



P.P. CH-3003 Berne, OFJ

Office fédéral de l'énergie
Mühlestrasse 4
3063 Ittigen

N° Référence: COO.2180.109.7.82385 / 674/2011/01003

Votre référence :

Notre référence : bj-od

Berne, le 12 septembre 2012

Sortie anticipée du nucléaire

Mesdames, Messieurs,

Comme convenu, nous répondons à votre demande d'examiner la situation juridique quant à l'arrêt anticipé des centrales nucléaires et d'identifier les cas de figure qui pourraient donner droit à une indemnisation.

Dans cette prise de position, nous observerons premièrement si une sortie anticipée de la Suisse du nucléaire peut être jugée conforme à la liberté économique et à la garantie de la propriété. Deuxièmement, nous examinerons les éventuelles prétentions en indemnisation des propriétaires touchés.

Nous partons de l'idée que la solution choisie pour arrêter les centrales nucléaires d'une manière anticipée sera celle d'une modification de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu). Cependant, une sortie anticipée du nucléaire pourrait être réglementée dans la loi de plusieurs manières. Une première possibilité serait de fixer un délai maximal uniforme et juridiquement contraignant d'exploitation de toutes les centrales nucléaires existantes (par exemple 40 ou 50 ans). Une autre possibilité serait de ne fixer dans la loi qu'une valeur indicative générale, laquelle pourrait éventuellement rester dans un certain cadre légal, par ex. entre 40 et 55 ans, et de charger parallèlement le DETEC de fixer pour chaque centrale nucléaire une durée d'exploitation maximale, en se basant sur des critères liés à la sécurité.

Cette disposition pourrait par exemple être libellée de la sorte :

Le DETEC fixe pour chaque centrale nucléaire la durée maximale d'exploitation. Pour ce faire, il observe en particulier :

- a. le type de réacteur et les propriétés spécifiques de l'installation ;
- b. la durée d'exploitation initiale prévue par l'exploitant et celle qui a effectivement été réalisée jusqu'ici ;
- c. l'état des rééquipements techniques afin de garantir la sécurité ;
- d. ...

Naturellement, le DETEC devrait préalablement prendre les informations et les avis nécessaires. Il ne faudrait cependant pas régler ce point expressément ; cela ressort déjà de l'art. 12 PA (RS 172.021). De la même manière, il va de soi que la fixation de délais d'exploitation maximaux et individuels ne limiterait en rien les compétences de l'IFSN selon l'art. 72 LENU. Si la garantie de la sécurité l'exigeait, l'IFSN pourrait toujours en tout temps ordonner la fermeture d'une installation, même lorsque la durée maximale d'exploitation ne serait pas encore atteinte.

Dans ce qui suit, nous examinerons la constitutionnalité d'une règle prévoyant la sortie anticipée du nucléaire sous ces deux hypothèses (durée maximale d'exploitation uniforme ou fixation d'une durée maximale d'exploitation de manière individuelle). Joue aussi un rôle pour cette analyse la question de savoir si une réglementation de la sortie anticipée du nucléaire serait combinée avec une exclusion générale de la construction et de l'exploitation de nouvelles centrales ou si la construction et l'exploitation de nouvelles centrales reste légalement possible. Dans le premier cas, la réglementation de la sortie anticipée du nucléaire aurait le caractère d'une règle de droit transitoire annexée une interdiction de principe de la construction et de l'exploitation de centrales nucléaires.

I. Liberté économique

1. La liberté économique, dans sa finalité individuelle, est protégée par l'art. 27 al. 1 Cst. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu¹. De plus, elle protège non seulement les personnes physiques, mais aussi les personnes morales². Sous son angle institutionnel, la liberté économique est réglée par l'art. 94 Cst.³. Cette disposition pose les bases d'un ordre économique de libre marché, dans lequel les autorités ne doivent en principe pas intervenir.

La construction et l'exploitation de centrales nucléaires est une activité économique qui jouit de la protection de la liberté économique.

La liberté économique est un droit fondamental qui peut subir deux types de limitations : des restrictions ou des dérogations. On parle de dérogations à la liberté économique lors-

¹ ATF 132 I 282, c. 3.2.

² FF 1997 I 179.

