

**N° 414426 – Association Groupement des résidents pour la sauvegarde environnementale de La Baule (GRSB) et Association pour la protection du site et de l’environnement de Sainte-Marguerite (PROSIMAR)**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 20 mai 2019**

**Lecture du 7 juin 2019**

**Conclusions**

**Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public**

Les ministres chargés de l’écologie et de l’énergie ont, par un avis publié le 5 juillet 2011 au Journal officiel de l’Union européenne, lancé un appel d’offre destiné à sélectionner les opérateurs chargés de répondre à l’objectif de développement de la production électrique à partir de l’énergie éolienne en mer dans cinq zones géographiques. Cette procédure a débouché, au début du mois d’avril 2012, sur l’attribution par ces ministres à la société Eolien maritime France du lot n° 5 relatif à l’exploitation d’un parc éolien localisé sur le domaine public maritime au large de Saint-Nazaire sur le plateau rocheux du parc de Guérande. Par un arrêté du 18 avril 2012, les ministres ont autorisé cette société à exploiter, au sein d’un périmètre précisément délimité sur ce plateau, un parc éolien d’une capacité de production de 480 MW. L’association pour la protection du site et de l’environnement de Sainte-Marguerite et l’association Groupe des résidents secondaires de la Baule et associés ont demandé l’annulation de cette décision d’attribution et de l’arrêté d’autorisation d’exploitation du 18 avril 2012 au tribunal administratif de Nantes, qui a rejeté leur demande au fond, puis à la cour administrative d’appel de Nantes, qui a rejeté leurs conclusions comme irrecevables.

Pour retenir cette irrecevabilité de la demande de première instance des requérantes, la cour a jugé que les décisions contestées « *ont pour seul objet de désigner, à l’issue de la procédure d’appel d’offres qui s’est déroulée du 11 juillet 2011 au 11 janvier 2012, l’entreprise agréée pour exploiter* » un parc éolien maritime de 80 unités de 6MW et un poste électrique immergé *sur le plateau rocheux du banc de Guérande*, « *sans que cette désignation vaille autorisation pour la réalisation et l’exploitation de cette même installation, cette dernière autorisation étant délivrée sur le fondement des dispositions de l’article L. 214-3 du code de l’environnement* ». La cour a déduit de cette analyse qu’alors même qu’au titre des critères énoncés à l’article L. 311-5 du code de l’énergie se trouvent le choix des sites et la compatibilité avec l’objectif de protection de l’environnement, l’arrêté du 18 avril 2012 « *n’est pas, en lui-même, susceptible de porter atteinte aux intérêts que les associations requérantes se sont données pour objet de défendre* ».

Par une décision *Association Force 5* du 25 février 2019 (n° 412493, aux Tables sur ce point), vous avez jugé que l’autorisation administrative prévue par l’article L. 311-1 du code de l’énergie n’avait pas pour seul objet de désigner le ou les candidats retenus à l’issue de la procédure d’appel d’offres mais constituait l’autorisation d’exploiter une installation de production d’électricité dont non seulement elle désignait le titulaire mais également fixait le mode de production, la capacité autorisée et le lieu d’implantation. Vous en avez déduit 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.

Dans la présente affaire, la cour a déduit l'irrecevabilité des conclusions des associations requérantes en se fondant sur une analyse de la portée de l'autorisation d'exploiter comparable à celle, erronée, retenue dans l'affaire du 25 février 2019, et en faisant masse de cette autorisation d'exploiter avec la décision d'attribution du lot n° 5. **Compte tenu de ce raisonnement globalisant, nous vous invitons à considérer que le moyen tiré de ce que la cour a, en statuant ainsi, commis une erreur de droit, justifie l'annulation de l'arrêt attaqué dans sa totalité.**

**Vous réglerez l'affaire au fond.**

Vous vous retrouverez d'abord saisis des fins de non recevoir opposées en défense aux conclusions des requêtes.

Les défendeurs soutiennent d'abord que, même dans le cadre tracé par votre jurisprudence la plus récente, l'objet des requérantes ne leur donne pas intérêt pour agir contre les actes attaqués en ce que le parc éolien serait situé trop loin des sites et des côtes dont elles se sont donné pour mission de défendre le cadre et l'environnement.

L'association Prosimar a pour objet la protection de la nature, la sauvegarde de l'environnement et du patrimoine bâti et naturel, la préservation de la qualité des eaux à terre et en mer et leur diversité et la lutte contre la pollution terrestre et maritime, dans une zone géographique d'intervention couvrant la partie de la commune de Pornichet comprise entre Bonne Source et Saint-Nazaire, ainsi que ses « abords maritimes » et ses « alentours ».

S'il est vrai qu'ainsi que le relèvent en défense les sociétés Parc du Banc de Guérande et Eolien Maritime France, la zone de Sainte-Marguerite se trouve seulement face à l'extrémité sud-est du polygone constituant le parc éolien, **à une distance de l'ordre de 16 km qui, eût-elle été terrestre, aurait probablement excédé les « abords » et « alentours » du quartier visé, nous pensons que la notion d'« abords maritimes » de la façade « Sainte-Marguerite » de la presqu'île guérandaise, dans le cadre d'une association à l'objet purement environnemental, peut et doit faire l'objet d'une approche large.**

Quant à l'association GRSB, si son objet premier est de défendre le cadre de vie des résidents baulois, ses statuts lui confèrent aussi expressément vocation à promouvoir la protection de la nature, de l'eau et de l'air, la lutte contre les pollutions et les nuisances et, plus généralement à veiller à la protection de l'environnement, à La Baule « et dans ses environs terrestres et maritimes de la presqu'île guérandaise ». **Compte tenu de l'objet et de la zone d'intervention de l'association, l'arrêté du 18 avril 2012, qui autorise l'exploitation électrique d'un parc éolien maritime face à La Baule, nous paraît, là encore, pouvoir être regardé comme susceptible de porter atteinte de manière suffisamment directe et certaine aux intérêts que cette association entend défendre.**

Par suite, les requérantes nous paraissent justifier d'un intérêt à demander l'annulation de l'arrêté du 18 avril 2012 autorisant, au titre de la législation sur l'énergie, l'exploitation d'un parc de 80 éoliennes **sur le banc de Guérande.**

Qu'en est-il ensuite de l'autre acte attaqué – c'est-à-dire de la décision désignant la société Eolien maritime France comme attributaire du lot n° 5 à l'issue de l'appel d'offres ?

**Dans nos conclusions de février dernier,** nous vous avons invités à ne pas raffiner et à ne pas traiter différemment la décision de désignation de l'attributaire de l'appel d'offres et l'arrêté d'autorisation d'exploiter. Nous estimions en effet que, si seul l'arrêté autorise et, en cela, permet l'exploitation et la mise en service d'une installation de production électrique à l'endroit et pour la puissance qu'il vise et est ainsi susceptible, par ses effets juridiques propres, de porter atteinte aux intérêts que les associations requérantes se sont donné pour objet de défendre, **la désignation de l'attributaire de l'appel d'offres portait déjà en elle le choix de ce projet d'installation avec sa localisation** et sa puissance, et non simplement la désignation de l'identité sociale d'une entreprise attributaire d'un lot.

