

**416862 - Nass and Wind**  
**418846 - Gardez les caps**

**6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 3 juillet 2019**  
**Lecture du 24 juillet 2019**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Stéphane HOYNCK, rapporteur public**

Les deux affaires qui viennent d'être appelées sont relatives à deux arrêts de la cour administrative d'appel de Nantes qui concernent un des lots du 1<sup>er</sup> appel d'offre pour l'éolien en mer lancé par avis publié au JOUE le 5 juillet 2011. Quatre des cinq lots correspondant à 5 zones géographiques ont été attribués au terme de la procédure en avril 2012, dont 3 à la société Eolien maritime France, au large de Saint-Nazaire, de Courseulles et de Fecamp et 1 à la société Ailes Marines au large de Saint-Brieuc.

1.1. Comme vous l'avez jugé récemment à deux reprises, d'abord pour une centrale de production d'électricité de type cycle combiné à gaz (CE Association force 5 du 25 février 2019 n°412943 aux T,) puis pour le parc d'éoliennes en mer correspondant au lot 5 de l'appel d'offre qui nous intéresse (CE Prosimar et GRSB du 7 juin 2019 n°414426), l'autorisation administrative prévue par l'article L. 311-1 du code de l'énergie n'a pas pour seul objet de désigner le ou les candidats retenus à l'issue de la procédure d'appel d'offres mais constitue l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité dont non seulement elle désigne le titulaire mais également fixait le mode de production, la capacité autorisée et le lieu d'implantation. Ceci nous conduit à considérer que la décision de sélection dans le cadre de l'appel d'offre et celle d'autorisation ne forment qu'une seule et même décision.

Vous en avez déduit dans votre décision Prosimar qu'en se fondant sur ce qu'un arrêté d'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité aurait pour seul objet de désigner, à l'issue de la procédure d'appel d'offres, l'entreprise autorisée à exploiter l'installation de production d'électricité qu'il mentionne et en en déduisant que cet arrêté n'était pas, en lui-même, susceptible de porter atteinte aux intérêts qu'une association locale de défense de l'environnement s'est donné pour objet de défendre, une cour avait entaché son arrêt d'erreur de droit.

Ce raisonnement vous conduira à nouveau à censurer la cour de Nantes, qui a dénié à l'association Gardez les caps un intérêt à contester la décision d'attribution du lot n°4.

1.2 S'agissant de l'autre pourvoi, la cour a également dénié à la société requérante tout intérêt à agir, tant s'agissant de ses conclusions d'annulations que de ses conclusions indemnitaires. Son raisonnement est différent ici et appelle davantage de discussion.

La cour administrative d'appel a relevé que la société Nass & Wind Offshore n'était pas elle-même candidate, ni même en situation de se porter candidate, à l'appel d'offres organisé par l'Etat pour l'attribution de l'autorisation d'exploiter un parc éolien en mer au large de Saint-Brieuc, formant le lot n°4 de cette consultation.

Le premier temps du raisonnement est exact : la société Nass & wind n'a pas été candidate. L'arrêt de la cour présentait la société Nass & Wind comme un bureau d'étude, ce qui paraît correspondre à la réalité : cette société assure le développement de projets, notamment pour les éoliennes.

Mais la cour note ensuite « *que si la société requérante se prévaut de sa qualité de partenaire au sein du consortium représenté par la société Eolien Maritime France, laquelle a déposé une offre pour l'attribution du lot n°4, la note de présentation de la structure organisationnelle produite par Eolien Maritime France la désigne seulement comme cocontractante de cette société dans le cadre du développement du projet ;* »

Elle en déduit qu'une telle qualité n'est de nature à conférer à la requérante un intérêt pour agir.

C'est cette appréciation de l'intérêt à agir au vu de la qualité de simple cocontractant du consortium, candidat évincé au lot n°4 qui fait débat.

Le décret du 4 décembre 2002 relatif aux appels d'offres pour les installations de production d'électricité, applicable, prévoit que lorsque des personnes morales différentes présentent une candidature commune, elles désignent l'une d'entre elles pour les représenter dans la procédure d'appel d'offre.

Un seul représentant pour une candidature commune donc.

