

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2016

Energie
énergie
energy

CÉLINE ZUBER-ROY
**Fermeture des centrales nucléaires suisses :
Indemnisation par l'Etat ?**

FLURIN RIEDERER
Rückstellungen in Kernkraftwerken

REHANA HARASGAMA / AURELIA TAMÒ
Trials and Tribulations of a Smart World

PATRICK UHRMEISTER
**Strafrechtliches Verbot der Marktmanipulation
im europäischen Energiemarkt**

EVELYNE SCHMID
**Umsetzungskriterien bei Volksinitiativen in Form
einer allgemeinen Anregung**

LINUS ZWEIFEL / MICHAEL BERTSCHINGER
**Der spontane Austausch von Steuerrulings unter
BEPS-Aktionspunkt 5**

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama

Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abrechnungsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-836-6

Our strength lies in our people

Wir suchen

Substituten/-innen sowie Praktikanten/-innen

Niederer Kraft & Frey bietet engagierten und sehr gut qualifizierten Substituten/-innen (mit Masterabschluss) sowie Praktikanten/-innen (für eine Dauer von 4 bis 8 Wochen) an, Teil unseres Teams zu werden.

Gewinnen Sie einen interessanten Einblick in die Praxis einer grossen, international ausgerichteten Wirtschaftskanzlei, arbeiten Sie an spannenden Fällen in einem motivierenden Umfeld und lernen Sie eine der erfolgreichsten Schweizer Kanzleien von innen kennen. Ein erster Schritt zu Your NKF.



YOUR
NKF

your-nkf.ch

be part of it



Besuchen Sie uns auf www.your-nkf.ch

THE LAWYER
European Awards 2016

Law firm of the
year - Switzerland

★★★★★

Winner

Inhaltsübersicht / Sommaire

Fermeture des centrales nucléaires suisses : Indemnisation par l'Etat ?

CÉLINE ZUBER-ROY

3

Rückstellungen in Kernkraftwerken

Eine handelsrechtliche Betrachtung der Rückstellungen
für die Stilllegungs- und Entsorgungskosten eines Kernkraftwerks

FLURIN RIEDERER

10

Trials and Tribulations of a Smart World

A Swiss Take on Privacy in Smart Metering

REHANA HARASGAMA / AURELIA TAMÒ

17

Strafrechtliches Verbot der Marktmanipulation im europäischen Energiemarkt

REMIT-Verordnung, CSMAD-Richtlinie und Implikationen
für die Schweiz

PATRICK UHRMEISTER

23

Umsetzungskriterien bei Volksinitiativen in Form einer allgemeinen Anregung

«Nume nid gschprängt» oder das Beispiel einer lange
vergessenen Stadt-Berner Initiative

EVELYNE SCHMID

31

Der spontane Austausch von Steuerrulings unter BEPS-Aktionspunkt 5

LINUS ZWEIFEL / MICHAEL BERTSCHINGER

41

Fermeture des centrales nucléaires suisses : Indemnisation par l'Etat ?

CÉLINE ZUBER-ROY*

MOTS-CLEFS	Exploitation d'une centrale nucléaire – Retrait de l'autorisation – Indemnisation – Initiative « Sortir du nucléaire »
RÉSUMÉ	Cette contribution analyse les risques pour la Confédération de devoir indemniser les exploitants des centrales nucléaires en cas de révocation de leur autorisation d'exploiter, tant à l'aune du droit actuel qu'en cas d'acceptation de l'initiative populaire fédérale « Sortir du nucléaire » ou d'une modification de la législation par l'Assemblée fédérale.
ZUSAMMENFASSUNG	Dieser Beitrag analysiert die Risiken für die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Betreiberinnen von Atomkraftwerken im Falle eines Entzugs der Betriebsbewilligung entschädigen zu müssen. Die Autorin beachtet dabei sowohl das geltende Recht wie auch etwaige Änderungen, die sich bei Annahme der Atomausstiegsinitiative ergeben könnten.
ABSTRACT	This article analyses the risks for the Swiss Confederation linked to a compensation to the nuclear operators in the event of a revocation of their license to operate. It considers the situation both under positive law and in the case of modifications of the law, i.e. following the acceptance of popular initiative « Sortir du nucléaire ».

* Céline Zuber-Roy, Master en droit et ingénieur HES en physique appliquée, chargée d'enseignement suppléante, Université de Genève.

