

N°s 416140, 425780

Réseau sortir du nucléaire et autres

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 3 juillet 2019

Lecture du 24 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

Le musicien américain Brian Eno dans un article¹ publié en 2008 mentionne la cloche Emélé, fabriquée en 771, il y a presque 1350 ans, qui pèse près de 19 tonnes et a été fondue d'un seul tenant. Il estimait, en tenant compte du progrès technique acquis depuis le VIII^{ème} siècle, que la prouesse requise à l'époque pour conduire une telle quantité de métal à la bonne température et la verser en une seule opération pour créer une cloche était peut-être équivalent au niveau de coordination requis aujourd'hui pour envoyer un satellite dans l'espace.

La comparaison aurait pu être faite aussi avec la construction d'une centrale nucléaire, comme l'EPR de Flamanville. Plus précisément, ce sont les conditions de la forge de deux éléments de la cuve de l'EPR qui est à l'origine du litige qui vous est soumis.

Nous vous avons parlé de l'EPR de Flamanville lors de nos conclusions prononcées sur l'affaire Greenpeace qui a donné lieu à votre arrêt 413548 du 4 avril 2019 publié au recueil, où était en cause l'autorisation de création de cette installation nucléaire de base (INB) et les conditions de l'abrogation ou de la modification de cette autorisation ou de son retrait pour fraude.

Pour mémoire, la construction d'une INB est soumise à une telle autorisation de création, au titre de la police spéciale des INB. Lorsque la construction est achevée, la mise en service fait l'objet d'une autorisation toujours au titre de cette police, ainsi que d'une autorisation d'exploiter au titre du droit de l'énergie.

Le litige qui vous est soumis s'inscrit dans un cadre plus particulier, celui de l'autorisation des équipements sous pression nucléaire. La base législative qui encadre la construction et l'utilisation de tels équipements figure aux articles L557-1 et suivants du code de l'environnement, qui visent diverses catégories de produits et équipements qui peuvent être soumis à une réglementation particulière en raison des risques qu'ils présentent notamment pour la santé ou pour la protection de l'environnement.

¹ Brian Eno, Bells and their history. P. 333 et sv. In sound Unbound MIT press 2008

La cuve comme celle du réacteur de Flamanville apparaît sans exagération comme un des équipements les plus dangereux pour la santé et l'environnement que les articles L 557-1 et sv permettent de réglementer, car elle est au cœur du circuit primaire du réacteur nucléaire.

Sa conception obéit à un cahier des charges d'une grande exigence, selon le **principe d'exclusion de rupture** : à la différence d'autres normes de construction et en raison du risque de perte du confinement de la radioactivité, la défaillance de cet équipement et sa rupture ne sont pas des hypothèses de fonctionnement. La conception, la fabrication et les contrôles doivent donc démontrer l'exclusion de rupture.

La construction de cette cuve participe de la dimension de tête de série de l'EPR de Flamanville 3 et de l'ambition de développer une nouvelle génération de réacteurs plus sûrs et plus productifs : ses dimensions sont plus importantes du fait de la puissance du réacteur (1450 MWe) ; les traversées de fond de cuve existant dans la génération précédente sont supprimées pour éliminer le risque de fuite ou de brèche, le nombre de soudures est limité et la conception de la cuve facilite l'inspection et réduit le temps d'arrêt du réacteur lors du chargement de nouveau combustible, améliorant ainsi son taux de disponibilité.

Si la plupart des composants de la cuve ont été fabriqués au Japon, les calottes du couvercle et du fond de la cuve de cet EPR ont été élaborées en 2006 et 2007, à partir d'un lingot d'acier écrasé puis embouti, par l'usine Creusot Forge, alors filiale du groupe Areva. La cuve a été introduite dans le bâtiment du réacteur puis soudée aux tuyauteries principales du circuit en janvier 2014.

Toutefois, en 2012, des essais menés sur une calotte similaire à celle de la cuve de l'EPR de Flamanville ont montré des anomalies tenant d'une part à des valeurs de résilience inférieures aux valeurs mentionnées dans la réglementation et d'autre part à une teneur en carbone supérieure à celle attendue dans certaines zones du fond et du couvercle de la cuve.

Le fabricant, Areva NP (aujourd'hui Framatome), a entrepris de répondre par une « démarche de justification » destinée à démontrer que le matériau utilisé présentait des propriétés mécaniques d'un niveau suffisant pour prévenir les risques de rupture et assurer l'aptitude au service des calottes.

