

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

POUR :

- 1) - L'association Greenpeace France, désignée pour recevoir notification de la décision à venir en application du troisième alinéa de l'article R. 751-3 du CJA ;
- 2) - L'association Réseau « Sortir du nucléaire » ;
- 3) - L'association Notre affaire à tous ;
- 4) - L'association France Nature Environnement ;
- 5) - L'association Observatoire du nucléaire ;
- 6) - L'association Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire (CRILAN);
- 7) - L'association Stop EPR ni à Penly ni ailleurs ;
- 8) L'association Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité (CRIIRAD).

CONTRE :

- 1) - L'Etat, représenté par le Premier ministre et le Ministre de la transition écologique et solidaire ;
- 2) - Electricité de France (SCP PIWNICA MOLINIE)

EN PRESENCE

DE :

L'Autorité de sûreté nucléaire

Sur la requête n° 413548

Dossier n° 170339 suivi par Denis GARREAU

FAITS ET PROCEDURE

I - Le site de Flamanville abrite la centrale nucléaire exploitée par la société Electricité de France dans le département de la Manche, à 25 km au sud-ouest de Cherbourg. Le site se trouve à une quinzaine de kilomètres des îles anglo-normandes. Cette centrale nucléaire est actuellement constituée de deux réacteurs à eau sous pression en exploitation d'une puissance unitaire de 1300 MWe.

Suite à une enquête publique qui s'est tenue du 15 juin au 31 juillet 2006 et à un avis favorable avec recommandations de la commission d'enquête du 15 septembre 2006 (productions n° 1 à 3), EDF a été autorisée par un décret n° 2007-534 du 10 avril 2007, publié au Journal officiel du 11 avril 2007, à construire sur le site de Flamanville un réacteur dit « de troisième génération » de type EPR qui constitue l'installation nucléaire de base (INB) n° 167 (prod. n° 4).

Les associations France Nature Environnement, Greenpeace France, Réseau « Sortir du nucléaire » et Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire (CRILAN) ont formé, à l'encontre de ce décret, un recours en annulation qui a été rejeté par une décision du Conseil d'Etat n° 306242 du 23 avril 2009.

Les sociétés EDF et Areva ont convenu que cette dernière se chargerait de la fabrication des pièces de l'EPR, dont le fond et le couvercle de la cuve du réacteur nucléaire, dans son usine du Creusot.

La construction de l'INB n° 167, qui a débuté en septembre 2007, ne cessera de rencontrer de multiples difficultés (v. *infra*, IV B 2°).

Le 19 mars 2015, EDF a déposé auprès de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), conformément à l'article 20 du décret n° 2007-1557 du 2 novembre 2007 relatif aux installations nucléaires de base et au contrôle, en matière de sûreté nucléaire, du transport de substances radioactives, les dossiers de demandes d'autorisations de mise en service et de mise en service partielle de Flamanville 3.

L'article 3, II du décret d'autorisation de création de l'EPR de Flamanville fixait le délai pour réaliser le premier chargement en combustible nucléaire du réacteur, ce délai constituant le délai de mise en service de l'installation, à dix ans à compter de la publication de ce décret au Journal officiel. Au terme de ce délai, l'article L. 593-13 du Code de l'environnement prévoit qu'il peut alors être mis fin à l'autorisation de l'installation après avis de l'ASN.

Par courrier du 9 octobre 2015, EDF a demandé à la Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie une modification du décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 (prod. n° 5).

Par un décret n° 2017-379 du 23 mars 2017 modifiant le décret du 10 avril 2007, pris après avis favorable de l'ASN du 7 février 2017 et publié au Journal officiel du 24 mars 2017, le Premier ministre a repoussé de trois ans le délai de mise en service fixé dans le décret d'autorisation de création de l'EPR de Flamanville (prod. n° 6).

Le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 modifié dispose ainsi en son article 3, II que le délai de mise en service de l'installation est de treize ans à compter de la publication de ce décret (prod. n° 1 de la requête sommaire des exposantes).

Fin mars 2017, la presse a révélé qu'EDF, Areva et l'ASN avaient connaissance depuis le 16 mai 2005, soit plus d'un an avant l'enquête publique sur la création de Flamanville 3, de graves dysfonctionnements au sein de l'usine d'Areva du Creusot et de son incapacité avec EDF à réaliser les pièces à destination de l'EPR de Flamanville (v. *infra*, IV A 2°).

Par courrier du 18 avril 2017, les associations Greenpeace France, Réseau « Sortir du nucléaire », Notre affaire à tous, France Nature Environnement, Observatoire du nucléaire, CRILAN, Stop EPR ni à Penly ni ailleurs et Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité (CRIIRAD), exposantes, ont sollicité du Premier ministre l'abrogation du décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 modifié portant autorisation de construction (prod. n° 2 de la requête sommaire des exposantes).

Ce courrier, réceptionné le 19 avril 2017 par les services du Premier ministre (même prod.), n'a reçu aucune réponse, de sorte qu'une décision implicite de rejet est née le 19 juin 2017.

C'est la décision attaquée.

DISCUSSION

II – Les exposantes montreront que leur requête est recevable (**III**) et que la décision de refus d'abrogation attaquée encourt l'annulation (**IV**), de sorte qu'il devra être enjoint au Premier ministre d'abroger le décret du 10 avril 2007 autorisant la création de l'EPR de Flamanville (**V**).

III – SUR LA RECEVABILITE DE LA REQUETE.

A - Les associations requérantes ont régulièrement décidé d'engager le présent recours selon leurs statuts et justifient toutes, eu égard à leur objet statutaire de défense et de protection et de l'environnement - les associations Greenpeace France, Réseau « Sortir du nucléaire », France Nature Environnement, CRIIRAD et CRILAN étant par ailleurs agréées au titre de l'article L. 141-1 du Code de l'environnement -, d'un intérêt leur donnant qualité pour contester le refus d'abrogation du décret d'autorisation de création de l'INB Flamanville 3 (prod. n° 7 à 25).

B - Par ailleurs, si, en vertu des dispositions de l'article 45 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire codifiées à l'article L. 596-23, II du Code de l'environnement, les décisions d'autorisation de création d'INB

« peuvent être déférées devant la juridiction administrative : [...] 2° Par les tiers, en raison des dangers que le fonctionnement de l'installation nucléaire de base ou le transport peuvent

présenter pour la santé des personnes et l'environnement, dans un délai de deux ans à compter de leur publication [...] »,

l'expiration de ce délai en l'espèce est sans incidence sur la recevabilité du présent recours, lequel est dirigé, non pas contre le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 portant autorisation de création de l'EPR de Flamanville, mais contre la décision du Premier ministre refusant d'abroger ce décret et se fonde sur ce que celui-ci, d'une part, a été obtenu par fraude, d'autre part et subsidiairement, est devenu illégal en raison d'une évolution des circonstances de fait ayant un impact sur les conditions mises à cette autorisation (v. *infra*, III).

IV – SUR L'ILLEGALITE DE LA DECISION ATTAQUEE.

Il sera montré que la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé d'abroger le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 encourt la censure :

- à titre principal, en ce que l'autorisation de création de l'EPR de Flamanville, délivrée par le décret du 10 avril 2007 à la société EDF, a été obtenue de manière frauduleuse par celle-ci (A),

- à titre subsidiaire, en ce que ce décret est devenu illégal en raison de changements dans les circonstances de fait (B).