- Etat des références au 23 mars 2016.
- Cf. www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis407.html, visité le 7 avril 2016.
- Cf. www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130074, visité le 7 avril 2016.
- Office fédéral de l'énergie (OFEN), Procédures d'autorisation en cours pour des installations nucléaires, Berne 2006 (disponible sur www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=fr&name=fr_216527988.pdf, visité le 7 avril 2016) et, pour la centrale de Mühleberg, ATF 139 II 185.
- Sous réserve de l'hypothèse que les autorités négocient avec l'exploitant la fermeture volontaire de l'installation (cf. CÉLINE ZUBER-ROY, Centrale nucléaire : quelle place pour la liberté économique ?, in: Olivier Hari (édit.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?, Zurich 2016 (à paraître), point II.1.b). Aucune indemnisation ne pourrait toutefois être demandée dans cette éventualité.
- PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, 388 ; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle 1991, N 1370^{sexies} ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^e éd., Zurich 2010, N 1003 ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, § 31 N 60.
- Cette contribution se limitera à traiter de la problématique d'une indemnisation uniquement dans le cas d'une révocation de l'autorisation d'exploiter une centrale nucléaire.

I. Introduction¹

Les centrales nucléaires suisses vieillissent et la pression politique pour arrêter leur exploitation s'accroît. L'initiative populaire fédérale « Sortir du nucléaire »² exige leur fermeture après 45 ans d'activité et les chambres fédérales débattent actuellement d'un contre-projet, qui pourrait éventuellement fixer une durée maximale d'exploitation³.

Les cinq centrales nucléaires actuellement en activité en Suisse bénéficient d'une autorisation d'exploitation de durée illimitée⁴. Ainsi, leur fermeture devra passer par la révocation de leur autorisation⁵.

La révocation de certaines décisions pouvant engager la responsabilité de l'Etat⁶, il est intéressant de déterminer si la Confédération risque de devoir indemniser les exploitants des centrales nucléaires en cas de révocation de leur autorisation, tant à l'aune du droit actuel, qu'en cas d'acceptation de l'initiative populaire ou de modification de la législation par l'Assemblée fédérale⁷.

Nous commencerons notre analyse par traiter brièvement de la licéité de la révocation (I.). Ensuite, nous recherchons un fondement à une éventuelle indemnisation (II.). Nous continuerons en traitant des exceptions pouvant exclure une indemnisation (III.) et, finalement, nous nous intéresserons à l'étendue du dommage couvert en cas d'indemnisation (IV.).

II. La licéité de la révocation

La loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire⁸ ne fixe pas de durée maximale à l'exploitation d'une centrale nucléaire. Elle prévoit, par contre, la possibilité pour l'autorité qui a délivré l'autorisation de la retirer si les conditions de son octroi ne sont plus remplies ou si son détenteur ne s'est pas acquitté d'une charge ou d'une tâche qui lui avait été imposée (art. 67 al. 1 LENu)⁹. La protection de l'homme et de l'environnement étant une condition essentielle pour l'utilisation de l'énergie nucléaire¹⁰, des manquements en matière de sécurité ou de sûreté¹¹ peuvent évidemment justifier la révocation d'une autorisation d'exploiter selon le droit en vigueur¹². De plus, en cas d'acceptation de l'initiative « Sortir du nucléaire », une limitation temporelle à l'exploitation d'une centrale nucléaire serait fixée et la révocation de l'autorisation d'exploiter après 45 ans d'activité bénéficierait également d'une base légale.

La législation autorisant la révocation de l'autorisation d'exploiter à certaines conditions, il est probable que les autorités respecteront ces conditions dans un cas concret. Toutefois, si une révocation devait avoir lieu sans droit, le détenteur de l'autorisation pourrait contester la décision¹³. En effet, les décisions du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), qui est l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'exploiter et donc la retirer (art. 19 et 67 al. 1 LENu), peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral, en vertu des articles 31 et 33 lettre d LTAF¹⁴. Aucune exception de l'article 32 LTAF ne s'applique, en particulier la révocation de l'autorisation d'exploiter n'est pas concernée par l'article 32 lettre e LTAF, qui exclut certaines décisions dans le domaine de l'énergie nucléaire. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral pourra à son tour faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 82 let. a et 86 al. 1 let. a LTF¹⁵). Les exceptions de l'article 83 LTF ne trouvent pas application, en particulier l'exclusion des décisions en matière d'énergie nucléaire qui concernent la modification d'une autorisation (art. 33 let. n ch. 1 LTF) ne nous semble pas applicable, car la révocation d'une autorisation n'est pas une modification (art. 65 LENu), mais un retrait de l'autorisation (art. 67 LENu)¹⁶.

Ainsi, en cas de révocation contraire au droit, la décision pourra être annulée et le détenteur ne subira aucun dommage, ce qui exclut une indemnisation. Dans le cas peu probable où les voies de droit ordinaires n'auraient pas été utilisées, une action en responsabilité est en principe exclue, puisque il n'est pas possible de revoir la légalité d'une décision dans une procédure en responsabilité¹⁷ (art. 12 LRFC¹⁸).