Cette démarche a fait l'objet d'une instruction conjointe de l'ASN et de l'IRSN, formalisée dans un rapport, et d'un examen par le groupe permanent d'experts de l'ASN pour les équipements sous pression nucléaires (GP ESPN) le 30 septembre 2015, qui l'a jugée acceptable sous réserve de compléments à apporter.

Après de nouveaux échanges avec Areva, et dans la perspective du dépôt par cette dernière d'une demande d'autorisation dérogatoire pour la mise en service de la cuve de ce réacteur, l'ASN a adopté, le 10 octobre 2017, un avis relatif à l'anomalie de la composition de l'acier du fond et du couvercle de la cuve du réacteur EPR de la centrale de Flamanville.

Elle a ensuite adopté une décision le 9 octobre 2018 autorisant la mise en service et l'utilisation de la cuve du réacteur EPR de la centrale nucléaire de Flamanville.

Les requêtes dont vous êtes saisi tendent à l'annulation d'une part de cet avis et d'autre part de cette décision.

1. En défense, l'ASN, EDF et Framatome contestent qu'un tel avis puisse faire l'objet d'un recours, en se fondant en particulier sur l'absence d'effet juridique produit par cet avis, qui n'est pas prévu par la procédure de dérogation qui a conduit à la décision qui fait l'objet de la seconde requête.

Vos décisions d'Assemblée du 21 mars 2016, Fairvesta 368082 368083 368084 et Numéricâble 390023, ont précisément ouvert de façon encadrée votre prétoire aux actes de droit souple pris par les autorités de régulation.

Nous relevons que le 4° de l'article R311-1 du CJA fonde votre compétence de 1er ressort pour connaître des recours dirigés contre les décisions prises par les organes de différentes autorités, dont l'ASN, « *au titre de leur mission de contrôle ou de régulation* ». Nous ne vous invitons pas, en matière de justiciabilité des actes de droit souple, à opérer une distinction entre contrôle et régulation, ou entre régulation purement économique et régulation technique. Si vos décisions se réfèrent aux actes des autorités de régulation, la définition de la notion de régulation nous paraît trop plastique pour interdire par principe que l'ASN soit qualifiée ainsi, au motif que ce ne serait une autorité qui ne ferait que du « contrôle ».

Mais votre encadrement de la justiciabilité des actes de droit souple repose sur deux caractéristiques alternatives des actes de droit souple : commençons par mentionner la seconde branche singularisée par votre jurisprudence, qui ne nous paraît pas correspondre à notre hypothèse avec évidence : les actes de droit souple peuvent faire l'objet de recours « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.* ». Ce cas de figure correspond au cas où l'administration n'a pas vocation à prendre un acte subséquent, qu'il s'agisse de valider le comportement de l'acteur économique, de l'interdire ou de le sanctionner. Comme indiqué, l'avis en cause a été suivi d'une décision en bonne et due forme, nous ne sommes donc pas dans cette hypothèse.

L'autre cas de figure est celui où de tels actes revêtent « *le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ».

L'avis litigieux pourrait fort bien correspondre à l'énonciation de telles prescriptions individuelles : sans être impératifs, les éléments de réponse fournis par l'ASN sur les conditions dans lesquelles elle accorderait une autorisation conduirait bien cette autorité à refuser cette autorisation dans l'hypothèse où le fabricant ne respecterait pas les conditions posées par l'avis.

Mais c'est ici qu'il nous paraît utile de **préciser une nuance** dans votre jurisprudence : il nous semble qu'en réalité, **seul l'opérateur économique a intérêt** dans notre configuration à contester des prescriptions énoncées dans un cadre de droit souple, sans attendre une décision défavorable et sans la provoquer de façon artificielle.

La prise de position de l'ASN conduit le fabricant à devoir mettre en œuvre des contrôles particuliers, coûteux et de nature à retarder la mise en service de la centrale, et à anticiper l'installation d'un nouveau couvercle au 31 décembre 2024. Dans certains cas de figure, cet acte de droit souple va profondément modifier l'équation économique du projet et remettre en question les choix d'investissement. C'est une des raisons qui vous ont conduit à l'ouverture encadrée des recours contre de tels actes. Sans que vous ayez à trancher cette question aujourd'hui, nous pensons qu'un tel avis pourrait faire l'objet d'un contentieux de la part de l'opérateur qui en est le destinataire.

Inversement, nous ne voyons pas quel intérêt des associations requérantes est susceptible d'être lésé par cet avis, seule la décision finale présentant un intérêt direct pour elles. Comme vous y invite l'ASN à titre subsidiaire, vous devrez considérer que l'avis attaqué ne fait pas grief aux requérants.

