

N°s 441351, 441382

Sortir du nucléaire et autres.

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 13 avril 2022

Décision du 16 mai 2022

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK, Rapporteur public

C'est la deuxième fois que vous avez à connaître en excès de pouvoir de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE). La première fois c'était en 2018, lorsque vous avez examiné dans cette formation la 1^{ère} PPE édictée par décret du 27 octobre 2016 (CE Greenpeace 11 avril 2018 n°404959). Cette décision n'est pas fichée au recueil Lebon, et vous aviez rejeté la requête sans avoir à vous prononcer sur une fin de non recevoir du ministre tiré du défaut d'intérêt pour agir des associations requérantes. Mais à travers cette question d'intérêt pour agir et du caractère direct et certain de la lésion de l'intérêt défendu par les requérantes, c'était indirectement la question de la portée contraignante de la PPE qui se posait.

Votre rapporteure publique J. Burguburu indiquait alors : « *Le caractère direct de la lésion de l'intérêt en cause ne nous paraît toutefois pas douteux ; la PPE a bien pour objet de fixer des priorités d'action et des objectifs pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie et l'objet des associations requérantes est de peser sur ces dernières en défendant la réduction de la part du nucléaire. Le caractère certain est plus délicat compte tenu de la question posée en filigrane mais qui n'est pas opposée par le ministre (et on peut le comprendre) du caractère d'acte faisant grief ou non du décret attaqué : emporte-t-il des conséquences juridiques de nature à affecter de manière suffisamment certaine l'intérêt des associations ?* ». Elle proposait de répondre par l'affirmative ne serait-ce que parce que l'établissement d'une PPE est exigé par la loi elle-même, qui renvoie au décret le soin de la fixer, et parce que son contenu est de toute façon susceptible d'influencer le comportement des acteurs du secteur énergétique. Vous aviez suivi cette solution sans qu'elle soit explicitée dans votre décision.

Est en cause aujourd'hui la 2eme PPE, puisque la PPE prévue par l'article L. 141-1 du code de l'énergie doit couvrir 2 périodes de 5 ans et faire l'objet d'une révision au moins tous les cinq ans pour deux périodes de cinq ans (articles L. 141-3 et L. 141-4 du même code).

Le ministre soulève à nouveau des fins de non-recevoir tiré du défaut d'intérêt pour agir dans les 2 affaires, mais vous pourrez à nouveau les traiter par prétérition, les arguments mis en avant par notre collègue il y a 4 ans demeurant tout à fait pertinents.

Nous voudrions y ajouter quelques remarques. La portée juridique de la PPE, qui fait 400 pages dans sa version attaquée, n'est probablement pas aisée à délimiter dans toutes ses dimensions. Mais ce qui est certain c'est que le Parlement en prescrivant au Gouvernement d'élaborer une PPE, ne lui a pas (seulement) demandé de rédiger un rapport de réflexion ou de prospective sur l'évolution souhaitable du secteur de l'énergie en France à un horizon de 10 ans. On peut noter par exemple que les stratégies et les documents de planification qui comportent des orientations sur l'énergie doivent être compatibles avec les orientations formulées dans la programmation pluriannuelle de l'énergie.

La PPE est en particulier normative s'agissant par exemple de la fixation des objectifs quantitatifs pour le lancement d'appels d'offres pour des installations de production d'électricité ; particulièrement pour l'éolien en mer ou pour le plan stratégique qu'EDF doit élaborer en application de l'article L. 311-5-7 du code de l'énergie, qui présente les actions qu'il s'engage à mettre en œuvre pour respecter les objectifs de sécurité d'approvisionnement et de diversification de la production d'électricité, ou encore pour la détermination du critère pour la sécu d'approvisionnement en matière de gaz naturel (notamment L. 421-3-1 code énergie pour le stockage).

La PPE est également bien plus qu'un rapport au Parlement parce que la loi la soumet à un encadrement juridique.

D'une part, elle doit être compatible avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés dans le budget carbone mentionné à l'article L. 222-1 A du code de l'environnement, ainsi qu'avec la stratégie bas-carbone mentionnée à l'article L. 222-1 B du même code.