Le document du dossier de candidature cité par la cour n'est pas d'une clarté absolue. Il indique d'abord que le consortium, réunissant les compétences complémentaires d'EDF Energies nouvelles, Dong Energy et Nass&Wind Offshore, développe le projet éolien en mer correspondant au lot n°4.

Le document indique ensuite que le candidat représentant le consortium est la société Eolien Maritime France, filiale commune d'EDF et de Dong energy.

Il est précisé qu'il est fait référence dans la suite du document au « candidat » pour présenter l'expérience et l'ensemble du travail réalisé par les membres du consortium.

De ces divers éléments, il n'est donc pas évident de déterminer qui était candidat : s'agissait-il seulement d'Eolien Maritime France (EMF), regroupant EDF et Dong Energy ? ou s'agissait-il du consortium formé par EDF énergies nouvelles, filiale d'EDF, de Dong Energy et de Nass & Wind, ce consortium étant représenté par la société EMF ?

S'agissant des autres lots attribués (2, 3, et 5), nous relevons que le lauréat désigné par les ministres est la société Eolien Maritime France. Ainsi, pour ces lots, EMF n'a pas été considérée comme le représentant unique d'une pluralité de personnes morales faisant candidature commune, mais comme le candidat lui-même.

De plus, comme on l'a dit, en cas de pluralité de personnes morales souhaitant concourir ensemble, elles doivent désigner l'un d'entre eux comme mandataire. Or il est constant qu'EMF ne fait pas partie du « consortium » mentionné par le dossier de candidature.

La requérante se prévaut en outre du contrat de prestation de service qu'elle avait conclu en vue du développement du projet sous condition d'attribution du lot n°4. Mais l'existence de ce contrat fait seulement de Nass & Wind un sous-traitant dans l'exécution du projet, ou un cocontractant de la société EMF, comme l'a noté la cour. Ceci ne plaide pas pour le qualifier de « co-candidat » si l'on peut dire. Dans le domaine des marchés publics, qui n'est pas celui des appels d'offres pour la production d'électricité, votre conception de l'intérêt à agir des sous-traitants est très restrictive : cette qualité ne suffit pas à justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat, sauf si l'offre d'un des candidats évincés reposait sur la technologie que fournit cette société. (14 octobre 2015 Région Réunion n°391183 au rec.)

Ici, la société Nass & Wind avait déjà cédé à EMF la société de développement sur le site de Saint-Briec dont elle était actionnaire à 100%, et qui détient divers droits de développement et des études sur le site, comme l'indique une convention du 3 janvier 2011. Par ailleurs, dans la phase d'exécution du projet, un contrat de services et de développement prévoyait que Nass & Wind offrirait divers services, de présentation des demandes d'autorisation administratives, de gestion des études et analyses requises pour obtenir les diverses autorisations administratives requises, mais ceci ne correspond nullement à une technologie absolument nécessaire à la conduite du projet. L'accord prévoyait expressément que Nass & Wind ne participait pas aux études concernant la caractérisation physique des sites, de la conception technique du Projet et de l'agencement des turbines éoliennes.

Mais en réalité, les considérations sur lesquelles s'est fondée la cour pour dénier l'intérêt à agir de Nass & Wind nous paraissent excessivement exigeantes : si les décisions attaquées ont été prises au terme d'une procédure d'appel d'offre, nous ne sommes pas dans un contentieux contractuel, où s'appliquerait la notion d'intérêt lésé, qui au demeurant n'ouvre pas le prétoire aux seuls candidats évincés mais aussi à tout tiers présentant un intérêt lésé. Dans ce contentieux, c'est seulement au stade des moyens présentés qu'un second filtre est appliqué, seuls les moyens en lien avec cet intérêt pouvant être présentés.

En l'espèce, l'intérêt à agir nous paraît assez certain : les éléments rappelés plus haut démontrent que les décisions attaquées ont conduit à l'éviction du consortium auquel elle était suffisamment liée pour pouvoir les contester en excès de pouvoir. Alors qu'il nous paraît inéluctable de casser l'arrêt s'agit de l'intérêt à agir d'associations environnementales, nous trouverions curieux de réserver un sort plus sévère à la société requérante, au vu de ses liens avérés avec un des projets en lices.

