

Berne, 2 novembre 2005

Recommandé

Département fédéral de l'environnement, des transports,
de l'énergie et de la communication (DETEC)
Monsieur le conseiller fédéral Moritz Leuenberger
Palais fédéral Nord
3003 Berne

FMB[®]

BKW FMB Energie SA
Viktoriaplatz 2
3000 Berne 25

SEULE LA VERSION ALLEMANDE FAIT FOI

Tél. 031 330 51 11
Fax 031 330 56 35

www.bkw-fmb.ch

**Demande visant la levée de la limite de validité de l'autorisation
d'exploitation du 14 décembre 1992 concernant la centrale nucléaire
de Mühleberg (CNM)**

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames, Messieurs,

Suite à notre courrier du 11 juillet 2005, nous vous informons que BKW FMB Energie SA (FMB) maintient sa demande du 25 janvier 2005. Dans sa décision du 10 juin 2005, le Conseil fédéral a transmis notre demande au DETEC, considérant qu'elle doit être examinée non plus d'après la loi sur l'énergie atomique (LEA), mais exclusivement d'après la nouvelle loi sur l'énergie nucléaire (LENu). Nous tenons dès lors à préciser l'objet de notre requête et notre argumentation.

I. Requête

Constater que la limite de validité de l'autorisation d'exploitation du 14 décembre 1992/18 octobre 1998 est caduque du fait de l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu) et que FMB est dès lors au bénéfice d'une autorisation d'exploitation illimitée au sens des art. 19 ss. LENu pour la centrale nucléaire de Mühleberg.

Requête conditionnelle: supprimer la limite de validité de l'autorisation d'exploitation du 14 décembre 1992 / 18 octobre 1998 concernant la centrale nucléaire de Mühleberg.

II. Considérants

A. Sur le fond

1. Confirmation de l'argumentation de la demande du 25 janvier 2005

FMB maintient les arguments exposés dans sa demande du 25 janvier 2005, dans la mesure où la décision fédérale du 10 juin 2005 n'en supprime pas l'objet. Rappelons encore une fois les arguments essentiels de cette requête:

- a) Des motifs purement politiques ont conduit le Conseil fédéral à limiter la validité de l'autorisation d'exploitation de la CNM. En effet, dans sa décision du 28 octobre 1998 (5^e paragraphe de la page 15), le Conseil fédéral justifie cette limitation en invoquant le résultat de la votation du 16 février 1992, c'est-à-dire le rejet par le peuple bernois de l'avis positif du Conseil-exécutif du Canton de Berne concernant l'autorisation d'exploitation de la CNM.

A l'époque déjà, le Conseil fédéral était parfaitement au clair sur le fait qu'aucun motif de sécurité technique ou de police ne pouvait justifier la limitation de l'autorisation d'exploitation, alors que seuls ces motifs sont déterminants pour l'octroi et le maintien de l'autorisation d'exploitation. Il savait donc que la validité de cette autorisation n'aurait pas dû être limitée. Il atteste que la CNM prend toutes les mesures qu'on peut raisonnablement attendre d'elle pour protéger la population et l'environnement et qu'aucune lacune n'obère la sécurité technique de l'installation (3^e paragraphe de la page 12 de ladite décision). De surcroît, le Conseil fédéral confirme que la CNM satisfait entièrement aux exigences formulées dans l'autorisation d'exploitation du 14 décembre 1992, lesquelles s'inscrivaient dans une optique d'exploitation à durée illimitée (2^e paragraphe de la page 14 de ladite décision).

- b) Aujourd'hui, la CNM est la seule centrale nucléaire suisse dont l'autorisation d'exploitation a une validité limitée dans le temps. Cette limitation injustifiée est synonyme d'incertitudes majeures pour l'entreprise, ses organes et le personnel d'exploitation, les spécialistes qualifiés préférant travailler pour un employeur qui leur assure un poste à long terme. Elle réduit considérablement la liberté d'action de FMB en termes de planification des investissements à long terme. Elle représente pour FMB un désavantage concurrentiel

de taille face aux autres exploitants de centrales nucléaires. FMB est par ailleurs aussi pénalisée au niveau procédural: les autres exploitants de centrales nucléaires doivent “seulement” fournir les preuves de sécurité requises dans le cadre du contrôle périodique de sûreté, alors que FMB doit non seulement fournir ces preuves, mais est en plus régulièrement astreint à une procédure d'autorisation assez lourde, dont la facture s'élève à plusieurs millions de francs. Une telle inégalité de traitement est absolument infondée et ne peut plus être tolérée. Elle est d'autant plus choquante pour FMB qu'elle entraîne une grave distorsion de la concurrence, alors même que l'ouverture des marchés engendre une lutte concurrentielle acharnée, surtout dans le secteur de la production de courant (cf. à ce propos les commentaires détaillés sous chiffre 2.3, page 3 ss. de la demande du 25 janvier 2005).