Ainsi, une éventuelle indemnisation découlera d'une responsabilité de l'Etat pour acte licite.

III. Le fondement de l'indemnisation

En vertu du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.¹⁹), une obligation d'indemniser doit avoir une base légale²⁰. Nous allons donc étudier les différents fondements envisageables et déterminer s'ils s'appliquent à la révocation

8 LENu ; RS 732.1.

9 ZUBER-ROY (n. 5), point II.1.

10 Art. 1, 4 al. 1 et art. 20 al. 1 let. c LENu ; SILVAN SCHMID, Die Errichtung von Kernkraftwerken nach dem neuen Kernenergiegesetz, DEP 2006, 755 ss, 776.

11 La LENu fait la distinction entre la notion de sûreté (par ex. art. 5 al. 3), qui se focalise sur la protection contre les dangers qui viennent de l'extérieur, et celle de sécurité (par ex. art. 5 al. 1), qui se rapporte à la protection contre des défauts, des dommages ou des manquements provenant de l'installation ou de son exploitation. Cette distinction n'a toutefois pas d'influence dans le cadre de cette contribution et il sera fait mention uniquement de la sécurité par la suite.

12 De tels manquements peuvent également justifier un arrêt de la centrale avant le retrait de l'autorisation (art. 25 et 72 al. 3 LENu), mais cet aspect sort du cadre de cette contribution.

13 Le contentieux administratif étant un vaste sujet d'étude, nous nous limiterons à indiquer les voies de recours ouvertes contre cette décision ; cf. MOOR/POLTIER (n. 6), 623 ss ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2011, N 1247 ss ; KNAPP (n. 6), N 1809 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 1849 ss.

14 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral ; RS 173.32.

15 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110.

16 Du même avis : MICHAEL BÜTLER/BENJAMIN SCHINDLER, Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg ? – Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Sécurité & Droit 2/2012, 139 ss, 143.

17 MOOR/POLTIER (n. 6), 869 ; TANQUEREL (n. 13), N 1646 ; KNAPP (n. 6), N 2450 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2263 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 62 N 43 ; RETO FELLER, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Zurich 2007, 169 ss.

18 Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires ; RS 170.32.

19 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101.

20 THIERRY TANQUEREL, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (édit.), La responsabilité de l'Etat, Genève 2012, 85 ss, 92 ; MOOR/POLTIER (n. 6), 884 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2299 ; PASCALE BYRNE-SUTTON, La responsabilité de l'Etat, in: David Hofmann/Fabien Waelti (édit.), Actualités juridiques de droit public, Berne 2013, 13 ss, 62.

de l'autorisation d'exploiter. Nous commencerons par vérifier s'il existe une base légale spécifique (A). Ensuite, nous analyserons si des droits constitutionnels peuvent établir une obligation d'indemniser. Nous envisagerons en particulier une indemnisation sur la base du principe de la bonne foi (B), du principe de l'égalité de traitement (C) et finalement de la garantie de la propriété (D).

A. Une disposition spécifique

L'ancienne loi fédérale du 23 décembre 1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique²¹, ancêtre de la LENu, prévoyait une indemnisation équitable pour le dommage résultant de la révocation d'une autorisation, si elle était motivée par des motifs auxquels le détenteur était étranger (art. 9 al. 5 LEA). Cette hypothèse visait en particulier l'éventualité d'une révocation basée sur la clause du besoin (art. 3 de l'ancien arrêté fédéral concernant la loi du 6 octobre 1978 sur l'énergie atomique²²), sur lequel le détenteur n'a aucune influence²³. Cette clause n'ayant pas été reprise dans la LENu, l'ensemble des conditions

d'octroi, et donc des motifs de retrait, relève de la sphère d'influence du détenteur²⁴. La disposition fondant l'obligation d'indemniser n'a donc pas été reprise²⁵.

Il n'existe ainsi pas de base légale spéciale prévoyant une indemnisation dans le cas de la révocation de l'autorisation d'exploiter. Cette absence de base légale ayant été voulue par le législateur, la question de l'existence d'un silence qualifié²⁶, qui exclurait l'application des principes généraux, se pose. Il nous semble toutefois que si le législateur avait souhaité soustraire la révocation de l'application des principes généraux sur l'indemnisation, il l'aurait indiqué clairement et les travaux préparatoires l'auraient attesté. Les débats au parlement démontrent l'inverse, puisque une intervention se réfère explicitement aux règles générales sur la responsabilité de l'Etat²⁷. Le Conseil fédéral partage cet avis, puisqu'il a traité à plusieurs reprises, dans le cadre de votations demandant la fermeture des centrales nucléaires, la question d'une indemnisation²⁸.