A – A TITRE PRINCIPAL : SUR L'OBTENTION FRAUDULEUSE DE L'AUTORISATION ACCORDEE PAR LE DECRET DU 10 AVRIL 2007.

1) - En vertu de l'article L. 241-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) :

« Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré ».

Le principe ainsi posé, qui a vocation à prévaloir sur les autres dispositions du titre IV du livre II du CRPA régissant la sortie de

vigueur des divers actes unilatéraux¹, entérine une jurisprudence traditionnelle fondée sur l'idée selon laquelle un acte obtenu par fraude ne peut, en toute hypothèse, être regardé comme ayant créé des droits (CE Sect., 18 novembre 1966, Ministre des Travaux publics et des Transports c/ Silvani, p. 609 ; CE, 23 mai 1996, Préfet de police c/ Muba Kasiana, n° 148548, T. 667 ; CE Sect., 29 novembre 2002, Assistance publique - Hôpitaux de Marseille, n° 223027, p. 414).

La notion d'acte obtenu par fraude renvoie en effet à

« une catégorie spécifique de décisions, le plus souvent individuelles, que l'administration adopte sur la foi d'une apparence trompeuse créée par l'administré en vue d'obtenir des avantages indus. [...] Un acte obtenu par fraude n'est [...] pas seulement illégitime et contraire à la moralité, il est aussi irrégulier et entaché d'illégalité car fondé sur des motifs inexacts. Pour ces raisons, et afin d'empêcher la consolidation d'une situation juridique irrégulière acquise par la malice, le juge permet à l'administration d'abroger ou de retirer à tout moment la décision viciée par la fraude, les exigences conjointes de la moralité et de la légalité l'emportant alors sur la sécurité juridique » (S. Renard, « L'acte administratif obtenu par fraude », AJDA 2014 p. 782).

Si elle est caractérisée lorsque de faux documents ont été produits à l'appui d'une demande (CE Sect., 18 décembre 1957, Samash, p. 683), la fraude n'est nullement limitée à ce cas de figure ; comme le rappelait M. Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire « Portalis » (CE Sect., 14 mars 2008, n° 283943, p. 99),

« La production de faux documents n'est qu'une illustration d'une définition plus générale qui comporte un élément objectif - l'information donnée à l'Administration est erronée - et un élément subjectif - le demandeur a cherché à tromper l'Administration »².

Le comportement frauduleux du demandeur peut ainsi être déduit de la rétention d'informations essentielles à la décision, de dissimulations ou de mensonges par omission (CE Ass., 12 avril 1935, Sarovitch, p. 520 ; CE, 23 juin 1995, Préfet de police de Paris c/ Goncalves

¹ Les « décisions créatrices de droits » (chap. II) ; les « actes réglementaires » et les « actes non réglementaires non créateurs de droits » (chap. III).

² N. Boulouis, « Limites de la création de droits sous conditions », RFDA 2008 p. 482.

Neves, n° 143832, T. 644 ; 15 octobre 1999, Epoux Chatin, n° 180298, T. 970 ; 9 octobre 2017, Société Les Citadines, n° 398853, à mentionner aux Tables), voire de simples abstentions à informer l'administration (CE, 13 mai 1994, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Bédoui, n° 112942, T. 1219) ou à lui signaler une erreur (CE, 10 mars 1976, Baillet, n° 98803, T. 753).

Lorsqu'une autorisation administrative a été obtenue par de tels moyens, un tiers intéressé peut, même après l'expiration du délai de recours prévu par les dispositions générales ou spéciales applicables, solliciter son retrait ou son abrogation et obtenir l'annulation juridictionnelle du refus opposé par l'administration à cette demande (CAA Marseille, 1^{er} juillet 1999, Morisson, n° 97MA05351, T. 620 ; CAA Bordeaux, 1^{er} février 2011, Association Masseube Autrement, n° 10BX00938 ; CAA Marseille, 19 mai 2011, Goret, n° 09MA02311 ; 12 mars 2012, Cliniques mutualistes catalanes, n° 09MA01261 ; 11 janvier 2016, Guiducci et a., n° 14MA03313).

2) - **En l'espèce**, le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 a autorisé la création de Flamanville 3 après une enquête publique du 15 juin au 31 juillet 2006 où la commission d'enquête a émis un avis favorable (prod. n° 3).

Parmi les éléments qui ont pesé de manière déterminante dans le déroulement et l'issue de cette enquête publique, figurent les compétences techniques de la société EDF pour construire l'installation (v. *infra*, B 1°).

Or, comme la presse l'a révélé le 31 mars 2017 (prod. n° 26), l'ASN avait adressé dès le 16 décembre 2005 un courrier au Directeur d'EDF indiquant ce qui suit :

« Dans le cadre de sa mission de contrôle de la fabrication des équipements sous pression nucléaires, le BCCN a récemment constaté de nombreux écarts concernant le forgeron Creusot Forge.

Ces éléments mettent en cause la qualité des travaux et de la surveillance de ses sous-traitants effectués par le forgeron creusotin.

*Or, ces travaux pour la fabrication d'équipements IPS sont des activités concernées par la qualité. En application de l'article 4 de l'arrêté du 10 août 1984, Creusot Forge doit s'être vu notifier par contrat les dispositions permettant l'application de cet arrêté. **Comme exploitant, il vous appartient d'exercer ou de faire exercer sur ce prestataire [i.e. Areva] une surveillance permettant de s'assurer de l'application par celui-ci des dispositions ainsi notifiées** » (prod. n° 27).*

L'ASN avait de nouveau écrit à la direction d'EDF, par courrier du 16 mai 2006 :

« En 2005, les fabrications des équipements sous pression nucléaires du forgeron Creusot Forge ont été émaillées de nombreux incidents : nombre de rebuts important, écarts constatés par le BCCN au cours des inspections de fabrication et par les constructeurs dans le cadre de leurs actions de surveillance ...

Comme je l'ai rappelé dans ma lettre en référence 1, il vous appartient, conformément à l'article 4 de l'arrêté ministériel du 10 août 1984, de veiller à ce que les contrats notifiés à Creusot Forge incluent des dispositions permettant l'application dudit arrêté, et d'exercer ou de faire exercer sur les prestations de Creusot Forge une surveillance permettant de s'assurer de l'application des dispositions notifiées.

Ces incidents récurrents et l'absence de réaction de votre part ont conduit le BCCN à organiser une inspection chez votre fournisseur Creusot Forge » (prod. n° 28).

Au cours de cette inspection plus de seize dysfonctionnements ont été relevés par l'ASN (même prod.).

Ces documents, et plusieurs témoignages démontrent qu'EDF et Areva avaient été alertées dès 2005 sur les dysfonctionnements de cette usine ; malgré cela, les deux industriels ont continué à lui confier des fabrications sensibles, dont la cuve de l'EPR de Flamanville (prod. n° 26).

Ces informations n'ont pourtant jamais été communiquées publiquement lors de l'enquête publique sur la création de la centrale de Flamanville 3 qui s'est déroulée du 15 juin au 31 juillet 2006.

Or, l'incompétence de la société EDF, mise en garde à plusieurs reprises par l'ASN, concernant le forgeage des pièces à l'usine du Creusot, constituait indéniablement une information susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise concernant la construction de Flamanville 3.

La dissimulation de ces informations par le pétitionnaire caractérise bien une fraude au sens de l'article L. 241-2 du CRPA, et justifiait à ce titre l'abrogation sans condition de délai du décret du 10 avril 2007.