Venons-en à la décision attaquée sous le numéro 425780

2.1 Un mot d'abord sur la nature de votre office.

Les dispositions soumises au plein contentieux nucléaire sont celles prises pour l'application des articles mentionnés autrefois par l'article L 593-23 et aujourd'hui par l'article L 596-6. Aucun de ces articles n'est relatif à l'autorisation des équipements sous pression².

Vous pourriez être tenté d'attirer au plein contentieux ces autorisations, dans le cas très particulier des équipements sous pression nucléaire, alors que relèvent de cet office les prescriptions, définies par l'ASN, relatives à la conception, à la construction et à l'exploitation de l'installation nucléaire de base, la mise en service de l'installation, etc..

Toutefois, si l'insertion dans une INB d'un équipement sous pression nucléaire peut entrer dans la police spéciale des INB, le contentieux en cause ici vise à assurer, d'abord à l'égard du fabricant et non de l'exploitant, la conformité d'une pièce à des exigences particulières. Ce type de litige ne nous paraît pas imposer avec évidence un office de plein contentieux.

D'autre part, votre liberté pour définir la nature de votre office est plus limitée lorsque le législateur a fixé cet office pour des domaines voisins de celui dont vous êtes saisi. Vous avez ainsi déjà retenu une lecture stricte de l'article L 596-2., s'agissant des décisions prises par l'ASN dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale des activités comportant un risque d'exposition des personnes aux rayonnements ionisants. (372839 SCP Nodee-Noël-Nodee-Lanzetta aux T).

² Il convient de noter qu'une ordonnance 2016-128 du 10 février 2016 a modifié les textes relatifs à la sûreté nucléaire et la numérotation de certains articles du code de l'environnement à ce sujet. Les dispositions de l'article L596-23 qui définissait par renvoi à certains articles les litiges soumis à un contentieux de pleine juridiction figurent depuis cette ordonnance à l'article L 596-6. L'ordonnance prévoit un différé partiel d'abrogation de l'article L 596-23 jusqu'à l'intervention du décret d'application de l'article L 596-6. Ce décret a été pris récemment : c'est le décret n° 2019-190 du 14 mars 2019.

Les conditions dans lesquels une partie de l'article L596-23 et le nouvel article L596-6 ont pu coexister avant l'intervention de ce décret ne sont pas limpides, et la perplexité que cela soulève a visiblement également saisi Legifrance, qui semble considérer que l'article L 596-23 est toujours en vigueur.

Vous devrez donc vous placer dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, comme l'ont fait les requérants qui n'ont pas pris d'avocat aux Conseils.

Venons-en enfin aux moyens de la requête.

2.2 Les requérants soutiennent d'abord que la décision attaquée est **insuffisamment motivée**. Le moyen est-il opérant ? Une telle obligation ne découle pas des textes spéciaux du code de l'environnement, ni de l'article L211-2 du code des relations entre le public et l'administration, car il ne s'agit pas d'une décision défavorable. En revanche, l'article L 211-3 de ce code vise le cas des décisions individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi et le règlement.

Cette disposition existait déjà dans la loi de 1979, sans que les travaux préparatoires de la loi permettent de bien saisir l'intention du législateur en imposant une telle obligation aujourd'hui codifiée. Votre jurisprudence cherche à faire le départ entre **l'autorisation dérogatoire à une règle générale**, qui doit être motivée et **l'autorisation accordée sur le fondement d'un régime particulier et autonome**, qui n'a pas à l'être. Vous avez par exemple jugé que la décision par laquelle l'Agence de la biomédecine autorise un protocole de recherche sur des cellules embryonnaires qui déroge à la règle d'interdiction de la recherche sur l'embryon humain fixée par l'art. L. 2151-5 CSP doit ainsi être motivée. (CE 23 déc. 2014, Agence de biomédecine, no 360958 aux T.) .

Si parfois la **frontière** entre régime dérogatoire et régime spéciale est délicate, nous pensons que nous sommes ici de façon assez évidente dans un régime dérogatoire, et que plus généralement les décisions individuelles prises dans cette matière appellent une transparence particulière à laquelle l'obligation de motivation peut participer. Nous considérons donc que le moyen est opérant.

Le moyen est-il fondé ? Il est fait reproche à la décision de ne pas suffisamment être motivé sur l'existence de difficultés particulières justifiant la mise en œuvre de la procédure dérogatoire prévue par l'arrêté du 30 décembre 2015.