³ Pour une analyse plus détaillée de la distinction entre les deux types de liberté économique, voir Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, Berne, 2006, p. 421.

que les autorités fédérales ou cantonales interviennent dans le libre jeu de la concurrence et régulent le marché. De telles dérogations ne sont possibles que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou par le droit régalien des cantons (art. 94 al. 4 Cst.)⁴. Il apparaît toutefois que la sortie anticipée de la Suisse du nucléaire n'est manifestement pas une dérogation à la liberté économique, car le but recherché et n'est pas de réguler le marché de l'énergie nucléaire ou d'intervenir entre concurrents, mais de mettre un terme définitif à cette forme de production d'énergie.

2. Comme tous les autres droits fondamentaux, la liberté économique peut subir des restrictions en application de l'article 36 Cst. Aux termes de cet article, toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (al. 1), doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et doit être proportionnée au but visé (al. 3). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4). Il faut donc analyser si la sortie anticipée du nucléaire, mesure qui limite fortement la liberté économique des exploitants de centrales nucléaires, respecte ces conditions et est justifiée ou non.
 - a. En ce qui concerne la sortie du nucléaire, on peut partir du principe que la base légale concrétisant cet objectif sera adoptée. Ainsi, la condition de la base légale serait remplie.
 - b. Quant à la condition de l'intérêt public, la sortie anticipée du nucléaire peut être justifiée par des intérêts de police. Plus précisément, on peut invoquer la protection de l'ordre public, lequel englobe, entre autres, la protection de la sécurité et de la santé⁵. A côté des mesures de police *stricto sensu*, d'autres mesures d'intérêt public peuvent aussi justifier une restriction de la liberté économique. Tel est le cas de la protection de l'environnement et de l'équilibre écologique qui ont déjà été retenus par la jurisprudence et sont admis par la doctrine⁶. Ainsi, plusieurs intérêts publics (protection de la sécurité et de la santé de la population suisse, mais aussi de la nature et de l'environnement en Suisse) peuvent légitimer une restriction à la liberté économique des exploitants de centrales nucléaires.
 - c. La proportionnalité, troisième condition nécessaire pour porter atteinte de manière justifiée à un droit fondamental, se découpe en trois sous-catégories : la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et la règle de la proportionnalité au sens étroit.
 - aa. L'*aptitude* signifie que la mesure adoptée doit être appropriée, apte à atteindre le but visé. Il s'avère que la mesure choisie en l'espèce, à savoir une sortie de la Suisse du nucléaire par le démantèlement des installations existantes et, le cas échéant, l'interdiction d'en construire de nouvelles, serait effectivement apte à empêcher la survenance d'une catastrophe nucléaire provenant d'une centrale nucléaire située dans notre pays⁷.

⁴ ATF 136 I 1, c. 5.1.

⁵ Mahon, Droit constitutionnel, Vol. II, Les droits fondamentaux, Neuchâtel, 2008, p. 45 ; ATF 125 I 322, c. 3a.

⁶ Mahon, op. cit., p. 45 ; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., p. 461 ; ATF 125 I 182, c. 5c.

⁷ Cette affirmation n'empêche pas d'être conscient du fait que la Suisse peut aussi être touchée par un accident nucléaire survenu dans un pays voisin.

bb. Le critère de la *nécessité* exige quant à lui qu'entre plusieurs mesures aptes à atteindre le but visé, l'on choisisse celle qui porte le moins atteinte à la liberté en cause. Ainsi, l'Etat doit se limiter au strict nécessaire pour restreindre au moins possible les droits fondamentaux des particuliers⁸. Lors de l'édiction de l'actuelle loi sur l'énergie nucléaire, le législateur a considéré comme suffisant le fait d'établir un régime d'autorisation et de surveillance, en vue de protéger les intérêts liés à la sécurité, à la santé et à l'intégrité de l'environnement. Cela ne peut cependant pas l'empêcher d'examiner de manière nouvelle et de juger autrement la question de la nécessité d'un régime plus strict, eu égard aux conséquences d'un accident nucléaire de l'ordre de grandeur de Fukushima. A ce sujet, il faut toutefois différencier :

- Si le législateur fixait de manière uniforme le délai maximal d'exploitation de toutes les centrales nucléaires, il faudrait pouvoir démontrer que seule cette mesure, et non pas un délai fixé individuellement pour chaque installation, permettrait de protéger l'intérêt public. Nous ne voyons pas quels arguments permettraient de soutenir cette opinion.
- Le critère de la *nécessité* se laisserait au contraire mieux justifier si le législateur se contentait de fixer des valeurs indicatives de durée maximale d'exploitation et que le DETEC ordonnait un délai maximal individuel pour chaque installation. Dans ce cas, l'examen de la *nécessité* se déplacerait vers celui ayant trait à la fixation d'un délai maximal individuel. Si l'on choisissait cette solution, il faudrait cependant aussi exposer en quoi le régime actuel d'autorisation et de surveillance ne suffit pas à garantir la protection de l'intérêt public. Cela serait alors difficile à motiver si la construction et l'exploitation de nouvelles centrales nucléaires restait permis, malgré une désaffectation anticipée des centrales existantes. Dans ce cas, il faudrait démontrer que les centrales nucléaires actuelles représentent *per se* un plus haut risque pour la sécurité que les futures centrales, équipées selon la dernière technologie.

