

N° 410109, 410622, 410624
Commune de Fessenheim et autres
Fédération CFE-CGC Energies
Fédération FO Energie et Mines

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 12 octobre 2018
Lecture du 25 octobre 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Comment ferme-t-on une centrale nucléaire ? C'est, à n'en pas douter, un processus long et présentant des difficultés de plusieurs ordres. Nous allons vous proposer d'annuler le décret n° 2017-508 du 8 avril 2017 qui abroge l'une des autorisations nécessaires au fonctionnement de la centrale nucléaire de Fessenheim. Disons-le tout de suite : cette proposition n'a rien à voir avec une appréciation sur le bien-fondé de cette fermeture. Vous n'avez aujourd'hui qu'à vous interroger sur les modalités procédurales d'intervention de l'un des actes juridiques de l'arrêt de la centrale de Fessenheim, dont il nous semble indubitable qu'il a été pris trop tôt. Il ne s'agit pas de dire que cette centrale ne peut pas être fermée, mais simplement de juger que le vice juridique affectant le décret de fermeture nous semble trop grave pour que vous puissiez passer outre.

L'exploitation d'installations nucléaires est subordonnée à l'octroi de diverses autorisations régies par plusieurs polices administratives. Il s'agit bien sûr, en premier lieu, de la police des installations nucléaires de bases (INB), régie par les articles L. 593-1 et suivants du code de l'environnement. Parallèlement, une centrale électronucléaire doit obtenir d'autres autorisations, notamment celle qui est requise au titre de la police des installations de production d'électricité, telle qu'elle résulte de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 sur le service public de l'électricité. Il s'agit, en vertu de l'article R. 311-7 du code de l'énergie, d'une autorisation ministérielle. Les installations de production d'électricité existant régulièrement avant l'entrée en vigueur de cette loi sont réputées bénéficier de l'autorisation prévue par cette loi, codifiée sur ce point aux articles L. 311-1 et suivants du code de l'énergie. Comme pour l'autorisation au titre de la police des installations nucléaires, l'autorisation peut être soit suspendue ou abrogée en cas de dysfonctionnement de l'exploitation, soit abrogée à la demande de l'exploitant qui désire cesser son activité de production d'électricité (art. R. 311-9) : le ministre est alors compétent pour abroger l'arrêté d'autorisation.

Cependant, pour les centrales nucléaires, ce mécanisme d'abrogation de droit commun de l'autorisation de production électrique se conjugue avec les dispositions particulières de l'article L. 311-5-5 du code de l'énergie, créé par l'article 187 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Le premier alinéa de l'article proscrit l'autorisation d'une nouvelle autorisation de production d'électricité

« lorsqu'elle aurait pour effet de porter la capacité totale autorisée de production d'électricité d'origine nucléaire au-delà de 63,2 gigawatts ». Autrement dit, le montant total de l'électricité nucléaire en France est plafonné. Ce seuil correspond, à peu près, à la capacité des 58 réacteurs électronucléaires en service, qui est de 63,1 GWh, mais est inférieur au total des autorisations déjà délivrées au titre de la police nucléaire (et non de l'électricité), du fait que l'EPR de Flamanville bénéficie d'une autorisation. Il est en construction mais non mis en service. Le plafond porte sur la capacité et non sur la puissance d'électricité effectivement produite. Autrement dit, l'effet concret de cette disposition est d'obliger que toute nouvelle mise en service d'un réacteur nucléaire, qui nécessite d'obtenir cette autorisation d'exploiter, soit compensée par l'arrêt d'un ou plusieurs autres réacteurs, par une diminution de capacité. Cette décision revient forcément à EDF qui exploite les 58 réacteurs électronucléaires français. Lorsqu'il a validé la création de ce plafond, le Conseil constitutionnel a indiqué que la loi ne faisait pas obstacle à ce que le titulaire d'une autorisation déjà délivrée contraints de demander son abrogation puisse obtenir une indemnisation du préjudice subi (CC, 13 août 2015, n° 2015-718 DC, cons. 59).

Il est ajouté au second alinéa de l'article L. 311-5-5 que « *L'autorité administrative, pour apprécier la capacité totale autorisée, prend en compte les abrogations prononcées par décret à la demande du titulaire d'une autorisation* ». Sauf si quelque chose nous échappe, ce second alinéa n'était pas indispensable, car dès lors que son autorisation est abrogée, le réacteur nucléaire en cause ne peut plus produire d'électricité et ne peut donc être pris en compte dans le calcul du plafond de capacité. En revanche, en prévoyant l'intervention d'un décret du premier ministre, la loi lui donne compétence pour prononcer, au titre de cette police administrative, l'arrêt d'une centrale nucléaire motivé par le respect du plafond de production d'électricité nucléaire, alors que selon le droit commun l'abrogation d'une autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité relève du ministre, comme l'autorisation.