- c) La levée de la limite de validité de l'autorisation d'exploitation de la CNM n'a aucune incidence sur la sécurité. La sûreté de la CNM doit être garantie en tout temps, et ce indépendamment d'une limite de validité. Dès qu'une centrale nucléaire ne remplit pas ou plus les conditions d'autorisation, sa mise hors service s'impose pour des raisons évidentes de sécurité (cf. art. 67 LENu). Le caractère temporaire ou illimité de l'autorisation d'exploitation ne joue aucun rôle à cet égard.

A l'instar des autres centrales nucléaires, la CNM est soumise au régime de la surveillance ordinaire et fournit régulièrement toutes les preuves de sécurité requises (art. 70 ss. LENu, art. 6 OENu). Comme le Conseil fédéral le confirme dans sa décision du 28 octobre 1998, les conditions liées à l'autorisation d'exploitation du 14 décembre 1992 sont intégralement remplies, alors même qu'elles s'inscrivent dans une optique d'exploitation illimitée. A l'issue du contrôle de sécurité périodique effectué en décembre 2002, la Division principale de la sécurité des installations nucléaires (DSN) a une nouvelle fois attesté du niveau de sécurité élevé de la CNM. Le prochain contrôle périodique de sécurité aura lieu au début de 2006, dans le cadre de la surveillance ordinaire (en dehors de la procédure actuelle). Rappelons par ailleurs que la CNM a été certifiée par l'Association suisse pour les systèmes de qualité et de management (SQS) selon de sévères normes internationales en matière de gestion de la qualité, de l'environnement et de la protection au travail.

- d) Enfin, il y a lieu de rappeler que la production d'électricité de la

CNM revêt une importance capitale pour la sécurité de l'approvisionnement du Nord-Ouest de la Suisse, en particulier dans les cantons de Berne et du Jura ainsi que dans les régions voisines des cantons de Neuchâtel, de Fribourg, de Soleure et de Bâle-Campagne. Face à la pénurie d'électricité qui guette l'Europe, la CNM contribue de manière déterminante à la sécurité de l'approvisionnement du Nord-Ouest de la Suisse. Il est urgent de clarifier la situation juridique de la CNM par rapport à la poursuite de son exploitation. C'est une question cruciale pour la population et l'économie de cette partie du pays, pour la planification des investissements à long terme et pour la motivation des spécialistes dont dépend la sécurité de la CNM (cf. à ce propos les commentaires sous chiffre 2.5, page 6 s. de la demande du 25 janvier 2005).

2. LENu: illicéité de la limitation de la validité de l'autorisation d'exploitation pour des motifs politiques.

Comme évoqué plus haut, le Conseil fédéral a limité la validité de l'autorisation d'exploitation de la CNM pour des motifs purement politiques, alors que la loi sur l'énergie atomique (LEA) en vigueur à l'époque n'offrait aucune base légale à cet effet (cf. décision du 3 décembre 2004 du Conseil fédéral concernant Beznau II, 5^e considérant; demande de FMB du 25 janvier 2005, ch. 2.3). Toutefois, la LEA ne prévoyait aucune voie de recours contre les décisions d'autorisation du Conseil fédéral, de sorte que FMB n'avait aucune possibilité légale d'attaquer la validité limitée de la décision d'autorisation.

En vigueur depuis le 1^{er} février 2005, la LENu établit désormais très clairement que la limitation de la validité d'une autorisation d'exploitation pour des motifs politiques ne correspond pas à la volonté du législateur et qu'elle est illicite:

- a) Comme le veut la systématique de la LENu, les aspects politiques doivent être évalués par les autorités politiques exclusivement dans le cadre de la procédure d'autorisation générale (art. 12 ss. et art. 48 LENu; concernant le caractère politique de l'autorisation générale, voir R. Jagmetti, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. VII, Energierecht, 2005, ch. 5413 et 5421). Le législateur a décidé que les centrales nucléaires en service peuvent continuer de fonctionner sans nouvelle autorisation générale. Il impose ainsi clairement l'idée que l'exploitation des centrales nucléaires ne peut pas

dépendre de réflexions politiques.