B. La bonne foi

Le principe de la bonne foi²⁹ (art. 5 al. 3 et 9 Cst.) peut créer dans certaines circonstances une responsabilité de l'Etat lors de la révocation d'une décision³⁰. Les conditions de cette responsabilité ne sont toutefois pas clairement établies. Une condition est cependant commune à l'ensemble de la doctrine. Cette responsabilité vise à protéger des attentes légitimes du lésé³¹. Ce serait le cas si des actes de disposition irréversibles avaient été effectués de bonne foi sur la base de la décision et que la révocation de cette dernière les aurait rendus inutiles³².

La plus récente des centrales nucléaires suisses atteignant bientôt 30 ans d'exploitation, il nous semblerait excessif de considérer que la révocation d'une autorisation d'exploiter rendrait « inutile » la construction de l'installation. La révocation aurait certes pour effet de diminuer les possibilités d'amortir les investissements initialement consentis par le détenteur de l'autorisation, mais ces investissements auront permis d'exploiter pendant au moins 30 ans une centrale, ce qui ne semble pas inutile. Nous pensons toutefois que pour le cas particulier de la centrale de Leibstadt qui a été autorisée en sachant que l'amortissement était prévu sur une période de 40 ans³³, l'exploitant pouvait prévoir de bonne foi qu'il pourrait exploiter sa centrale durant toute cette période. Ainsi, si cette autorisation devait être révoquée avant 2024, une indemnisation sur la base de la bonne foi devrait être envisagée. Ceci n'est pas valable pour les autres centrales qui prévoyaient un amortissement sur 30 ans³⁴ et qui ont déjà toutes dépassé cette durée d'exploitation. Concernant les investissements ultérieurs, il n'est pas évident que le principe de la bonne foi puisse

21 LEA ; RO 1960 600.

22 AF/LEA ; RO 1979 816.

23 Conseil fédéral, Message concernant les initiatives populaires « Moratoire Plus – Pour la prolongation du moratoire dans la construction de centrales nucléaires et la limitation du risque nucléaire (Moratoire-plus) » et « Sortir du nucléaire – Pour un tournant dans le domaine de l'énergie et pour la désaffectation progressive des centrales nucléaires (Sortir du nucléaire) » et concernant la loi sur l'énergie nucléaire du 28 février 2001, FF 2001 2529 ss, 2655.

24 Conseil fédéral (n. 23), 2655.

25 Cette question a fait l'objet d'un débat au Conseil des Etats (proposition Reimann, BO 2001 CE 1026).

26 Cf. HANSJÖRG SEILER, Einführung in das Recht, 3^e éd., Zurich 2009, 226 s.

27 Schweiger, BO 2001 CE 1027.

28 Conseil fédéral, Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») » du 4 septembre 2013, FF 2013 6771, 6820 ; Conseil fédéral (n. 23), 2578 s.

29 Cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2006, N 856 s. et 1167 ss.

30 MOOR/POLTIER (n. 6), 388 et 886 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 1003 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 22 N 14.

31 MOOR/POLTIER (n. 6), 388 ; TANQUEREL (n. 20), 94 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 703 ; ANNETTE GUCKELBERGER, Der Widerruf von Verfügungen im schweizerischen Verwaltungsrecht, ZBl 6/2007, 293 ss, 309.

32 MOOR/POLTIER (n. 6), 388.

33 Conseil fédéral (n. 23), 2584.

34 Conseil fédéral (n. 23), 2584.

les protéger pour des périodes plus longues que ce qui était initialement prévu pour l'amortissement de la centrale. Cependant, s'ils ont été demandés par l'autorité ou qu'il résulte des circonstances que l'exploitant pouvait de bonne foi considérer qu'une certaine période était prévue pour leurs amortissements³⁵, une indemnité pourrait également être envisagée si la révocation s'effectue avant la fin de cette période.

C. L'égalité de traitement

Le principe de l'égalité de traitement³⁶ (art. 8 Cst.) peut également fonder une responsabilité de l'Etat. L'objectif est, dans ce cas, d'indemniser un administré subissant un préjudice particulier, qui bien que légal, ne respecte pas l'égalité de traitement. La doctrine a clairement défini les conditions d'une telle indemnisation. Un acte licite de l'Etat, qui ne résulte pas d'une activité publique normale et courante, doit avoir causé un dommage grave et spécial, qui n'est pas justifié par le comportement du particulier ou qui ne vise pas à le protéger³⁷.

