

## Évolution de la jurisprudence dans le cadre de la politique allemande relative au stockage des déchets nucléaires

Décisions du 26 mars 2007 sur le dépôt de stockage de déchets radioactifs de Konrad

par Gunther Kühne\*

### I. Politique allemande en matière de dépôt de stockage des déchets nucléaires

L'aménagement de dépôts de stockage définitif de déchets nucléaires a fait l'objet d'intenses controverses entre les politiciens allemands pendant des décennies. Les premiers efforts pour tenter de résoudre ce problème remontent aux années 1970, lorsque des plans ont été établis pour la création d'un Centre intégré de stockage des déchets nucléaires (*Integriertes Entsorgungszentrum*) dans le Land de Basse Saxe. C'est dans ce contexte qu'en 1976<sup>1</sup>, la Loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et sur la protection contre les dangers de cette utilisation, ou Loi atomique, de 1959<sup>2</sup> (le texte consolidé de 2002 est reproduit dans le supplément au *Bulletin de droit nucléaire* n° 70) a été modifiée en ajoutant dans l'article 9a, paragraphe 3, la phrase 1 suivante : « Le *Bund*, l'État fédéral, est tenu d'établir des installations pour la mise en sécurité et le stockage définitif des déchets radioactifs ». En dépit des modifications ultérieures de l'article 9a, paragraphe 3 et de l'adjonction du paragraphe 4 (1998)<sup>3</sup> dans la Loi atomique, en vue de permettre à l'État de transférer l'exercice de ses fonctions à des tierces parties, ces dispositions administratives n'ont pas été utilisées. Dès lors, l'État conserve intacte aujourd'hui la responsabilité pleine et entière de s'acquitter de ses obligations telles qu'énoncées dans l'article 9a, paragraphe 3 de la Loi atomique.

Comme chacun le sait, en juin 2001 la coalition rouge-verte, alors au pouvoir, a signé avec les quatre principales compagnies d'électricité ainsi qu'avec les producteurs d'énergie nucléaire un accord prévoyant l'abandon progressif de la production d'énergie nucléaire. Cet accord a été dans son intégralité incorporé à la modification de 2002 de la Loi atomique<sup>4</sup>. En dehors de l'interdiction de la

---

\* Docteur en droit (Bochum), LL.M. (Columbia) ; Professeur et Directeur de l'Institut du droit allemand et du droit international des mines et de l'énergie (*Institute für Deutsches und Internationales Berg-und Energierecht*), Université technique de Clausthal ; Professeur honoraire de droit, Université de Göttingen, Allemagne. L'auteur est seul responsable des faits et opinions présentés dans cet article.

1. Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 1976, Partie I, p. 2573.
2. Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 1959, Partie I, p. 814 (version originale).
3. Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 1998, Partie I, p. 694. Voir le rapport dans le *Bulletin de droit nucléaire* n° 61 (juin 1998), p. 74.
4. Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 2002, Partie I, p. 1351.

construction de nouvelles centrales nucléaires, cet amendement prévoit l'abandon progressif programmé des 19 centrales nucléaires de l'époque<sup>5</sup>. L'avenir des dépôts de stockage de déchets en Allemagne fait partie également de l'accord. En dépit de la nécessité d'aménager, déjà à l'époque, un dépôt pour ces 19 centrales en exploitation, l'accord qui portait sur les projets de dépôts de Konrad et de Gorleben a eu pour effet de les retarder, en particulier celui de Gorleben.

L'avenir de l'étude et de la construction de dépôts de stockage de déchets nucléaires joue un rôle important et crucial pour l'actuelle coalition de Démocrates chrétiens et sociaux qui est au pouvoir depuis l'automne 2005. Comme à propos de la politique nucléaire dans son ensemble, les Démocrates chrétiens et les Démocrates sociaux sont profondément divisés au sujet des orientations futures que le gouvernement devra prendre pour les dépôts de déchets nucléaires. Les Démocrates chrétiens proposent de s'écarter légèrement des politiques d'abandon de la coalition rouge-verte en autorisant en particulier la prolongation de la durée de vie des centrales existantes alors que les Démocrates sociaux insistent catégoriquement sur le respect des politiques nucléaires adoptées par la précédente coalition. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que l'accord de coalition de 2005 s'en tienne au *statu quo* en matière de politique nucléaire générale, c'est-à-dire se conforme aux décisions du gouvernement précédent. Néanmoins, pour ce qui est des dépôts de stockage, l'accord de coalition est plus tourné vers l'action ; en effet, il considère qu'il convient de s'attaquer au plus vite à la question des dépôts avec l'intention de parvenir à des résultats<sup>6</sup>.