Les exposantes sont en conséquence fondées à demander l'annulation du refus de procéder à cette abrogation.

B – A TITRE SUBSIDIAIRE : SUR L'ILLEGALITE DU DECRET DU 10 AVRIL 2007 EN RAISON DE CHANGEMENTS DANS LES CIRCONSTANCES DE FAIT.

A supposer que la caractérisation d'une fraude ne soit pas retenue, le refus d'abrogation litigieux n'en encourrait pas moins l'annulation dès lors qu'en raison de l'évolution des circonstances de fait postérieures à son édicton, le décret du 10 avril 2007 serait, en tout état de cause, devenu illégal au regard des dispositions du I de l'article 29 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006, aujourd'hui codifiées aux I et III de l'article L. 593-7 du Code de l'environnement.

1) - Sur les règles applicables.

a) – Selon une jurisprudence bien établie, les décrets autorisant la création d'INB sont des décisions de nature non réglementaire (CE Ass., 28 février 1975, Herr, Retting et Boos, n° 86464, p. 162 ; CE, 30 juin 1989, Ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme c/ Etat de Sarre, n° 89883, p. 155 ; 26 février 1996, Land de Sarre et a., n° 115585, T. 667 ; 1^{er} mars 2013, Société Roozen France et la SCI des Serres, n° 340859, T. 407, sol. impl. point 28).

Les conditions d'abrogation des décisions non réglementaires diffèrent selon que ces décisions sont ou non créatrices de droits.

S'agissant des *décisions non créatrices de droits*, l'article L. 243-2 du CRPA prévoit en son second alinéa que

« L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition, sauf à ce que l'illégalité ait cessé ».

Ces dispositions reprennent la solution consacrée par l'arrêt « Association Les Verts » de 1990 (CE Sect., 30 novembre 1990, n° 103889, p. 339), par lequel le Conseil d'Etat avait partiellement étendu aux décisions non réglementaires sa jurisprudence « Compagnie Alitalia » (CE Ass., 3 février 1989, n° 74052, p. 44 - v. l'actuel art. L. 243-2, al. 1 du CRPA).

Les *décisions créatrices de droits*, quant à elles, ne peuvent en principe être abrogées en raison de leur illégalité que dans le délai de retrait de quatre mois institué par la jurisprudence « Ternon » (CE Ass., 26 octobre 2001, n° 197018, p. 497) ; cette solution, également issue de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Sect., 6 mars 2009, Coulibaly, n° 306084, p. 79), résulte aujourd'hui de l'article L. 242-1 du CRPA, en vertu duquel

« L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

Ce principe n'est toutefois pas absolu ; la jurisprudence et les textes lui reconnaissent certaines exceptions, indépendamment du cas, déjà évoqué, de la fraude (v. *supra*, A).

En particulier, l'article L. 242-2 du CRPA prévoit (dans le prolongement de la même jurisprudence « Coulibaly ») que :

« Par dérogation à l'article L. 242-1, l'administration peut, sans condition de délai :

1° Abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie [...] ».

Les dispositions précitées consacrent pour partie une distinction jurisprudentielle implicite, mais dont l'importance théorique et pratique a été soulignée à maintes reprises par les commissaires du Gouvernement et rapporteurs publics, entre d'une part, les décisions créatrices de droits « acquis » ou « intangibles » et, d'autre part, les décisions créatrices de droits « non acquis » ou « précaires ».

M. Boulouis notamment, dans ses conclusions déjà citées sur l'affaire « Portalis », relevait que

« quoi qu'aucun arrêt de principe n'en rende compte, la différence entre actes créateurs de droits intangibles et actes créateurs de droits précaires ou si l'on préfère les droits acquis pour le passé et pour l'avenir et les droits acquis seulement au fur et à mesure de l'écoulement du temps, nous paraît fondamentale pour décrire [...] le régime de l'abrogation des actes créateurs de droits ».

De même, M. Stéphane Austry indiquait-il, dans ses conclusions sur l'affaire « Soulier » (CE Sect., 6 nov. 2002, n° 223041, p. 369) :

« La distinction qui nous paraît pertinente, pour déterminer les hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative a la faculté de prononcer l'abrogation d'un acte individuel, ne passe pas seulement entre les décisions créatrices de droits et les autres décisions, mais, au sein même de la catégorie des décisions créatrices de droit, entre celles qui nécessitent que l'appréciation soit portée à l'origine mais une fois pour toutes, et celles pour lesquelles l'autorité administrative est amenée à s'interroger, à intervalles réguliers ou de façon continue, sur le point de savoir si les conditions qui ont justifié l'intervention de la décision initiale sont toujours réunies »³.

Cette distinction a également été décrite par M. Luc Derepas dans ses conclusions sur l'affaire « Saal » (CE, 20 décembre 2006, n° 297166) :

« On peut considérer comme des droits acquis ceux dont l'attribution est définitive, qui peuvent (malgré) leur illégalité être

³ S. Austry, « Retrait et abrogation : le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude », RFDA 2003 p. 225.

maintenus en vigueur sans qu'il en résulte une atteinte disproportionnée à l'intérêt public [...].

Pour des raisons tenant à la nécessité de préserver les fins d'intérêt général de l'action administrative, vous avez reconnu également l'existence de décisions créatrices de droits non porteuses de droits acquis, autrement dit de décisions dont les destinataires peuvent se prévaloir dans leurs relations avec l'administration et avec les tiers pendant qu'elles produisent leurs effets, mais au maintien desquelles ils n'ont aucun droit. [...] Appartiennent à cette catégorie les décisions qui par nature ne cristallisent pas la situation du requérant : les décisions provisoires, qui peuvent être abrogées à tout moment, [...] les décisions conditionnelles, [...] celles qui attribuent un avantage dont le maintien est subordonné aux conditions prévues pour son attribution. Dans tous ces cas, la jurisprudence permet l'abrogation de la décision lorsque les conditions posées par la loi à son existence disparaissent – autrement dit lorsqu'elles cessent d'être légales »⁴.

Les décisions qui attribuent des droits « acquis » ou « intangibles » (titularisations, nominations, diplômes, attribution de la nationalité ou de la qualité de rapatrié...) sont donc celles, visées par l'article L. 242-1 du CRPA, qui ne peuvent être retirées, mais aussi abrogées que dans le délai de quatre mois prévu par la jurisprudence « Ternon » ; même un changement de circonstances les rendant illégales ne permet pas leur abrogation ultérieure (CE, 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A8, n° 202209, p. 824).

Les décisions créatrices de droits « non acquis » ou « précaires » en revanche, si elles ne sont également susceptibles de retrait que dans les conditions de la jurisprudence « Ternon », peuvent être abrogées à tout moment lorsque l'évolution des circonstances d'espèce le requièrent ; appartiennent notamment à cette catégorie les décisions provisoires et les décisions conditionnelles.

⁴ Conclusions de M. Derepas citées par S.-J. Lieber, D. Botteghi, « Droit mal acquis reste acquis », AJDA 2009 p. 817 et par Mme von Coester dans ses conclusions sur CE, 17 février 2016, Ministre de l'écologie, n° 383771, disponibles sur le site Arianeweb (souligné par les exposantes).

