



Décision 24 juillet 2019

Conseil d'État, 24 juillet 2019, société Nass & Wind smart services

> Lire le communiqué

N° 416862

SOCIÉTÉS NASS & WIND
SMART SERVICES

Séance du 3 juillet 2019

Lecture du 24 juillet 2019

REPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 6ème et 5ème chambres réunies)

Sur le rapport de la 6ème chambre de la Section du contentieux

La procédure

La société Nass & Wind offshore, devenue la société Nass & Wind smart services, a demandé au tribunal administratif de Rennes d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 18 avril 2012 par lequel le ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique ont autorisé la société Ailes Marines à exploiter un parc éolien en mer au large de la commune de Saint-Brieuc (Côtes d'Armor) et la décision du 19 avril 2012 par laquelle ces ministres ont rejeté la candidature de la société Eolien Maritime en France pour exploiter ce parc éolien, et de condamner l'Etat à lui verser une indemnité de 23 061

506 euros, assortie des intérêts de droit, en réparation des préjudices résultant de l'attribution de l'autorisation à la société Ailes Marines et du rejet de l'offre présentée par la société Eolien Maritime en France. Par un jugement n°s 1301372, 1304960 du 17 décembre 2015, le tribunal administratif a rejeté ces demandes.

Par un arrêt n° 16NT00528 du 30 octobre 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par la société Nass & Wind smart services contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 27 décembre 2017, 26 mars 2018 et 13 juin 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Nass & Wind smart services demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 7 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes qu'elle attaque est entaché :

- d'une erreur de droit et d'une erreur de qualification juridique en ce qu'il juge que sa demande en condamnation de l'Etat à lui verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi est irrecevable ;
- d'une erreur de droit, d'une erreur de qualification juridique et d'une dénaturation des éléments du dossier, en particulier de la note D11 « Projet de Saint-Brieuc, caractéristiques générales du candidat » et de la convention d'achats d'actions et de collaboration du 3 janvier 2011, en ce qu'il juge qu'elle n'a pas un intérêt suffisamment direct lui donnant qualité pour agir en annulation à l'encontre de l'arrêté du 18 avril 2012 et de la décision du 19 avril 2012, et en indemnisation des éventuels préjudices commerciaux consécutifs à ces décisions.

Par un mémoire en défense, enregistré le 28 mai 2019, le ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire, conclut au rejet du pourvoi. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 juin 2019, la société Ailes Marines conclut au rejet du pourvoi et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Nass & Wind smart services la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que les moyens du pourvoi ne sont pas fondés.

Le pourvoi a été communiqué à l'association Gardez les caps, qui n'a pas produit d'observations ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ;
- le code de l'énergie ;
- le décret n° 2002-1434 du 4 décembre 2002 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Fanélie Ducloz, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Stéphane Hoynck, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat de la société Nass & Wind smart services, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Ailes Marines, et à la SCP Marlange, de La Burgade avocat de l'association Gardez les caps ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 4 juillet 2019, présentée par le ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire ;

Vu les notes en délibéré, enregistrées les 4 et 8 juillet 2019, présentées par la société Ailes Marines ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 5 juillet 2019, présentée par la société Nass & Wind smart services ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces des dossiers soumis aux juges du fond que, par un avis publié au Journal Officiel de l'Union européenne du 5 juillet 2011, le ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, ont mis en œuvre, en application des dispositions de l'article L. 311-1 du code de l'énergie, une procédure d'appel d'offres portant sur cinq lots en vue de la sélection des opérateurs chargés de répondre aux objectifs de développement de la production électrique à partir de l'énergie éolienne en mer. Par une décision des ministres en date du 6 avril 2012, la société Ailes Marines a été déclarée attributaire du lot n° 4 portant sur une installation de production d'énergie électrique située à une distance d'au moins dix kilomètres par rapport au rivage sur le domaine public maritime au large de la commune de Saint-Brieuc (Côtes-d'Armor), trois autres lots étant attribués à une autre société, un dernier lot n'ayant fait l'objet d'aucune attribution. Par un arrêté du 18 avril 2012, la société Ailes Marines a été autorisée à exploiter ce parc éolien d'une capacité totale de production de 500 MW. Par une lettre du 19 avril 2012, les ministres ont notifié à la société Eolien maritime France le