Et d'autre part, elle doit définir les modalités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs définis aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4. Relevons toutefois que dans nos affaires, la méconnaissance des documents propres à la lutte contre le réchauffement climatique, le budget carbone et la SNBC précités, n'est pas alléguée alors que la loi exige que la PPE soit compatible avec eux. Les objectifs fixés aux article L100-1 et sv sont quant à eux très généraux, nous allons y revenir le moment venu, et appellent un contrôle d'erreur manifeste.

La 3eme génération de PPE devra quant à elle, si la loi ne change pas d'ici là, respecter une loi quinquennale dont l'adoption est prévue avant le 1^{er} juillet 2023 par l'article L 100-1 A du code, qui précisera les différents objectifs de la politique énergétique pour une ou plusieurs périodes de 5 ans. Gageons que cet encadrement plus formalisé des PPE donnera au juge, s'il est saisi, de leviers plus fermes pour exercer son contrôle de légalité, qui en l'état, annonçons-le tout de suite, est nécessairement, comme c'était le cas lors de la 1ere PPE, très retenu sur les options qu'elle dessine.

Les 2 requêtes dont vous êtes saisi aujourd'hui émanent d'associations qui poursuivent des buts assez divergents, qu'on pourrait résumer sans vraiment les caricaturer comme tendant l'une à contester le maintien d'une part trop importante de nucléaire dans le mix énergétique et l'autre à contester sa diminution et la montée des énergies renouvelables (ENR).

Il faut encore rappeler que, par rapport à la 1ere PPE dont vous avez examiné la légalité il y a 4 ans, et sur cette question centrale de l'énergie nucléaire, l'article L. 100-4 prévoyait dans sa version issue de la loi du 17 août 2015 l'objectif de réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025, alors que cet horizon a été porté pour la même proportion à 2035 par la loi du 8 novembre 2019.

Nous vous proposons de les examiner successivement, en commençant par celle des association Réseau Sortir du Nucléaire et Greenpeace.

1. Les différents moyens de cette 1ere requête partent toutes du postulat que la PPE emporterait des décisions de prolonger de centrales nucléaires au-delà de leur 4eme visite décennale.

Ce postulat du caractère décisoire de la PPE sur ce point est erroné et vous conduira à écarter les différents moyens de cette requête au fond, et non au titre du défaut d'intérêt pour agir des requérantes comme vous y invite le ministre.

La PPE indique bien que le gouvernement « fixe les orientations » pour atteindre l'objectif de 50 % de production d'électricité d'origine nucléaire d'ici 2035 en indiquant que « le principe général sera l'arrêt [de 14] réacteurs à l'échéance de leur 5eme visite décennale. ». Mais cette orientation et ce principe n'emportent pas décision de prolonger la durée d'exploitation de ces centrales au-delà de leur 4eme visite décennale.

La PPE ne prétend pas prolonger la durée d'exploitation de certaines centrales et cela est cohérent avec la loi qui ne souffre d'aucune ambiguïté non plus : l'article L. 593-18 du c.env prévoit un réexamen décennal de chaque installation autorisée, qui prend pour chaque période la forme d'un rapport adressé par l'exploitant à l'ASN et au ministre. L'article L593-19 précise la procédure, qui est pour l'essentielle à la main de l'ASN : Après examen du rapport, l'ASN communique son analyse au ministre et les prescriptions nouvelles que l'ASN prend le

cas échéant. Il est en outre prévue que toute prolongation au-delà de 35 ans est soumise à une nouvelle procédure d'autorisation après enquête publique.

En dehors de cette procédure de droit commun, les articles L 593-20 à 23 définissent les mesures de police que peuvent prendre l'ASN ou le ministre selon le cas, en cas de menace pour les intérêts protégés par l'article L 593-1. Aucune disposition législative relative à la PPE ni la PPE elle-même ne conduit à remettre en cause ce régime juridique et donc à permettre que la PPE décide d'une prolongation d'INB.