Les dispositions précitées de l'article L. 242-2, 1° du CRPA visent ce dernier type de décisions : celles qui peuvent, au moins implicitement, être regardées comme étant

« assorties d'une condition extinctive ou **abrogative** » (conclusions précitées de M. Boulouis dans l'affaire « Portalis »),

et qui, bien que créatrices de droits, peuvent dès lors être remises en cause pour l'avenir si les conditions qui devaient nécessairement présider à leur édicition ou à leur maintien ne sont plus remplies (v. par ex., à propos des actes pécuniaires : CE Sect., 6 nov. 2002, Soulier, n° 223041, p. 369 ; de la décision de l'administration d'accorder la protection juridique à un militaire : CE Sect., 14 mars 2008, Portalis, précité ; des agréments délivrés sur le fondement du 3 de l'article 210 B et du 2 de l'article 115 du CGI pour exécuter une décision juridictionnelle, CE, 19 décembre 2014, Min. des finances et des comptes publics c/ H&M Hennes et Mauritz SARL, n° 384144, p. 408).

b) - En l'occurrence, les décrets autorisant la création d'INB, s'ils sont assurément de nature non réglementaire, ne sauraient être regardés comme des actes créateurs de droits « intangibles », qui ne pourraient plus être remis en cause alors même qu'ils seraient devenus illégaux en raison d'un changement de circonstances.

Les exposantes n'ignorent pas que, par sa décision précitée « Land de Sarre » du 26 février 1996, le Conseil d'Etat a jugé qu'un décret autorisant la création d'une centrale nucléaire en application de l'article 3 du décret n° 63-1228 du 11 décembre 1963 relatif aux installations nucléaires de base

« cré[ait] des droits au profit d'Electricité de France en sa qualité d'exploitant de cette centrale » (fichage de la décision),

et qu'il en a déduit au cas d'espèce que les requérants ne pouvaient utilement solliciter l'annulation du refus d'abroger des décrets autorisant la création de tranches d'une centrale nucléaire au motif que ces décrets seraient devenus illégaux postérieurement à leur adoption en raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait (CE 10/7 SSR, 26 février 1996, Land de Sarre, Ville de Trèves et Landkries de Trier Saarburg, n° 115585, T. 667).

Si cette jurisprudence devait être comprise comme reconnaissant aux autorisations de création d'INB le caractère d'actes créateurs de droits « acquis », qui ne pourraient donc plus être abrogés ni contestés même si, en raison d'une évolution des circonstances, les conditions de leur obtention n'étaient plus remplies (et se trouveraient donc exclus du champ de l'actuel article L. 242-2, 1° du CRPA), elle ne pourrait aujourd'hui être maintenue.

(i) - A l'époque déjà, une telle solution n'avait rien d'évident ; en effet,

« de la même façon et même sans doute davantage [que pour les installations classées pour la protection de l'environnement], la réglementation des installations nucléaires attribu[ait] à l'administration des pouvoirs étendus sur les conditions de leur fonctionnement, qui encadr[ai]ent très étroitement l'action de l'exploitant. L'article 6 du décret de 1963, en particulier, impos[ait] dans certaines situations la délivrance d'une nouvelle autorisation dans les mêmes formes que celle initialement délivrée » (O. Sachs, note sur l'arrêt du 26 février 1996, CJEG 1996 p. 221).

Ainsi le commissaire du gouvernement, M. Jean-Denis Combrexelle, avait-il conclu dans cette affaire qu'un décret autorisant la création d'une centrale nucléaire instituait des droits trop limités pour qu'un changement de circonstances de fait ne puisse en justifier l'abrogation, de sorte qu'un tiers intéressé pouvait valablement invoquer un tel moyen à l'appui d'un recours dirigé contre le refus de l'abroger :

« [...] il nous semble que les droits créés par certaines autorisations administratives, s'ils interdisent à l'administration de rapporter rétroactivement l'autorisation hors des cas définis par votre jurisprudence et notamment par votre décision dame Cachet, n'interdisent pas en revanche l'abrogation pour l'avenir de l'autorisation pour des motifs d'intérêt général définis par le texte applicable.

Tel nous semble être précisément le cas de l'autorisation accordée sur le fondement du décret de 1963. Les droits créés par cette autorisation sont en effet limités dans leur portée puisque, d'une part, l'article 6 prévoit les cas de modification substantielle nécessitant l'octroi d'une nouvelle autorisation (ajout d'une nouvelle installation nucléaire de base à l'installation existante, changement d'exploitant,

transfert dans un autre emplacement, modifications de nature à entraîner l'inobservation des prescriptions...) et, d'autre part, et surtout l'article 4 prévoit que des modifications pourront être apportées à l'autorisation initiale en cas de besoin.

Il faut déduire de ces dispositions qu'un changement dans les circonstances de fait qui ne permettraient plus de répondre aux exigences de sécurité prévues par le décret pourraient justifier l'abrogation de l'autorisation en cours de validité. Soulignons s'il en est besoin que le droit rejoint ainsi le bon sens le plus élémentaire.

Encore faut-il toutefois que ce changement de circonstances se rattache directement à l'autorisation en cause. En raison du principe de l'indépendance des législations un changement de circonstances qui n'affecterait que la seule DUP, comme par exemple la modification d'un des éléments du bilan de l'opération, ne pourrait légalement justifier une demande d'abrogation de l'autorisation concernant l'installation nucléaire de base.

[...] S'agissant de la contestation du refus d'abrogation des décrets litigieux, il convient de soigneusement distinguer [...], d'une part, les irrégularités qui auraient entaché dès l'origine les décrets litigieux, qui ne peuvent être valablement invoquées, des circonstances de droit et de fait postérieures aux décrets »⁵.

(ii) - M. Mattias Guyomar avait plus récemment développé une analyse similaire dans ses conclusions sur une affaire « Association Jeune Canoë-Kayak avignonnais et autres » (CE, 16 janvier 2008, n° 289893), au sujet des arrêtés préfectoraux autorisant la réalisation d'ouvrages hydrauliques liés à la construction d'une liaison autoroutière.

Rappelant que

« le principe de l'intangibilité des actes non réglementaires créateurs de droits n'est pas absolu »,

il constatait que

⁵ Conclusions du président Combrexelle sur l'affaire « Land de Sarre », publiées aux CJEG 1996 p. 215 (souligné par les exposantes).

« la logique même de la législation sur l'eau - il en irait de même de celle sur les ICPE - suppose qu'il puisse à certaines conditions, être mis fin à tout moment à ce type de décisions alors même qu'elles sont créatrices de droits »⁶.

Il en va de même, *a fortiori*, de la législation spécifique aux INB, qui a instauré un « régime d'autorisation aggravé » en raison d'impératifs de sûreté et de sécurité plus forts que pour les autres activités⁷.

A cet égard, il convient de rappeler que l'article 29 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006, au visa et sur le fondement duquel a été pris le décret du 10 avril 2007 autorisant la création de l'EPR de Flamanville, a sensiblement renforcé les conditions juridiques de l'octroi d'une autorisation de création d'une INB par rapport aux dispositions de l'article 3 du décret n° 63-1228 du 11 décembre 1963, sous l'empire duquel l'arrêt « Land de Sarre » avait été rendu.

Le décret de 1963 décrivait en effet de façon détaillée des règles de compétence et de procédure, mais ne prévoyait aucune condition de fond à la légalité de la délivrance de l'autorisation.