L'article 9 de l'arrêté prévoit que l'ASN peut autoriser l'installation, la mise en service, l'utilisation et le transfert d'un équipement sous pression nucléaire ou d'un ensemble nucléaire n'ayant pas satisfait à l'ensemble des exigences réglementaires, *« en cas de difficulté particulière et sur demande dûment justifiée, assurant notamment que les risques sont suffisamment prévenus ou limités »*.

Il faut ici parler plus en détail de la procédure dérogatoire.

Par une décision du 16 octobre 2017 (397606; 401136 Asso Notre affaire à tous et autres), vous avez rejeté les recours dirigés contre cet arrêté et en particulier contre son article 9. Vous avez notamment estimé que la procédure dérogatoire ainsi prévue n'a *« pas pour objet de dispenser les appareils à pression nucléaire concernés du respect des exigences de sécurité, mais de permettre, au cas par cas et au terme d'un examen particulier, à certains équipements à pression nucléaires ne satisfaisant pas à l'ensemble des exigences formelles de*

conformité d'être mis en service dès lors qu'ils satisfont, sous le contrôle de l'ASN, à des conditions qu'il appartient à cette dernière de fixer afin d'assurer un niveau de sécurité identique ».

Dans cette décision vous avez également indiqué que l'arrêté posait ainsi deux conditions cumulatives relatives à l'existence d'une demande justifiée du fabricant et à la conformité de l'équipement à une réglementation de sécurité, comme l'exige l'article L 557-6.

Nous ne pensons toutefois pas que le membre de phrase relatif à l'existence de difficultés particulières fasse peser sur le fabricant et sur l'ASN une obligation lourde de justification de la preuve de cette existence : du point de vue du fabricant, le choix de recourir à la procédure dérogatoire, alors qu'une première autorisation a déjà été donnée dans le cadre réglementaire normal, est un choix coûteux. Du point de vue de l'ASN, l'instruction d'une telle demande dérogatoire mobilise également des moyens importants. Le choix du fabricant de demander une telle dérogation doit donc être « dûment justifié » comme le dit la loi, par des « difficultés particulières » comme le précise l'arrêté.

Mais précisément parce que l'autorisation ne pourra être pas être accordée si les exigences de sécurité devaient être réduites, c'est sur cette vérification par l'ASN que l'autorisation conserve le degré de sécurité exigé que doit se concentrer votre contrôle.

En l'espèce, l'ASN a relevé que le fabricant présente dans son courrier de demande les éléments justifiant que la remise en conformité de la cuve et notamment son fond par des opérations de réparation et de remplacement des composants concernés n'est pas raisonnablement envisageable. L'ASN en a déduit qu'une difficulté particulière était caractérisée. Ce faisant, elle n'a pas entaché sa décision d'insuffisance de motivation.

2.3 Nous ne pensons pas davantage, sur le terrain de la légalité interne que l'ASN aurait fait une inexacte application de la condition de difficulté particulière. En particulier, si l'ASN considère dans les motifs de sa décision que « le fabricant n'a pas suffisamment tenu compte de l'état d'avancement de la technique et de la pratique au moment de la conception et de la pratique au moment de la conception et de la fabrication », il n'avait pas à notre sens à décider de refuser la démarche dérogatoire, au seul motif que le fabricant aurait pu ou dû mieux faire.

L'ASN a vérifié si la remise en conformité de la cuve par réparation ou remplacement des composant était raisonnablement envisageable, sur le plan technique et économique d'une part et sur le plan de la sécurité d'autre part, et constatant que ce n'était pas le cas, elle a accepté qu'une procédure dérogatoire soit engagée.

2.4 Le moyen suivant est fondé sur le non-respect du principe de non-rétroactivité par la loi, le décret et l'arrêté de 2015 qui ont instauré la procédure dérogatoire. L'argumentation repose sur le fait que les conditions de conception et de fabrication de la cuve avaient été fixées par un décret du 13 décembre 1999, et qu'il n'était dès lors pas possible de fixer des conditions nouvelles à la conception et à la fabrication de la cuve, devenues définitives, par un nouveau cadre règlementaire en 2015.

Mais nous peinons à déceler la portée utile du moyen : les nouvelles normes de portées générales ont vocation à s'appliquer immédiatement aux situations qui ne sont pas définitivement constituées. Au cas d'espèce, le fait que la décision de l'ASN prise sur le fondement des textes de 2015 s'applique à une cuve déjà conçue et fabriquée ne suffit pas à lui appliquer un régime nouveau de façon rétroactive, puisqu'aucune situation n'est définitivement constituée.