rejet de sa candidature pour l'attribution du lot n° 4. La société Nass & Wind offshore, devenue la société Nass & Wind smart services, membre du consortium créé avec d'autres sociétés et représenté par la société Eolien maritime France dans le cadre de la procédure d'appel d'offres relative au lot n° 4, a saisi l'administration d'une demande préalable, restée sans réponse, pour obtenir l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de l'attribution du lot n° 4 à la société Ailes Marines. Le tribunal administratif de Rennes, par un jugement du 17 décembre 2015, a rejeté les demandes de la société Nass & Wind tendant à l'annulation de l'arrêté du 18 avril 2012 ainsi que de la décision de rejet de sa candidature du 19 avril 2012 et à la réparation des préjudices qu'elle soutient avoir subis en raison de ces décisions. Par un arrêt du 30 octobre 2017 contre lequel la société Nass & Wind se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté son appel formé contre ce jugement, au motif qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir contre ces décisions et pour obtenir l'indemnisation d'éventuels préjudices en résultant.

Sur le pourvoi

2. Aux termes de l'article 4 du décret du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, applicable en l'espèce : « Lorsque des personnes morales différentes présentent une candidature commune, elles désignent l'une d'entre elles comme mandataire pour les représenter dans la procédure d'appel d'offres (...) ».

3. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et en particulier de la note de présentation intitulée « Projet de Saint-Brieuc. Caractéristiques générales du candidat », que les sociétés EDF Energies Nouvelles, DONG Energy Power A/S et Nass & Wind ont créé un consortium pour développer le projet éolien en mer correspondant au lot n° 4 au large de Saint-Brieuc, la candidature étant présentée, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, par la société Eolien maritime France, filiale commune des sociétés EDF Energies Nouvelles et DONG Energy Power A/S, chargée de « présenter l'expérience et l'ensemble du travail réalisé par les membres du consortium ». En retenant, pour lui dénier intérêt pour agir, que la société Nass & Wind devait être regardée comme simplement cocontractante de la société Eolien maritime France, alors qu'elle était membre du groupement, représenté par la société Eolien maritime France, ayant répondu à l'appel d'offres pour l'attribution du lot de la baie de Saint-Brieuc, la cour administrative d'appel a dénaturé les pièces du dossier.

4. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, que la société Nass & Wind est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il avait rejeté l'appel qu'elle avait formé contre le jugement du tribunal administratif de Rennes.

5. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur l'appel formé contre le jugement du tribunal administratif de Rennes :

6. Aux termes de l'article L. 311-1 du code de l'énergie, dans sa rédaction en vigueur à la date des décisions attaquées : « L'exploitation d'une installation de production électrique est subordonnée à une autorisation administrative délivrée selon la procédure prévue aux articles L. 311-5 et L. 311-6 ou au terme d'un appel d'offres en application de l'article L. 311-10. Dans le cadre de la programmation pluriannuelle des investissements de production, les nouvelles installations de production sont exploitées par toute personne (...) dès lors que cette personne est titulaire de l'autorisation d'exploiter (...) ». Aux termes de l'article L. 311-5 du même code : « L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : / 1° La sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des installations et des équipements associés ; / 2° Le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public ; / 3° L'efficacité énergétique ; / 4° Les capacités techniques, économiques et financières du candidat ou du demandeur ; / 5° 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 ; / 6° Le respect de la législation sociale en vigueur (...) ». Selon l'article L. 311-10 du même code : « Lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements, notamment ceux concernant les techniques de production et la localisation géographique des installations, l'autorité administrative peut recourir à la procédure d'appel d'offres. / Les critères mentionnés à l'article L. 311-5 servent à l'élaboration du cahier des charges de l'appel d'offres (...) toute personne exploitant ou désirant construire et exploiter une unité de production, installée sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou, dans le cadre de l'exécution d'accords internationaux, sur le territoire de tout autre Etat, peut participer à l'appel d'offres (...) ». L'article L. 311-11 du même code dispose que : « L'autorité administrative désigne le ou les candidats retenus et délivre les autorisations prévues à l'article L. 311-5 dans des conditions fixées par voie réglementaire (...) ». Aux termes de l'article 13 du décret du 4 décembre 2002, alors en vigueur : « I. - Le ministre chargé de l'énergie recueille l'avis motivé de la Commission de régulation de l'énergie sur le choix qu'il envisage, puis désigne le ou les candidats retenus. / II. - Le ministre délivre à chaque candidat retenu l'autorisation d'exploiter correspondante. Il avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres ».