De plus la cour a curieusement rejeté le recours indemnitaire de Nass & Wind au motif qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt « *pour se prévaloir des préjudices que lui auraient causés les éventuelles irrégularités dont ces décisions se seraient trouvées entachées* ». L'existence d'une demande indemnitaire préalable auprès de l'administration suffit à lier le contentieux indemnitaire. L'arrêt devra également être cassé sur ce point.

Vous annulerez donc les arrêts attaqués et réglerez les affaires au fond en application de l'article L 821-2 du CJA.

2.1 Plusieurs moyens soulevés par l'association Gardez les Caps sont identiques à ceux que vous avez écarté dans l'affaire Prosimar-GSRB de juin dernier : ils concernent l'absence de saisine de la commission nationale du débat public, le défaut d'évaluation environnementale, d'étude d'impact et de participation du public, le caractère insuffisamment prescriptif du cahier des charges de l'appel d'offre, l'illégalité de la phase de levée de risque et de la pondération des critères de sélection des offres. Ils peuvent être écartés sans aucune difficulté au vu de ce précédent. Il en va de même du prétendu caractère incomplet du dossier de candidature d'Ailes Marines.

2.2. Un moyen spécifique à la requête de Gardez les caps mérite davantage de discussion, il est tiré de ce que la décision attaquée institue une aide d'Etat.

L'appel d'offre indique que le fait pour un candidat d'être retenu dans le cadre du présent appel d'offres lui donne droit à la délivrance d'une autorisation d'exploiter (...), et de conclure avec l'acheteur mentionné à l'article L.311-12 du code de l'énergie un contrat d'achat de l'électricité dans les conditions fixées par le présent appel d'offres.

Le mécanisme d'achat apparaît à première vue très proche de celui mis en oeuvre pour l'éolien terrestre, où les producteurs d'électricité bénéficient d'un tarif d'achat supérieur aux prix de marché afin d'assurer le développement des énergies renouvelables. Le droit de vendre à EDF l'électricité produite à un tel tarif engendre un surcoût pour EDF, qui est compensé en tant qu'obligation de service public. Cette compensation est intégrée à la contribution au service public de l'énergie (CSPE), c'est à dire qu'elle est payée par tous les consommateurs d'électricité. S'agissant de l'éolien terrestre, la CJUE a dit pour droit dans l'affaire Vent de Colère C-262/12 du 19 décembre 2013 qu'elle constituait une intervention au moyen de ressources d'État et que les conditions de l'aide d'Etat étaient remplies. S'en est suivi le contentieux qu'il n'est pas utile de rappeler ici sur les conséquences à tirer d'une notification trop tardive de ce régime d'aide à la Commission.

Selon la requête, cette aide d'Etat serait illégale faute d'avoir été notifiée préalablement et en outre elle ne satisferait pas au principe de proportionnalité auxquelles les aides d'Etat doivent répondre en application de l'article 107 TFUE.

Il ne vous appartient pas de vous prononcer sur cette deuxième branche de l'argumentation de l'association. Comme l'indiquait déjà le célèbre arrêt Costa/ENEL du 15 juillet 1964 (affaire 6/64), seul le dernier paragraphe de l'article 88 du Traité (devenu 108 TFUE), relatif aux obligations de notification préalable des aides et de *standstill* (non mise en application), est

d'effet direct, à la différence des autres stipulations de cet article et de l'article précédent devenu article 107, qui « n'engendre[nt] pas de droits dans le chef des justiciables ».

Ceci explique qu'un juge national n'a pas à se prononcer sur la compatibilité d'une aide avec le traité, mais qu'il doit sanctionner le défaut de notification préalable ou la mise en application d'une aide non encore déclarée compatible. (cf notamment CE Sect. 10 février 1967 n°59125 Société des établissements Petitjean et les conclusions du Pdt Fouquet sur Ass. fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires 26 octobre 1990 n°69726)

Reste la question de la notification. Selon la défense du ministre devant la cour administrative d'appel, l'Etat a bien notifié l'aide le 12 avril 2017, en indiquant qu'Ailes Marines avait été retenue pour le projet et qu'elle "*bénéficiait à ce titre d'une aide individuelle aux fins de rachat de l'électricité produite*". L'Etat devait-il procéder à cette notification plus tôt dans la procédure comme cela est soutenu ?