Cette présentation nous permet d'introduire l'acte qui est aujourd'hui attaqué. Le plafond imposé par l'article L. 311-5-5 implique que la mise en service du futur EPR de Flamanville soit compensée par l'arrêt de certains réacteurs. EDF a choisi de fermer la centrale de Fessenheim, mise en service en 1977, qui comprend deux réacteurs et est la plus ancienne centrale française.

Cette mise en service était prévue pour la fin de l'année 2018. Un protocole fixant les modalités d'indemnisation et prévoyant que la centrale fermée serait celle de Fessenheim a été négocié entre l'Etat et EDF. Lors d'une séance du 24 janvier 2017, le conseil d'administration a approuvé les termes du protocole et invité le président-directeur général « *à le signer, le moment venu* ». Le 6 avril 2017, le conseil d'administration a confirmé son accord pour la fermeture de la centrale de Fessenheim lorsque le nouveau réacteur EPR entrerait en service. Il a, à nouveau, autorisé le président-directeur général à signer le protocole et à demander l'abrogation de l'autorisation d'exploiter de cette centrale « *dans les six mois précédant la mise en service de l'EPR* », soit à peu près un an plus tard. En réalité, la mise en service ayant été décalée, il semble que la demande n'ait pas encore été faite, ni le protocole d'accord signé, mais le dossier ne permet pas d'en être certain. Deux jours après cette délibération du conseil d'administration, le 8 avril 2017, le premier ministre signait un décret « *portant abrogation de l'autorisation d'exploiter de la centrale nucléaire de Fessenheim* ». Son article 1^{er} abroge l'autorisation mais l'article 2 subordonne cette abrogation à trois conditions : 1° que EDF la demande ; 2° que la mise en service de l'EPR intervienne avant 2020, ainsi que l'a prévu son décret d'autorisation (le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 prorogé) ; 3° que la fermeture

soit nécessaire au respect du plafond : autrement dit, si un autre réacteur doit être arrêté entre temps, l'autorisation des deux réacteurs de la centrale de Fessenheim n'est pas abrogée.

Cet acte est éminemment paradoxal puisque son dispositif, l'abrogation d'une autorisation, est conditionné à l'intervention de toutes les conditions de fond et de procédure : réception d'une demande, mise en service de l'EPR entraînant augmentation de capacité, dépassement du plafond impliquant la suppression de capacité si aucune centrale n'a dû être fermée. L'acte est donc vide : si EDF le demande et si toutes les conditions légales sont remplies, le premier ministre indique accorder l'abrogation. Vous devez faire un choix : soit vous regardez cet acte comme un véritable acte juridique, et il vous faut alors vérifier s'il est conforme à la loi et à votre jurisprudence sur les actes conditionnels ; soit vous le regardez comme une simple déclaration d'intention, sans aucun effet juridique, et cet acte n'est pas susceptible de recours.

S'agissant d'un décret publié au journal officiel, il s'agit en principe d'un acte décisoire. Si on le regarde comme tel, un tel acte peut-il être légal ? Il pose une difficulté au regard du texte applicable, et une difficulté au regard des principes jurisprudentiels gouvernant les actes administratifs conditionnels.

Le texte de l'article L. 311-5-5 dispose qu'une telle abrogation est prononcée « *par décret à la demande du titulaire d'une autorisation* ». Comme nous vous le rappelions, la distinction entre les pouvoirs d'abrogation d'une telle autorisation selon qu'elle intervient sur demande de l'exploitant ou à l'initiative de l'administration est cardinale, la seconde étant beaucoup plus strictement encadrée que la première. En l'espèce, il ressort du dossier qu'il n'y a eu aucune demande formelle d'EDF. Certes, le conseil d'administration a mandaté en avril 2017 son président pour ce faire, mais il l'a lui aussi posé de strictes conditions, la demande ne devant intervenir que dans les six mois précédant la mise en service prévue de l'EPR (ce qui implique que la demande intervient durant l'instruction de la demande d'autorisation de l'EPR, qui doit être déposée au moins 18 mois avant la date de mise en service, en vertu de l'article L. 311-5-6). Cette mise en service ayant été constamment décalée, il semble que la demande ne soit pas encore intervenue, et elle ne l'était certainement pas le 8 avril, deux jours après le conseil d'administration. Le texte du décret en fait lui-même l'aveu puisqu'il pose à son entrée en vigueur la condition que la demande d'EDF « *ait été reçue* ».