La rédaction retenue par votre décision du 25 avril 2019 invite toutefois à distinguer clairement entre la désignation à l'issue de l'appel d'offres, qui ne serait pas susceptible de faire grief aux associations environnementales, et **l'autorisation d'exploiter, qui seule fixe en droit la puissance, le type de production et la localisation du parc éolien, confère à l'attributaire un titre juridique d'exploitation de ce parc, et est de par ces effets susceptible de faire grief aux requérantes.**

L'article L. 311-11 du code de l'énergie, en déroulant dans une même continuum la désignation et la délivrance de l'autorisation d'exploiter (« *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* »), peut être interprété, soit comme faisant découler nécessairement la décision d'autorisation de la décision de désignation, soit comme ne faisant du choix d'un attributaire qu'une simple étape intermédiaire non décisive, seule la délivrance de l'autorisation prévue à l'article L. 311-5 du code ayant une portée. Votre décision du 25 avril 2019 paraît avoir opté pour cette seconde interprétation, et devoir conduire à ne pas reconnaître aux requérantes un intérêt pour agir contre cette désignation. Cette approche est d'ailleurs cohérente avec celle par laquelle vous avez regardé comme non créatrice de droits la lettre informant le soumissionnaire à un marché public que son offre est acceptée, seule la décision de signature du marché ayant un effet (CE, 10 octobre 1984, *Compagnie générale de constructions téléphoniques*, n° 16234, au Recueil).

**Elle pourrait toutefois se révéler plus délicate à maintenir dans l'état du droit issu de la loi ESSOC du 10 août 2018,** qui nous semble conférer à la désignation du lauréat de l'appel d'offres une pleine portée juridique. Le IV de l'article 58 de cette loi dispose en effet que pour les procédures de mise en concurrence relatives à des installations de production d'énergie renouvelable en mer dont le candidat retenu a été, comme en l'espèce, désigné avant le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et pour lesquelles **les contrats d'achat d'électricité n'ont pas encore été conclus à la date de publication de la loi,** « *la décision de l'autorité administrative désignant le candidat retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence peut être abrogée par décret* » et que « *cette abrogation entraîne l'abrogation de l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité prévue à l'article L. 311-1 dudit code et la résiliation de la convention de*

*concession d'utilisation du domaine public maritime accordée en application de l'article L. 2124-3 du code général de la propriété des personnes publiques qui est liée au projet ».*

En tout état de cause, vous pourrez vous abstenir de prendre position sur ce point si, comme nous vous y invitons, vous rejetez les conclusions des requérantes sur le fond.

Nous passerons brièvement sur les moyens critiquant la régularité du jugement du tribunal. D'une part, le tribunal a suffisamment motivé sa réponse aux divers moyens critiquant l'imprécision du cahier des charges, la pondération des critères de sélection des offres et la régularité de sa procédure d'élaboration. D'autre part, il n'a pas méconnu le caractère contradictoire de la procédure en écartant le moyen tiré de ce que les dossiers de candidature auraient été incomplets sans s'être fait préalablement communiquer l'entier contenu de ces dossiers.

Pour le reste, les moyens soulevés par la requête s'organisent en deux groupes : les uns se rapportent à une exception d'illégalité du cahier des charges de l'appel d'offres lancé le 5 juillet 2011 ayant abouti aux actes attaqués, les autres contestent directement la régularité et la légalité interne de ces actes.

Commençons par les moyens présentés sous la forme d'une exception d'illégalité.

La première question est celle de sa recevabilité et de son opérance.

Cette recevabilité est contestée par le ministre, qui fait valoir que l'appel d'offres et son cahier des charges constituent des actes non réglementaires devenus définitifs, tandis que les requérantes soutiennent que le cahier des charges présente un caractère réglementaire en arguant de ce qu'il définit un périmètre d'implantation des éoliennes, en arrêterait la puissance, fixerait les conditions d'exploitation des parcs éoliens à venir et exclurait la construction d'installations en dehors des périmètres et conditions ainsi circonscrits.

Toutefois, le cahier des charges énonce les critères de sélection que l'Etat mettra en œuvre pour départager entre les projets qui lui seront soumis dans le cadre d'une mise en concurrence des offres. Les conditions techniques et financières qu'il édicte ne constituent pas des règles ou prescriptions à vocation générale mais des prescriptions purement individuelles applicables au seul candidat retenu – plus encore, selon la terminologie du cahier des charges lui-même, ces conditions ne constituent que des « engagements » du candidat, qu'il devra respecter sous peine de sanctions allant jusqu'au retrait de l'autorisation. Si le cahier des charges définit la région d'implantation des projets que l'Etat appelle les opérateurs à lui soumettre, ce cahier n'a pas pour autant de portée décisive. Pas plus qu'il n'exclut qu'un opérateur lui demande hors procédure d'appel d'offre la délivrance d'une autorisation pour un projet hors zone.

Il y a matière à hésitation sur un point. En effet, l'appel d'offres est lancé par l'Etat pour assurer le respect de la programmation pluriannuelle des investissements et s'inscrit ainsi dans la mise en œuvre, par la puissance publique, du service public de l'électricité dont l'objet est de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national. L'article L. 121-3 du code de l'énergie fait de la réalisation des objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements l'un des volets de la mission de développement de l'approvisionnement en électricité et le II de cet article dispose que les producteurs « contribuent à la réalisation de cette

mission » et prévoit que « *les charges qui en découlent, notamment celles résultant des articles L. 311-10 (c'est-à-dire des appels d'offre débouchant sur une obligation d'achat) et L. 314-1 (sur l'obligation d'achat de l'électricité verte), font l'objet d'une compensation intégrale* » par le biais de la CSPE.

Dès lors, si la production d'électricité d'origine éolienne ne constitue pas une mission de service public et si la construction et l'exploitation du parc éolien à venir ne sauraient être regardées – même si elles contribuent comme tout projet d'installation à la sécurité d'approvisionnement – comme procédant de la mise en œuvre par le candidat retenu d'une mission de service public (pour la limitation de cette notion à une partie du parc nucléaire d'EDF, v. CE, Assemblée, 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines*, n° 329570, p. 94), la mise en œuvre par EDF de l'obligation d'achat de l'électricité produite par ce parc procédera des obligations de service public pesant sur cet opérateur. Or **le cahier des charges définit les ajustements et indexations à apporter aux modalités de rémunération de l'achat d'électricité** qui seront retenues pour le contrat d'achat qu'EDF sera tenu de conclure avec l'attributaire en vertu de l'article L. 311-12 du code de l'énergie.

Mais d'une part, les clauses du cahier des charges relatives au tarif d'achat **ne nous paraissent pas pouvoir être regardées comme régissant la mise en œuvre ou tarification et la tarification d'un service public**. D'autre part, ne sont concernées que les relations contractuelles à venir entre le ou les lauréats de l'appel d'offres de chaque lot et EDF : **le cahier des charges nous paraît relever davantage d'une décision d'espèce**. En tout état de cause, ce cahier ne saurait présenter un caractère réglementaire en ce qu'il a édicté les clauses contestées dans la requête, qui ne portent pas sur les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'achat. Or **les clauses du cahier des charges afférentes aux ajustements et indexations du futur contrat d'achat sont divisibles des clauses afférentes à l'implantation du site**, aux conditions de sélection des projets et aux prescriptions de toutes natures à l'égard des candidats retenus.

Vous considérerez donc que l'acte de l'illégalité duquel il est excipé n'est pas réglementaire.

L'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire formée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure n'est recevable que si cet acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée ou si, alors même qu'il serait devenu définitif, l'acte et la décision ultérieure constituent les éléments d'une même **opération complexe** (par ex. CE, Section, 30 décembre 2013, *Mme Okosun*, n° 367615, p. 342).

Il faut en outre réserver l'hypothèse des mesures préparatoires pour lesquelles, la voie de l'action ne pouvant être empruntée, ce n'est qu'à l'occasion du recours dirigé contre l'acte qu'elles ont préparé que l'on peut invoquer les illégalités dont elles sont entachées et qui vicent cet acte.

Si vous ne vous êtes encore jamais prononcés sur le cas d'un appel d'offres en matière de production électrique, votre jurisprudence nous paraît devoir conduire à **reconnaître un caractère préparatoire à de telles mesures**.