Pour présenter plus concrètement la situation actuelle, il convient de décrire brièvement l'état d'avancement des trois sites de dépôts existants.

## II. État d'avancement des sites existants de dépôts

Aujourd'hui, il existe trois sites/installations de stockage définitif des déchets nucléaires :

### 1. *Morsleben*

Jusqu'en 1990, Morsleben, dans le Land de Saxe-Anhalt, était le site d'entreposage de déchets nucléaires en service dans la République démocratique allemande. Après la réunification, en 1990, Morsleben, dans le cadre de la législation de la période transitoire est passé sous le régime d'autorisation des installations nucléaires de l'Allemagne de l'Ouest et est devenu le seul dépôt de stockage définitif de l'Allemagne pour les déchets de faible et moyenne activité. En 1998, l'entreposage de nouveaux déchets dans cette installation a été arrêté pour des raisons factuelles et juridiques. On prépare actuellement des plans des opérations en vue d'obtenir une autorisation de démantèlement qui ne devrait, toutefois, pas intervenir avant 2011.

### 2. *Gorleben*

Dans le Land de Basse-Saxe, le dôme de sel de Gorleben fait actuellement l'objet d'une étude conformément aux procédures prescrites par la Loi minière fédérale (*Bundesberggesetz*), en vue d'y

---

5. Voir le texte dans le *Bulletin de droit nucléaire* : supplément au n° 70 ; se reporter pour l'examen de l'amendement à A. Vorwerk, « L'amendement de 2002 de la Loi atomique allemande relative à l'abandon progressif de l'énergie nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire* n° 69, p. 7 et suivantes.

6. Voir la section I.5.1. de l'Accord de coalition entre le CDU et le SPD du 11 novembre 2005, [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

installer un dépôt destiné à recevoir des déchets de haute activité. Deux puits ont pour l'instant été creusés dans le dôme et des galeries souterraines ont été construites pour un coût de 700 millions d'euros (EUR) environ. L'accord entre le gouvernement fédéral et les compagnies d'électricité, mis en chantier en 2000 et signé en 2001 (voir *Bulletin de droit nucléaire* n° 66)<sup>7</sup>, ordonne une suspension de l'étude pour au moins trois ans et au maximum dix ans afin de permettre l'analyse des problèmes de conception et de sûreté. Les activités d'exploration ont été suspendues, de ce fait, en 2000. La décision ou non de reprendre ces activités et la date de la reprise constituent un des points les plus épineux auxquels est confronté le gouvernement actuel dans le domaine de la politique nucléaire<sup>8</sup>.

### 3. *Konrad*

Le site de la mine de fer de Konrad, également située dans le Land de Basse Saxe, est actuellement aménagé pour recevoir un dépôt de stockage de déchets de haute et moyenne activité. La mine de Konrad pourrait bien devenir le premier dépôt de stockage à long terme de déchets radioactifs d'Allemagne. Avant d'occuper cette position, le chemin parcouru a été long et difficile. Comme il en a été de bien d'autres exemples de réalisations de projets industriels, le contentieux juridictionnel a joué un rôle déterminant dans le destin du projet<sup>9</sup>.

