire que le candidat retenu ferait une offre améliorée, qui, si elle était acceptée, conduirait à une nouvelle procédure pouvait faire qu'il cesserait d'être le lauréat. La procédure prévue par le législateur n'est pas critiquée par la requête, au titre par exemple de son inconventionalité, il ne nous paraît donc pas faire de doute que le moyen doit être écarté.

2.2 Un dernier moyen nous paraît pouvoir être examiné plus rapidement. Il est tiré de l'erreur manifeste à avoir accepté l'offre améliorée alors qu'elle comporte des tarifs d'achat d'électricité encore trop élevés en méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnel (OVC) de bon emploi des deniers publics.

Nous pensons qu'il y a matière à **contrôle** de la part du juge administratif du choix du ministre d'accepter une offre améliorée, mais étant donné le caractère très général des critères fixés par le législateur, un tel contrôle doit nécessairement être limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

L'invocation de l'OVC de bon emploi des deniers publics par les requérants, ne nous paraît pas particulièrement pertinent. Le Conseil constitutionnel reconnaît

certes ce principe dans son contrôle de constitutionnalité des lois, (voir décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, cons. 18 ; décision n°2003-489 DC, 29 décembre 2003, cons. 33 et décision n° 2019-796 DC, cons. 125 à 128.) mais, là aussi avec un contrôle restreint, il ne l'applique pas de façon autonome mais en vérifiant par exemple que la conciliation entre cet objectif et d'autres principes n'est pas **manifestement disproportionnée**. Un OVC est en effet en règle générale une « **norme de conciliation** » au bénéfice du législateur selon la formule de la professeure Levade², on voit donc mal ici, à supposer qu'on puisse l'appliquer à des décisions individuelles, à quelle conciliation les requérants voudraient l'appliquer.

Si l'on en revient au terrain plus assuré de l'erreur manifeste d'appréciation, la thèse selon laquelle le ministre n'aurait pas dû accepter cette offre qui permet une diminution de 40% du tarif d'achat de l'électricité ne passe pas la rampe de ce contrôle. La circonstance que d'autres parcs d'éoliennes en mer permette un prix de vente de l'électricité produite plus faible ne suffit pas à qualifier une telle erreur manifeste, alors que leur structure de coûts n'est pas nécessairement la même et que l'alternative consistant à renoncer au projet ainsi amélioré et retarder encore le déploiement de l'éolien en mer pouvait raisonnablement être écartée par le ministre.

PCMNC au rejet de la requête.

² « L'objectif de valeur constitutionnelle , vingt ans après, l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs », *Mélanges en l'honneur du professeur Pactet*, 2003, Dalloz