Lorsque sont en cause des actes qui, s'ils se situent à l'engagement d'une procédure administrative, ont une véritable portée décisive, vous les qualifiez d'actes faisant grief et susceptibles de recours, à l'instar d'un arrêté ministériel autorisant l'ouverture d'un concours de

recrutement de fonctionnaires (CE, 27 juin 2011, *Association Sauvons l'université et autres*, n° 340164, aux Tables sur ce point), la délibération d'une assemblée délibérante locale arrêtant le principe de la création d'un métro (CE, Section, 6 mai 1996, *Association Aquitaines Alternatives*, n° 121915, p. 144) ou encore la lettre retenant le site d'implantation du Synchrotron (CE, Assemblée, 8 janvier 1988, *Min. chargé du plan*, n° 74361, p. 3).

En revanche, **ont le caractère de mesures préparatoires les appels d'offre** en matière de marchés publics, ou encore les appels à candidatures lancés par le CSA pour l'attribution de fréquences de télévision (v. CE, Assemblée, 21 octobre 1988, *société TFI*, n° 91912, p. 367 ; CE, Section, 25 juin 1993, *Sté Télé Free-Dom*, p. 182 ; ou encore CE, 19 mars 2003, *AFORM et autres*, n° 237513, T. p... sur la décision du CSA relative à un appel à candidatures pour l'édition de services de télévision à vocation nationale diffusés par voie numérique hertzienne, qui lance cet appel en précisant les étapes constitutives de cette procédure, le contenu du dossier à remettre par les candidats, les modalités d'examen des candidatures et notamment les critères de sélection qui seront retenus ainsi que les dispositions liées à l'attribution des fréquences) et pour l'attribution de fréquences radiophoniques (CE, 13 février 1991, *Société Ile de France média et autres*, n° 98809, p. 58). Si elles ne constituent pas des décisions susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir, leur légalité peut en revanche être contestée, comme en témoignent ces précédents, à l'appui de conclusions dirigées contre les autorisations d'usage de fréquence délivrées par le CSA à l'issue de ces procédures. De même, constituent des mesures préparatoires les décisions ministérielles lançant des appels à candidatures pour la désignation des opérateurs chargés de fournir les composantes du service universel des communications électroniques (CE, 12 juin 2006, *AFORS Télécoms*, n° 276965, aux Tables) ou pour l'attribution de la quatrième licence 3G (CE, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom et autres*, n° 332393, p. 378), qui ne peuvent quant à elles être contestées qu'à l'appui du recours contre les actes désignant les opérateurs choisis à l'issue de ces procédures.

On pourrait un instant se demander si les appels d'offres « électricité » ne revêtiraient pas une portée décisive plus forte que les appels à candidatures que nous venons d'évoquer : ils manifestent l'analyse d'une insuffisance de l'offre privée pour satisfaire à la programmation pluriannuelle des investissements et la volonté des pouvoirs publics de susciter cette initiative, dans une région donnée, pour une puissance visée et selon un mode de production particulier. Mais l'appel d'offres ne décide rien et ne fait que préparer des décisions ultérieures d'autorisation qui, elles, arrêteront un mode de production, une localisation et une puissance. Du moins ne revêt-il pas de portée décisive plus grande que les appels à candidatures du CSA, dont le commissaire du gouvernement concluant sur l'affaire d'Assemblée *Société TFI* du 21 octobre 1988 relevait qu'ils déterminent la zone géographique dans laquelle le service sera diffusé, un plan de fréquences (c'est-à-dire les fréquences disponibles dans la zone), qu'ils précisent le site d'émission et la puissance apparente rayonnée, et indiquent à quelle catégorie de services (locaux ou nationaux) ils s'adressent. Ainsi qu'il l'indiquait, « ces appels à candidatures, et notamment la définition des paramètres techniques qu'ils contiennent, ne produisent en eux-mêmes aucun effet juridique et sont un simple élément de la procédure d'élaboration de la seule décision prévue par la loi qui est l'autorisation de diffuser un service sur une fréquence donnée ».

**Nous vous invitons à transposer cette jurisprudence et à juger que la décision de lancer un appel d'offres en application de l'article L. 311-10 du code de l'énergie et son cahier des charges constituent des mesures préparatoires à l'autorisation d'exploiter** délivrée en application du même

code à la personne désignée à l'issue de la procédure dont elles font partie, **et que leur légalité peut être contestée à l'appui du recours dirigé contre cette autorisation.**

Si vous jugiez à l'inverse que l'appel d'offres revêt une portée décisive suffisante justifiant, afin notamment de permettre l'engagement d'un contentieux le plus précoce possible, de voir dans cet appel et son cahier des charges un acte faisant grief, il ne découlerait toutefois pas nécessairement des liens étroits entre ces actes et l'autorisation d'exploiter l'installation de production d'électricité la qualification d'opération complexe.

S'agissant d'une dérogation à la règle selon laquelle on ne peut plus exciper de l'illégalité d'un acte non réglementaire définitif, la notion, d'origine prétorienne, d'opération complexe fait en effet l'objet d'une interprétation stricte. Il ne suffit pas que les décisions en cause s'inscrivent dans le cadre d'une même procédure administrative et soient prises au titre d'une même législation. D'une part, comme le rappelait V. Daumas dans ses conclusions sur une décision *Commune de Villeneuve-le-Compte* du 28 septembre 2017 (n° 407985), il faut que l'acte amont ait été spécialement pris en vue d'aboutir à l'acte aval, et que l'acte aval soit conditionné par l'intervention de cet acte amont. Or si l'appel d'offres est lancé dans l'unique but de susciter des candidatures aboutissant à la délivrance d'une autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité répondant aux caractéristiques souhaitées par l'Etat, la délivrance d'une autorisation d'exploiter n'est pas, en droit, conditionnée à l'édition préalable d'une décision de lancement d'appel d'offres et à l'élaboration d'un cahier des charges : dans sa rédaction applicable, l'article L. 311-1 du code de l'énergie subordonne ainsi l'exploitation d'une installation de production électrique 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* ». D'autre part, le président Odent rappelait qu'il est difficile de systématiser les raisonnements car « *il n'y a, en réalité, d'opérations complexes que celles qui sont qualifiées par la jurisprudence* » (*Contentieux administratif*, Dalloz, ed. 2007, vol. 1, p. 878). Cette qualification est donc à votre main. Or si vous écartiez celle de mesure préparatoire, par préoccupation d'ouvrir au plus tôt le prétoire et de purger le plus vite possible, en amont de l'autorisation, les vices dont la procédure d'appel d'offres serait le cas échéant entachée, cette préoccupation pourrait vous conduire à refuser qu'il soit encore possible, une fois le cahier des charges de l'appel d'offres devenu définitif, d'exciper de son éventuelle illégalité et, ainsi, à ne pas reconnaître une opération complexe.

Toutefois, même si vous écartiez la qualification de mesure préparatoire et celle d'opération complexe, l'exception d'illégalité du cahier des charges ne pourrait être regardée comme irrecevable qu'à la condition que ce cahier ait acquis un caractère définitif lors de l'introduction de la requête.