La CNM n'envisage aucune modification justifiant une nouvelle autorisation générale au sens de l'art. 65, al.1, LENu.

- b) L'octroi de l'autorisation d'exploitation en vertu des art. 19 ss. LENu n'est pas une décision politique, mais une décision de police. L'autorité compétente doit seulement contrôler si les conditions légales d'autorisation sont remplies. Le cas échéant, le requérant a droit à l'octroi de l'autorisation. Les questions d'ordre politique n'entrent pas dans le champ de la procédure d'autorisation, mais sont considérées dans le cadre de l'autorisation générale.
- c) Il en va de même pour la limitation de la validité de l'autorisation d'exploitation. La LENu prévoit certes la possibilité de limiter exceptionnellement la validité de l'autorisation d'exploitation (art. 21, al. 2, LENu), mais uniquement pour des motifs de sécurité et non pour des motifs politiques (cf. message relatif à la LENu, FF 2001, 2529). L'autorisation d'exploitation peut être limitée dans le temps lorsqu'au fil de la procédure, il apparaît que certains aspects mineurs touchant à la sécurité n'ont pas, ou pas encore été complètement évalués par les autorités: l'exploitation peut provisoirement débiter, et l'autorisation illimitée peut être octroyée ultérieurement. Dans un tel cas, le refus de l'octroi ou, s'il a déjà eu lieu, le retrait de l'autorisation seraient disproportionnés (cf. FF 2001 2529).
- d) La CNM remplit toutes les conditions légales requises pour être au bénéfice d'une autorisation à durée illimitée. Elle satisfait de même aux conditions particulières de l'autorisation du 14 décembre 1992, qui s'inscrivent dans une optique d'exploitation illimitée, tant sous l'ancien droit que sous le nouveau. En revanche, la LENu ne présente aucune base légale permettant d'octroyer une autorisation à durée limitée pour des motifs purement politiques. Ce point est corroboré par le message relatif à la LENu, au chapitre „7.3.4.3 Pas de limitation légale de l'autorisation d'exploiter pour les centrales en service“ (FF 2001 2739 s.): „En raison des avis très divergents exprimés lors de la consultation, il n'y aura pas de limitation légale de l'autorisation d'exploiter des centrales nucléaires suisses, lesquelles pourront rester en service tant que leur sécurité de fonctionnement sera assurée. Cela présuppose néanmoins que le niveau de sécurité, actuellement élevé, sera maintenu, ce qui nécessitera des mesures de rééquipement adéquates.“

L'autorisation d'exploitation de la CNM a une validité limitée pour des motifs politiques. Elle n'est dès lors pas conforme au principe constitutionnel de légalité, selon lequel les dispositions essentielles, notamment celles qui restreignent un droit fondamental (en l'occurrence, la liberté économique, art. 27 cst), doivent découler d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, let. b, cst). Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5, al. 1, cst) et les autorités exécutives sont tenues d'appliquer les lois fédérales (art. 190 cst).

- e) L'autorisation d'exploitation à validité limitée de la CNM n'est pas conforme au principe constitutionnel de proportionnalité, lequel est précisément essentiel en matière de contrôle (art. 5, al. 2, et art. 36, al. 3 cst). D'après ce principe élémentaire, l'autorité ne peut limiter la validité d'une autorisation à laquelle le sujet de droit peut légalement prétendre que si cette limitation est proportionnée au but visé par la loi et raisonnable (voir Tschannen/Zimmerli, Allg. Verwaltungsrecht, 2e éd. 2005, p.144 ss. et p. 234, ainsi que P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 2002, p. 319, qui donnent d'autres références).

La procédure d'autorisation définie aux art. 19 ss. et art. 61 LENu ainsi que les conditions stipulées dans l'autorisation visent à garantir que la centrale en question soit exploitée en permanence dans des conditions de sécurité excluant tout danger pour la population et l'environnement (cf. aussi art. 1 LENu). Vu que la CNM est, à l'instar de toutes les autres centrales, déjà soumise à une surveillance permanente et qu'elle remplit intégralement toutes les conditions de sécurité légalement prescrites, la limitation de la validité de son autorisation d'exploitation n'est pas proportionnée au but visé par la loi. Cette limitation de validité est tout simplement inadaptée.