7. Pour l'application de ces dispositions, la décision qui, au terme de la procédure d'appel d'offres, retient une candidature pour l'exploitation d'une installation de production d'électricité a pour seul objet de désigner le ou les candidats retenus à l'issue de cette procédure. Elle précède la décision qui constitue l'autorisation administrative d'exploiter une installation de production d'électricité, prévue par l'article L. 311-1 du code de l'énergie, délivrée au candidat retenu, laquelle désigne le titulaire de cette autorisation et fixe le mode de production et la capacité autorisée ainsi que le lieu d'implantation de l'installation.

8. Il ressort des pièces du dossier que la société Ailes Marines a été, au terme de la procédure d'appel d'offres, déclarée attributaire du lot n° 4 relatif au projet de parc éolien situé au large de Saint-Brieuc par décision du 6 avril 2012 et qu'elle a été autorisée à exploiter ce parc éolien par arrêté du 18 avril 2012. Par une lettre du 19 avril 2012, les ministres ont notifié à la société Eolien maritime France le rejet de la candidature à l'attribution de ce lot n° 4 du groupement qu'elle représentait. La société Nass & Wind n'a pas demandé l'annulation de la décision du 6 avril 2012. Elle a, en revanche, présenté des conclusions à fin d'annulation de l'arrêté du 18 avril 2012 et de la décision rejetant l'offre du groupement auquel elle appartenait. Elle a, en outre, présenté des conclusions indemnitaires tendant à la réparation des préjudices qu'elle impute au rejet de cette candidature.

En ce qui concerne les conclusions dirigées contre l'arrêté du 18 avril 2012 :

9. L'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure que si cette dernière décision a été prise pour l'application du premier acte ou s'il en constitue la base légale.

10. Ainsi qu'il a été dit précédemment, la décision qui, au terme de la procédure d'appel d'offres, retient une candidature pour l'exploitation d'une installation de production d'électricité précède nécessairement la décision qui constitue l'autorisation administrative d'exploiter une installation de production d'électricité, délivrée au candidat retenu, laquelle désigne le titulaire de cette autorisation et fixe le mode de production, la capacité autorisée et le lieu d'implantation de l'installation. Si la première de ces décisions rend possible l'édition de la seconde, elle n'en constitue, pour autant, pas la base légale et la seconde décision n'est pas prise pour l'application de la première.

11. Il résulte de ce qui précède que la société requérante ne peut utilement invoquer, à l'appui de ses conclusions dirigées contre l'arrêté du 18 avril 2012 autorisant la société Ailes Marines à exploiter un parc éolien au large de Saint-Brieuc, l'illégalité par voie d'exception de la décision prise le 6 avril 2012 ayant retenu la candidature de cette société au terme de l'appel d'offres. Elle ne peut davantage, eu égard à l'objet respectif des décisions en cause, utilement critiquer au soutien de sa demande d'annulation de l'arrêté d'autorisation litigieux la procédure d'appel d'offres ayant conduit à retenir cette candidature.

En ce qui concerne les conclusions dirigées contre le rejet de la candidature de la société Eolien maritime France :

12. Il ressort des pièces du dossier que, pour ce qui concerne le lot n° 4, la Commission de régulation de l'énergie a, par délibération du 5 avril 2012 portant avis sur le choix des offres que le ministre envisage au terme de l'appel d'offres, classé en premier rang la candidature de la société

Eolien maritime France et en deuxième rang celle de la société Ailes Marines. Le ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique ont toutefois, par la décision du 6 avril 2012, attribué ce lot à la société Ailes Marines. Par lettre du 19 avril 2012, les ministres ont informé la société Eolien maritime France du rejet de sa candidature, au motif qu'il y avait lieu de « répartir l'effort industriel sur plusieurs candidats afin de privilégier une répartition des risques sur plusieurs opérateurs (...) et de minimiser les risques d'exécution du programme d'ensemble ». La société Nass & Wind soutient que la décision de rejet de la candidature du consortium dont elle est membre, représenté par la société Eolien maritime France, est illégale en tant que les ministres signataires ont mis en œuvre un critère étranger à ceux prévus par le cahier des charges.

13. Aux termes du 1 de l'article 7 de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité : « Pour la construction de nouvelles installations de production, les États membres adoptent une procédure d'autorisation qui doit répondre à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires ». Aux termes de l'article 8 de la même directive : « Les États membres garantissent la possibilité, dans l'intérêt de la sécurité d'approvisionnement, de prévoir de nouvelles capacités ou des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande par une procédure d'appel d'offres ou toute procédure équivalente en termes de transparence et de non-discrimination, sur la base de critères publiés. (...) En vue de garantir la transparence et la non-discrimination, le cahier des charges contient 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, y compris les incitations, telles que les subventions (...) ». Les dispositions du code de l'énergie citées au point 6 assurent la transposition de cette directive. L'article L. 311-1 prévoit, notamment, la délivrance d'autorisations administratives d'exploiter des installations de production électrique au terme d'une procédure d'appel d'offres, organisée selon les dispositions de l'article L. 311-10 en fonction des critères énoncés à l'article L. 311-5.