Il résulte de votre jurisprudence *Millon* du 27 juillet 2005 (Section, n° 259004, p. 336) que la publication d'une décision administrative dans un recueil autre que le Journal officiel de la République française fait courir le délai du recours contentieux à l'égard de tous les tiers si l'obligation de publier cette décision dans ce recueil résulte d'un texte législatif ou réglementaire lui-même publié au Journal officiel, et qu'en l'absence d'une telle obligation, cet effet n'est attaché à la publication que si le recueil peut, eu égard à l'ampleur et aux modalités de sa diffusion, être regardé comme aisément consultable par toutes les personnes susceptibles d'avoir un intérêt leur donnant qualité pour contester la décision. En l'espèce, l'appel d'offres et son

cahier des charges ont été mis en ligne sur le site internet de la Commission de régulation de l'énergie, sans qu'une telle mise en ligne soit prévue par un texte. Si cette mise à disposition a pu faire courir les délais de recours à l'égard des professionnels du secteur de l'énergie (v. CE, Section, *Société GDF Suez*, n° 388150, p. 384), elle ne nous semble pas avoir constitué une mesure de publicité adéquate faisant courir ce délai à l'égard de petites associations locales de défense de l'environnement et de riverains telles que les requérantes. Quant à la publication au JOUE d'un avis d'appel d'offres le 5 juillet 2011, si une telle publication est prévue par l'article 5 du décret n° 2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, elle ne porte que sur un avis mentionnant l'objet de l'appel, les personnes admises à participer, le lieu et la date de mise à disposition du cahier des charges et la procédure choisie : **cet avis n'indique pas la région d'implantation envisagée envisagée et ne reproduit pas le cahier des charges**, se bornant à indiquer qu'il est disponible auprès de la CRE. Il s'agit donc d'une mesure d'information plus que de publication, et nous aurions pour notre part du mal à considérer qu'elle devrait, en raison du renvoi au site de la CRE que l'avis comporte et bien que le contenu de l'appel d'offres lui-même n'ait pas été publié au JOUE, être regardée comme ayant fait courir le délai de recours contentieux à l'égard de tous les tiers contre l'appel d'offres lui-même.

Ces difficultés, en ce qu'elles révèlent que le lancement de l'appel d'offres n'a été conçu que comme une étape d'un processus administratif de sélection plus que comme un acte décisoire devant faire l'objet d'une publication à part entière, nous paraissent conforter la qualification de mesure préparatoire de la décision d'appel d'offres, ensemble son cahier des charges.

Si vous vous suivez dans notre analyse, les associations requérantes pouvant dès lors se prévaloir de façon recevable et opérante à l'appui du présent recours des illégalités entachant l'élaboration du cahier des charges et son contenu, il vous faudra examiner le bien-fondé des critiques qu'elles soulèvent. Y compris les critiques de régularité.

Les critiques afférentes à la substance et au contenu du cahier des charges sont nombreuses, mais ne soulèvent pas de difficultés dirimantes : nous commencerons par elles.

Vous écarterez ainsi, comme manquant en fait, les critiques tirées d'une insuffisance du contenu de certaines prescriptions, en méconnaissance de l'article 3 du décret du 4 décembre 2002 prévoyant que le cahier des charges comporte les « *prescriptions détaillées de toute nature s'imposant au candidat retenu et applicables avant la mise en service de l'installation, pendant son exploitation ou son démantèlement ou pendant la remise en état de son site d'implantation* ». Le cahier des charges est suffisamment précis pour satisfaire aux exigences du décret et a pu se borner, sur certains points, à renvoyer au respect de la législation et des normes en vigueur, qui s'imposent au candidat retenu contrairement à ce qu'indiquent les requérantes. Par ailleurs, la circonstance que le cahier des charges prévoit que le suivi des paramètres d'exploitation sera basé sur les déclarations de l'exploitant de l'installation et sur les mesures de production effectuées par le gestionnaire du réseau public ne l'entache pas d'illégalité et n'a pas pour effet de soustraire à tout contrôle administratif les conditions d'exploitation ultérieures.

Le moyen tiré de ce que les ministres ont commis une erreur manifeste d'appréciation en attribuant, s'agissant d'un projet de grande ampleur envisagé près de zones Natura 2000, une



pondération trop faible, parmi les critères d'attribution du lot, à ceux procédant de considérations écologiques et environnementales, sera également écarté.

Tout d'abord, la note totale maximale correspondant à ces considérations n'est, contrairement à ce qui est soutenu, pas de 5 sur 100. En effet, outre le sous-critère « qualité et pertinence des mesures envisagées pour l'évitement, la réduction et le cas échéant la compensation des effets négatifs notables sur l'environnement pendant la construction puis l'exploitation », affecté d'une note maximale de 4, et le sous-critère « qualité et pertinence des actions envisagées pour le suivi environnemental », d'une note maximale de 1, nous notons qu'un sous-critère, noté sur un point, est relatif à la qualité et la pertinence des mesures envisagées lors du démantèlement pour l'évitement, la réduction et la compensation des effets sur l'environnement et les activités existantes, que le sous-critère, noté sur 10, relatif à la « minimisation du nombre d'équipements installés sur le domaine maritime », permet aussi de tenir compte de l'impact sur l'environnement des installations et que le sous-critère « impact des activités industrielles » prévoit de prendre en compte, sur deux points, la « minimisation des nuisances et risques induits par les opérations de transport ».

Or si l'article 1<sup>er</sup> du décret du 4 décembre 2002 fait figurer la prise en compte de « la protection de l'environnement du site d'implantation » parmi les conditions de l'appel d'offres, et si les critères mentionnés à l'article L. 311-5 du code de l'énergie, servant à l'élaboration du cahier des charges en vertu de l'article L. 311-10 du même code, comprennent notamment « 2° le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public » et « 5° la compatibilité avec (...) la protection de l'environnement », ces dispositions n'imposent pas une pondération ou une hiérarchie donnée entre les critères qu'elles énumèrent. Elles laissent à l'autorité administrative une large marge d'appréciation dans ses modalités de prise en compte de chacun d'eux. Eu égard à cette marge d'appréciation et à l'objet premier (purent électrique) de l'appel d'offres, le poids attribué au critère environnemental par le cahier des charges litigieux n'est pas entaché d'erreur manifeste. Quant à l'absence de note éliminatoire, elle ne saurait être assimilée à une faculté de s'abstraire de toute prise en compte du critère de protection de l'environnement et n'a pas entacher d'illégalité le cahier des charges.

Au demeurant, il n'est pas allégué que le projet retenu aurait obtenu sur les considérations environnementales une note qui aurait dû justifier une exclusion.

La dernière critique adressée sur le fond au cahier des charges porte sur l'existence d'une phase de levée des risques, non prévue par les textes.

Le point 6.3 du cahier des charges, intitulé « levée des risques pouvant faire obstacle à la mise en service », prescrit au candidat retenu de réaliser diverses études à l'issue de l'appel d'offres et d'en fournir les résultats au préfet, « afin d'identifier au plus tôt les risques de non réalisation du projet, ou de retard dans la mise en service de l'installation ». Il prévoit notamment la fourniture par le candidat retenu, au plus tard 18 mois à compter de sa désignation comme attributaire du lot, de relevés et études océanographiques complémentaires nécessaires au dimensionnement des ouvrages et à leur puissance, ainsi que d'« études de levée des risques environnementaux : au minimum l'étude d'incidence Natura 2000 complète, ainsi que des études complémentaires relatives à la faune, à la ressource halieutique, ou l'étude d'impact si elle est achevée ». Ce même article prévoit que « si les ministres compétents constatent, après remise des pièces sus

*mentionnées que les conditions de l'offre ne permettent pas la réalisation du projet au prix proposé, ajusté selon les dispositions du présent cahier des charges, ils pourront retirer l'autorisation d'exploiter conformément aux dispositions de l'article 14 du décret du 4 décembre 2002 ».*

D'une part, dès lors que le décret du 4 décembre 2002 prévoit que le cahier des charges comporte les prescriptions détaillées de toute nature s'imposant au candidat retenu en vue d'assurer la bonne fin des opérations avant la mise en service de l'installation, en rapport avec l'objet de l'appel d'offres, et permet de prononcer des sanctions en cas de non respect de ces prescriptions, le cahier des charges litigieux a pu mettre à la charge du candidat retenu la réalisation, après sa désignation, d'études complémentaires à celles fournies dans le cadre de l'appel d'offres.

