

Paris, le 11 juin 2020

N. Réf. : GRSB et PROSIMAR / Ministre de la Transition écologique et solidaire

Objet : Demande d'abrogation des décisions des 6 et 18 avril 2012

Madame la Ministre,

Je vous saisis au nom et pour le compte de deux associations :

- L'association Groupement des Résidents pour la Sauvegarde environnementale de La Baule (GRSB), association loi de 1901 dont l'objet statutaire est notamment la préservation de l'environnement et la défense du cadre de vie des résidents à La Baule et dans les communes avoisinantes de Loire-Atlantique, et dont le siège social sis 39, route de Nérac à La Baule (44500), d'une part ;
- L'association pour la Protection du Site et de l'environnement de Sainte-Marguerite (PROSIMAR), association loi de 1901 dont l'objet statutaire est de promouvoir toutes activités et d'entreprendre toutes actions tendant à la protection de la nature, à la sauvegarde de l'environnement et du patrimoine, bâti ou naturel, à la qualité des eaux à terre et en mer et leur biodiversité, à la lutte contre la pollution terrestre et maritime, à la sécurité des personnes et des biens et à la qualité du cadre de vie de ses habitants permanents ou résidents occasionnels ou touristiques du quartier de Sainte-Marguerite de Pornichet (partie de la commune de Pornichet comprise entre Bonne Source et la commune de St Nazaire), ses abords terrestres et maritimes et ses alentours, et dont le siège social est situé Espace Camille Flammarion, 5 boulevard de la République à Pornichet (44380), d'autre part.

I.

Au terme d'une procédure d'appel d'offres n° 2011/S 126-208873 portant sur des installations éoliennes de production d'électricité en mer en France métropolitaine, ouverte sur le fondement de l'article L. 311-10 du code de l'énergie par un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne du 5 juillet 2011, vous avez, par une décision révélée par la publication d'un communiqué de presse sur le site internet de votre ministère le 6 avril 2012, déclaré sans suite la procédure pour le lot n° 1 (Le Tréport), attribué les lots n° 2, 3 et 5 (Fécamp, Courseulles-sur-Mer et Saint-Nazaire) à la société Eolien Maritime France, et enfin attribué le lot n° 4 (Saint-Brieuc) à la société Ailes Marines.

En conséquence de cette attribution, et en ce qui concerne particulièrement le parc de Saint-Nazaire, vous avez, par arrêté du 18 avril 2012, autorisé la société Eolien Maritime France (« Eolien Maritime France ») à exploiter une installation de production d'électricité sur le fondement du code de l'énergie.

Par arrêté du 6 novembre 2012, vous avez transféré cette autorisation à la société Parc du Banc de Guérande, dont Eolien Maritime France était l'actionnaire majoritaire.

Or les conditions auxquelles vous avez attribué le lot n°5 et accordé l'autorisation d'exploitation en découlant ne peuvent plus être regardées comme satisfaites.

Je vous demande donc, au nom de mes clientes, de bien vouloir abroger ces décisions sur le fondement de l'article L. 242-2, 1° du code des relations entre le public et l'administration.

II.

Cette disposition permet à l'administration d'abroger, sans condition de délai, « *une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie* ».

La « condition » au sens de l'article L. 242-2 peut résulter expressément de la décision dont l'abrogation ou le retrait est demandé, ou bien être implicite dès lors que la décision y a « *nécessairement [été] subordonnée* »¹.

A titre d'illustration, si un investissement faisant l'objet d'une exonération fiscale n'est pas effectivement réalisé « *dans des conditions strictement conformes au projet qui a reçu l'agrément de l'administration* », l'agrément peut être retiré sans condition de délai².

De même, si pour autoriser une association à créer un service, l'administration tient compte du fait qu'elle est placée sous l'égide d'une fédération nationale, le fait que cette affiliation cesse implique que l'administration abroge la décision d'autorisation, et ce alors même que la personne du titulaire de l'autorisation n'aurait pas été modifiée³.