## III. **Affaire de la mine de Konrad**

### 1. *Historique*

La mine de Konrad est une ancienne mine de fer qui a été fermée en 1976. Entre 1976 et 1982, cette mine a fait l'objet d'une étude en vue de déterminer si elle se prêtait à l'aménagement d'un dépôt de stockage de déchets radioactifs de faible et moyenne activité dégageant des quantités négligeables de chaleur. La demande d'autorisation de création d'un dépôt a été déposée en 1982. Les procédures administratives et juridictionnelles n'ont pas été pour Konrad, comme pour Gorleben, beaucoup retardées ou entravées par l'accord de 2001 sur l'abandon progressif de l'énergie nucléaire. Bien au contraire, la décision a été prise de poursuivre la procédure administrative conformément aux dispositions applicables. Après l'octroi de l'autorisation (constat de conformité des plans) en 2002 par l'autorité de Basse Saxe, la légalité de cette autorisation a été contestée par plusieurs municipalités et personnes privées. Le demandeur de l'autorisation, au terme de l'accord de 2001, a été contraint de retirer sa demande de mise en œuvre immédiate de l'autorisation (*Sofortvollzug*) pour permettre au tribunal d'examiner l'affaire sur le fond. Le Tribunal administratif supérieur (*Oberverwaltungsgericht*) de Basse Saxe a maintenu l'autorisation dans ses décisions du 8 mars 2006<sup>10</sup>. En outre, ce tribunal a refusé aux demandeurs le droit de se pourvoir en révision devant la Cour administrative fédérale

---

7. Voir note 4 ci-dessus.

8. Voir ci-après IV.

9. Il existe également un quatrième site de dépôt : la mine de sel démantelée d'*Asse II*, qui a été ouverte en 1965 pour servir de dépôt expérimental. Elle a obtenu une autorisation dans le cadre de la Loi minière. Toutefois, à la suite de problèmes d'infiltration d'eau, on prépare actuellement la fermeture de l'installation conformément aux dispositions de la législation minière. Le public fait pression pour que cette mine soit fermée au terme de la Loi atomique, en raison des règles de participation plus importante du public qu'elle comporte.

10. Voir le bref examen du raisonnement du Tribunal dans le *Bulletin de droit nucléaire* n° 77, p. 41.

(*Bundesverwaltungsgericht*). Les demandeurs déboutés ont formé des recours contre ce déni du droit de former un pourvoi en révision, sur lesquels la Cour administrative fédérale a statué le 26 mars 2007<sup>11</sup>. Le tribunal a rejeté les actions dans leur ensemble.

## 2. *Contexte juridique*

Les décisions rendues par le Tribunal administratif supérieur de la Basse Saxe et la Cour administrative fédérale constituent la première analyse des dispositions de la loi en matière de construction et d'exploitation de dépôt de stockage de déchets radioactifs. Ce sont les dispositions énoncées dans l'article 9b de la Loi atomique qui s'appliquent. Conformément au paragraphe 1, phrase 1, la construction et l'exploitation d'installations fédérales mentionnées dans l'article 9a, paragraphe 3 de la Loi atomique, à savoir les dépôts de stockage définitif des déchets nucléaires, sont soumis à une procédure de constat de conformité des plans, qui, par essence, est une procédure d'autorisation administrative très lourde et extrêmement approfondie, spécialement conçue pour s'adapter aux impératifs de projets d'infrastructures complexes.

Conformément à l'article 9b, paragraphe 4, phrase 1 de la Loi atomique, le constat de conformité des plans ne doit être délivré que si les conditions préalables énoncées à l'article 7, paragraphe 2, points 1, 2, 3 et 5 sont remplies. Parmi les conditions exigées pour l'autorisation des installations nucléaires en général, la condition n° 3 (si toutes les précautions possibles, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et techniques, ont été prises pour prévenir les dommages susceptibles de résulter de la construction et de l'exploitation de l'installation) et la condition n° 5 (si la protection nécessaire est assurée contre les actions perturbatrices et autres interventions de la part de tiers) méritent une attention particulière. En outre, conformément à l'article 9b, paragraphe 4, phrase 2, la décision sur le constat de conformité des plans ne doit pas être rendue si la construction et l'exploitation de l'installation projetée sont susceptibles de porter atteinte aux biens publics d'une manière qu'il n'est pas possible de prévenir en imposant des restrictions ou des conditions (n° 1), ou si d'autres dispositions de droit public, en particulier eu égard aux incidences sur l'environnement, s'opposent à la construction ou à l'exploitation de l'installation (n° 2). Compte tenu des règles applicables pendant la période transitoire, le projet de Konrad ne nécessitait pas une étude d'impact sur l'environnement officielle car la demande avait été soumise en 1982. Pour d'autres dispositions détaillées du constat de conformité des plans, l'article 9b, paragraphe 5 renvoie aux règles générales qui s'appliquent à la procédure de constat de conformité des plans conformément à la Loi fédérale sur la procédure administrative (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*). Ce renvoi aux règles générales de la procédure de constat de conformité des plans a été parfois à l'origine de conclusions erronées suivant lesquelles des aspects particuliers de la procédure de constat de conformité des plans, prévus par l'article 9b de la Loi atomique, ont été négligés ou même omis.