D'autre part, si l'autorité administrative ne saurait délivrer une autorisation « à l'aveugle » à un candidat dont le dossier aurait été trop peu détaillé pour vérifier en l'état qu'il satisfaisait aux critères de l'appel d'offres, l'instauration d'une phase de levée de doutes telle celle mise en place par le cahier des charges en litige n'a ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'autorité à s'abstenir d'examiner la satisfaction par ce candidat des conditions posées par le cahier des charges et des critères de l'article L. 311-5 du code lors de la délivrance de l'autorisation d'exploiter.

Or les éléments exigés par le dossier de candidature suffisaient à vérifier le respect des critères posés par le cahier des charges pour l'attribution des lots. En particulier, le dossier de candidature comportait déjà une note d'évaluation des impacts environnementaux du projet, présentant une première évaluation des effets attendus et les mesures envisagées pour les maîtriser, devant démontrer la compatibilité du projet avec la sensibilité environnementale du site.

Enfin, la phase de levée de risques, qui tient compte de la durée brève laissée par le décret du 4 décembre 2002 pour présenter des offres, est prévue aux fins, premièrement, de s'assurer de la faisabilité financière du projet aux coûts envisagés lors de la réalisation des dossier de candidature et de l'attribution des lots, et deuxièmement, de préparer la suite du projet, qui devra encore obtenir diverses autorisations après approfondissement de ses différentes composantes et notamment, obtenir les autorisations requises par le code de l'environnement.

Dès lors, la seule circonstance que le cahier des charges indique qu'au plus tard dix-huit mois après l'obtention de l'arrêté d'autorisation d'exploiter, le candidat retenu devra fournir des études ultérieures, n'entache pas d'illégalité les décisions attaquées. Et il ne ressort pas des pièces du dossier que l'existence de cette phase de levée des risques aurait conduit l'autorité à choisir une offre et délivrer une autorisation sans s'être préalablement assurée du respect des conditions posées à ce choix et à cette délivrance.

Dans le cadre des critiques adressées à l'appel d'offres, il vous restera encore à examiner celles ayant trait à la régularité de la procédure d'élaboration et d'adoption du cahier des charges. Délicates, elles tiennent aux consultations et évaluations préalables.

La première critique est tirée du défaut de saisine de la Commission nationale du débat public dès le stade de l'élaboration du cahier des charges ou, à tout le moins, avant le lancement de l'appel d'offres, en méconnaissance des dispositions des articles L. 121-8 et R. 121-1 du code de l'environnement.

Aux termes du I de l'article L. 121-8 de ce code, dans sa rédaction alors applicable, « *la Commission nationale du débat public est saisie de tous les projets d'aménagement ou d'équipement qui, par leur nature, leurs caractéristiques techniques ou leur coût prévisionnel, tel qu'il peut être évalué lors de la phase d'élaboration, répondent à des critères ou excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. / Le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet adresse à la commission un dossier présentant les objectifs et les principales caractéristiques du projet, ainsi que les enjeux socio-économiques, le coût estimatif et l'identification des impacts significatifs du projet sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* ». En vertu des critères et seuils posés aux articles R. 121-1 et R. 121-2 du code, la CNDP est ainsi saisie de droit des « *projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées* » entrant dans la catégorie « équipements industriels », dès lors que le coût des bâtiments et infrastructures dépasse 300 millions d'euros.

La création d'un parc éolien au coût estimé de 2 milliards d'euros tel celui au cœur du présent litige est un projet d'investissement relevant de la catégorie « équipements industriels » pour laquelle la CNDP est saisie de droit. Elle a d'ailleurs été saisie dès le 12 juin 2012, après délivrance de l'autorisation d'exploiter, par la société Eolien maritime France attributaire du lot. La question qui vous est posée est celle de savoir si cette saisine aurait dû s'opérer dès l'élaboration du cahier des charges par les ministres et le lancement de l'appel d'offres.

Il est certain que la consultation du public dès le stade de l'élaboration de l'appel d'offres fait sens, en ce qu'elle permet d'opérer une concertation et une participation du public le plus en amont possible de la cristallisation du projet de parc éolien sur un point sensible : la localisation du parc envisagée par les pouvoirs publics, qui ne peut être le plus utilement débattue qu'à ce stade, dès lors qu'elle n'est plus susceptible, sauf à reprendre le processus depuis l'origine, d'être modifiée une fois la première autorisation délivrée. Postérieurement aux actes en litige, le législateur est d'ailleurs intervenu pour prévoir expressément une telle consultation. Ainsi, la loi n° 20185-727 du 10 août 2018 a inséré dans le code de l'environnement un article L. 121-8-1 qui impose la saisine de la CNDP par le ministre chargé de l'énergie préalablement au lancement d'un appel d'offres pour la construction et l'exploitation d'éoliennes en mer, et précise que le public est notamment consulté sur le choix de la localisation de la ou des zones potentielles d'implantation des installations envisagées.

Mais que l'utilité d'une telle concertation soit indiscutable n'implique pas que la saisine de la CNDP fût imposée par les textes alors en vigueur – que nul n'interprétait alors comme imposant une telle saisine dès le stade de l'appel d'offre.

Vous jugez que l'objet de la concertation prévue par ces dispositions est de débattre de l'opportunité, des objectifs et des caractéristiques principales d'un projet d'aménagement et d'équipement, de ses enjeux socio-économiques, de ses impacts significatifs sur l'environnement et l'aménagement du territoire, ainsi que des solutions alternatives, y compris son absence de mise en œuvre. Il en résulte que cette concertation doit non seulement être préalable à l'autorisation du projet, mais avoir lieu à « *un stade où le projet (...) n'est pas encore assez défini pour faire l'objet d'une évaluation environnementale ou d'un rapport sur les incidences*

*environnementales* » précises (CE, 13 mars 2019, *France nature environnement*, n° 414930, aux Tables).

Si la concertation organisée par les articles L. 121-8 et suivants du code de l'environnement se tient ainsi, en règle générale, sur un « projet de projet » pour reprendre l'expression de L. Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur ce précédent, encore faut-il donc qu'il y ait un tel début de projet pouvant être soumis à concertation.

**Nous ne cacherons pas avoir hésité.** L'appel d'offres peut en effet être vu de deux façons. Soit comme traçant dans le cahier des charges un « projet de projet » pour lequel l'Etat ne cherche plus qu'un maître d'ouvrage. Or dans l'état des textes alors applicables, la CNDP pouvait être saisie non seulement par le maître d'ouvrage, mais aussi par la personne publique responsable du projet. Soit comme un appel à d'éventuels projets, une procédure visant à susciter l'initiative privée et au stade de laquelle il n'y aurait pas encore de « projet », fût-il seulement partiellement défini et ébauché, dont la puissance publique serait « responsable » au sens de l'article L. 121-8 du code.

Exclure par principe de la notion de projets toutes les hypothèses, qui ne se rencontrent pas qu'en droit de l'énergie, dans lesquelles l'Etat fait un appel d'offres ou à manifestation d'intérêt nous paraîtrait impossible. **Si les caractéristiques du parc éolien souhaité par la puissance publique étaient, dès le stade du cahier des charges, suffisamment déterminées en termes de localisation, de puissance, mais aussi de technologie ou encore d'ampleur pour que les principales caractéristiques du projet de parc puissent être regardées comme ébauchées et discutables dès ce stade, il nous semblerait difficile de ne pas voir dans le cahier des charges un « projet de projet »** au seul motif que l'appel peut se révéler infructueux et que l'Etat ne fait qu'inviter les opérateurs privés à se manifester.