En vertu du paragraphe 3, de l'article 108, du TFUE et de l'article 2 du règlement n°659/1999 sur les aides d'Etat, la notification doit être faite en « temps utile », sous peine que l'aide soit déclarée illégale. Cette exigence de délai vise à ce que la Commission européenne puisse présenter ses observations concernant les projets tendant à instituer ou à modifier des aides.

Cependant, aucun délai précis ne figure dans les textes. Le Tribunal a jugé qu'en l'absence dans le traité de critère formel, « *il appartient à chaque État membre de déterminer à quel stade de la procédure législative il décide de soumettre le projet d'aide à l'examen de la Commission européenne, à condition toutefois que ce projet ne soit pas mis à exécution avant que la Commission n'ait déclaré l'aide compatible avec le marché commun* » (TPICE, 16 septembre 1998, Waterleiding Maatschappij «Noord-West Brabant» NV c/ Commission, aff. T-188/95, pt. 118).

La doctrine de la Commission distingue en outre les régimes d'aide et les aides individuelles. Les régimes d'aide reposent sur plusieurs critères définis dans un acte de portée générale, sur le fondement duquel des aides individuelles peuvent être octroyées à plusieurs bénéficiaires non encore identifiés, ou des montants indéterminés peuvent être octroyés à une entreprise déterminée, seules les modalités d'application du régime doivent être notifiées, et non chaque aide octroyée sur son fondement.

Cette distinction entre aide individuelle et régime d'aide nous paraît pertinente pour déterminer quel est ici le « temps utile » de la notification. A la différence de l'éolien terrestre, qui instaurait un régime d'aide, le bénéfice du tarif d'achat de l'éolien maritime est tributaire de la proposition de tarif faite dans son offre par le candidat retenu. Pour que la Commission puisse utilement examiner la compatibilité de l'aide avec le traité, une notification avant l'appel d'offre ou même avant son résultat n'a aucun sens, puisque la commission ne serait pas en mesure de connaître le montant de l'aide ni son bénéficiaire. De plus, tant que la mise en service du parc éolien n'est pas réalisée, l'aide n'a pas commencé à être exécutée.

Ni trop tôt, ni trop tard, la notification a été effectuée en temps utile<sup>1</sup>.

Enfin contrairement à ce que soutient l'association requérante, la seule circonstance d'avoir été désigné lauréat de l'appel d'offre ne suffit pas à donner un avantage économique qui devrait être qualifié, indépendamment du bénéfice effectif du contrat d'achat, d'aide d'Etat.

2.3 Reste la question principale, qui est commune aux deux requêtes et qui vous conduira selon nous à annuler la décision attaquée et le jugement.

Il faut tout d'abord rappeler le cadre juridique de l'appel d'offre qui est assez particulier.

Le décret du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, prévoit que le ministre « *définit les conditions de l'appel d'offres* » en fixant notamment les caractéristiques énergétiques et techniques de l'installation, les conditions économiques et financières, le délai de mise en service, les conditions d'exploitation et la durée de fonctionnement, la région d'installation, la prise en compte de la protection de l'environnement du site mais aussi les principes de pondération et de hiérarchisation des critères de l'art. L. 311-5. Le ministre communique à la CRE ces conditions et l'autorité indépendante élabore sur cette base un cahier des charges de l'appel d'offre, que le ministre arrête ensuite. L'avis d'appel d'offre est publié au JOUE. La CRE est chargée d'instruire les candidatures. Elle transmet au ministre une fiche d'instruction sur chaque offre mentionnant la note chiffrée établie par application des critères prévus, ainsi qu'un rapport de synthèse sur l'appel d'offres.

Comme on l'a dit, l'appel d'offre prévoyait l'attribution de cinq lots. Un de lots a été déclaré infructueux et pour les quatre lots restant, la CRE a estimé qu'Eolien Maritime France avait à chaque fois obtenu la meilleure note. Toutefois, les ministres ont décidé, pour le lot 4 de ne pas retenir la société EMF mais le consortium arrivé en 2ème position, la société Ailes Marines. C'est ce choix de ne pas retenir le candidat le mieux classé qui est critiqué.

En défense, le ministre affirme tout d'abord qu'il ne saurait être lié par l'avis de la CRE. Le décret précité de 2002 est bien en ce sens, il prévoit que le ministre « *recueille l'avis de la CRE sur le choix qu'il envisage, puis désigne le ou les candidats retenus* » et délivre à chaque candidat retenu l'autorisation d'exploiter correspondante.