La jurisprudence de la CJUE relative à la prolongation des centrales nucléaires belges (affaire Inter-Environnement Wallonie du 29 juillet 2019, C-411/17) nous paraît confortative de cette solution. Dans un arrêt du 29 juillet 2019, la CJUE a estimé que les mesures de prolongations de centrales nucléaires et les travaux nécessaires à ces prolongations devaient être considéré comme étant d'une ampleur comparable en termes de risques d'incidences environnementales à celle de la mise en service initiale des dites centrales, et qu'il fallait donc les soumettre à une évaluation au titre de la directive Projets de 2011 au titre de la modification de projets déjà autorisés. Mais ce qui était en cause dans cette procédure était une loi belge du 28 juin 2015 qui avait reporté le terme fixé pour la production industrielle de deux réacteurs déterminés. L'arrêt de la Cour relève le fait que cette loi prévoit « de façon précise et sans condition » ce redémarrage. Faute pour la PPE d'avoir une portée aussi précise, il n'est pas possible de tirer les mêmes conséquences de l'interprétation de la CJUE.

Si la PPE a fait l'objet d'une évaluation en application de l'article R. 122-17 (8°) du c. env au titre des plans et programmes, elle n'avait donc pas à être évaluée au titre de la directive Projets, pas plus qu'à d'autres titres mentionnés par les requérants.

Il est encore soutenu que le rapport annexé à la PPE ne donne pas d'indications relatives aux ressources publiques mobilisées pour le soutien de la filière nucléaire, en méconnaissance de l'article L 141-3. Il est vrai que cet article prévoit que la PPE définit l'enveloppe maximale indicative des ressources publiques de l'Etat et de ses établissements publics mobilisées pour atteindre ses objectifs quantitatifs.

Mais nous gardons, un instant de raison, un doute sur la place qu'il y a pour un contrôle d'excès de pouvoir de votre part sur une telle injonction du Parlement à l'égard de l'exécutif, car il nous semble que sur ce point précis, on pourrait soutenir que la loi ne délègue pas au pouvoir réglementaire le soin de préciser une norme qui relève de la loi, qui relèverait probablement pour l'essentiel de la loi de finance, s'il ne s'agissait pas ici seulement de définir une enveloppe « indicative ». Malgré ces doutes, vous pourrez en tout état de cause répondre au fond en évitant d'opérer un détournement trop fastidieux entre les dispositions de la PPE qui seraient attaquées selon leur caractère plus ou moins normatif ou purement destinés à l'information du Parlement, en constatant que la critique ne porte pas en l'espèce : la PPE

détaille les coûts de production de l'électricité nucléaire et ne prévoit pas d'affecter des ressources publiques à l'atteinte des objectifs qu'elle fixe en matière de production d'électricité nucléaire.

Une erreur de fait est également soulevée en ce que la PPE indique que des investissements lourds seraient nécessaires pour permettre la poursuite de l'exploitation des réacteurs nucléaires au-delà de leur cinquième visite décennale, mais une telle mention n'implique pas que de tels investissements ne seront pas nécessaires à l'issue de la quatrième visite décennale de ces réacteurs.

2. La 2ème requête présente une argumentation très différente.

2.1 Vous écarterez sans difficulté le moyen tiré de ce que la PPE doit prendre la forme d'un décret comme le prescrit la loi, qui aurait été méconnue parce que l'essentiel du document prend la forme d'un rapport annexé au décret en indiquant que cette PPE est adoptée. En procédant ainsi, le gouvernement a bien entendu donné à l'ensemble du document la forme d'un décret.

2.2 La requête revient ensuite sur l'évaluation environnementale à laquelle il a été procédé au titre des plans et programmes comme nous l'avons déjà mentionné. C'est la question de l'autorité environnementale à laquelle le projet de plan a été transmis qui est critiqué. C'est, conformément aux textes, la formation d'autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) qui a été saisi, et les requérants soutiennent qu'elle ne présenterait pas les conditions d'autonomie requises par la directive du 27 juin 2001. Comme on l'a dit ce sont les textes nationaux qui ont expressément prévu que la PPE fasse l'objet d'une telle évaluation.