Mais en l'espèce, tel n'est pas le cas du cahier des charges litigieux, qui ne saurait être regardé, eu égard à son contenu et à l'absence de détermination et d'ébauche de nombreux paramètres, comme ayant esquissé les principales caractéristiques d'un premier état de projet. Compte tenu tant de la nature et de l'objet de l'appel d'offres que du caractère trop indéterminé des « *principales caractéristiques* » de l'éventuel parc éolien susceptible d'être autorisé à l'issue de la procédure pour permettre, dès ce stade, une concertation préalable sur le projet de parc ultérieur, **ce cahier des charges ne constituait pas déjà un « projet »** au sens de l'article L. 120-8 du code et la CNDP n'avait pas à être saisie dès ce stade. L'article L. 121-8-1 du code, en prévoyant la saisine obligatoire de la CNDP avant le lancement de l'appel d'offre pour permettre un débat sur la localisation projetée pour les installations envisagées, nous semble donc avoir comblé un angle mort.

Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que l'absence de saisine de la CNDP préalablement au lancement de l'appel d'offres aurait entaché d'irrégularité la procédure d'appel d'offres et, par suite, l'arrêté d'autorisation d'exploiter délivré à son issue ne pourra qu'être écarté.

Au demeurant, le code de l'environnement ne fixe pas de date limite à la saisine de la CNDP des projets d'aménagement ou d'équipement relevant du I de l'article L. 121-8. Le juge de l'excès de pouvoir se borne à contrôler que cette saisine n'a pas été privée d'effet utile, du fait de la date à laquelle elle est intervenue (CE, 20 avril 2005, *Collectif contre les nuisances du TGV de*

*Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Axances et autre*, n° 258968 259221, aux Tables sur ce point). En l'espèce, si la saisine de la CNDP le 5 juin 2012 a diminué l'utilité de cette saisine en comparaison d'une saisine préalable à la délivrance de l'autorisation d'exploiter au titre du code de l'énergie, en ce que la localisation du projet ne pouvait plus être modifiée sauf à abandonner le projet lui-même et tout reprendre de zéro, cette possibilité de ne pas mener à terme le projet existait encore et il était loisible au porteur de projet comme à l'Etat de tenir compte des résultats de la concertation au stade des demandes d'autorisations nécessaires au titre d'autres législations, de leur instruction et de leur délivrance. De plus, cette concertation s'est opérée pendant la phase de « levée des risques » prévue par le cahier des charges. Dans ces conditions, la date de saisine de la Commission n'a pas privé de portée utile cette saisine.

Il est encore soutenu que les ministres chargés de l'énergie et de l'environnement ont méconnu le principe de participation du public tel que mis en œuvre par l'article L. 120-1 du code de l'environnement.

Mais contrairement à ce que font valoir les requérantes, le cahier des charges de l'appel d'offres en cause ne constitue pas une « décision réglementaire de l'Etat », au sens de l'article L. 120-1 du code dans sa rédaction alors applicable – dont la déclaration d'inconstitutionnalité par la décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 du Conseil constitutionnel ne peut, en vertu du considérant 34 de cette dernière, être invoquée (et ne l'est d'ailleurs pas) pour contester les décisions prises avant le 1<sup>er</sup> septembre 2013. Le moyen ne peut donc, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la condition tenant à l'existence d'une incidence directe et significative sur l'environnement, qu'être écarté.

Il est enfin soutenu que le cahier des charges relatif à une procédure d'appel d'offres portant sur des installations éoliennes de production d'électricité **constitue un plan ou programme susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement** au sens de l'article 3 de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et de l'article L. 122-4 du code de l'environnement. Les requérantes en déduisent que, faute d'avoir fait l'objet de l'évaluation environnementale exigée pour de tels plans et programmes, le cahier des charges a été élaboré selon une procédure irrégulière. Elles relèvent que, si l'article R. 122-17 du même code pris pour l'application de ces dispositions, dans sa rédaction alors applicable, ne mentionnait pas les appels d'offres réalisés en application de l'article L. 311-10 du code de l'énergie parmi « *les plans, schémas, programmes et autres documents de planification devant faire l'objet d'une évaluation environnementale* », cet article était contraire aux exigences du droit communautaire que l'article L. 122-4 avait pour objet de transposer et devait, dans cette mesure, être écarté.

L'article L. 122-4 du code, pris pour la transposition de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001, distingue, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, entre deux cas de figure pour la mise en œuvre de l'exigence d'évaluation environnementale des « *plans, schémas, programmes et autres documents de planification susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement* ». D'une part, les documents qui doivent systématiquement faire l'objet à ce titre d'une telle évaluation. Ces documents, visés au 1<sup>o</sup> du I, incluent « *les plans, schémas, programmes et autres documents de planification adoptés par l'Etat (...) relatifs (...) à l'énergie (...) qui ont pour objet de définir le cadre de mise en œuvre des travaux et projets d'aménagement entrant dans le champ d'application de l'étude d'impact en application de l'article L. 122-*

1 ». D'autre part, les plans et programmes soumis à un examen au cas par cas, leur soumission à évaluation environnementale dépendant des incidences qu'ils sont susceptibles d'avoir sur l'environnement. Sont concernés à ce titre, en vertu du 2° du même I, « *les plans, schémas, programmes et autres documents de planification adoptés par l'Etat (...), autres que ceux mentionnés au 1° du présent article, qui ont pour objet de définir le cadre de mise en œuvre des travaux ou projets d'aménagement s'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* », et, en vertu du 3°, ceux « *les plans, schémas, programmes et autres documents de planification pour lesquels, étant donné les incidences qu'ils sont susceptibles d'avoir sur des sites (Natura 2000), une évaluation des incidences est requise en application de l'article L. 414-4.* »

L'article R. 122-17 du code dans sa rédaction alors applicable a dressé une liste, se présentant comme exhaustive, des plans, schémas, programmes et autres documents de planification visés au I de l'article L. 122-4, sans distinguer entre ceux relevant de son 1° et ceux relevant d'un examen au cas par cas. Lorsque ces dispositions réglementaires ne mentionnent pas un document qui présente le caractère d'un plan, schéma, programme ou autre document de planification devant faire l'objet d'une évaluation environnementale au titre du I de l'article L. 122-4 du code, vous jugez qu'elles sont illégales dans cette mesure (v. par ex. CE, 18 décembre 2017, *min. de l'environnement*, n° 397923, inédite au Recueil). Vous jugez aussi que les dispositions du 1° du I de l'article L. 122-4 du code étant suffisamment précises pour recevoir une application immédiate, un plan ou programme en relevant, adopté sans évaluation environnementale préalable, a été pris au terme d'une procédure irrégulière (même décision).

La circonstance que l'article R. 122-17 ne mentionne pas les appels d'offres de l'article L. 311-10 du code de l'énergie ne doit donc pas vous arrêter : il vous faut rechercher si de tels appels d'offres présentent le caractère d'un plan, schéma, programme ou autre document de planification devant faire l'objet d'une évaluation environnementale au titre du I de l'article L. 122-4 du code. La requête mélange ici les terrains, invoquant la directive et le droit interne.

Que l'on se place sur le terrain du 1°, du 2° ou du 3° du I de l'article L. 122-4, ces dispositions présentent toutes un point commun : elles concernent des « *plans, schémas, programmes et autres documents de planification susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement qui, sans autoriser par eux-mêmes la réalisation de travaux ou prescrire des projets d'aménagement, sont applicables à la réalisation de tels travaux ou projets* ».