## 3. *Nature des décisions de 2006 et 2007*

En analysant et évaluant les décisions de 2006 et 2007, il convient de se rappeler les différentes fonctions qu'elles doivent remplir. Par ses décisions de 2006, le Tribunal supérieur statue sur les recours en révision formés contre le constat de conformité des plans de 2002. Elles ont pour but d'examiner dans le détail la légalité du constat de 2002. De ce fait, le Tribunal administratif supérieur statue sur le fond pour l'ensemble des questions soulevées. Il examine les arguments respectifs de

---

11. Voir la courte note dans le *Bulletin de droit nucléaire* n° 79, p. 61.

manière extrêmement approfondie et prend en considération très largement la doctrine<sup>12</sup>. Par ailleurs, la décision de 2007 a un rôle bien plus limité. En effet, la Cour administrative fédérale, ou Cour administrative suprême, devait simplement se prononcer sur la légalité de la décision prise par le tribunal de rejeter tout nouveau pourvoi en révision. Les décisions de 2007, de ce fait, ont beaucoup plus trait à la forme, avec des renvois fréquents à la pratique courante de la Cour elle-même dans des situations comparables et avec une argumentation limitée sur le fond. Cela est d'autant plus vrai que la Cour en 2007 confirme la légalité du refus par le tribunal du droit de former un pourvoi en révision.

Le court résumé des jugements de 2006 publiés dans le *Bulletin de droit nucléaire* n° 77, p. 41, rend déjà compte des principaux arguments et problèmes traités dans les décisions de 2006. Il s'agit d'un large éventail de problèmes. Le constat de conformité des plans de 2002 a été contesté pour différents motifs, parmi lesquels la non constitutionnalité de la disposition fondamentale de l'article 9b de la Loi atomique du fait qu'elle ne mentionne pas explicitement le concept de stockage définitif irréversible (présomption d'infraction aux principes de réserve législative ou parlementaire), l'absence d'une nécessité de planification du projet, l'absence d'arbitrage entre des facteurs essentiels, comme la prise en compte d'autres sites envisageables dans le cadre de la procédure administrative, qui est supposée comporter l'obligation de procéder à cet arbitrage, une prise en compte insuffisante de l'exposition aux rayonnements engendrée par ce dépôt et des risques associés au transport, une protection insuffisante contre les accidents d'avion susceptibles d'être provoqués par un acte de terrorisme ou enfin une prise en compte insuffisante des divers aspects de la sûreté à long terme.

Ces motifs ont de nouveau été invoqués dans l'instance de 2007. La Cour administrative fédérale<sup>13</sup> les a considérés du point de vue de la forme : le tribunal s'était-il écarté d'une décision de la Cour suprême ? Le plaignant avait-il autorité pour mener cette action ? Les décisions de 2007 se sont rarement prononcées sur le fond. À cet égard, les décisions rendues, en 2006, par le Tribunal administratif supérieur restent la principale source jurisprudentielle en matière d'autorisation des dépôts de stockage des déchets nucléaires en Allemagne.

Compte tenu de cela, cet article traitera brièvement de trois aspects du raisonnement des tribunaux ; la légalité du constat de conformité des plans (acte discrétionnaire ou stricte application des lois ?), la nécessité de la planification et les aspects de sûreté.

#### **4. La légalité du constat de conformité des plans (pouvoir discrétionnaire ou stricte application des lois)**

Les décisions du Tribunal supérieur traitent longuement de la question fondamentale de la légalité du constat de conformité des plans<sup>14</sup>. Cette question peut sembler à première vue quelque peu abstraite mais elle est étroitement liée aux problèmes très pratiques qui se posent toujours au cours des procédures d'approbation des sites, à savoir l'autorité compétente doit-elle examiner le site en question au regard d'autres sites possibles qui peuvent être tout aussi adaptés, si ce n'est même mieux adaptés.