Le principe d'égalité de traitement nous paraît s'appliquer de manière limitée aux exploitants des centrales nucléaires. En effet, il impose de traiter de manière identique des situations semblables³⁸. Ainsi, il est clair que seuls les quatre exploitants de centrale nucléaire suisse sont dans des situations assez proches pour être comparées. Mais même entre eux, les situations ne sont pas totalement semblables. Il s'est écoulé 25 ans entre la mise en exploitation de la première centrale et celle de la dernière. De plus, chaque centrale a ses propres spécificités techniques, notamment le type de réacteur et le mode de refroidissement, et une localisation géographique unique. Ainsi, il nous semble qu'une indemnisation sur la base du principe de l'égalité de traitement ne pourrait être envisagée que si le préjudice subi par un exploitant est spécial par rapport aux autres exploitants. De plus, il faudrait encore vérifier que les situations sont effectivement comparables. Nous pourrions donc imaginer le cas où l'autorisation d'exploiter d'une centrale est retirée, alors qu'elle est maintenue pour une autre qui est dans une situation similaire. Il nous semble toutefois que dans ce cas, la licéité de la révocation ou du maintien de l'autre autorisation devrait être attentivement examinée. En effet, si une situation est jugée non conforme à la sécurité nucléaire dans une centrale, la même appréciation devra être faite dans une autre centrale si les éléments pertinents sont les mêmes. A défaut, l'application de la loi serait inexacte dans un des deux cas et donc illicite. Pour ces raisons, nous excluons une indemnisation suite à la révocation de l'autorisation d'exploiter sur la base du principe de l'égalité de traitement.

D. La garantie de la propriété

La garantie de la propriété³⁹ (art. 26 Cst.) est le fondement le plus fréquent d'une indemnisation pour acte licite de l'Etat⁴⁰. Il existe deux formes d'expropriation. D'une part, l'expropriation formelle, procédure de droit public permettant le transfert ou la modification d'un droit patrimonial protégé par la garantie de la propriété, nécessite une pleine indemnisation pour être valable⁴¹. D'autre part, l'institution de l'expropriation matérielle impose le versement d'une indemnité si une restriction à la propriété à des effets comparables à une expropriation formelle⁴². Selon la formule consacrée par la jurisprudence, il y a expropriation matérielle lorsque « l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint d'une manière particulièrement grave, de sorte que le lésé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit »⁴³. La notion d'usage actuel d'une chose comprend également les situations de fait qui ont pu être créées par l'usage d'une autorisation, comme par exemple l'autorisation d'exploiter une activité économique impliquant de gros investissements⁴⁴.

Nous pensons que la révocation de l'autorisation d'exploiter constituerait une atteinte grave à la propriété de l'exploitant. En effet, l'usage actuel du terrain, qui est l'exploitation d'une centrale nucléaire, ne pourrait plus avoir lieu. De ce fait, les investissements effectués ne seraient plus amortissables. De plus, aucune autre activité ne pourrait y être développée pendant plusieurs années.

35 L'estimation dans une ordonnance du Conseil fédéral d'une durée d'exploitation de 50 ans (cf. supra IV) pourrait notamment être prise en compte.

36 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 858 et 1014 ss.

37 MOOR/POLTIER (n. 6), 388 et 884 ss; TANQUEREL (n. 13), N 1726 ss; TANQUEREL (n. 20), 94 s.; KNAPP (n. 6), N 2178 et 2391 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2299; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 62 N 47.

38 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 1067; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, Vol. I : Les fondements généraux, 3^e éd., Berne 2012, 440 s.; TANQUEREL (n. 13), N 586; KNAPP (n. 6), N 489; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 495; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 23 N 11.

39 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 788 ss.

40 TANQUEREL (n. 13), N 1719.

41 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 866; TANQUEREL (n. 13), N 1738 s.; TANQUEREL (n. 20), 87; KNAPP (n. 6), N 2274; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2069 s.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 64 N 1 s.

42 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 843; TANQUEREL (n. 13), N 1737; TANQUEREL (n. 20), 87; KNAPP (n. 6), N 2236; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2161; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 65 N 1.

43 ATF 131 II 151, 155, c. 2.1.

44 KNAPP (n. 6), N 2200; GUCKELBERGER (n. 31), 309.

Le Conseil fédéral semble également de cet avis, puisque, lorsqu'il envisage une indemnisation, il le fait sur la base d'une expropriation matérielle⁴⁵. La garantie de la propriété pourrait donc, également, servir de fondement à une éventuelle obligation d'indemnisation.