Le I de l'article 29 de la loi du 13 juin 2006, aujourd'hui codifié à l'article L. 593-7 du Code de l'environnement, dispose quant à lui que l'autorisation de création d'une INB

« ne peut être délivrée que si, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, l'exploitant démontre que les dispositions techniques ou d'organisation prises ou envisagées aux stades de la conception, de la construction et de l'exploitation ainsi que les principes généraux proposés pour le démantèlement [...] sont de nature à prévenir ou à limiter de manière suffisante les risques ou inconvénients que l'installation présente pour les intérêts mentionnés au I de l'article 28 [...] » (cf. l'art. L. 593-7, I.C. env.),

⁶ Conclusions du président Guyomar publiées à la revue « Justice et cassation » 2008, p. 344 (souligné par les exposantes).

⁷ Jean-Marie Pontier, « Jalons pour une approche juridique de la sûreté nucléaire », in « Droit nucléaire – La sûreté nucléaire », dir. J.-M. Pontier et E. Roux, Université de Nîmes Centre de Recherches Administratives, 2012, p. 50.

c'est-à-dire

« la sécurité, la santé et la salubrité publiques [et] la protection de la nature et de l'environnement » (art. L. 593-1, al. 1 C. env.).

Le même I de l'article 29 de la loi de 2006 précise que

« [...] L'autorisation prend en compte les capacités techniques et financières de l'exploitant qui doivent lui permettre de conduire son projet dans le respect de ces intérêts, en particulier pour couvrir les dépenses de démantèlement de l'installation et de remise en état, de surveillance et d'entretien de son lieu d'implantation ou, pour les installations de stockage de déchets radioactifs, pour couvrir les dépenses d'arrêt définitif, d'entretien et de surveillance » (art. L. 593-7, III C. env.).

Il résulte clairement de ces dispositions :

- que le législateur a érigé le respect des critères précités comme une condition de légalité de l'autorisation (*« ne peut être délivrée que si »*),

- que la « charge de la preuve » pèse en la matière sur l'exploitant (*« l'exploitant démontre »*), auquel il revient d'établir que les mesures prises et envisagées préviendront et limiteront les risques pour, notamment, la sécurité des personnes et la protection de la nature et de l'environnement,

- et que la capacité technique et financière de l'exploitant à réaliser, exploiter et démanteler l'installation projetée dans le respect de ces intérêts essentiels constitue un élément déterminant dans l'octroi de l'autorisation de création.

Or, la simple logique, à laquelle ne saurait échapper la législation sur les INB eu égard aux enjeux de sécurité, suppose que le maintien des droits conférés par cette autorisation à l'exploitant soit conditionné par une aptitude constante de celui-ci à mener son projet dans le respect des intérêts visés à l'article L. 593-1 du Code de l'environnement.

En effet, loin d'être cristallisés à la date de délivrance de l'autorisation, ces droits sont par nature précaires et révisables en fonction de l'évolution des circonstances postérieures, comme c'est le cas

pour les simples installations classées pour la protection de l'environnement.

Ainsi que le rappelait M. Xavier de Lesquen dans l'affaire « Ministre de l'écologie c/ Sté Maroni Transport International » (CE, 17 décembre 2014, n° 364779, T. 803) :

« contrairement au droit de l'urbanisme imprégné des droits acquis que le propriétaire tire du permis de construire, la législation des installations classées organise pour l'autorisation d'exploiter un véritable régime de droit précaire. En vertu de l'article L. 512-3 du code de l'environnement, « les conditions d'installation et d'exploitation jugées indispensables pour la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 [...] sont fixés par l'arrêté d'autorisation et, éventuellement, par des arrêtés complémentaires pris postérieurement à cette autorisation ». L'arrêté complémentaire a ainsi vocation à adapter l'autorisation à la protection des intérêts poursuivis par cette législation spéciale tels qu'ils sont appréciés au fil du temps.

En résulte l'obligation d'adapter l'autorisation à l'évolution de circonstances de faits, qui peuvent tenir à une évolution des caractéristiques de l'exploitation, à un changement de son environnement voire à une perception nouvelle des risques qu'elle comporte »⁸.

De la même manière, l'article L. 593-8, al. 3 du Code de l'environnement dispose pour les INB que :

« Les éléments essentiels que requiert la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 sont fixés par l'autorisation et, éventuellement, par les modifications ultérieures de celle-ci fixant des dispositions ou obligations complémentaires ».

⁸ Conclusions de M. de Lesquen disponibles sur Arianeweb (souligné par les exposantes).

Par ailleurs, en vertu du II de l'article 593-14 de ce code :

« Une nouvelle autorisation est requise en cas de modification substantielle d'une installation nucléaire de base⁹, de ses modalités d'exploitation autorisées ou des éléments ayant conduit à son autorisation ».

En outre, l'article L. 593-23 du même code prévoit que lorsqu'une INB présente, pour les intérêts protégés par l'article L. 593-1, des risques graves qui ne peuvent être prévenus ou limités de manière suffisante, sa mise à l'arrêt définitif et son démantèlement peuvent être ordonnés par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'ASN.

Il ressort de l'ensemble de ces dispositions que les autorisations de création d'INB ne constituent nullement des actes créateurs de droits « acquis », qui pourraient être maintenus en vigueur alors même qu'ils seraient devenus illégaux sans qu'il en résulte une atteinte disproportionnée à l'intérêt public¹⁰.

En particulier, ces autorisations ne peuvent qu'être regardées comme étant implicitement assorties d'une condition abrogative tenant à ce que l'exploitant doit être, non pas seulement à la date de l'autorisation, mais à tout moment en mesure de justifier de sa capacité technique et financière à réaliser, exploiter et démanteler l'installation dans le respect des intérêts essentiels visés à l'article L. 593-1 du Code de l'environnement.

Dès lors, s'il résulte de circonstances de fait ultérieures que l'exploitant n'est plus à même de justifier de cette capacité qui constituait un élément décisif dans l'octroi de l'autorisation de création

⁹ Selon l'article 31 du décret n° 2007-1557 du 2 novembre 2007, « *Constitue une modification substantielle d'une installation nucléaire de base au sens des dispositions du II de l'article L. 593-14 du code de l'environnement : 1° Un changement de sa nature ou un accroissement de sa capacité maximale ; 2° Une modification des éléments essentiels mentionnés à l'article L. 593-8 du même code ; 3° Un ajout, dans le périmètre de l'installation, d'une nouvelle installation nucléaire de base, en dehors des cas prévus au II de l'article 30* ».

¹⁰ V. les conclusions précitées de M. Derepas sur CE, 20 déc. 2006, Saal.

de l'INB, il appartient à l'autorité administrative compétente, le cas échéant sur demande d'un tiers justifiant d'un intérêt suffisant, de procéder à l'abrogation de cette autorisation.

(iii) - Cette solution est d'ailleurs pleinement cohérente avec l'office du juge en la matière, tel qu'il a été redéfini par la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006.

En effet, revenant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat qui jugeait, au regard du droit antérieur, que le recours dirigé contre le décret autorisant la création d'une INB relevait de l'excès de pouvoir (CE Ass., 28 février 1975, Herr et a., précité), l'article 45 de la loi de 2006 a aligné le régime contentieux de la plupart des décisions concernant les INB - dont le décret d'autorisation de création - sur celui des ICPE, en les soumettant à un « *contentieux de pleine juridiction* » (art. L. 596-23, I C. env.).

Comme le soulignait encore M. de Lesquen,

« l'une des caractéristiques [du régime des ICPE] est que l'autorisation d'exploiter ou d'exercer des activités est soumise, au fil du temps, à l'évolution des règles de droit et de fait, sans créer pour l'exploitant autorisé un régime de droits acquis »¹¹,

et

« les pouvoirs du juge de plein contentieux sont particulièrement adaptés à ce régime évolutif »¹²,

puisque le juge est alors conduit à examiner le recours en tenant compte des circonstances de fait et de droit existant à la date à laquelle il statue (v. par ex. CE, 17 décembre 2014, Ministre de l'écologie, n° 364779, préc.).