- f) L'autorisation d'exploitation à validité limitée de la CNM n'est pas conforme au principe d'égalité de traitement (art. 8 cst), ni au principe de la liberté économique défini aux art. 27 et 94 cst. La CNM est à ce jour la seule centrale nucléaire suisse dont l'autorisation d'exploitation a une durée limitée, bien qu'elle remplisse toutes les conditions pour une autorisation d'exploitation illimitée, comme les autres centrales nucléaires. Cette inégalité de traitement est choquante et totalement injustifiée. La validité limitée de l'autorisation d'exploitation de la CNM est anticonstitutionnelle pour les motifs exposés ci-avant.

3. Nullité de la validité limitée pour des motifs purement politiques (requête principale)

Selon la théorie de l'évidence, les décisions et leurs éléments constitutifs sont nuls s'ils présentent des erreurs graves, facilement identifiables et si la constatation de la nullité ne met pas gravement en péril la sécurité du droit (voir Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2^e éd. 2005, p. 265 s.). La nullité d'une décision ou de l'un de ses éléments constitutif peut intervenir en cas de modification ultérieure de la législation quand il s'agit d'une autorisation illimitée. Comme exposé ci-devant, l'autorisation d'exploitation de la CNM a été limitée dans sa validité pour des motifs éminemment politiques. Elle a, sans équivoque aucune, perdu toute base légale du fait de l'entrée en vigueur de la LENu. Elle est dès lors qualifiable de nulle et est par conséquent caduque. Notre requête vise précisément la constatation de cette nullité.

4. Levée de la limitation de la validité pour des motifs politiques (requête conditionnelle)

Si le DETEC devait ne pas admettre le raisonnement exposé ci-dessus et qu'il n'aboutit pas à la conclusion que la validité limitée de l'autorisation d'exploitation de la CNM est caduque au plus tard depuis l'entrée en vigueur de la LENu, cette validité limitée devrait au moins être levée sur la base de notre requête conditionnelle, toute base légale faisant défaut.

Les décisions telles que les autorisations d'exploitation pour centrales nucléaires ont pour effet de créer un rapport de droit permanent, mais cela n'exclut pas une adaptation à l'évolution de la réalité, que ce soit sur le fond ou sur la forme. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les effets d'une décision fondant un rapport de droit permanent doivent être considérés par rapport au contexte juridique en vigueur au moment où la décision a été promulguée. En cas de modification ultérieure du droit objectif, l'adaptation de la décision est permise, voire nécessaire dans certaines conditions (ATF 127 V 14 cons. 4c, 115 V 314, 100 Ib 98 cons. 3). Compte tenu des éventuels droits acquis et du principe de bonne foi (art. 5, al. 3, et art. 9 cst), les adaptations en défaveur du sujet de la décision peuvent être illicites ou doivent au moins

être opérées avec retenue. Mais s'il s'agit, comme en l'occurrence, de supprimer un élément péjorant de la décision du fait d'une modification de la législation, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à l'adaptation de la décision, le sujet de cette décision a le droit de demander l'adaptation du rapport de droit permanent dont il fait l'objet.

B. Sur la forme

5. Aucune nouvelle procédure d'autorisation

La présente demande ne nécessite aucune nouvelle procédure d'autorisation d'exploitation. La procédure se limite à constater, au sens de notre requête principale, que la validité limitée de l'autorisation d'exploitation du 14 décembre 1992 / 18 octobre 1998 est caduque au plus tard à partir de l'entrée en vigueur de la LENu ou que, au sens de notre requête conditionnelle, la validité limitée doit être levée. Vu le contexte juridique, FMB n'a pas à déposer une nouvelle demande d'autorisation pour parvenir à une autorisation illimitée pour la CNM. Une telle procédure coûte plusieurs millions de francs et serait par conséquent disproportionnée, voire contraire au but recherché. L'obligation éventuelle d'effectuer cette procédure ne serait pas conforme au principe interdisant tout arbitraire, ni au principe de l'égalité de traitement devant la loi.

Vu les motifs évoqués ci-devant, nous concluons que la validité limitée de l'autorisation d'exploitation de la CNM est synonyme d'incertitudes considérables et désavantage beaucoup FMB face aux autres exploitants de centrales nucléaires. Il nous importe avant tout que la situation juridique soit rapidement clarifiée de manière à neutraliser toute distorsion de la concurrence. Nous vous prions par conséquent de traiter la présente demande avec diligence et de donner suite légale à notre requête.

Veillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre plus haute considération.

BKW FMB Energie SA

Kurt Rohrbach
Président du conseil d'administration

Matthias Kaufmann
Secrétaire général

Annexe: Certificat SQS du 13 décembre 2004

FMB[®]