IV. L'exclusion de l'indemnisation

Nous avons mis en évidence que deux fondements, la garantie de la propriété et le principe de la bonne foi, peuvent éventuellement créer une obligation d'indemnisation. Le principe de la bonne foi étant soumis à des conditions plus exigeantes, son application sera probablement subsidiaire à celle de la garantie de propriété. Dans l'hypothèse où les deux trouvent à s'appliquer, la disposition offrant une meilleure protection au lésé devrait être préférée⁴⁶.

L'indemnisation pour expropriation matérielle est exclue lorsque l'acte dommageable est une mesure de police⁴⁷. Ainsi, si un danger sérieux et imminent pour l'ordre public, résultant de l'utilisation du droit exproprié, nécessite la prise de la mesure causant le dommage, une

indemnité ne sera pas due. L'indemnisation peut toutefois ne pas être exclue si la mesure interdit un usage préalablement autorisé et qu'elle vise à protéger la collectivité en général et pas seulement le propriétaire lésé⁴⁸.

Dans l'hypothèse où une révocation de l'autorisation d'exploiter serait prononcée au motif que la sécurité n'est plus garantie, il s'agirait d'une mesure de police visant à sauvegarder la santé et la sécurité publiques. Ainsi, l'indemnisation pour expropriation matérielle devrait en principe être exclue. Toutefois, l'exception du fait que l'usage ait été préalablement autorisée et que la révocation vise à protéger la collectivité en général pourrait s'appliquer. Il nous semble toutefois que cette exception devrait être limitée au cas où il y a un renforcement des mesures de protection⁴⁹. Ainsi, si le manque de sécurité est dû au vieillissement de la centrale, il ne devrait pas y avoir d'indemnisation. Par contre, s'il résulte de l'augmentation des exigences de l'autorité⁵⁰, l'exception pourrait s'appliquer et une indemnisation pourrait être due. A notre sens, il devrait toutefois s'agir d'un réel renforcement du niveau de sécurité attendu et non pas simplement d'une évolution des normes de sécurité liée aux expériences faites et à l'état de la technique (art. 22 al. 2 let. g LENu).

De plus, d'une manière générale, une indemnisation est également exclue si le lésé est lui-même le perturbateur à l'origine de la situation ayant nécessité l'acte dommageable⁵¹. Dans le cadre d'une application de la LENu, les motifs de révocation relevant tous d'éléments qui sont dans la sphère d'influence de l'exploitant⁵², la révocation devrait en principe découler d'un acte de l'exploitant, à savoir le refus de rééquiper l'installation, à moins que cela ne soit tout simplement techniquement pas possible. Dans ce cas également, il nous semble justifier de distinguer la situation dans laquelle la sécurité de l'installation est devenue insuffisante en raison de son vieillissement de celle où les exigences de sécurité sont augmentées de sorte que l'installation ne puisse plus y répondre ou qu'au prix d'investissements disproportionnés.

Ces deux motifs d'exclusion de l'indemnisation ne pourraient évidemment pas s'appliquer dans le cadre d'une révocation liée à l'acceptation de l'initiative populaire « Sortir du nucléaire », puisque dans cette éventualité, il s'agirait clairement d'une condition supplémentaire, indépendante de l'exploitant.

Ainsi, une indemnisation devrait être exclue dans l'hypothèse d'une révocation justifiée par le fait que l'installation ne respecte plus les conditions d'octroi, notamment en matière de sécurité, qui prévalaient au moment de son autorisation. De même, il nous semble raisonnable d'admettre une évolution des notions indéterminées, notamment concernant la sécurité, en lien avec les expériences faites et l'état de la technique (art. 22 al. 2 let. g LENu). En

45 Conseil fédéral (n. 28), 6820 ; Conseil fédéral (n. 23), 2578 s. Cf. également Office fédéral de la justice (OFJ), *Vorzeitiger Ausstieg aus der Kernenergie*, JAAC 2013.1, 6.

46 Cette question est laissée ouverte par ENRICO RIVA/PATRICK MÜLLER, *Gutachten zuhanden der Sozialdemokratischen Fraktion der schweizerischen Bundesversammlung betreffend « mögliche Entschädigungsforderungen von AKW-Betreibern »*, Berne 2015, 29. Par contre, l'expropriation matérielle est préférée pour cette raison par RICCARDO JAGMETTI, *Energierecht – SBVR VII*, Bâle 2005, N 5467.

47 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 846 ; MOOR/POLTIER (n. 6), 899 ; TANQUEREL (n. 13), N 1756 ; KNAPP (n. 6), N 2233 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2208 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 65 N 25.

48 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 29), N 846 ; MOOR/POLTIER (n. 6), 899 s. ; TANQUEREL (n. 13), N 1757 ; KNAPP (n. 6), N 2233 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 6), N 2211 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 6), § 65 N 26.