De plus, alors que le contrôle qu'il exerçait auparavant en tant que juge de l'excès de pouvoir sur la légalité des autorisations de création d'INB était restreint à la censure de l'erreur

¹¹ Conclusions de M. de Lesquen sur CE, 26 janvier 2015, SCP Nodee-Noël-Nodee-Lanzetta, n° 372839, disponibles sur Arianeweb.

¹² *Ibid.*

manifeste d'appréciation (CE Ass., 28 février 1975, Herr, précité), le juge, statuant désormais dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, est amené à exercer un contrôle « normal » sur la pesée des divers intérêts par l'administration, au regard notamment de la protection de l'environnement (v. en ce sens CE, 1^{er} mars 2013, Société Roozen France et la SCI des Serres, n° 340859, préc.).

2) - En l'espèce, depuis la délivrance de l'autorisation de création de l'EPR de Flamanville, le contexte factuel a considérablement évolué, révélant l'incapacité technique et financière de l'exploitant à conduire le projet dans le respect des intérêts protégés par l'article L. 593-1 du Code de l'environnement.

a) - S'agissant des capacités techniques, non seulement il apparaît qu'aucune information publique n'a été communiquée par l'exploitant sur lequel repose pourtant la charge de la preuve de la détention de ces capacités tout au long du projet, mais l'évolution de certains faits décrits ci-après démontre en réalité son incapacité technique.

Près d'une centaine d'incidents imputables à l'exploitant peuvent être répertoriés depuis l'autorisation de création de l'installation par décret du 10 avril 2007 jusqu'à aujourd'hui (prod. n° 29).

Ainsi, depuis le commencement des travaux de construction de l'INB Flamanville 3, les difficultés de l'exploitant n'ont cessé de se multiplier concernant les opérations de génie civil, de métallurgie, de fabrication d'équipements annexes et d'équipements directement liés au réacteur nucléaire. Ont été sujets à des difficultés récurrentes par exemple :

- le bétonnage et ferrailage relatifs au radier de l'îlot nucléaire¹³ (prod. n° 30 à 34),

- la fabrication et soudure du liner¹⁴ de l'enceinte de confinement (prod. n° 34 à 36) et la pose des gaines de précontrainte (prod. n° 37 et 38),

¹³ Il comporte notamment : les bâtiments du réacteur et du combustible (définition de l'IRSN).

- la fabrication de certaines tuyauteries primaires/secondaires (prod. n° 35, 38 et 39),
- le contrôle-commande du réacteur (prod. n° 38 et 40 à 42),
- la fabrication de certains équipements annexes tels que le pont polaire (prod. n° 39 et 43 à 45).

Certaines erreurs de l'exploitant atteignent un seuil de gravité sans précédent avec le non-respect des règles impératives de sûreté - dont le principe de « défense en profondeur »¹⁵ - dans la fabrication des équipements sous pression nucléaires (ESPN). Parmi ces pièces maîtresses pour la sûreté figurent par exemple le pressuriseur (prod. n° 46 et 47) et le générateur de vapeur (prod. n° 48 et 49) qui ont été dans un premier temps déclarés non conformes par l'ASN.

Le cas de la non-conformité de la cuve du réacteur est particulièrement illustratif de l'incapacité technique de l'exploitant (prod. n° 50 à 52). Lors de son audition parlementaire du 25 octobre 2016¹⁶, le Président de l'ASN, M. Pierre-Franck Chevet, a indiqué au sujet de cette anomalie :

« Lorsqu'on a qualifié (j'ai qualifié) en avril dernier, je l'ai qualifié d'anomalie sérieuse, nous avons reçu tout un tas de courriers pré formatés nous attaquant, en nous faisant un procès d'incompétence voir d'irresponsabilité. Je constate simplement que cette

¹⁴ Peau d'étanchéité métallique de l'enceinte de confinement (définition de l'ASN).

¹⁵ Directive 2014/87/Euratom du 8 juillet 2014, point 17 : ce principe est « au cœur de la sûreté des installations nucléaires et préside à la mise en œuvre d'objectifs élevés en matière de sûreté nucléaire ». Il permet de s'assurer de la fiabilité des techniques et de la robustesse des matériaux dès leur conception. La défense en profondeur « empêche une défaillance technique, humaine ou organisationnelle de provoquer seule des effets nocifs, et réduit à un très faible niveau la probabilité des combinaisons de défaillances susceptibles d'entraîner des effets nocifs importants » (Rapport n° 613 du 9 juillet 2015 de M. le sénateur Sido et de MM. les députés Le Déaut et Bataille sur « le contrôle des équipements sous pression nucléaires : le cas de la cuve du réacteur EPR », fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques).

¹⁶ <https://www.asn.fr/Informer/Actualites/Audition-par-l-OPECST-l-ASN-a-fait-le-point-sur-les-anomalies-detectees-sur-les-ESPN>.

anomalie, pour arriver à son terme et au terme de son traitement et de son bon traitement, enfin je l'espère car le travail reste encore à faire, c'est à peu près deux ans de travail » (01:13:28).

Afin que cet équipement sous pression nucléaire dérogeant aux règles de sûreté élémentaires bénéficie d'un cadre réglementaire adapté, un arsenal réglementaire a été adopté *a posteriori*¹⁷. Si le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur du maintien de ces dispositions (CE, 16 octobre 2017, Association Notre affaire à tous et a., n° 397606, cons. 5 et 14), il a rappelé la nécessité impérative que soit respecté un « *niveau de sécurité identique* » s'agissant des équipements qui ne devront que de manière « *exceptionnelle* » entrer dans cette catégorie. Or, il ressort très clairement de l'avis formulé par l'ASN en octobre 2017 que le niveau de sécurité proposé sur la cuve de l'EPR ne sera pas de nature identique (prod. n° 53).

Suite à l'identification du problème d'excès de carbone dans les calottes inférieure et du couvercle de la cuve de l'EPR, une enquête a été menée par l'ASN au sein de l'usine de fabrication d'équipements nucléaires d'Areva NP Creusot-Forge. Celle-ci a permis d'identifier, au-delà de ce problème d'excès de carbone, de très nombreuses autres anomalies, allant même jusqu'à la falsification de fiches de contrôle qualité de pièces essentielles pour la sûreté nucléaire. Cette découverte a donc, sous le contrôle de l'ASN, provoqué une nouvelle enquête beaucoup plus étendue et détaillée¹⁸.

¹⁷ V. par ex. le décret n° 2015-799 du 1^{er} juillet 2015 relatif aux produits et équipements à risques et arrêté du 30 décembre 2015 relatif aux équipements sous pression nucléaires.

¹⁸ Site de l'ASN « Anomalies de fabrication de la cuve de l'EPR et irrégularités détectées dans l'usine Creusot Forge d'Areva » (<https://www.asn.fr/Informer/Dossiers-pedagogiques/Anomalies-de-la-cuve-de-l-EPR-et-irregularites-usine-Creusot-Forge-d-AREVA>) :

« L'ASN a rendu publique le 7 avril 2015 une anomalie de la composition de l'acier dans certaines zones du couvercle et du fond de la cuve du réacteur de l'EPR de Flamanville. Afin de justifier le caractère suffisant des propriétés mécaniques du matériau de ces composants, AREVA a proposé un programme d'essais devant être mis en œuvre jusque la fin de l'année 2016.