Ces principes s'appliquent évidemment avec d'autant plus de rigueur que la décision créatrice de droits a été octroyée à la suite d'une mise en concurrence.

Le droit des marchés publics l'illustre très clairement. L'article 72 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE* impose une nouvelle mise en concurrence en cas de modification substantielle du marché, c'est-à-dire notamment lorsque la modification « *introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché* ».

Ainsi, lorsque la composition de l'actionnariat d'une société a été déterminante dans l'octroi du marché, la disparition pure et simple d'un actionnaire majeur constituée, au sens de ces dispositions, une modification « *substantielle* ».

Il est ainsi exclu de concevoir que l'attributaire d'un contrat, étant spécifiquement une société de projet sans activité propre, procède, tout en conservant la même forme juridique, à un renouvellement profond de ses actionnaires, sans qu'aucune nouvelle mise en concurrence ne soit opérée.

De plus fort, il n'est pas envisageable qu'un groupement retenu à l'issue d'une mise en concurrence grâce aux différents membres qui le composent et dont chacun apporte un savoir-faire et des garanties choisies par le pouvoir adjudicateur, change de membres après l'attribution, directement ou au sein de l'actionnariat de l'entreprise dédiée qui aurait été admise à se substituer au groupement.

Les appels d'offres en matière d'installations de production d'électricité répondent à la même logique, et aux mêmes exigences que la mise en concurrence en matière de commande publique : la transparence des procédures et le respect des critères de sélection définis par les cahiers des charges sont expressément imposés par les textes applicables à cette matière

¹ CE, 5 juillet 2010, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, req. n°308615

² CE, 10 mars 1967, Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Samat et C^{ie}, req. n°64509, Rec. p. 113).

³ CAA Lyon, 18 octobre 2018, req. n°16LY00339

(notamment la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*).

C'est d'ailleurs pour cette raison que l'avis d'appel d'offres est publié comme un « *avis de marché* », au Journal officiel de l'Union européenne. L'appel d'offres publié par votre ministère pour l'attribution de nouveaux parcs éoliens *off-shore* en 2013, renvoie même de manière expresse à la directive 2004/18/CE, remplacée depuis par la directive 2014/24/UE *sur la passation des marchés publics*.

III.

La décision d'attribution du lot n°5 de l'appel d'offres relatif aux parcs éoliens *off-shore* à la société Eolien Maritime France et l'octroi de l'autorisation d'exploitation subséquente, ont été arrêtés évidemment au regard de la structure de l'actionnariat de la société. C'est là l'objet même de la mise en concurrence.

En 2012, la société Eolien Maritime France est composée de la société française EDF Energies Nouvelles France (« EDF EN ») à hauteur de 60% d'une part, et de la société danoise Dong Energy (« Dong Energy ») à hauteur de 40% d'autre part.

A compter de septembre 2016, Dong Energy disparaît totalement de l'actionnariat d'Eolien Maritime France : la société est désormais composée à parts égales de EDF EN et de la société Enbridge.

L'entreprise danoise Dong Energy étant le leader mondial de l'éolien *off-shore* depuis de nombreuses années, sa présence dans Eolien Maritime France a assurément été déterminante dans l'attribution des lots à cette société. Elle avait pour but de permettre l'acquisition du savoir-faire danois à EDF EN, qui n'avait alors aucune expérience de l'éolien en mer, et de profiter de son réseau de sous-traitants opérant déjà en Europe du Nord.

Le cahier des charges de l'appel d'offres pour l'attribution du parc de Saint-Nazaire insiste à de très nombreuses reprises sur l'importance de l'expérience des candidats en matière d'éolien *off-shore*.

Les candidats devaient ainsi notamment justifier d'une « *analyse des risques nautiques et maritimes liés au projet, incluant les retours d'expérience pertinents sur l'éolien offshore et/ou la zone d'implantation* » (p. 17 du cahier des charges rectifié). Ils devaient également fournir « *pour le domaine de l'éolien en mer, une présentation des principales réalisations et prestations effectuées par le candidat, ses éventuels partenaires, et leurs fournisseurs et prestataires, au cours des trois dernières années* », en détaillant leurs expériences en matière de développement, installation, exploitation et maintenance (p. 20 du cahier des charges rectifié).

