

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 7 décembre 2022

Lecture du 28 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , Rapporteur public

Les affaires qui viennent d’être appelées concernent une nouvelle fois l’EPR de Flamanville, réacteur de 3^{ème} génération à eau pressurisé dont la mise en service connaît un retard important.

La création du réacteur nucléaire EPR de Flamanville 3 a été autorisée par un décret du 10 avril 2007, sur le fondement de dispositions désormais reprises aux articles L. 593-7 à -17 du code de l’environnement. Plusieurs associations ont formé des recours contre ce décret ont qui ont été rejetés par votre décision du 23 avr. 2009, Association France Nature Environnement et autres, n° 306242.

Ce décret prévoyait que l’INB devait être mise en service dans un délai de 10 ans, ce délai n’ayant pu être respecté en raison d’aléas propres à toute tête de série (selon les termes d’EDF), une prolongation de ce délai a été demandée, qui a été accordée par un décret du 23 mars 2017. Un recours contre ce décret a été rejeté par une décision du 28 mars 2018 (sous les n° 410782, 410783).

En 2019 (CE 11 avril 2019 Greenpeace n°413548 au rec.) vous avez rejeté une demande d’abrogation du décret de 2007, en jugeant que l’autorisation de création d’INB était une décision créatrice de droit « précaires », entrant dans les prévisions de l’article L242-2 du CRPA, en l’occurrence vous avez vérifié qu’EDF disposait toujours des capacités techniques et financières nécessaires, ce qui est une condition du maintien de l’autorisation de création.

Parallèlement, EDF a demandé une nouvelle prolongation du délai de mise en service, c'est le décret du 25 mars 2020 attaqué aujourd'hui, qui porte à 17 ans au total le délai de mise en service de l'INB.

1. Les requérants attaquent également un refus d'abroger le décret de 2007 et nous commencerons par cette requête.

Il s'agit donc d'une nouvelle demande d'abrogation du même décret, mais il ne nous semble pas qu'on puisse opposer un caractère confirmatif du nouveau refus attaqué, les requérants, qui ne sont au demeurant pas tous les mêmes que les demandeurs de la 1ère abrogation, faisant valoir des circonstances en partie différentes de la 1ère fois.

Comme dans le précédent Greenpeace de 2019 ou très récemment dans une décision « Libres Horizons » (CE 21 mars 2022 n°451678 aux T.), la décision que vous allez rendre dans la présente affaire sera l'occasion d'insister sur le fait que la circonstance qu'une décision créatrice de droit puisse faire l'objet d'une demande d'abrogation ne signifie pas que n'importe quelle circonstance de droit ou de fait puisse être invoquée, comme ce serait le cas dans un contentieux d'abrogation classique d'un acte réglementaire, sauf à vider le caractère créateur de droit de la décision de toute substance. Face à une décision créatrice de droit, il faut donc d'abord vérifier si elle est soumise à des conditions de maintien, pour ensuite, et seulement dans l'affirmative, vérifier si ces conditions sont toujours remplies, c'est seulement si ce n'est plus le cas que l'administration doit procéder à l'abrogation, ou à tout le moins de compléter l'autorisation de prescriptions complémentaires si cela est suffisant.

En l'espèce, les requérants soutiennent d'abord que le décret de 2007 serait devenu illégal faute pour l'autorisation qu'il accorde d'avoir fait l'objet d'une actualisation de son évaluation environnementale ou d'une nouvelle évaluation. Nous retrouverons dans un instant cette question qui est posée s'agissant du décret de prolongation de 2020, mais il nous semble que dans la pureté des principes, le moyen est inopérant dans ce contentieux d'abrogation, car nous ne voyons pas sur quel fondement on pourrait soutenir qu'une évaluation environnementale « à jour » serait une condition du maintien de l'autorisation créatrice de droit. Ce terrain radical de rejet nous paraît préférable à un rejet au fond, ceci contribuera à ne pas donner l'impression de banaliser les requêtes dirigées contre des refus d'abroger des actes créateurs de droit conditionnés.