La détection de cette anomalie a par ailleurs conduit l'ASN à demander à Areva NP et EDF de tirer l'ensemble du retour d'expérience de cet événement. Trois processus sont actuellement en cours :

- la recherche, sur d'autres composants des réacteurs d'EDF, d'anomalies techniques similaires à celle détectée sur la cuve de l'EPR de Flamanville.

Le sous-traitant d'EDF, Areva NP a alors créé une cellule spécialisée qui a commencé par analyser les dossiers dits « barrés » (portant une marque visible de deux traits en haut à gauche de la page). 89 constats d'anomalies ont été découverts menant à 45 écarts de qualité des pièces concernées. Dans les dossiers non barrés, 12 constats d'anomalies ont été fait dont 601 écarts sur la qualité des pièces concernées (prod. n° 54).

L'ampleur inédite et la gravité de ces erreurs a été reconnue par la plupart des acteurs lors de leur audition parlementaire du 25 octobre 2016. Le Président de l'ASN, M. Pierre-Franck Chevet, a indiqué que les irrégularités de l'usine Creusot Forge étaient « *inacceptables* » et souligné qu'

« *il y a deux pratiques inacceptables dans ce dossier : il y a le fait d'avoir des anomalies et de ne pas en parler à son client et à l'autorité de sûreté concernée, mais il y en a une autre (...) c'est qu'il y a un certain nombre de documents qui s'apparentent à des falsifications* » (01:15:29).

Le Directeur exécutif en charge de la Direction du Parc Nucléaire et Thermique chez EDF, M. Dominique Minière, a constaté à son tour que les anomalies détectées n'étaient « *pas acceptables dans le domaine du nucléaire* » (00:26:22). Plus précisément, M. Rémy Catteau, Directeur des ESPN à l'ASN à l'époque, a réitéré que ces irrégularités concernaient des équipements « *indispensables pour la sûreté* » et relevé que la technique de forgeage de la virole basse d'un générateur de vapeur était très connue dans le domaine du forgeage. Il a ainsi noté que le chutage de cette pièce revêtait un caractère « *basique* » pour les professionnels du forgeage, *a fortiori* pour des professionnels du nucléaire qui se prétendaient leaders dans ce domaine (00:50:36).

Le travail de contrôle de l'ensemble des dossiers demande plusieurs mois de travail (probablement plus d'un an).

Cette recherche a conduit l'ASN à communiquer sur les fonds primaires de certains générateurs de vapeur de réacteurs d'EDF ;

- *des revues de la qualité des pièces fabriquées par le passé dans les usines de fabrication d'Areva NP qui ont permis à Areva NP de détecter des irrégularités dans les dossiers de fabrication de Creusot Forge ;*
- *le lancement de réflexions sur la surveillance réalisée par les exploitants d'installations nucléaires de base sur leurs prestataires et sous-traitants, le contrôle effectué par l'ASN et les mécanismes d'alerte. »*

Ensuite, une période importante sera dédiée au contrôle sur site des installations nucléaires. Cette période sera très longue, probablement étalée sur plusieurs années, nécessitant de long arrêts de tranches pour permettre les contrôles.

Concernant plus particulièrement l'EPR, ce ne sont pas moins de 95 fiches d'anomalies qui ont été détectées et déjà 16 non-conformités ont été identifiées. Le travail d'analyse « sur le papier » est loin d'être terminé car il va falloir ensuite reprendre chacune de ces anomalies pour les traiter une par une et en mesurer les potentielles conséquences en matière de sûreté.

En particulier, il faut constater qu'un grand nombre de celles-ci concernent directement le circuit primaire, considéré comme le principal équipement en termes de sûreté pour l'EPR. Ainsi, sur l'un des générateurs de vapeur, une des anomalies pourrait amener l'Autorité de sûreté nucléaire à prendre la décision de refuser son utilisation. En effet, le niveau du problème est du même ordre que celui qui a conduit l'ASN à ne pas renouveler le certificat d'autorisation de fonctionnement d'un des générateurs de vapeur de Fessenheim provoquant l'arrêt, de fait, du réacteur n° 2 depuis de nombreux mois¹⁹.

Dans ces conditions, le niveau de sûreté du réacteur EPR, s'agissant d'un équipement neuf, ne peut qu'interroger sur le degré de confiance à accorder en la sûreté nucléaire de cette INB.

Par ailleurs, ces graves dysfonctionnements témoignent de profondes insuffisances techniques de l'exploitant. Ainsi, l'Autorité de sûreté nucléaire a systématiquement relevé des défaillances de l'exploitant dans la surveillance des opérations et le contrôle technique notamment auprès des sous-traitants dont la société Areva NP (prod. n° 55 et 56). L'ASN a également constaté de nombreuses dérogations d'EDF aux règles de conception et de construction pour le génie civil (prod. n° 48).

¹⁹ « Anomalie grave à Fessenheim : le réacteur 2 à l'arrêt depuis un an » - Note d'information Greenpeace France, 13 juin 2017 (<https://www.greenpeace.fr/anomalie-grave-a-fessenheim-reacteur-2-a-larret-an/>).

Cette accumulation d'erreurs constitue, de par son ampleur et sa gravité, la preuve d'une absence de capacités techniques suffisantes de l'exploitant au sens de l'article L. 593-7, III du Code de l'environnement, à laquelle s'ajoute son défaut de capacités financières.

b) - S'agissant des capacités financières, l'autorisation de création de l'INB Flamanville 3 faisant suite à la demande d'autorisation de création de l'exploitant en date du 9 mai 2006, a dû prendre en compte la capacité financière d'EDF telle que présentée dans cette demande. Cette capacité peut aisément être appréciée en étudiant les critères déterminant sa solvabilité, c'est-à-dire sa capacité à rembourser l'intégralité de ses dettes par la vente de ses actifs.

Or, force est de constater que ces critères ont sensiblement évolué depuis la demande d'autorisation de création, et sa solvabilité s'en trouve fortement affectée, comme cela ressort des documents de référence d'EDF de 2006 à 2016.

Trois paramètres sont particulièrement importants pour mesurer cette capacité : sa dette, le montant de ses actifs, et le solde résiduel des flux financiers provenant des opérations du groupe, autrement dit, son « cash-flow ».

Premièrement, la dette brute (y compris emprunts hybrides) du groupe a presque triplé (x 2.7) entre 2006 et 2016, passant de 28mds€ à plus de 75mds€ alors que son résultat net courant (résultat débarrassé des éléments exceptionnels) a baissé dans le même temps de 3%.

Deuxièmement, la moindre progression de la valeur de son bilan (+57%) contribue de manière évidente à la détérioration de son ratio d'endettement (mesuré par le rapport dettes/actifs). La valeur de son bilan, mesurée par le montant de ses actifs, est par ailleurs contestable puisqu'EDF, contrairement aux autres opérateurs, ne teste pas ses actifs nucléaires. Le société d'analyse financière AlphaValue, dans son étude de novembre 2016 (prod. n° 57), les considère « *très probablement surévalués* » et insiste sur la « *dégradation consécutive de ses fonds propres* » que générerait leur réévaluation.

Troisièmement, le « cash flow groupe », qui permet de mesurer la capacité d'une entreprise à rembourser ses dettes - et donc sa solvabilité financière- est négatif depuis 2008. Cela signifie que l'activité courante d'EDF ne lui permet plus de rembourser ses dettes. Le groupe doit donc désormais s'endetter pour honorer ses échéances de remboursement.