Surtout, les critères d'appréciation définis par le cahier des charges accordent une place très importante à l'expérience du candidat en matière de parcs éoliens en mer : en particulier, le sous-critère « *maîtrise des risques techniques et financiers* » du critère « *volet industriel* » (pondéré à 40%) prend en compte de manière expresse l'expérience du candidat tant en matière de construction et de développement que d'exploitation des parcs éoliens en mer.

Dans le cas spécifique d'Eolien Maritime France, votre communiqué du 6 avril 2012 confirme cette présence déterminante de Dong Energy au capital pour l'attribution des lots : « *la société Eolien Maritime France (EMF), dont les actionnaires principaux sont EDF Energies Nouvelles*

et Dong Energy Power, énergéticien danois » ; « la décision [...] se base sur la conviction qu'une filière industrielle pérenne doit s'appuyer sur plusieurs acteurs structurants »...

Il est donc indéniable que l'attribution du lot n°5 à Eolien Maritime en France, et l'autorisation d'exploiter accordée en conséquence, ont été conditionnées par la présence au capital de l'attributaire de Dong Energy.

La société canadienne Enbridge, opérateur spécialiste en transport de pétrole par oléoducs, qui a remplacé Dong Energy, ne disposait en revanche d'aucune expérience notoire en matière d'éolien et encore moins en matière d'éolien *off-shore*, ni d'aucune implantation en Europe.

Sauf à dénier tout effet utile aux procédures de mise en concurrence, il n'est pas concevable que l'attributaire d'un appel d'offres puisse librement se détacher des conditions qui ont déterminé sa désignation comme attributaire.

Une telle transformation interpelle particulièrement au regard des conditions de rachat d'électricité très favorables accordées aux exploitants des premiers parcs éoliens *off-shore*.

La substitution critiquée a ainsi permis à Enbridge d'investir dans un dispositif extrêmement rentable, pour un coût relativement modéré, sans avoir à supporter la moindre contrainte inhérente à la procédure de mise en concurrence.

Et ces opérations capitalistiques bien éloignées du souci de l'Etat de bâtir une filière pérenne autour d'acteurs structurants ne sont pas finies puisqu'il semble désormais que l'Office d'investissement du régime de pensions du Canada (Investissements RPC), qui est un organisme de gestion de placements professionnels qui place les fonds du Régime de pensions du Canada et investit à ce titre dans des actions de sociétés cotées ou non, des biens immobiliers, des infrastructures et des titres à revenu fixe, et qui n'a donc aucun lien ni avec le marché de l'énergie, ni a fortiori avec l'éolien, a récemment conclu un accord avec Enbridge en vue de racheter 49% de l'entité qui détient la participation d'Enbridge dans le projet.

Cet investissement portant sur environ 200 millions d'euros devrait être formalisé au quatrième trimestre de l'année 2020 (**pièce jointe n°1 : Communiqué d'Investissements RPC du 12 mai 2020**).

La structure de l'actionnariat du titulaire actuel s'éloigne de plus en plus fondamentalement de celle du titulaire choisi par l'Etat, sans que de nouvelles autorisations n'aient été sollicitées.

Admettre cette pratique reviendrait au-delà du cas d'espèce à remettre en cause l'essence même du droit inhérent à l'appel d'offres.

L'une des conditions essentielles de la décision d'attribution de l'appel d'offres pour le parc de Saint-Nazaire du 6 avril 2012 et de la décision d'autorisation d'exploitation du 18 avril 2012 à la société Eolien Maritime France n'étant plus remplie, je vous prie de bien vouloir faire droit à la présente demande d'abrogation de votre décision, sur le fondement de l'article L. 242-2, 1° du code des relations entre le public et l'administration, pour mettre un terme à cette illégalité.

Veillez croire, Madame la Ministre.....

Pièce jointe : Communiqué d'Investissements RPC du 12 mai 2020