49 KNAPP (n. 6) utilise le terme d'aggravation des mesures de protection (N 2233).

50 La délimitation des compétences des différentes autorités, tant concernant la fixation des exigences de sécurité que concernant l'appréciation du niveau de sécurité des installations est une question complexe, qui dépasse le cadre de cette contribution. Nous restons volontairement imprécis en utilisant la notion large d'« autorité », qui peut notamment englober le DETEC, l'autorité compétente pour la révocation, l'inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), l'autorité de surveillance, ainsi que le parlement.

51 TANQUEREL (n. 20), 108 ; MOOR/POLTIER (n. 6), 885 ; GUCKELBERGER (n. 31), 309.

52 Conseil fédéral (n. 23), 2655.

résumé, si le niveau de sécurité demandé reste le même, une révocation d'une autorisation d'exploiter ne devrait en principe pas permettre à son détenteur d'obtenir une indemnisation. Une révocation en application du droit actuel entrera probablement dans cette catégorie.

Par contre, si une nouvelle condition est ajoutée ou si les conditions existantes sont renforcées, une indemnisation pourrait être due sur la base de la garantie de la propriété, voire de la bonne foi. La fixation d'une durée maximale d'exploitation indépendamment de l'état de l'installation, comme le prévoit l'initiative populaire « Sortir du nucléaire », rentre dans cette hypothèse, comme le confirme le Conseil fédéral⁵³.

V. L'étendue de l'indemnisation

Selon l'article 26 alinéa 2 Cst., l'indemnisation doit être « pleine », c'est-à-dire qu'elle doit placer le lésé dans la même situation économique que si la mesure n'avait pas été prise⁵⁴. Dans le cadre de la révocation d'une autorisation d'exploiter une centrale nucléaire, le dommage pourrait potentiellement inclure les investissements initiaux, ceux liés aux rééquipements de l'installation, les coûts de la désaffectation et de la gestion des déchets, ainsi que la perte de gain.

La durée d'amortissement des centrales nucléaires était initialement prévue de 30 ans, à l'exception de celle de la centrale de Leibstadt, qui était de 40 ans⁵⁵. Ainsi, les coûts de construction ont déjà été amortis, ou pour Leibstadt, finiront de l'être en 2024. Une éventuelle indemnisation ne couvrira donc pas ces frais, notamment en cas d'acceptation de l'initiative populaire « Sortir du nucléaire ».

Par contre, la question est plus complexe concernant les investissements ultérieurs réalisés par les exploitants, en particulier pour le rééquipement des installations. Le Conseil fédéral considère que si de tels investissements devenaient non amortissables en raison d'une modification du droit, le Confédération risque de devoir indemniser « au moins » ces coûts⁵⁶. Nous pensons également que de tels investissements non amortis devraient être pris en compte dans le calcul du dommage⁵⁷. Toutefois, il nous semble que la connaissance de la possibilité de la modification du cadre légal a une incidence. Depuis le dépôt de l'initiative populaire « Sortir du nucléaire », en novembre 2012, les exploitants savent que le peuple devra se prononcer sur ce texte et donc qu'une limitation de l'exploitation à 45 ans pourrait être instaurée. Ainsi, depuis cette date, les éventuels investissements effectués sont fait en connaissance de ce risque et leur prise en

compte dans le cadre d'une éventuelle indemnisation ne devrait être accordée que de façon restrictive⁵⁸.

Les coûts estimés de la désaffectation des centrales nucléaires et de la gestion de déchets radioactifs sont à la charge des exploitants (art. 27 al. 2 let. f et art. 31 al. 1 LENu). Afin de garantir leur financement, la Confédération a créé deux fonds, le fonds de désaffectation et le fonds pour la gestion des déchets, auxquels les exploitants ont l'obligation de cotiser (art. 77 LENu)⁵⁹. Actuellement, le calcul des coûts et du montant des cotisations se base sur une durée d'exploitation de 50 ans (art. 4 al. 4 de l'ordonnance du 7 décembre 2007 sur le fonds de désaffectation et sur le fonds de gestion des déchets radioactifs pour les installations nucléaires⁶⁰). En cas de fermeture anticipée des centrales, ces coûts ne seront pas intégralement couverts⁶¹ et les montants manquants nous semblent devoir être inclus dans la définition du dommage subi par l'exploitant⁶².