Cette question de l'autonomie suffisante de l'autorité environnementale par rapport à celle qui autorise ou élabore un programme (ou un projet) vous est familière, elle se pose habituellement lorsque l'autorité environnementale compétente est une autorité déconcentrée, tout comme l'autorité décisionnaire.

Mais vous avez déjà eu à vous prononcer sur la conformité avec les objectifs de la directive Projets de la désignation de la formation d'AE du CGEDD dans votre décision CE Commune de Villiers le Bacles n°410917 du 9 juillet 2018 aux T. qui concernait une DUP relative à un tronçon de la future ligne 18 du métro du Grand Paris.

L'argument à l'époque était pour l'essentiel le même qu'aujourd'hui : le décret du 2 octobre 2015 relatif au CGEDD prévoit explicitement que ce conseil est placé « sous l'autorité directe du ministre chargé de l'environnement ». Ceci se comprend lorsque le CGEDD joue un rôle d'inspection ou d'analyse. Lorsqu'il assure la fonction d'autorité environnementale, le décret prévoit seulement que cette fonction relève d'une formation spécifique du CGEDD, dont les membres sont nommés par le ministre, sur proposition du vice-président. Mais de l'économie

du texte organisant le CGEDD, vous aviez estimé que son autonomie au sens de la directive projet 2011/92/UE du 13 décembre 2011 était assurée en raison, d'une part, de la composition de la formation et, d'autre part, des services propres placés sous son autorité.

Votre jurisprudence est désormais familière des va-et-vient entre la directive Projets et la directive Programmes, en tous cas s'agissant de la question de l'autonomie de l'autorité environnementale (cf en dernier lieu CE 16 février 2022 FNE n°442607 aux T. et CE 16 février 2022 ASFALTE n° 437202 aux T.). Rien ne conduit à ce qu'aujourd'hui vous adoptiez une lecture différente du décret du 2 octobre 2015 relatif au CGEDD et à l'autonomie réelle de sa formation d'autorité environnementale au regard de la directive Programmes. Vous écarterez donc le moyen contestant la validité de cette saisine.

2.3 Dans un registre différent, il est soutenu que la PPE constituerait une modification du régime d'aide d'Etat de soutien à la production d'électricité issue de l'éolien terrestre, qui aurait dû faire l'objet d'une notification préalable à la Commission avant d'être adoptée, conformément aux articles 107 et 108 du TFUE. Toutefois, comme sur d'autres points déjà mentionnés ou qui le seront, il ne nous paraît pas possible de lire la PPE comme autre chose qu'un exercice de prévision de l'évolution des coûts associés au développement de cette filière de production d'électricité, exercice de prévision de l'enveloppe des dépenses publiques que requiert la loi. La PPE ne modifie pas les montants de l'obligation d'achat dont bénéficient ces installations et qui constituent le cœur du régime d'aide approuvé par la commission en 2017.

La prévision à laquelle se livre la PPE d'une augmentation du niveau d'aide en cohérence avec l'augmentation prévue du déploiement de telles installations ne suffit pas à considérer que ce serait la PPE qui, par elle-même, serait à l'origine d'une augmentation de plus de 20 % du budget initial d'un régime d'aides existant, augmentation qui constituerait une modification de ce régime d'aides nécessitant une nouvelle notification en application de l'article 4 du règlement de la Commission européenne du 21 avril 2004. La PPE n'a donc pas davantage pour effet de méconnaître la décision précitée de la Commission approuvant le régime d'aide en cause, alors qu'ainsi que le précise le ministre en défense un volume d'appel d'offres a été notifié à la CE en aout 2021.

2.4 le moyen suivant s'appuie sur l'avis rendu par cette même autorité environnementale qui a relevé des insuffisances notamment en matière d'indicateurs de suivi et d'explicitation d'engagements pris en particulier pour la qualification des impacts des éoliennes sur l'environnement. Ces remarques critiques ne suffisent pas à démontrer une erreur manifeste du décret dans ces orientations en matière d'ENR.