La jurisprudence de la CJUE sur la directive 2001/42/CE, à la lumière de laquelle doit être interprété l'article L. 122-4 du code, retient une approche large de son champ d'application, eu égard à l'objectif de cette directive, qui consiste à garantir un niveau de protection élevé de l'environnement. La notion de plans et programmes au sens des articles 2 et 3 de cette directive se rapporte ainsi, en vertu d'une jurisprudence constante de la CJUE (v. par ex. CE, 11 septembre 2012, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias*, aff. C-43/10 ou CJUE, 27 octobre 2016, *Patrice D'Oultremont*, aff. C-290/15), à tout acte qui établit, en définissant des règles et des procédures de contrôle applicables au secteur concerné, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Constitue par exemple un tel plan ou programme un arrêté portant sur les normes techniques, les modalités d'exploitation, les normes de niveau sonore, la remise en état ainsi que la constitution d'une sûreté pour les éoliennes,

devant être respectées dans le cadre de la délivrance d'autorisations administratives portant sur l'implantation et l'exploitation de telles installations en région wallonne (arrêt de la CJUE du 27 octobre 2016 précité). Par ailleurs, le fait que les projets qui seront réalisés dans le cadre de la mise en œuvre d'un programme seront soumis à évaluation environnementale au titre de la directive « projets » n'exempte pas ce programme de l'exigence d'évaluation prévue par la directive « plans et programmes », qui doit être réalisée aussi tôt que possible afin que ses conclusions puissent encore influencer sur d'éventuelles décisions (CJUE, 7 juin 2018, *Inter-Environnement Bruxelles ASBL*, aff. C-671/16 ; CJUE, 7 juin 2018, *Raoul Thybaut et autres*, aff. C-160/17). L'avocat général J. Kokott relevait ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire Raoul Thybaut, que les prescriptions des plans et programmes n'ouvrant, par construction, « *que la possibilité d'incidences sur l'environnement susceptibles d'être créées par des projets concrets* », la seule circonstance que l'on ignore encore les projets qui seront effectivement réalisés et que l'on ne pourra concrètement évaluer leurs incidences sur l'environnement qu'au moment de leur autorisation, ne saurait faire échec à l'application de la directive 2001/42/CE : si l'on ne peut dès le stade d'un plan ou programme évaluer les incidences environnementales concrètes et précises de ces projets, on peut en revanche tenter de décrire, dans une approche réaliste, les incidences éventuelles du plan en cause dans le cas où seraient réalisés des projets dans le cadre qu'il fixe.

Dans votre décision du 26 juin 2015, *Association FNE* (n° 360212, T. p...), vous avez écarté la qualification de plans ou programmes visés au I de l'article L. 122-4 du code de l'environnement, pour de très nombreux documents. Dans ses conclusions sur cette affaire, X. de Lesquen exposait ainsi qu'un document doit notamment, pour relever des plans ou programmes visés par ces dispositions, définir le cadre de mise en œuvre de travaux et projets d'aménagement et, ainsi, avoir un caractère prescriptif se traduisant par une opposabilité aux tiers. C'est notamment pour un motif tiré de l'absence d'opposabilité aux tiers des orientations et mesures contenues dans la charte d'un parc naturel régional que vous avez refusé de voir dans une telle charte un plan ou programme relevant du I de l'article L. 122-4 du code (CE, 20 novembre 2013, *Association FNE*, n° 363667, aux tables sur un autre point). Votre jurisprudence paraît s'être légèrement assouplie dans l'appréhension de l'exigence du caractère prescriptif des documents en cause, vous contentant désormais de l'édition d'orientations, d'objectifs à atteindre et de zones favorables à la réalisation d'aménagements, s'imposant, dans un rapport de compatibilité et non de conformité, à certains documents de planification, et présentant ainsi une « densité juridique » - selon l'expression de J. Burguburu – suffisante pour y voir le cadre de mise en œuvre de travaux et projets d'aménagement (v. CE, 18 décembre 2017, *min. de l'environnement*, n° 397923, inédite au Recueil, s'agissant du schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie et du schéma régional éolien qui lui est annexé).

Toutefois, même dans le paradigme ainsi assoupli, et à la lumière de la définition donnée par la Cour, le document en cause doit présenter une nature programmatique et planificatrice. Si la circonstance qu'il débouchera sur la délivrance d'autorisations pour des projets relevant de la directive « projets » ne fait pas échapper un plan ou programme aux exigences de la directive 2001/42/CE, encore faut-il que ce document présente bien le caractère d'un plan ou programme s'imposant à un secteur d'activité et/ou à un territoire donnés, définissant, par des règles et procédures, le cadre de mise en œuvre de projets ultérieurs, et qu'il ne soit pas simplement la première étape d'une procédure administrative afférente à un projet individuel, encore trop indéterminé et insuffisamment constitué pour donner lieu à une évaluation au titre de la directive projets.

Or le cahier des charges d'un appel d'offres lancé en application de l'article L. 311-10 du code de l'énergie constitue un document ayant pour objet, afin d'assurer la transparence d'une procédure de mise en concurrence, d'indiquer les critères de sélection qui seront mis en œuvre par la puissance publique pour choisir et départager entre les offres qu'elle invite à lui soumettre, et énonce, à cette fin, les caractéristiques, conditions financières et techniques qu'elle souhaiterait se voir proposer par les candidats et que ceux-ci, si ils sont retenus, s'engagent à respecter. La procédure d'appel d'offres se déroule sur un temps très bref et ne peut déboucher que sur la délivrance d'une autorisation à un projet, répondant aux souhaits ainsi exprimés, ou sur un constat d'infructuosité. La réglementation applicable au secteur de l'éolien reste celle fixée par le code de l'énergie et le code de l'environnement. Le cahier des charges de l'appel d'offres ne relève pas d'une optique de planification et de programmation par l'édiction de règles, procédures et orientations applicables à un territoire ou un secteur d'activité – c'est l'objet des documents stratégiques de façade maritime, qui ont d'ailleurs donné lieu à concertation, et des schémas régionaux éoliens – mais d'une logique de mise en concurrence temporellement bornée afférente à un projet donné.

Dès lors, le cahier des charges en cause n'est pas au nombre des plans ou programmes au sens du I de l'article L. 122-4 du code. Vous écarterez, par suite, le moyen tiré d'une irrégularité fautive d'évaluation environnementale préalable à son adoption.

Ayant ainsi écarté toutes les critiques adressées au cahier des charges par la voie de l'exception, vous examinerez les moyens dirigés directement contre la décision de désignation et l'autorisation attaquées.

Le moyen tiré de ce qu'il n'est pas démontré que la société Eolien maritime France aurait joint à son offre l'ensemble des pièces exigées par le cahier des charges sera écarté.

Vous vous retrouverez ensuite saisis d'un moyen tiré de ce que l'autorisation d'exploiter aurait été délivrée à l'issue d'une procédure irrégulière fautive d'avoir été elle-même précédée d'une étude d'impact, en violation de l'article L. 122-1 du code de l'environnement, et d'une enquête publique, en méconnaissance de l'article L. 123-1 du même code. A l'appui de ce moyen, les requérantes invoquent aussi la directive du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Dans sa rédaction alors applicable – c'est-à-dire celle antérieure aux modifications apportées par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, qui ne se sont appliquées qu'aux projets dont le dossier de demande d'autorisation a été déposé auprès de l'autorité compétente à compter du premier jour du sixième mois après la publication du décret prévu à l'article L. 122-3 du code de l'environnement – l'article L. 122-1 exigeait une étude d'impact environnemental préalablement à « *la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier* ».

Dès lors, d'une part, que l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité n'autorise pas, par elle-même, la réalisation de cette installation et les travaux d'aménagement du parc mais seulement son exploitation au titre de la législation sur l'énergie, et d'autre part – ce qui nous semble essentiel – que la réalisation des travaux et aménagements nécessaires à la



construction du parc éolien dont cette autorisation autorise l'exploitation électrique suppose la délivrance ultérieure d'autres autorisations (autorisations « loi sur l'eau » et concessions d'utilisation du domaine public maritime), qui, elles, doivent être précédées d'une telle étude d'impact et l'ont d'ailleurs, en l'espèce, bel et bien été, l'absence d'étude d'impact préalable à la délivrance de l'autorisation d'exploiter prévue par l'article L. 311-1 du code de l'énergie n'a pas entaché cette dernière d'irrégularité.