2.5 De façon un peu plus substantielle, les deux derniers moyens estiment que l'ASN n'aurait pas dû autoriser la mise en service et l'utilisation de la cuve, dans la mesure où les exigences de sécurité n'étaient pas remplies, la requête s'appuyant d'une part sur l'exigence de « sécurité identique » dégagée par votre arrêt de 2017 déjà cité, et sur le « principe d'exclusion de rupture »

Vous pourrez faire masse des deux moyens, car en réalité, pour contester que l'autorisation de l'ASN permette de garantir une exigence de sécurité identique au respect des prescriptions normales, c'est bien la question de l'exclusion de rupture qui est en cause.

Mais les moyens s'en tiennent en réalité pour l'essentiel à une **critique sémantique** de la décision de l'ASN. C'est uniquement le supposé glissement de l'ASN d'une exigence « d'exclusion » vers une simple exigence de « prévention » de la rupture qui est en cause, un tel glissement traduisant selon les requérants l'absence de recherche d'un niveau de sécurité identique.

Comme le note en défense l'ASN, le fait que le terme « **prévenir** » soit utilisé ne suffit pas à démontrer que l'autorité aurait renoncé à un niveau de sécurité adéquat, dès lors que les termes « prévenir » et « exclure » ne sont pas antinomiques : ce sont les efforts pour prévenir le risque qui permettent d'en exclure la survenance.

L'examen du dossier permet de se convaincre que l'ASN n'a pas entendu appliquer en matière de dérogation un standard **inférieur** à celui qu'elle doit appliquer.

L'ASN a estimé que les propriétés de ténacité présentées par le matériau des calottes du fond et du couvercle de la cuve du réacteur, bien que présentant des valeurs de résilience localement inférieures à celles prévues lors de leur conception, sont suffisantes pour prévenir, avec les coefficients de sécurité requis, leur risque de rupture brutale, en tenant compte de l'éventuel défaut le plus défavorable.

Pour parvenir à cette conclusion, l'ASN a fondé son analyse sur trois paramètres que sont les dimensions, l'orientation et la position d'éventuels défauts, les propriétés mécaniques de l'acier comportant un excès de carbone et les chargements thermomécaniques résultant de changements de température et de pression durant le fonctionnement normal et accidentel du réacteur. Un programme de contrôles a été réalisé par le fabricant sous la surveillance d'organismes indépendants mandatés par l'ASN à cette fin. Elle a elle-même réalisé des inspections dans deux laboratoires du groupe Areva ayant participé à la mise en œuvre de ce programme.

L'ASN a en outre fait refaire certains essais mécaniques et contrôles volumiques non destructifs réalisés lors de la fabrication des éléments du fond et du couvercle de la cuve. Ces essais se sont avérés cohérents avec les résultats des essais d'origine et ont apporté des garanties complémentaires sur la qualité des pièces concernées.

Le dossier technique relatif à l'anomalie de la composition chimique de l'acier du fond et du couvercle a fait, comme on l'a dit, l'objet d'une instruction par l'ASN et par l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, lequel a réalisé ses propres calculs, qui ne remettent pas en cause les résultats présentés par le fabricant.

Un avis du groupe permanent d'experts pour les équipements sous pression nucléaires a été rendu et publié préalablement à la décision sur le site internet de l'ASN en français et en anglais.

Le groupe d'expert préconisait dans son avis du 27 juin 2017, tant pour le fond que pour le couvercle de la cuve, un renforcement du second niveau de défense en profondeur par des contrôles périodiques complémentaires du fond de cuve et par la limitation dans le temps de l'utilisation du couvercle de la cuve. Il apparaît que ce qui justifie un traitement différencié pour le couvercle est qu'il présente des singularités géométriques liées aux adaptateurs et que ses conditions d'exploitation sont différentes, en termes de température et de manipulation.

Ces préconisations ont été reprises dans le dispositif de la décision attaquée : l'article 1^{er} n'autorise l'utilisation du couvercle de la cuve que jusqu'au 31 décembre 2024 et l'article 3 prescrit des contrôles en service capables de détecter les défauts sur le fond de cuve à chaque requalification complète du circuit primaire principal.

Ce résumé très sommaire d'un dossier technique très documenté pourrait presque paraître superfétatoire puisque ni le bien-fondé de la démarche engagée ni les résultats qu'elle a validés pour arriver à sa décision ne sont ainsi contestés.

Mais ceci vous conduira à écarter le moyen.

Et PCMNC au rejet des deux requêtes. Dans chacune des affaires EDF et Framatome ont produit en défense. Dans les circonstances de l'espèce nous concluons à ce que vous ne fassiez pas droit à leurs conclusions tendant à l'application de l'article L 761-1 du CJA.