Enfin, dans son rapport de février 2017²⁰, la Mission d'information de l'Assemblée nationale relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des INB juge le montant des provisions pour démantèlement et gestion des déchets insuffisant. Leur accroissement engendrerait une nouvelle dégradation du bilan d'EDF et donc de sa solvabilité. Ce rapport vient à la suite de l'étude d'AlphaValue précitée, qui évalue le défaut de provisions à environ 50mds€ en 2016 et conclut qu'un ajustement de ces provisions entraînerait la faillite du groupe.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations factuelles, qui mettent en évidence l'incapacité technique et financière de l'exploitant à mener à bien son projet dans le respect des intérêts essentiels visés à l'article L. 593-1 du Code de l'environnement, que le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 autorisant la création de l'EPR de Flamanville est devenu illégal au regard des dispositions du I et du III de l'article L. 593-7 du même code, et devait en conséquence être abrogé.

Au regard de tout ce qui précède, la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté la demande des exposantes tendant à l'abrogation de ce décret doit être annulée.

²⁰ Assemblée Nationale - Rapport n° 4428 établi par la Mission d'information relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des installations nucléaires de base - février 2017 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4428.asp>).

V – SUR LA DEMANDE D’INJONCTION.

Aux termes de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative :

« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ».

Selon l'article L. 911-3 du même code :

« Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet ».

En l'espèce, l'annulation de la décision implicite refusant d'abroger le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 impliquera nécessairement l'abrogation de ce décret.

Il appartiendra en conséquence au Conseil d'Etat d'ordonner au Premier ministre d'abroger ledit décret dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision juridictionnelle à intervenir (v. par ex. CE, 4 juillet 2012, Association de défense des intérêts des vétérinaires dans la transposition de la directive services - DDS, n° 347285 ; 19 novembre 2014, Peillex, n° 359223 ; 21 novembre 2016, M. A... B..., n° 389692) et, compte tenu de l'importance des enjeux en cause, d'assortir cette injonction d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard (v. par ex. CE, 26 mars 2004, Synd. nat. des cadres techniciens et agents d'encadrement de l'ANPE, n° 252857).

VI - Les exposantes ont dû, pour assurer la défense de leurs intérêts, exposer des frais de justice dont elles demandent le remboursement pour la somme globale de 6.000 euros, sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

PAR CES MOTIFS, les exposantes persistent dans les conclusions de leur requête et demandent en outre au Conseil d'Etat de mettre à la charge de l'Etat le versement à leur profit d'une somme globale de 6.000 euros en remboursement de leurs frais de justice,

avec toutes conséquences de droit.

SCP GARREAU BAUER-VIOLAS FESCHOTTE-DESBOIS
Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

PRODUCTIONS :

- 1) - Courrier du 16 mai 2006 des ministres de l'économie et de l'écologie au Préfet de la Manche ;
- 2) - Arrêté préfectoral du 19 mai 2006 prescrivant l'enquête publique ;
- 3) - Conclusions et avis de la commission d'enquête en date du 15 septembre 2006 ;
- 4) - Décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 ;
- 5) - Courrier du 9 octobre 2015 du PDG d'EDF à la Ministre de l'écologie sollicitant une modification du décret du 10 avril 2007 ;
- 6) - Décret n° 2017-379 du 23 mars 2017 ;
- 7) - Statuts de l'association Greenpeace France ;
- 8) - Statuts de l'association Réseau « Sortir du nucléaire » ;
- 9) - Statuts de l'association Notre affaire à tous ;
- 10) - Statuts de l'association France Nature Environnement ;
- 11) - Statuts de l'association Observatoire du nucléaire ;
- 12) - Statuts de l'association CRILAN ;
- 13) - Statuts de l'association Stop EPR ni à Penly ni ailleurs ;
- 14) - Statuts de l'association CRIIRAD ;
- 15) - Agrément de l'association Greenpeace France ;
- 16) - Agrément de l'association Réseau « Sortir du nucléaire » ;
- 17) - Agrément de l'association France Nature Environnement ;
- 18) - Agrément de l'association CRIIRAD ;
- 19) - Agrément de l'association CRILAN ;

- 20) - Délibération du conseil d'administration de l'association Réseau Sortir du nucléaire du 13 avril 2017 ;
- 21) - Délibération du bureau de l'association France Nature Environnement du 11 avril 2017 ;
- 22) - Délibération du bureau de l'association Observatoire du nucléaire du 25 septembre 2017 ;
- 23) - Délibération du conseil d'administration de l'association CRIIRAD du 17 novembre 2017 ;
- 24) - Délibération du bureau de l'association CRILAN du 27 juin 2017 ;
- 25) - Délibération de la collégiale de l'association Stop EPR ni à Penly ni ailleurs du 5 avril 2017 ;
- 26) - S. Tronchet, « *Cuve de l'EPR de Flamanville : l'incroyable légèreté d'Areva et EDF* », site www.franceinter.fr, 31 mars 2017 ;
- 27) - Courrier de l'ASN au Directeur d'EDF du 16 décembre 2005 ;
- 28) - Courrier de l'ASN au Directeur d'EDF du 16 mai 2006 ;
- 29) - Historique établi par l'association Réseau « Sortir du nucléaire » des incidents sur Flamanville de 2007 à 2017 (juin 2017) ;
- 30) - Note d'information ASN du 29 avril 2008 ;
- 31) - Note d'information ASN du 2 juin 2008 ;
- 32) - Note d'information ASN du 19 juin 2008 ;
- 33) - Note d'information ASN du 11 septembre 2008 ;
- 34) - Note d'information ASN du 12 février 2009 ;
- 35) - Note d'information ASN du 31 juillet 2009 ;
- 36) - Note d'information ASN du 27 août 2010 ;
- 37) - Note d'information ASN du 11 mai 2010 ;

- 38) - Note d'information ASN du 12 septembre 2011 ;
- 39) - Note d'information ASN du 9 mars 2012 ;
- 40) - Note d'information ASN du 2 novembre 2009 ;
- 41) - Note d'information ASN du 2 août 2010 ;
- 42) - Note d'information ASN du 16 avril 2012 ;
- 43) - Note d'information ASN du 1^{er} octobre 2012 ;
- 44) - Note d'information ASN du 28 février 2013 ;
- 45) - Note d'information ASN du 14 novembre 2014 ;
- 46) - Note d'information ASN du 26 mai 2009 ;
- 47) - Note d'information ASN du 14 juin 2016 ;
- 48) - Note d'information ASN du 26 janvier 2010 ;
- 49) - Note d'information ASN du 23 septembre 2016 ;
- 50) - Note d'information ASN du 23 juin 2015 ;
- 51) - Note d'information ASN du 8 avril 2015 ;
- 52) - Note d'information ASN du 8 juillet 2015 ;
- 53) - Avis de l'ASN n° 2017-AV-0298 du 10 octobre 2017 relatif à l'anomalie de la composition de l'acier du fond et du couvercle de la cuve du réacteur EPR de la centrale nucléaire de Flamanville (INB n°167) ;
- 54) - Extrait de présentation ASN « Bilan chiffré des constats relevés » ;
- 55) - Note d'information ASN du 27 octobre 2008 ;
- 56) - Note d'information ASN du 30 octobre 2013 ;
- 57) - Rapport Alpha Value, novembre 2016.