2.5 une autre erreur manifeste d'appréciation serait la conséquence des scénarii et hypothèses macro-économiques sur lesquels se fonde la PPE. La requête cherche à tirer argument des impacts de la crise du covid 19 pour considérer que les hypothèses retenues dans cette

programmation seraient sans rapport avec l'évolution désormais prévisible de la production et de la consommation d'énergie. Les requérants soulignent, à nouveau dans leur réplique que la PPE, a été publiée en avril 2020, pendant le 1^{er} confinement, et selon eux le gouvernement ne pouvait pas faire l'impasse sur cet élément essentiel et « ignorer le bouleversement de la situation économique au moment de son adoption ». Mais le processus d'adoption du décret attaqué a débuté avec la révision de la 1^{ere} PPE engagée en juin 2017, un débat public étant organisé par la CNDP de mars à juin 2018. Elle couvre deux périodes de 5 ans, de 2019 à 2028. Les bouleversements de la situation économique auxquels se réfèrent les requérants n'avaient nous semble-t-il pas eu un retentissement déjà marqué après un mois de confinement et, surtout, leur effet de long terme, dans une projection jusqu'en 2028 paraît douteux, elle pouvait en tout cas sans erreur manifeste d'appréciation ne pas paraître nécessiter un recalibrage total de l'exercice (et de celui de la SNBC) lorsqu'il a été adopté.

Cela reste en effet en excès de pouvoir le point de contrôle : l'appréciation de la situation par le Gouvernement au moment où il adopte sa décision. Au demeurant les écritures de la FED nous semblent montrer les limites d'une approche trop photographique des prévisions macro-économiques : ils critiquent par exemple le choix d'un prix de gros de l'électricité à 65 euros le MWh en 2028, en soulignant que fin mars 2020 le prix de marché était de 21 euros par MWh. Mais au choc de demande négatif lié au confinement a succédé plus récemment un choc d'offre qui culmine avec la guerre en Ukraine mais qui lui est antérieur. Si on regardait le niveau des prix de gros de l'électricité depuis l'automne dernier, on serait tenté avec le même raisonnement que les requérantes de soutenir qu'une prévision à 65 euros est bien trop faible.

En résumé, l'exercice de prévision à long terme ne peut pas se fonder sur des circonstances conjoncturelles, alors que les effets de la pandémie sur le plan économique apparaissent bien mineurs dans cet exercice, vous ne pourrez donc pas retenir l'erreur manifeste d'appréciation.

2.6 un autre groupe de moyen rejoint en réalité la critique que nous avons présentée dans la requête de Greenpeace, puisqu'il est fait reproche cette fois à la PPE de décider, non pas de la prolongation de centrales nucléaires, mais de leur fermeture. Mais les dispositions législatives du code de l'environnement (article L. 593-26) pas plus que le texte de la PPE ne peuvent être lus comme ayant pour objet ou pour effet de décider de la mise à l'arrêt de réacteurs.

2.7 le dernier moyen soulève une question délicate, pas tant sur le plan juridique que sur celui des politiques publiques. La PPE affiche un objectif de réduction de la part de l'énergie nucléaire dans le mix énergétique français de 59% en 2028 que les requérants contestent. Mais comme nous l'avons dit en introduction, les normes auxquels confronter la PPE sont elles mêmes formulées sous forme d'objectifs législatifs d'une portée très générale, ceux qui sont mentionnés par la requête étant l'article L 100-1 qui définit les objectifs de la politique

énergétique autour de principes importants mais d'une grande généralité, qui laisse une très grande latitude à la PPE sur ce point et l'article L 100-4, ou plus précisément **une partie** de cette article qui prévoit une réduction des GES de 40 % entre 1990 et 2030 et dont vous avez pu préciser l'importance notamment dans vos décisions Commune de Grande-Synthe.

La thèse des requérants est qu'en réduisant la part du nucléaire dans le mix énergétique français, la sécurité d'approvisionnement et la réduction de la dépendance aux importations est mise en cause, tout comme la compétitivité de l'économie et le droit d'accès des ménages à une énergie à un prix compétitif. Mais l'argumentation des requérants est trop cursive pour que vous puissiez envisager de reconnaître une erreur manifeste d'appréciation dans ce choix affiché par la PPE.