cc. Enfin, au sens de la *proportionnalité au sens étroit*, il faut que la mesure prise soit proportionnée au but visé, ce qui implique de procéder à une pesée des intérêts entre les deux et rapproche grandement cette analyse de celle de l'intérêt public. En l'espèce, l'atteinte au droit fondamental est importante : une désaffectation anticipée des centrales nucléaires met fin à une activité économique jusqu'à présent autorisée et conduit, selon les circonstances, à ce que les investissements consentis ne puissent plus être amortis. Mais le but visé et l'enjeu qui se cachent derrière une sortie du nucléaire (sécurité, protection de la santé et de l'environnement) sont eux aussi importants.

Le fait que les intérêts publics s'opposant au nucléaire n'aient jusqu'à maintenant pas été jugés prédominants par rapport à l'avantage d'une production nationale d'énergie nucléaire ne s'oppose pas à une nouvelle appréciation par le législateur et à une nouvelle pesée des intérêts. En effet, comme l'indique la jurisprudence et la doctrine, l'intérêt public est une notion variable qui ne peut être définie en termes intemporels et ubiquitaires⁹ ; il varie dans le temps et dans l'espace (ATF 108 Ia 41, c. 2b ; ATF

⁸ Mahon, op. cit., p. 46.

⁹ Mahon, op. cit., p. 44.

106 la 267, c.3a). Ainsi, il faut toujours réexaminer l'intérêt public pour chaque loi et pour chaque décision au moment où ces dernières doivent être prises ou adoptées. Après la catastrophe de Fukushima, laquelle a démontré que même un pays fortement industrialisé et sécurisé peut être victime d'un accident nucléaire aux conséquences dramatiques, il semble du moins défendable de mettre l'accent sur l'intérêt public et non sur la liberté économique. Cela vaut dans tous les cas pour la solution selon laquelle un délai maximal individuel serait fixé pour chaque centrale nucléaire. La pesée des intérêts en faveur de l'intérêt public pourrait en particulier être justifiée si la loi prévoyait parallèlement que certains investissements non amortis (par exemple ceux consentis récemment pour rééquiper et mettre à niveau une installation nucléaire) seraient dédommagés.

dd. Il résulte de ces indications que l'analyse de la proportionnalité dépend de la manière dont une désaffectation anticipée des centrales existantes serait concrètement réglée. Une appréciation définitive ne sera par conséquent possible qu'en lien avec un projet législatif concret.

II. Garantie de la propriété

1. La propriété est garantie à l'art. 26 Cst. Elle se décompose en trois aspects¹⁰ : la fonction individuelle (al. 1, *Bestandesgarantie*), la fonction compensatrice (al. 2, *Wertgarantie*) et la fonction institutionnelle qui est sans pertinence dans ce contexte.
2. La fonction individuelle accorde un droit individuel au propriétaire qui ne peut être restreint qu'en respectant les conditions de l'art. 36 Cst. A ce titre, les trois conditions mentionnées en relation avec l'analyse de la liberté économique devront à nouveau être considérées. Le droit fondamental concerné n'étant toutefois pas le même, il est théoriquement possible d'arriver à un résultat différent. En l'espèce, nous pensons néanmoins que l'atteinte à la garantie de la propriété pourrait être justifiée de la même manière que l'atteinte à la liberté économique. Cela est corroboré par le fait que, comme l'indique la doctrine, les motifs d'intérêt public les plus variés permettent de restreindre la garantie de la propriété. A ce titre, la protection de l'environnement peut par exemple être invoquée¹¹. La doctrine souligne de plus que le législateur jouit d'un large pouvoir d'appréciation quant à la question de savoir quel intérêt public peut restreindre la garantie de la propriété¹². En particulier, il n'est, lors de l'analyse de l'intérêt public concernant la question de la garantie de la sécurité, pas lié aux opinions (parfois divergentes) des experts, même s'il doit toujours les prendre en considération.
3. La fonction compensatrice signifie qu'une pleine indemnité est due en cas d'expropriation (expropriation formelle) ou de restriction à la propriété qui équivaut à une expropriation (expropriation matérielle). En cas de sortie anticipée du nucléaire, la question se pose donc de savoir si on est en présence d'un cas d'expropriation matérielle qui obligerait la Confédération à indemniser les propriétaires de centrales nucléaires.