---

12. Voir G. Gaentzsch, « Struktur und Probleme des atomrechtlichen Planfeststellungsverfahrens », in : F. Ossenbühl (ed.), *Deutscher Atomrechtstag 2004, 2005, Nomos-Verlag*, p. 115 *et seq.*; S. De Witt, *ibid.*, p. 125 *et seq.*

13. Les décisions rendues par la Cour administrative fédérale (BVerwG) sont publiées en allemand dans *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2007, p. 833 *et seq.*

14. L'expression allemande correspondante est : « *Planfeststellungsbeschluss* ».

De fait, selon la doctrine et une jurisprudence constante, le pouvoir discrétionnaire de planification de l'autorité compétente, dont elle a l'obligation de faire bon usage<sup>15</sup>, est une caractéristique générale commune de toutes les procédures de constat de conformité des plans. Un aspect essentiel du bon usage de ce pouvoir discrétionnaire est l'exhaustivité de tous les éléments factuels pris en compte dans le processus de pondération qui intervient pour prendre les décisions de planification. La mise en évidence et la prise en considération des autres choix possibles en dehors du projet font partie de ce processus. Devant le Tribunal supérieur et la Cour administrative fédérale, les demandeurs ont fait valoir que d'autres sites n'avaient pas été pris en compte, ce qui était vrai. De ce fait, cet argument de procédure ne pouvait qu'être rejeté si la loi n'exigeait pas la prise en compte d'autres sites envisageables dans ce cas particulier ; en d'autres termes, l'autorité ne jouissait pas d'un pouvoir discrétionnaire dans cette procédure de constat de conformité des plans.

Dans ses décisions de 2006, le Tribunal supérieur a démontré à juste titre que, dans le cas de la procédure de constat de conformité des plans énoncée dans l'article 9b de la Loi atomique, l'autorité *ne* jouit *pas* d'un pouvoir discrétionnaire. Cette position juridique a gagné du terrain dans la doctrine ces dernières années<sup>16</sup>. L'argument avancé est que la formulation même de l'article 9b montre que le Parlement n'a pas l'intention de donner un pouvoir discrétionnaire de planification à l'autorité compétente : cet article, pour définir les conditions préalables à un constat de conformité des plans, se borne à renvoyer à l'ensemble des conditions exigées par la loi dans l'article 7, paragraphe 2 pour octroyer une autorisation de construction et d'exploitation d'installations nucléaires pour lesquelles le pouvoir discrétionnaire de planification de toute évidence ne s'applique pas. Dans le texte de l'article 9b, rien ne révèle que le Parlement a l'intention d'introduire dans le processus de prise de décision un pouvoir discrétionnaire de planification. En fait, il a voulu de toute évidence organiser ce processus comme une procédure d'autorisation normale fondée sur l'exécution de normes législatives.

Mais alors, pourquoi le Parlement a-t-il choisi de faire de la procédure de constat de la conformité des plans l'outil de procédure applicable ? Très probablement, il s'agissait de choisir la procédure de constat de conformité des plans pour deux autres caractéristiques typiques de ce type de procédure, à savoir une participation élargie du public et l'effet dit de concentration (*Konzentrationswirkung*). Cet effet signifie que tous les intérêts publics concernés par un projet et impliqués dans ce projet ainsi que les actes juridiques pertinents sont regroupés dans cette seule procédure de constat de conformité des plans, remplaçant par là même toutes les différentes prescriptions en matière d'autorisation. C'est pour ces deux motifs spécifiques et non en raison d'autres caractéristiques et encore moins d'un pouvoir discrétionnaire de planification que le Parlement a soumis la construction et l'exploitation des dépôts de stockage définitif de déchets nucléaires à une procédure de constat de conformité des plans.

Dans ce contexte, le Tribunal supérieur se réfère à une autre situation de même nature : la procédure de constat de conformité des plans des projets miniers conformément à la Loi minière fédérale (*Bundesberggesetz*). L'article 52, paragraphe 2a de cette loi prévoit également des procédures de constat de conformité des plans pour l'octroi de permis d'exploitation minière ayant un impact important sur l'environnement. Généralement, les projets en question sont autorisés conformément à des procédures d'autorisation courantes auxquelles le public ne participe que très peu et où il n'y a aucun effet de concentration. C'est la participation plus importante du public et l'effet de concentration qui ont incité le Parlement à soumettre les projets d'exploitation minière ayant un

---

15. Voir par exemple la décision de la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht – BVerwG*) vol. 97, 43 sur les procédures de constat de conformité des plans en matière de gestion des déchets.