Reste à savoir s'il est possible, lorsqu'un acte ne peut être pris que sur demande, de l'édicter par avance en conditionnant son entrée en vigueur à la réception de la demande. **Les principes qui, dans votre jurisprudence,** régissent les actes unilatéraux conditionnels ont été réexaminés lors d'une affaire de section du 14 mars 2008, *M. P...* (CE, n° 283943, Rec.). Les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Nicolas Boulouis, dressent un tableau précis de la jurisprudence. Vous admettez qu'un acte unilatéral, même créateur de droit, puisse parfois être conditionnel. La condition est dite suspensive si, comme en l'espèce, elle conditionne l'entrée en vigueur ; résolutoire, si elle entraîne un retrait rétroactif de l'acte ; et extinctive si elle entraîne une abrogation, une caducité de l'acte.

Les conditions extinctives sont courantes, même si, dès lors qu'un avantage ou une sujétion est subordonné au maintien d'une condition, l'article L. 242-2 du code des relations entre le public et l'administration et une jurisprudence ancienne incitent plutôt à prendre un acte explicite d'abrogation qu'un acte assorti d'une condition extinctive d'appréciation délicate.

En revanche, votre jurisprudence ne reconnaît pas de principe général autorisant l'administration à assortir ses actes de conditions suspensives ou résolutoires. Le principe est

même plutôt inverse. Deux idées nous semblent sous-tendre vos décisions. La première idée, protectrice de l'intérêt général, est que l'administration ne doit pas se lier les mains à l'avance, doit bénéficier d'une libre faculté d'appréciation et d'un pouvoir de décision entier lorsqu'un événement se présente : au lieu d'édicter juridiquement des actes qui l'engage à « accorder tel avantage si tel événement se présente », votre jurisprudence l'engage à édicter des circulaires ou des lignes directrices, ou simplement à communiquer par des actes qui ne la lient pas et ne font pas grief, pour ensuite décider le moment venu, selon l'intérêt général et le cas particulier. La deuxième idée, protectrice des administrés, tient à ce que l'administration, lorsqu'elle exerce unilatéralement des pouvoirs exorbitants, doit en principe décider franchement, au moment où elle le peut, et ne pas soumettre les droits ou obligations qu'elle crée à l'appréciation de conditions ultérieures sur lesquelles elle ne se prononcera pas par un nouvel acte, et au regard desquelles l'administré devra déterminer seul quelle est sa situation juridique. A l'inverse, la technique contractuelle se prête bien davantage à l'édiction de conditions, le contrat étant lui-même tout entier suspendu à la condition que l'autre partie le respecte, même si ce principe est adapté aux contraintes du droit administratif (CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, n° 92888, Rec.).

Malgré cela, il existe de nombreux actes soumis à condition suspensive, le cas le plus courant étant les actes de nominations qui, bien qu'unilatéraux, lorsqu'ils ne sont pas pris selon les formes et procédures d'une mutation d'office, sont conditionnés à l'acceptation de la personne nommée (CE, 28 mars 1930, *Sieur Bolelli*, n° 97477, Rec. p. 361 ; CE, sect., 5 juillet 1957, *SE à la santé publique, c/ sieur Anglade*, n° 38806, Rec. p. 452), même si, comme pour les conditions extinctives, vous jugez légal et vous encouragez l'administration à retirer explicitement une nomination refusée. Lorsqu'elle examine la légalité d'une telle condition, votre jurisprudence se fonde sur le texte. Il n'y a bien sûr pas de difficulté lorsqu'il prévoit explicitement la possibilité, voire l'obligation de poser une condition, notamment en matière fiscale. Dans les autres cas, d'une part, vous vous fondez sur l'économie du texte pour déterminer s'il autorise l'administration à agir de façon conditionnelle et si la condition posée est en rapport avec l'objet de la décision ; d'autre part, vous vérifiez s'il existe, selon les termes de Nicolas Boulouis, une « *incertitude déterminante à la date à laquelle la décision est prise* ». Vous vérifiez de cette façon qu'édicter un acte conditionnel est bien, dans une certaine mesure, la bonne façon d'agir vis-à-vis des usagers : il n'est pas possible ou souhaitable de retarder la prise de décision, du fait d'un délai d'instruction obligatoire ou de certaines contraintes ; et, à la date où elle statue, on ne peut raisonnablement attendre de l'administration qu'elle prenne position sur l'événement objet de la condition.

Au regard de ces principes, qu'en est-il ici ? La seconde condition, tenant à ce que l'abrogation de l'autorisation de la centrale de Fessenheim n'entre en vigueur que le jour de la mise en service de l'EPR de Flamanville ne pose pas de difficulté : ce chaînage est souhaité par EDF et de nature à permettre la continuité de l'approvisionnement électrique. Il nous semble possible et opportun de prendre la décision d'abrogation en amont et de la subordonner à cette entrée en vigueur.¹

Les deux autres conditions sont plus discutables. La troisième tient à ce que l'arrêt de la centrale de Fessenheim soit nécessaire au respect du plafond légal de capacité

¹ Il a pu être écrit que l'administration ne pouvait pas prendre des actes conditionnels lorsqu'elle est en situation de compétence liée. Nous ne sommes pas sûr qu'il soit possible de dégager un tel principe général, ce que la jurisprudence n'a jamais fait. En l'espèce, l'administration ne dispose pas, semble-t-il, de pouvoir discrétionnaire pour refuser l'abrogation demandée et la condition suspensive, qui est d'ailleurs demandée par EDF, nous semble légale.