14. Aux termes de l'article 1er du décret du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, alors en vigueur : « Lorsqu'il recourt à la procédure d'appel d'offres prévue à l'article 8 de la loi du 10 février 2000 susvisée, le ministre chargé de l'énergie définit les conditions de l'appel d'offres qui portent sur (...) 6° Les principes de pondération et de hiérarchisation des critères mentionnés à l'article 9 de la loi du 10 février 2000 », dispositions entretemps codifiées à l'article L. 311-5 du code de l'énergie. Selon l'article 2 du même décret, alors en vigueur : « I.- Le ministre chargé de l'énergie communique à la Commission de régulation de l'énergie les conditions de l'appel d'offres qu'il a définies. / II. - La commission transmet au ministre chargé de l'énergie un projet de cahier des charges de l'appel d'offres avant le

terme du délai imparti par le ministre. (...) / III. - La Commission de régulation de l'énergie communique le projet de cahier des charges au ministre chargé de l'énergie. Ce dernier y apporte les modifications qu'il juge nécessaires et arrête définitivement le cahier des charges ». Aux termes de l'article 3 du même décret, alors en vigueur : « Le cahier des charges de l'appel d'offres comporte notamment : / (...) 2° En application des dispositions de l'article 9 de la loi du 10 février 2000 susvisée, la liste exhaustive des critères de choix des offres, leur pondération et leur hiérarchisation (...) ». L'article 12 du même décret, dans sa version alors en vigueur, prévoit que « I. - Dans un délai fixé par le cahier des charges, la Commission de régulation de l'énergie ouvre les dossiers de candidature à l'appel d'offres et vérifie que les dossiers sont complets. / (...) / II. - Le ministre chargé de l'énergie fixe le délai imparti à la Commission de régulation de l'énergie pour instruire les dossiers et lui transmettre une fiche d'instruction sur chaque offre mentionnant la note chiffrée établie par application des critères prévus au 2° de l'article 3 ainsi qu'un rapport de synthèse sur l'appel d'offres. Le délai imparti à la commission ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois ». L'article 13 du décret, cité au point 6, charge le ministre chargé de l'énergie, après avoir recueilli l'avis motivé de la Commission de régulation de l'énergie, de désigner le candidat retenu et d'aviser les autres candidats du rejet de leur offre.

15. Il résulte de ces dispositions que, lorsqu'il est recouru à la procédure d'appel d'offres prévue par l'article L. 311-10 du code de l'énergie, le cahier des charges élaboré par la Commission de régulation de l'énergie et arrêté par le ministre chargé de l'énergie doit, afin d'assurer la transparence et l'objectivité de la procédure de sélection des candidats et son caractère non-discriminatoire conformément aux objectifs de la directive du 13 juillet 2009, énoncer de manière exhaustive, parmi les critères mentionnés à l'article L. 311-5 du code de l'énergie, ceux retenus pour l'instruction et la sélection des offres ainsi que leur hiérarchisation et leur pondération. A l'issue de cette procédure, la désignation, par le ministre, de l'attributaire de l'offre et le rejet corrélatif des autres candidatures ne peuvent être fondés sur d'autres critères que ceux prévus par le cahier des charges.

16. Il ressort des pièces du dossier que le cahier des charges prévoit, en son article 5.2, que chaque offre se verra attribuer une note sur 100, dont une note maximale de 40 points pour les critères relatifs au prix, une note maximale de 40 points pour les critères relatifs au volet industriel et une note maximale de 20 points pour les activités existantes et l'environnement. Son article 5.4 détaille en quatre sous-critères le critère volet industriel, aux termes desquels sont pris en compte les capacités de production du candidat, l'impact des activités industrielles, la maîtrise des risques techniques et financiers et la recherche et développement. L'article 5.4.1 précise, s'agissant du sous-critère « capacités de production », que « sont prises en compte les mesures ayant fait l'objet d'accords industriels ou de protocoles d'accord industriels permettant de fiabiliser la capacité de production industrielle, les filières d'approvisionnement des composants jugés les plus critiques et les délais de mise en service ». L'article 5.4.3 précise, s'agissant du sous-critère « maîtrise des risques