¹⁰ Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., p. 379-382.

¹¹ Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., p. 105.

¹² Cf. Enrico Riva/Thomas Müller-Tschumi, Eigentums garantie, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2011, § 48 N 18.

- a. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il y a expropriation matérielle lorsque « l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires d'une manière telle que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. Dans l'un et l'autre cas, la protection ne s'étend à l'usage futur prévisible que dans la mesure où il apparaît, au moment déterminant, comme très probable dans un proche avenir. Par usage futur prévisible d'un bien-fonds, on entend généralement la possibilité de l'affecter à la construction »¹³.

La doctrine¹⁴ tire de cette jurisprudence (qui se réfère au cas où un terrain n'est pas encore utilisé) deux conditions nécessaires pour parler d'expropriation matérielle : premièrement, il faut être en présence d'une atteinte particulièrement grave au droit de propriété ou en présence d'un sacrifice particulier d'un propriétaire incompatible avec l'égalité de traitement. Deuxièmement, un usage futur du droit de propriété doit être prévisible, c'est-à-dire qu'il faut déterminer la constructibilité d'un terrain à la lumière de l'ensemble des facteurs juridiques et matériels entrant en ligne de compte¹⁵.

Toutefois, si une restriction à la garantie de la propriété est motivée par un intérêt de police, aucune indemnité n'est due¹⁶. Constitue par exemple une telle mesure de police la sauvegarde de l'ordre ou de la sécurité publics auxquels on rattache notamment la protection de la vie et de la santé. Selon une partie de la doctrine¹⁷, la notion de mesure de police doit être interprétée restrictivement ; elle ne comprend que les mesures nécessaires à écarter des dangers concrets, sérieux et imminents. En d'autres termes, selon cette doctrine, sont exclues les mesures qui n'ont pour but que de prévenir un danger de principe, général et abstrait. Cependant, la jurisprudence a admis que certaines restrictions à la propriété sont admissibles sans indemnité même lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des mesures de police, mais lorsqu'elles se fondent sur des mesures d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement¹⁸.

- b. Une sortie anticipée du nucléaire constituerait une atteinte au droit de propriété des exploitants et propriétaires de centrales nucléaires puisqu'ils ne pourraient plus jouir librement de leur propriété, mais devraient désaffecter leurs centrales avant leur durée d'exploitation prévue.

Par conséquent, la question se pose de savoir si une sortie anticipée du nucléaire entraînerait un devoir d'indemnisation basé sur les critères de l'expropriation matérielle.

¹³ ATF 131 II 151, c. 2. ; voir aussi ATF 125 II 431 et les références citées.

¹⁴ Hertig Randall, L'expropriation matérielle, in *La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Genève, Zurich, Bâle, 2009, p. 119-124.

¹⁵ ATF 122 II 455, c. 4c.

¹⁶ Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., p. 398 ; ATF 122 II 17, c.7b ; ATF 120 Ib 76, c.5a.

¹⁷ Par ex. : Hertig Randall, op. cit., p. 124 ; Knapp, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, p. 461 ; voir aussi ATF 105 Ia 330, c.3b.

¹⁸ ATF 105 Ia 330, c. 3c.

L'analyse de cette question dépend aussi du fait de savoir si la construction et l'exploitation de nouvelles centrales resteraient permises ou non.

- aa. Si la construction et l'exploitation de nouvelles centrales nucléaires restaient possibles mais que les centrales actuelles devaient être désaffectées de manière anticipée, la question de devoir indemniser les exploitants de centrales existantes pourrait entrer en considération.

En effet, on ne voit pas pourquoi dans ce contexte ces personnes devraient être traitées moins bien que d'autres entreprises qui ont seulement planifié la construction d'une installation, mais qui ne peuvent la réaliser suite à une interdiction subséquente. Le devoir d'indemnisation se rapporterait aux investissements qui ne pourraient plus être amortis en raison d'un raccourcissement de la durée d'exploitation.