L'avis rendu par la CRE le 5 avril 2012, est assez froid sur le choix envisagé par les ministres, nous le citons : « *s'agissant du lot 4, les ministres envisagent de retenir l'offre ferme classée en 2ème position par la CRE, en invoquant des motifs économiques et industriels. La CRE en prend acte* ».

Toute la difficulté de la procédure est, comme on l'a déjà dit, qu'elle combine appel d'offre pour sélectionner un lauréat et autorisation d'exploitation. S'agissant d'une autorisation d'exploitation normale (sans appel d'offre), qui est également délivrée par le ministre,

---

<sup>1</sup> Par analogie, vous avez jugé qu'une délégation de service public qui prévoit l'éventualité de concours financier de la collectivité n'institue pas en soi une aide, et que la notification éventuelle pourra n'être effectuée qu'avant la mise en oeuvre effective d'un tel concours (CE, 13 juillet 2012, Cie Méridionale de Navigation, n°355616, pt. 8).

l'article L 311-5 fixe des critères, tenant notamment à l'impact sur la sécurité d'approvisionnement et la compatibilité de l'autorisation avec la programmation pluriannuelle de l'énergie.

En l'espèce, les critères prévus par l'appel d'offre étaient au nombre de 3 : le prix, noté sur 40, le volet industriel, également noté sur 40 et enfin les activités existantes et l'environnement noté sur 20. Certains de ces critères faisaient l'objet d'un barème en fonction de sous-critères. Ainsi, pour le volet industriel noté sur 40, il est prévu notamment des notes pour les éléments suivant : 14 points pour les capacités de production, 2 points pour l'impact des activités industrielles, 22 points pour la maîtrise des risques techniques et financiers, eux-mêmes répartis en six rubriques, et 2 points pour la recherche-développement

Le ministre souligne que la procédure d'appel d'offres s'inscrit « *dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement* » selon les termes mêmes de l'art. 8 de la directive de 2009 et que l'art. L. 311-10, qui définit cette procédure, renvoie expressément aux critères de l'art. L. 311-5, parmi lesquels figure « *la sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des installations et des équipements associés* » et « *la compatibilité avec les principes et les missions de service public, notamment avec les objectifs de programmation pluriannuelle des investissements et la protection de l'environnement* ».

Il en déduit que c'est « à l'aune, notamment, de l'objectif d'assurer la sécurité d'approvisionnement en énergie que doivent être interprétés et appliqués les critères de choix des offres mentionnés dans le cahier des charges, lesquels font d'ailleurs une place importante, en ce qui concerne le 'volet industriel', à l'aptitude du candidat à 'fiabiliser la capacité de production industrielle' et à 'maîtriser les risques techniques et financier' (...).

Mais ces critères législatifs ne sont pas par eux-mêmes intégrés automatiquement dans tout appel d'offre. Lorsqu'une telle procédure de mise en concurrence est organisée, l'article L 311-10 alors applicable prévoyait seulement que « *Les critères mentionnés à l'article L. 311-5 servent à l'élaboration du cahier des charges de l'appel d'offres.* ». Le décret de 2002 prescrivait que le ministre définisse en vue de l'appel d'offre les principes de pondération et de hiérarchisation des critères de l'art. L. 311-5.

Un critère fondé sur la sécurité d'approvisionnement pourrait donc sans obstacle juridique de principe trouver sa place dans un appel d'offre. De même, la volonté que l'ensemble des lots n'échoit pas à un même lauréat pourrait également se traduire dans un appel d'offre par une règle conduisant soit à interdire à un candidat de soumissionner pour tous les lots déclarés fructueux soit à organiser le classement des offres en fonction de cet objectif de non-cumul.

Mais la sécurité d'approvisionnement n'est pas un motif pour déroger aux principes de l'appel d'offre. La lecture de la directive de 2009 conduit en réalité à la lecture inverse. Son considérant 43 note que « *les États membres devraient assurer la possibilité de contribuer à la sécurité d'approvisionnement par le recours à une procédure d'appel d'offres (...) au cas où la capacité de production d'électricité construite sur la base de la procédure d'autorisation ne serait pas suffisante.* ». Autrement dit, c'est le recours à une procédure d'appel d'offre qui permet de palier l'insuffisance de l'initiative privée à contribuer à la sécurité d'approvisionnement.