Les requérants soutiennent ensuite que la condition de capacité technique et financière de l'exploitant à conduire le projet dans le respect des intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 du code de l'environnement n'est pas remplie. Cette argumentation est à l'évidence opérante, c'est celle que vous aviez accepté de vérifier dans le précédent Greenpeace. Elle l'est en tout

cas s'agissant de l'argument avancé qu'EDF ne disposerait plus de la capacité financière de faire face à ses obligations. Sur ce point, l'argumentation n'est pas très différente de celle de 2019, de nouveaux éléments étant avancés pour signaler les difficultés financières d'EDF. Mais nous considérons à nouveau cette argumentation trop générale pour accréditer la thèse d'une incapacité financière d'EDF à poursuivre ce chantier. La circonstance que le coût de l'EPR soit bien plus élevé que ce qu'il était envisagé initialement ne suffit pas davantage à démontrer une telle incapacité financière, les différents éléments relevant de l'opportunité du projet au vu de ces coûts étant sans incidence sur la légalité du refus d'abroger dans la perspective de la police des INB.

Sur le plan technique, sont mis en avant des problèmes bien connus de l'EPR de Flamanville, d'une part les défauts qui ont été détectés dans la cuve du réacteur et d'autre part dans les soudures du circuit primaire.

S'agissant toujours de la demande d'abrogation du décret initial, nous peinons à nouveau à voir en quoi ces difficultés techniques rendraient nécessaires une telle abrogation. En ce qui concerne la cuve, les problèmes de sécurité ont fait l'objet de mesures de l'ASN, dont vous avez confirmé la validité au contentieux (CE 16 octobre 2017 association Notre affaire à tous n° 397606) puis sur l'autorisation de mise en service de la cuve (CE 24 juillet 2019 Réseau sortir du nucléaire n° 416140 aux T.), en jugeant que l'Autorité de sûreté s'était assurée que cette cuve, malgré les anomalies relevées, présentait un niveau de sécurité identique à celui résultant du respect des exigences essentielles de sécurité prévues pour les appareils à pression, conformément à l'article L. 557-4 du code de l'environnement.

Concernant les problèmes de soudure du circuit primaire, c'est leur révélation et les mesures imposées par l'ASN qui ont rendu nécessaire la nouvelle prolongation dont nous allons vous reparler dans un instant. Rien dans ce qui est avancé par les requérants ne permet d'affirmer que ces difficultés techniques seraient insurmontables, EDF mettant en avant les mesures prises pour disposer des compétences nécessaires sur ce point. Rappelons ici comme vous l'aviez relevé dans votre décision Greenpeace de 2019, que la poursuite de l'autorisation de création de l'INB, tout comme sa prolongation ne dispensent pas l'exploitant de demander et d'obtenir le moment venu une autorisation de mise en service.

Aucun des éléments mis en avant ne vous conduira donc à juger illégal le refus d'abroger le décret de création de l'INB.

2. Nous en venons maintenant à la requête 444846, relative au décret procédant à une seconde prolongation du décret de création.

2.1 On retrouve tout d'abord le moyen tiré de ce qu'une nouvelle évaluation environnementale (EE) ou l'actualisation de l'étude d'impact aurait été nécessaire. Le moyen se décline en critiquant l'absence de saisine de l'autorité environnementale (AE). A strictement parler, le moyen est tiré de la violation de la directive Projets, et la réponse la plus orthodoxe serait d'indiquer que cette directive a été transposée en droit national, et que faute de critiquer cette transposition, l'invocation directe de la directive n'est pas recevable. Si vous souhaitiez faire reste de droit aux requérants, vous vérifieriez la légalité du décret au regard des dispositions des articles L. 122-1 et L. 122-1-1 du code de l'environnement qui ont transposé les articles pertinents de la directive.

En premier lieu, l'article L. 122-1 traite de l'hypothèse où le projet consiste en une modification ou une extension d'installations soumises notamment à autorisation de création d'une INB, auquel cas l'AE est saisie pour qu'elle détermine si une EE est nécessaire.

Vous avez eu récemment à vous interroger sur cette notion de « modification » pour l'application de la directive Projets dans une affaire « République de Genève » relative à l'INB ICEDA (CE 22 juin 2022 n° 451998). Le raisonnement à suivre, éclairé par l'interprétation de la CJUE (Grande chambre Inter-Environnement Wallonie du 29 juillet 2019, C-411/17) est de rechercher l'effet de la décision en cause sur le projet, la cour jugeant de façon déterminante que des **mesures qui impliquent des travaux de modernisation des centrales concernées de nature à affecter la réalité physique des sites**, constituent un « projet », au sens de cette directive.