Finalement, en cas de mise hors service anticipée d'une installation, son exploitant ne pourra plus faire de bénéfices. Le Conseil fédéral considère que cette perte de gain ne doit pas être indemnisée, car elle n'est « pas protégée par la garantie de la propriété »⁶³. Nous pensons au contraire que la révocation de l'autorisation d'exploiter implique la fin de l'exploitation, sans aucune possibilité de reprise à un autre endroit, et que de ce fait, la perte de bénéfice doit être indemnisée⁶⁴. Dans ce cas, l'exploitant devra toutefois prouver avec « une haute vraisemblance » que le gain prévu se serait réalisé en cas de maintien de l'activité⁶⁵. Dans le contexte actuel du marché de l'électricité, la preuve de la perte d'un bénéfice sera difficile à prouver. Toutefois, il sera peut-être possible pour un

53 Conseil fédéral (n. 28), 6820.

54 TANQUEREL (n. 13), N 1758 ; MOOR/POLTIER (n. 6), 900.

55 Conseil fédéral (n. 23), 2584.

56 Conseil fédéral (n. 28), 6820.

57 RAPHAËL EGGS, Les « autres préjudices » de l'expropriation : l'indemnisation au-delà du modèle fondé sur la valeur vénale, Fribourg 2013, N 916.

58 Du même avis, RIVA/MÜLLER (n. 46), 25.

59 Cf. CÉLINE ZUBER-ROY, Le cadre législatif suisse relatif à la fermeture des centrales nucléaires et à la gestion des déchets radioactifs, Droit de l'environnement 2015, 260 ss, 262.

60 OFDG ; RS 732.17.

61 Conseil fédéral (n. 23), 2584.

62 Du même avis, RIVA/MÜLLER (n. 46), 30.

63 Conseil fédéral (n. 23), 2578.

64 EGGS (n. 57), N 905, ainsi que la jurisprudence citée ; KNAPP (n. 6), N 2294 ; BYRNE-SUTTON (n. 20), 42.

65 EGGS (n. 57), N 908 ; RIVA/MÜLLER (n. 46), 31.

exploitant de démontrer un manque à gagner du fait de l'arrêt de l'installation. Dans le cas où une telle preuve est apportée, il nous semble que pour la détermination de la durée à prendre en compte, il faudra estimer jusqu'à quel moment l'installation aurait pu remplir les conditions de sécurité permettant son exploitation. Le manque à gagner pendant les années comprises entre la fermeture anticipée, par exemple fixée par une durée maximale d'exploitation et la durée de vie technique devra à notre sens être inclus dans le montant du dommage.

VI. Conclusion

Nous avons établi, dans cette contribution, qu'une révocation d'une autorisation d'exploiter une centrale nucléaire qui se baserait sur le droit actuel n'impliquerait probablement pas de dédommagement de la part de la Confédération. En effet, la LENu autorise le retrait de l'autorisation si les conditions de son octroi ne sont plus remplies, en particulier les normes de sécurité, ou si son détenteur n'a pas exécuté une tâche qui lui était imposé. Ces deux hypothèses reposent donc sur un motif d'exclusion d'une indemnisation, puisqu'il y a soit un refus de l'exploitant, soit une violation des règles de sécurité, probablement due au vieillissement de l'installation.

Par contre, l'acceptation de l'initiative populaire « Sortir du nucléaire » impliquerait d'important risque d'engager la responsabilité de la Confédération. En effet, la

fixation abstraite d'une durée maximale d'exploitation à 45 ans entraînerait une grave atteinte au droit des exploitants et aucun des motifs d'exclusion de l'indemnisation ne saurait s'appliquer. En particulier, même si cette limitation était considérée comme une mesure de police, la contre-exception à l'exclusion de l'indemnisation, à savoir qu'il s'agit de l'interdiction d'un usage préalablement autorisé et qu'elle vise à protéger la collectivité en général et pas seulement le lésé, serait très probablement remplie.

Concernant l'étendue du dommage à indemniser, les frais de construction des installations sont déjà amortis. Par contre, d'éventuels investissements ultérieurs pas encore amortis pourraient être dédommagés. De même, les coûts de désaffectation et de gestion des déchets qui ne sont pas encore couverts devraient être inclus dans le dommage. Finalement, un manque à gagner subi par l'exploitant pourrait également être comprise dans le dommage, si sa vraisemblance est établie.

D'une manière plus générale, la fermeture des centrales nucléaires soulève d'innombrables questions juridiques, notamment concernant l'extinction de l'autorisation d'exploiter, la désaffectation des centrales et la gestion des déchets. Il serait notamment intéressant d'étudier les risques pour la Confédération et les cantons ayant investi dans l'énergie atomique de devoir assumer une « garantie » en cas de financements insuffisants des coûts de désaffectation et de gestion des déchets. En effet, les montants en jeu pourraient se révéler bien supérieurs à ceux d'une éventuelle indemnisation des exploitants des centrales.