Et le cahier des charges de l'appel d'offre doit, aux termes de l'article 8 de la directive, comprendre « *la description détaillée des spécifications du marché et de la procédure à suivre par tous les soumissionnaires, de même que la liste exhaustive des critères qui déterminent la sélection des soumissionnaires et l'attribution du marché* ». Cet article précise que ces exigences sont prises en vue « *de garantir la transparence et la non-discrimination* ».

Nous ne parvenons pas à suivre la thèse du ministre qu'il se serait contenté de donner aux critères de l'appel d'offre une interprétation conforme à la loi. A la lecture de l'appel d'offre, on peine à voir comment et pourquoi le souci de sécurité d'approvisionnement ou plus spécifiquement de « minimiser les risques d'exécution du programme d'ensemble » devait conduire à une notation particulière s'agissant du lot n°4 spécifiquement.

L'argument d'une interprétation des critères de l'appel d'offre à l'aune de la loi ne répond pas d'ailleurs à une difficulté pratique, puisque comme on l'a dit plus haut, le ministre dispose à la fois de l'initiative et du mot final sur le cahier des charges rédigé par la CRE : s'il estimait que celui-ci ne permet pas de prendre en compte de façon adéquate les critères qui le conduiront à délivrer les autorisations d'exploiter, il lui appartenait de solliciter une rédaction du cahier des charges différente.

La circonstance que le ministre ne soit pas lié par l'appréciation de la CRE est exacte comme on l'a dit. S'agissant de critères qualitatifs de l'appel d'offre, sujets à appréciation, ceci pouvait peut-être lui permettre d'estimer que la notation retenue par la CRE n'était pas satisfaisante et à procéder à une notation différente, conduisant le cas échéant à un résultat différent. Force est de constater que ce n'est pas non plus comme cela qu'il a procédé.

En définitive, nous pensons donc que le ministre était tenu par les critères de l'appel d'offre et que sa décision de retenir le candidat classé deuxième par la CRE procédait de l'application de considérations qui ne correspondaient pas aux critères définis par l'appel d'offre, qui étaient les seuls sur lesquels il pouvait se fonder. Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen et d'annuler les décisions et le jugement attaqué sur ce point.

#### 2.4 Restent les conclusions indemnitaires présentées par la société Nass & Wind.

Le préjudice dont se prévaut la société se présente dans une configuration assez singulière. Nass & Wind possédait 100% des parts d'une société qui disposait de divers éléments utiles au développement d'un parc éolien au large de Saint-Brieuc. Elle a cédé ses parts dans cette société à EMF avant l'appel d'offre, et ce contrat prévoyait la possibilité en cas de succès de la candidature d'EMF et d'autres événements ultérieurs, le paiement de diverses sommes complémentaires.

Par ailleurs, Nass & Wind et EMF avaient signé un contrat de service et de développement qui prévoyait de rémunérer Nass & Wind pour diverses prestations à effectuer « en cas d'attribution du Marché ».

Un tel préjudice ne nous paraît parfaitement entrer dans aucun des deux cas de figure type qui se dégagent de votre jurisprudence :

Le premier cas type est celui du candidat évincé à un marché, qui va rechercher la réparation du préjudice tiré du manque à gagner de son éviction.

En matière d'indemnisation du candidat évincé, vous recherchez un lien de causalité direct entre la faute résultant de l'irrégularité de la procédure et le préjudice, impliquant de vérifier que cette **irrégularité** avait bien été **la cause** de l'éviction du candidat (CE, 10 juillet 2013, Compagnie martiniquaise de transports, n°362777). Ceci vous conduit à rechercher si en l'absence de la faute, le candidat évincé aurait remporté le marché. S'il avait des chances sérieuses d'être retenu, il a droit à l'indemnisation du manque à gagner.

Ce n'est pas notre hypothèse, puisque le « manque à gagner » n'est pas directement lié ici au fait de ne pas avoir remporté l'appel d'offre, mais à un contrat privé subordonné à ce succès.