Rien dans l'instruction de la présente affaire ne permet d'affirmer qu'une prolongation de la date limite de mise en service affecte la réalité physique de l'EPR, l'avis rendu par l'ASN le 11 février 2020 étant confortatif de cette appréciation. Observation est à nouveau faite que la question de l'autorisation d'exploitation de l'EPR n'est pas commandée par la décision attaquée ici.

Les requérants invoquent un autre arrêt de la CJUE, l'affaire C-254-19 du 9 septembre 2020 par lequel la CJUE a jugé qu'une décision prorogeant le délai de 10 ans initialement fixé pour la réalisation d'un projet de construction d'un terminal de regazéification de gaz naturel liquéfié doit être considérée comme un accord donné à un projet au sens de la directive habitats, lorsque l'autorisation initiale de ce projet, devenue caduque, a cessé de produire ses effets juridiques à l'expiration du délai qu'elle avait fixé pour ces travaux et que ces derniers n'ont pas été entrepris. Mais même si l'on accepte de raisonner par analogie de la directive Habitats vers la directive Projets, on voit bien que le raisonnement de caducité qu'utilise la cour pour en réalité estimer que le projet est nouveau et non pas modifié, n'est pas

transposable ici, où l'essentiel des travaux a été réalisé et où l'autorisation initiale n'a pas disparu.

Cette appréciation de la portée de la directive Projets ne nécessite pas de poser une question préjudicielle en interprétation à la CJUE comme vous le demandent les requérants.

L'autre disposition de droit national à laquelle confronter le décret est le III de l'article L. 122-1-1 du code de l'environnement, qui prévoit que, lorsque les incidences d'un projet sur l'environnement n'ont pu être complètement identifiées ni appréciées avant l'octroi de la première autorisation d'un projet, le maître d'ouvrage actualise l'étude d'impact en procédant à une évaluation de ses incidences, dans le périmètre de l'opération dans laquelle l'autorisation a été sollicitée et en appréciant leurs conséquences à l'échelle globale du projet. Cette disposition a été introduite pour tenir compte de plusieurs arrêts de la CJUE qui ont précisé la portée de la directive Projet en cas de successions de décisions relatives à un même projet (CJUE, 7 janvier 2004, Wells C-201/02 ; CJUE, 4 mai 2006, Barker, C-290/03).

Mais les remplacements, sans doute coûteux, dans la cuve du réacteur et dans les soudures du circuit primaire ne modifient pas la nature du projet, ni les exigences de sûreté du projet initial, qui exigent en particulier « l'exclusion de rupture », dont nous vous avons longuement parlé dans l'affaire 416140 du 24 juillet 2019, Réseau Sortir du nucléaire et autres. Il n'y a donc pas de nécessité d'actualiser l'étude d'impact initiale pour tenir compte des travaux qui ont été exigés et entrepris, non pas pour **modifier** le projet initial mais pour **garantir** la conformité de l'installation aux exigences de sûreté initiales.

2.2 Il est ensuite soutenu que le décret aurait dû être soumis à une procédure de participation du public. Mais le raisonnement à suivre ici poursuit la même logique que celui que nous venons de développer : une modification de la consistance **juridique** du projet ne suffit pas à elle-seule à analyser cette modification comme ayant une incidence sur l'environnement, nécessitant en application de l'article 7 de la Charte de l'environnement une nouvelle participation du public. Alors que l'autorisation de création de l'EPR a fait l'objet d'un débat public et d'une enquête publique en 2006, le décret litigieux ne nécessitait pas une nouvelle participation dès lors qu'il ne présente pas d'incidences sur l'environnement nouvelles par rapport à celle qui avaient justifié la 1^{ère} procédure.

2.3 Il est enfin soutenu que le refus de retirer le décret du 25 mars 2020 méconnaît les dispositions de l'article L. 593-7 du code de l'environnement en raison de l'incapacité technique et financière de l'exploitant à conduire le projet dans le respect des intérêts

mentionnés à l'article L. 593-1 du code de l'environnement. Mais c'est une discussion que nous avons déjà menée dans l'affaire précédente, et la réponse doit être la même ici.

PCMNC au rejet des 2 requêtes.