Nous relèverons ici que les évaluations prévues au stade de ces autorisations ultérieures doivent permettre de tenir compte de l'ensemble des incidences environnementales du projet, et non seulement de ces incidences sur la faune et la flore marines. En effet, à côté de l'autorisation dite « loi sur l'eau », la réalisation du parc est également subordonnée à l'obtention d'une concession d'utilisation du domaine public maritime. Or l'article L. 2124-1 du code général de la propriété des personnes publiques dans sa rédaction alors applicable prévoit que les décisions d'utilisation de ce domaine tiennent compte « des impératifs de préservation des sites et paysages du littoral et des ressources biologiques », notion semble-t-il plus large que les seules ressources marines ; le dossier de demande de concession prévu par l'article R. 2124-2 doit comporter l'étude d'impact établie dans les conditions prévues par les articles R. 112-1 et suivantes du code de l'environnement et l'article R. 2124-7 impose la réalisation d'une enquête publique préalablement à l'approbation d'une concession d'utilisatin du domaine public maritime.

Dès lors que l'article L. 123-1 ne soumettait à enquête que « *la réalisation d'aménagements, d'ouvrages ou de travaux exécutés par des personnes publiques ou privées (...), lorsqu'en raison de leur nature, de leur consistance ou du caractère des zones concernées, ces opérations sont susceptibles d'affecter l'environnement* », qu'il renvoyait à un décret en Conseil d'Etat la liste des opérations visées, et que l'article R. 123-1 du code visait la réalisation de « travaux » et « ouvrages », vous pourrez écarter le moyen tiré de l'absence d'enquête publique préalable, pour les mêmes motifs que ceux déjà indiqués tenant à la portée de l'autorisation d'exploiter délivrée au titre du code de l'énergie et à la nécessité d'autres autorisations pour la réalisation des travaux et aménagements qui seront, quant à elles, précédées d'une enquête publique.

Quant à la directive de 1985 invoquée par la requête, qui n'était plus applicable à la date de l'autorisation en litige et avait été remplacée par la directive du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, notons en tout état de cause qu'elle entend par projet « la réalisation de travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages » ainsi que « d'autres interventions dans la milieu naturel ou le paysage ». Eu égard aux études et enquêtes devant être réalisées avant la délivrance de l'autorisation « loi sur l'eau » et l'octroi de la concession d'utilisation du domaine public maritime en application des dispositions du code de l'environnement précitées, prises pour la transposition des directives projets successives, le droit national n'a pas méconnu la directive de 1985 en s'abstenant de prévoir la réalisation d'une étude d'impact et d'une enquête publique préalablement à la délivrance de l'autorisation « code de l'énergie » elle-même.

**Nous en arrivons au dernier moyen de la requête, tiré de ce que, compte tenu de l'atteinte grave que porteront la construction et l'exploitation du parc éolien en cause à l'environnement, la délivrance de l'autorisation d'exploiter ce parc méconnaît l'objectif de protection de l'environnement, en méconnaissance de l'article L. 311-5 du code de l'énergie dans sa rédaction alors applicable.**

L'article L. 311-10 du code de l'énergie dispose que les critères mentionnés à l'article L. 311-5 du code « *servent à l'élaboration du cahier des charges de l'appel d'offres* ». Parmi ces critères figurent « 2° *Le choix des sites , l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public* » et « 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* ». Il nous semble résulter de ces dispositions qu'en dépit de la large marge d'appréciation laissée à l'autorité administrative dans l'élaboration du cahier des charges, le choix d'une offre et la délivrance de l'autorisation d'exploiter l'installation correspondante ne pouvaient, dans l'état du droit alors applicable, s'opérer en ne tenant aucun compte de la protection de l'environnement. Par ailleurs, la circonstance que le cahier des charges d'un appel d'offres prévoie, en application de ces dispositions, un critère environnemental et l'affecte d'une pondération donnée ne saurait faire écran et empêcher qu'un requérant conteste l'autorisation finalement délivrée en faisant valoir que l'autorité administrative ne pouvait, sans méconnaître les dispositions combinées des articles L. 311-10 et L. 311-5 du code de l'énergie et les critères qu'elles énoncent, autoriser l'exploitation d'une telle installation.

Toutefois l'objectif de protection de l'environnement mentionné au 5° de l'article L. 311-5 du code de l'énergie n'est pas, ou pas seulement, celui de protection de l'environnement local – qui nous paraît relever au moins autant du critère de choix des sites énoncé au 2°. La protection de l'environnement visée au 5° inclut aussi les effets positifs, au niveau global, qui sont attendus du choix d'énergie retenu en termes de lutte contre le réchauffement climatique et contre l'effet de serre et de protection des intérêts des générations futures en termes de gestion des déchets. La construction et l'exploitation d'installations de production d'énergie d'origine éolienne portent nécessairement une atteinte à l'environnement local. La question est celle de l'acceptabilité de cette atteinte locale et de sa mise en regard avec les retombées positives, y compris environnementales, attendues du projet. L'appréciation de la prise en compte de l'objectif de protection de l'environnement lui-même nous paraît ainsi ne pouvoir répondre qu'à une logique interne de bilan – sans même évoquer, compte tenu de l'objet premier des autorisations d'exploiter délivrées à l'issue d'un appel d'offres lancé au titre de l'article L. 311-10, qui est de contribuer à la sécurité d'approvisionnement électrique de la France, la pondération du critère environnemental avec les autres critères de l'article L. 311-5 relatifs à l'efficacité et la sûreté énergétiques, et la mise en balance externe des effets environnementaux d'un projet de centrale électrique avec ses autres externalités positives.

Or la seule circonstance qu'un parc éolien se situe à proximité de zones Natura 2000 ne suffit pas à démontrer que le choix du site retenu est incompatible avec la prise en compte de l'objectif de protection de l'environnement énoncé à l'article L. 311-5.

Les requérantes mentionnent certes les nombreuses espèces d'oiseaux vivant tout ou partie de l'année sur le plateau de la Banche dans la zone Natura 2000 « Estuaire de la zone Nord », à 2 km d'une des extrémités du parc, et évoquent la richesse biologique sous-marine de la zone Natura 2000 « Plateau du Four », distante de 4 km du projet. Elles font valoir l'ampleur de l'emprise au sol d'un parc de 80 éoliennes, l'impact qu'aura l'immobilisation des câbles nécessaires à son fonctionnement et à son raccordement faute d'ensouillage possible, les perturbations (en particulier sonore) liées pour les oiseaux au fonctionnement des pâles, ou encore l'impossibilité, lors du démantèlement, d'une remise du site dans un état comparable à

l'état initial, exigée par le cahier des charges et que la requête estime illusoire. Toutefois, il ne ressort pas des pièces du dossier que les atteintes à l'environnement prévisibles seraient telles qu'aucune mesure d'accompagnement, de prévention et d'évitement, notamment celles pouvant être prescrites au stade de la délivrance des autorisations exigées au titre des autres législations, ayant quant à elles plus spécifiquement pour objet la protection de l'environnement et dont l'octroi peut être refusé en cas d'atteinte grave à celui-ci, ne saurait permettre de les limiter à un niveau compatible, compte tenu de la logique bilancielle devant par ailleurs s'appliquer au stade du code de l'énergie, avec la protection de l'environnement. Les études d'incidence Natura 2000 réalisées postérieurement à l'autorisation attaquée ont conclu à l'absence d'incidence significative, et l'étude d'impact fait état de diverses mesures adoptées lors de l'élaboration du programme de travaux afin d'assurer la recolonisation des sites marins.

Dans ces conditions, ce dernier moyen sera écarté.

Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de condamner les associations à verser de sommes aux sociétés défenderesses.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 25 juillet 2017 de la cour administrative d'appel de Nantes ;
- au rejet de la requête présentée par les associations GRSB et Prosimar devant cette cour et du surplus des conclusions de leur pourvoi ;
- et au rejet des conclusions présentées par la société Eolien Maritime France et la société du Parc du banc de Guérande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.