Le second cas type est celui que l'on trouve dans une jurisprudence ancienne et constante, notamment en matière d'urbanisme, dont il résulte que les préjudices subis non pas par le commanditaire d'une construction, mais par l'architecte auteur du projet, ne peuvent pas trouver leur origine dans le refus de permis de construire, fût-il par ailleurs fautif. Vous estimez en effet par principe que la cause première des préjudices de l'architecte réside nécessairement et exclusivement dans le contenu et les conditions d'application du contrat le liant au pétitionnaire du permis. Vous en déduisez qu'ils ne sauraient dès lors être regardés comme procédant directement du comportement de l'administration et que l'architecte n'est pas fondé à demander à l'Etat réparation des préjudices qu'il estime avoir subis du fait des refus de permis (Section, 24 avril 1970, Consorts Chodron de Courcel, p. 278 ; CE, 18 juillet 1973, Leroy, n° 88314, p. 532 ; et récemment 418679 SADE 17 avril 2019).

Comme le notait Frédéric Lénica dans des conclusions sur une affaire Ministre des transports c/ T... et commune du Rayol-Canadel du 28 octobre 2009 aux T. « *cette jurisprudence repose sur l'idée selon laquelle la responsabilité quasi-délictuelle ne peut servir de succédané à la responsabilité contractuelle, là où cette dernière peut être recherchée et doit tout absorber.* ».

Vous pourriez ici estimer que l'interposition d'un contrat de droit privé entre l'éviction fautive et le préjudice allégué ne permet pas d'établir de lien direct entre la faute et le préjudice. Mais vous ne semblez-vous fonder toujours sur l'existence de tels actes intercalaires : dans votre décision de Section L...- J... du 29 septembre 1989 par exemple, vous n'avez pas opposé l'interposition d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention du permis entre le refus illégal de permis de construire et le préjudice allégué. L'hypothèse de la réalisation d'une condition suspensive est en effet plus délicate à interposer pour dénier le lien direct, puisque l'absence de sa réalisation n'est pas liée à une faute contractuelle du co-contractant de celui qui se prévaut d'une faute de l'administration.

Qu'en est-il en l'espèce ?

Tout d'abord, il ne nous parait pas faire de doute dans la configuration de l'affaire que si l'administration avait procédé conformément à l'appel d'offre, elle aurait bien retenu le candidat évincé, puisque celui-ci était arrivé premier.

Certaines de clauses de paiement prévu par les deux contrats entre Nass & Wind et EMF sont liées à la **seule** sélection du projet par l'appel d'offre :

- le point 10.4 de la convention d'achat d'actions prévoit que, dès la sélection du projet, Nass & Wind perçoit 251 400 euros au titre des coûts de développement restants (clause 10.4.1) et que 4197 EUR par MW attribués sont également versés à Nass & Wind. Si comme cela était prévu EMF aurait obtenu 500 MW, ceci représente en manque à gagner total de 2 349 900 EUR

- par ailleurs, un contrat de services et de développement prévoyait que Nass & Wind offrirait divers services, de présentation des demandes d'autorisation administratives, de gestion des études et analyses requises pour obtenir les diverses autorisations administratives requises, de gestion de prestataires. Tout cela "sous réserve de l'attribution du Marché". Ceci devait être facturé 200 000 euros HT/an, avec un minimum de 400 000 euros en tout état de cause. Il pourrait être retenu à ce titre un manque à gagner total de 400 000 EUR sur ce poste.

En revanche les autres préjudices dont se prévaut la requérante ne sont pas directement liés à la sélection du projet par l'appel d'offre.

Le point 4.2 de la convention d'achat d'action prévoyait quatre « compléments de prix » "à l'occasion de chacun des événements suivants". Ces événements sont, soit des décisions administratives distinctes de l'acte dont l'illégalité est reconnue ici (essentiellement l'obtention des concessions du domaine public maritime (DPM)) ou des décisions de EMF (décision finale d'investissement - qui implique l'intervention de divers tiers, dont les banques et/ou financement interne, contrats de fourniture de turbine ...) et enfin l'érection même des fondations des éoliennes.

A chacun de ces événements est associé le paiement à Nass & Wind d'un complément de prix correspondant.