électronucléaire : il s'agit d'une condition de fond d'une abrogation par décret de cette autorisation qui tient, d'une part, à ce que l'EPR soit autorisé à fonctionner, d'autre part, à ce qu'un autre réacteur, par extraordinaire, ne se voit pas abroger son autorisation. Or tout cela est dans la main de l'administration, c'est à elle de l'apprécier au jour de sa décision, indépendamment du fait que d'autres événements pourraient arriver ensuite. Le fait qu'elle s'y refuse manifeste le fait que le décret intervient trop tôt.

Et s'il intervient trop tôt, c'est parce que, comme le concrétise la première condition, EDF n'a pas encore formulé de demande d'abrogation, ce qui aurait permis à l'administration d'apprécier les conditions légales à la date où elle se prononçait, dans l'état des capacités du parc nucléaire. Nous pensons que votre jurisprudence implique que lorsqu'un texte prévoit qu'une décision intervient sur demande de l'administré, il n'est pas possible de prendre par avance un acte statuant sur une demande potentielle, même envisagée par le demandeur, assorti d'une condition suspensive de réception de la demande.

Pour la plupart des procédures, une telle décision est absurde : on ne peut dire à l'avance si la demande sera accompagnée des pièces qu'il faut et encore moins si les conditions légales sont réunies. En l'espèce, la question est un peu moins évidente car tout semble très simple, tant du côté de la demande que des conditions légales. L'administration a pourtant été ainsi conduite à subordonner l'acte tant à la réception de la demande qu'à la seule condition légale apparemment posée par l'article L. 311-5-5, à savoir le respect du plafond de capacité. Nous restons convaincus que cette sorte d'acte est au mieux inutile, au pire dangereux car l'administration se lie les mains pour tout ce qui n'est pas inclus dans les conditions posées par l'acte.

A cette raison de principe, s'ajoutent deux autres motifs pour refuser cette sorte d'acte :

- d'une part, le respect du droit au recours : au moment où l'acte est pris, nul ne sait s'il trouvera un jour à s'appliquer, et certaines personnes directement concernées peuvent hésiter à s'engager dans une démarche contentieuse ; au moment où la demande est reçue, l'acte entre en vigueur et le délai de recours est expiré ;
- d'autre part, en matière de sécurité juridique et de lisibilité des actes de l'administration, il n'est pas souhaitable de prendre de tels actes.

Nous pensons donc qu'il vous faut annuler ce décret. A ce stade du raisonnement, et avant de conclure, il faut revenir un instant la recevabilité du recours : l'acte attaqué fait-il vraiment grief ? N'est-ce pas plutôt une prise de position, un acte de communication, véniel et non susceptible de recours ? Les requérants insistent sur le fait que la fermeture de Fessenheim constituait un engagement de campagne du président François Hollande. Il était donc logique qu'à deux semaines de l'élection présidentielle le gouvernement souhaite communiquer sur ce point, EDF ayant peu avant donné son accord au dépôt d'une future demande d'abrogation.

Il nous semble pourtant impossible de retenir l'irrecevabilité du recours : l'acte est pris en la forme d'un décret, signé et contresigné, publié au Journal officiel de la République française. Le contenu de ce décret n'est pas une déclaration d'intention, c'est une décision juridique : un dispositif est précédé du mot « *décète* » et dispose que « *l'autorisation d'exploiter de la centrale nucléaire de Fessenheim (...) est abrogée* ». Autrement dit, le jour où se réaliseront les conditions fixées à l'article 2, un autre décret n'interviendra pas, seul l'acte attaqué constituera le décret prévu par l'article L. 311-5-5 du code de l'énergie pour abroger l'autorisation. De nouveau, afin de garantir un minimum de sécurité juridique et surtout un droit au recours, il nous semble impossible de juger que cet acte ne serait pas un décret : si

vous jugez l'inverse, personne ne pourra jamais attaquer l'abrogation de l'autorisation d'exploiter la centrale de Fessenheim. A moins que l'effet de votre décision d'irrecevabilité soit d'obliger le gouvernement à prendre un autre décret, le jour où la demande d'EDF serait reçue : le résultat serait donc exactement le même.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation du décret n° 2017-508 du 8 avril 2017 attaqué ;
- à ce que trois sommes de 3500 euros soient mises à la charge de l'Etat, à verser aux requérants dans chacune des trois requêtes en remboursement des frais exposés pour leur recours (art. L. 761-1).