Néanmoins, il faudrait encore, le cas échéant, examiner si le devoir d'indemnisation ne tomberait pas, au cas où il serait justifié par des motifs de police. Au vu de l'opinion restrictive de la doctrine en la matière et du fait que le danger à écarter doit être concret et imminent, on ne pourrait toutefois exclure une obligation de dédommager les propriétaires pour les investissements non amortis. Néanmoins, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la jurisprudence fédérale nie aussi la prétention à une indemnisation pour cause d'expropriation matérielle, même lorsque la mesure qui limite la propriété est motivée par d'autres motifs que ceux stricts de police. A ce titre, il n'est pas totalement exclu de penser que l'invocation de la protection de l'environnement, laquelle recouvre la protection de l'être humain et de son environnement naturel (cf art. 74 Cst.), fasse échec à une indemnité. A ce moment, il faudrait cependant démontrer, sous l'angle de la proportionnalité, que l'exploitation des centrales nucléaires actuelles, même soumises à un strict régime de surveillance, représente *per se* un danger plus considérable que l'exploitation de futures centrales, dotées des dernières propriétés technologiques. Si l'on supposait qu'à ce sujet même les experts ne parviennent pas à un consensus, il pourrait valoir la peine de régler de manière positive la question du devoir d'indemnisation dans le droit révisé lui-même.

- bb. Si la construction et l'exploitation de centrales nucléaires était interdites de manière générale, la question du devoir d'indemnisation suite à un raccourcissement de la durée d'exploitation des centrales actuelles se poserait différemment. La durée d'exploitation raccourcie apparaîtrait alors comme une mesure d'adaptation annexée au nouveau droit.

Dans ce contexte, la question se poserait au préalable de savoir si cette mesure d'adaptation prévue par le nouveau droit violerait des droits acquis. Ces derniers sont des droits contractuels liant entités de droit public et particuliers suite à l'octroi de subventions, concessions ou autorisations de police¹⁹. Une condition nécessaire pour de tels droits est leur nature irrévocable qui a dû être déclarée, soit de manière individuelle, soit de par la loi. Ni la propriété d'un bien-fonds sur lequel se trouve une centrale nucléaire, ni la propriété de l'installation elle-même ne donnent un droit à bénéficier d'une autorisation d'exploiter et, dès lors, ne confèrent un droit acquis. La déli-

¹⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, Saint-Gall, 2010, (6ème éd.), p. 223 ss.

vance elle-même de l'autorisation d'exploiter ne devrait pas donner naissance à un droit acquis permettant d'invoquer la garantie de la propriété. Par conséquent, cette thématique des droits acquis ne s'applique pas dans le cadre du débat sur la sortie du nucléaire.

- cc. Par contre, d'une manière générale, lorsque le législateur modifie le droit en vigueur et que des intérêts patrimoniaux sont touchés de manière négative, il convient de prévoir un régime de droit transitoire adoucissant les effets du nouveau droit²⁰. Cela peut s'imposer afin de respecter la garantie de la propriété dans sa fonction compensatrice. Comme le note le Tribunal fédéral, « eine Übergangsregelung kann erforderlich sein, wenn in empfindlichem Masse in getätigte Investitionen oder in andere wichtige Befugnisse eingegriffen wird. Unter Umständen fällt dabei auch eine finanzielle Kompensation in Betracht, wenn die sofortige Geltung neuen Rechts zur Erreichung des angestrebten Ziels unabdingbar ist (Alfred Kölz [...], Beatrice Weber-Dürler [...]). Dies zu regeln ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers»²¹. Cette obligation découle aussi du principe de la confiance (art. 9 Cst.).

Une réglementation de droit transitoire devrait contenir les éléments suivants :

- Elle devrait fixer les délais maximaux d'exploitation, que ce soit de manière uniforme pour toutes les centrales ou de manière individuelle suite à la décision du DETEC.
- Elle devrait fixer si, et dans quelle mesure, les investissements non amortis doivent être dédommagés. A ce sujet, il faut partir du principe que le devoir d'indemnisation n'existe qu'aussi longtemps que la limitation de l'exploitation des centrales existantes n'est pas motivée en première ligne par des considérations de police ayant trait à la sécurité. De plus, plus le moment ordonné pour la mise hors service d'une centrale est proche du moment que l'exploitant s'est lui-même fixé pour une cessation de ses activités, moins une indemnisation apparaît justifiée.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

Office fédéral de la justice OFJ

Domaine de direction Droit public

Luzius Mader
Vice-directeur

Collaborateurs :
Luzian Odermatt, Elodie Skoulikas

²⁰ A. Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, RDS 1983 II Cahier 2 105, p. 123 ss, 145 ss.

²¹ ATF 118 Ib 241, c. 5e.