Nous vous reparlerons dans d'autres affaires inscrites au rôle du contentieux des concessions d'utilisation du DPM, mais une chose nous paraît déjà sur ici : comme vous l'avez expressément jugé dans l'affaire Prosimar - GRSB du 7 juin 2019 « *l'autorisation d'exploiter un parc éolien n'a ni pour objet, ni pour effet d'autoriser, par elle-même, la construction d'ouvrages de production d'énergie éolienne .... Elle se borne à autoriser la société bénéficiaire à exploiter un parc éolien ..., sans la dispenser d'obtenir les autorisations requises par d'autres législations avant la réalisation des travaux et la mise en service de ces installations.* ».

Il s'agit en particulier des autorisations au titre de la loi sur l'eau (article L214-3 du code de l'environnement) et de la concession d'occupation domaniale, chacune de ces décisions étant en particulier soumise à une enquête publique, ce qui nous paraît en soi exclure que l'on puisse préjuger d'une décision favorable à la suite de ces enquêtes.

Une chose est de constater que seul le titulaire de l'autorisation de produire de l'électricité à partir d'éolienne au large de Saint-Brieuc pouvait obtenir la concession d'occupation du domaine afférente, une autre est d'affirmer qu'il était assuré de l'obtenir. C'est la distinction classique entre ce qui rend possible le dommage et ce qui en est la cause.

Ainsi, à supposer qu'EMF ait remporté le lot dans le cadre de l'appel d'offre, l'obtention des concessions d'utilisation du DPM à laquelle sont subordonnés dans le contrat deux des quatre compléments de prix n'a rien d'automatique et ne présente pas de lien direct avec la faute. De la même façon, la décision finale d'investissement à laquelle est liée un troisième complément de prix est tributaire de décisions de tiers et paraît donc éloignée de la faute de l'Etat.

Quant à l'érection des fondations, qui n'intervient qu'une fois que tous les feux, publics et privés, sont au vert, elle est encore plus éloignée de cette faute... Le cahier des charges de l'appel d'offre prévoit au point 6.3 une "levée des risques pouvant faire obstacle à la mise en service", qui prescrit au candidat retenu de réaliser plusieurs études et d'en fournir les résultats au représentant de l'Etat, « afin d'identifier au plus tôt les risques de non réalisation du projet, ou de retard dans la mise en service de l'installation ». Ceci nous paraît montrer encore que l'obtention de l'autorisation de l'article L311-1 n'apporte aucune garantie sur le fait que le projet ira jusqu'au bout, l'opérateur retenu pouvant pour toute une série de raisons renoncer.

L'incertitude sur l'aboutissement du projet, même après obtention de l'autorisation initiale en cause ici, est ainsi en réalité multiple :

- Incertitude administrative sur l'obtention des autorisations complémentaires ;
- Incertitude industrielle, qui a une portée générale s'agissant d'une technologie jamais encore déployée en France et qui présente un degré de complexité significativement plus important que l'éolien terrestre par exemple ;
- Cette incertitude industrielle générique se doublant d'une incertitude propre à chaque site, qui est en quelque sorte intégrée au cahier des charges de la procédure d'appel d'offre à travers la levée de risques.

Il s'en suit que les seuls préjudices en lien direct avec la faute sont ceux qui ont fait perdre à Nass & Wind la chance d'obtenir les sommes liées à la seule condition suspensive de désignation d'EMF comme lauréat du lot. C'est bien évidemment le manque à gagner net qui devrait s'appliquer. La requérante ne vous donne aucun élément permettant d'évaluer les charges auxquelles elle aurait dû faire face en cas de réalisation des prestations prévues par le contrat. Nous considérons dans les circonstances de l'espèce qu'une somme de 2,5 MEUR constitue une juste appréciation du préjudice subi.

PCMNC :

- A l'annulation des arrêts de la CAA de Nantes;
- à l'annulation des décisions des 6 et 19 avril 2012 et de l'arrêté du 18 avril 2012;
- à la condamnation de l'État à verser à la société Nass & Wind une somme de 2 500 000 euros avec intérêts à compter du 27 décembre 2012;
- à l'annulation des articles 2 et 3 du jugement 1301372/1304960 du TA de Rennes;
- à l'annulation des articles 1 et 2 du jugement 1302477 du TA de Rennes en tant qu'ils concernent l'association Gardez les caps;
- et à ce que l'Etat verse à la société N&W d'une part et à l'association Gardez les caps d'autre part une somme de 5000 euros au titre de l'article L 761-1 du CJA