Sur la question de la sécurité d'approvisionnement, à laquelle l'actualité géopolitique et énergétique des derniers mois a pu sensibiliser chacun, nous relevons que la PPE a fait preuve d'une certaine prudence : il est indiqué qu'il est prévu de lisser l'effort de fermeture de 14 réacteurs nucléaire d'ici 2035 en le faisant débiter en 2027 et 2028 par anticipation de la 5eme visite décennale pour 2 réacteurs « pour en faciliter la mise en œuvre sur le plan social, technique et politique ». Mais une telle anticipation des fermetures ne serait pas demandée à EDF si l'ASN demandait la fermeture d'autres réacteurs pour raison de sécurité ou si leur fermeture conduisait à ne pas respecter les critères de sécurité d'approvisionnement. La PPE envisage une fermeture supplémentaire de 2 réacteurs supplémentaires en 2025-26 si 3 autres conditions supplémentaires étaient en outre remplies qui sont les suivantes :

- Les pays voisins de la France auraient engagé une transition très rapide de leur parc de production d'électricité, notamment par l'arrêt de capacités importantes de production d'électricité à partir de charbon, et auraient développé massivement les énergies renouvelables sans que leur sécurité d'approvisionnement ne repose sur la capacité de production française : le solde exportateur français serait alors réduit et la fermeture de réacteurs nucléaires permettrait de limiter les surcapacités ;-
- Une marge significative en matière de sécurité d'approvisionnement existerait sur les capacités nucléaires, permettant de faire face à une décision éventuelle de l'ASN de suspendre le fonctionnement de plusieurs réacteurs pour une raison de sûreté ;
- Les prix de marché de l'électricité seraient maintenus à un faible niveau du fait de surcapacités de production de base à faible coût variable (énergies renouvelables et nucléaire), dégradant ainsi la rentabilité de la prolongation de tout le parc existant, et permettant d'envisager des réductions de capacité sans que cela ne pèse sur les consommateurs français.

Aucune décision n'est engagée sur ces points mais ces précautions prises par la PPE paraissent en réalité pertinentes pour éviter des effets négatifs d'une fermeture anticipée de certaines centrales qu'une lecture raisonnable de l'actualité internationale, à l'heure où

certaines partenaires de la France envisagent de maintenir des centrales à charbon, vient nous semble-t-il confirmer.

Au bénéfice de ces précautions qui figurent dans la PPE, il nous paraît difficile d'estimer que les différents objectifs de l'article L. 100-1 auraient manifestement été mal pris en compte

La requête fait en outre l'impasse sur deux séries de considérations qui nous paraîtraient incontournables pour engager une discussion plus approfondie pouvant donner lieu à votre contrôle, même distancié. D'une part, c'est à l'égard des budgets carbone et de la SNBC que la loi impose le rapport de compatibilité le plus tangible dans la PPE. Il nous paraît difficile de soutenir que les objectifs de réductions des GES qui figurent dans la loi ne sont pas respectés sans confronter la PPE à son obligation de compatibilité avec les budgets carbone et la SNBC.

D'autre part, les requérants, s'ils mentionnent que l'article L. 100-4 fixe un objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2035, ils ne critiquent pas cet objectif. C'est pourtant un élément que la PPE ne pouvait pas occulter et le choix d'afficher au terme de la période de programmation un objectif intermédiaire de part du nucléaire ne nous paraît pas manifestement incompatible avec l'objectif aujourd'hui fixé à l'horizon 2035, pour reprendre en l'adaptant la terminologie que vous aviez retenu dans votre décision Greenpeace de 2018..

Vous l'aurez compris, il ne peut pas s'agir pour le Conseil d'Etat de valider des choix de politique publique dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir mais seulement de vérifier si cet exercice de programmation pluriannuelle de l'énergie s'inscrit bien dans le cadre fixé par la loi, votre contrôle étant sur la plupart des questions un contrôle restreint, sans substituer votre appréciation, ou celle des requérants à celle du gouvernement. Au vu de l'argumentation dont vous êtes saisis, vous ne retiendrez pas cette erreur manifeste d'appréciation.

Et PCMNC au rejet des 2 requêtes.