16. Voir G. Gaentzsch et S. de Witt, *supra*, n° 12.

impact majeur sur l'environnement à une procédure de constat de conformité des plans<sup>17</sup>. Le Tribunal supérieur a donc eu raison d'établir un parallèle entre la procédure de constat de conformité des plans prévue par la Loi atomique et celle mentionnée dans la Loi minière.

Dans une décision récente, la Cour administrative fédérale a souligné la similitude entre le droit nucléaire et le droit minier à cet égard, et ce pour de bonnes raisons ; en décembre 2006, la même division qui a rendu la décision sur la mine de Konrad en mars 2007 a rendu deux décisions déterminantes concernant les constats de conformité des plans relatifs à l'exploitation d'une grande mine souterraine de charbon<sup>18</sup>. Dans ces décisions, la Cour administrative fédérale a qualifié le constat de conformité des plans prévu par le droit minier d'acte administratif de pure exécution ne donnant aucun pouvoir discrétionnaire à l'autorité. Les dépôts de stockage de déchets nucléaires, de même que les projets d'exploitation minière, ont un point en commun : leur dépendance à l'égard des sites. En outre, la construction d'un dépôt de stockage de déchets et l'exploitation d'un gisement minier sont précédés d'activités de prospection à grande échelle impliquant de vastes investissements financiers. En droit minier, il va de soi qu'une demande de permis d'exploitation d'un gisement minier ne peut être refusée au prétexte qu'il peut y avoir d'autres gisements plus rentables à exploiter. Cela s'applique également aux dépôts de stockage définitif des déchets. Dès lors que le site choisi est adapté, il ne serait pas rationnel de chercher d'autres sites possibles.

Les procédures de délivrance d'autorisations prévues par le droit minier et le droit nucléaire diffèrent néanmoins légèrement. Alors que les autorisations en droit minier sont accordées en stricte application des prescriptions légales, en droit nucléaire, les tribunaux et la doctrine ont toujours laissé le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser une autorisation dans des cas exceptionnels, par exemple l'existence de risques inconnus liés à une certaine technologie nucléaire<sup>19</sup>. Cette situation exceptionnelle ne s'applique pas ici ; encore moins au vu de l'urgente nécessité de disposer d'un dépôt de stockage définitif en service pour recevoir des déchets qui devront obligatoirement être pris en charge dans les décennies à venir.

## 5. *Nécessité de la planification*

Selon la procédure de constat de conformité des plans de droit commun, les projets industriels pouvant donner lieu à l'expropriation de tiers ne peuvent être autorisés que si les projets en question sont nécessaires, à savoir s'ils répondent à des besoins. Le Tribunal supérieur étudie en détail, dans ses décisions, la possibilité que le projet de Konrad se traduise par des expropriations et, dans ce cas, s'assure que les décisions administratives comportant des expropriations reposent sur une base légale suffisante en vertu des législations nucléaire et minière<sup>20</sup>. Le jugement de 2006 récuse les effets

17. Voir G. Kühne, *Obligatorische Rahmenbetriebsplanzulassung im Bergrecht und ihre Wirkungen*, dans *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2006, p. 662 *et seq.*

18. Décisions du 15 décembre 2006, 7C 1/06 et 7C 6/06, publiées dans *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2007, p. 700 *et seq.*, 704 *et seq.*

19. Voir la décision du Tribunal constitutionnel fédéral dans BVerfGE 49, p. 89 (144) qui comporte un examen approfondi de l'historique de la législation.

20. L'Amendement à la Loi atomique du 6 avril 1998 (Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 1998, Partie I, p. 694, voir *Bulletin de droit nucléaire* n° 61), comporte des dispositions (articles 9d-9g) prévoyant la possibilité de procéder à des expropriations pour faciliter les études ou les constructions de dépôts de stockage. Ces dispositions ont été supprimées dans l'Amendement de 2002. On peut trouver des critères possibles d'expropriation dans la Loi minière fédérale mais il est difficile d'établir dans quelle mesure ils s'appliquent ; voir la décision de la Cour administrative fédérale sur l'affaire de Gorleben II (Décision du 2 novembre 1995, BVerwGE 100, p. 1 *et seq.*, 14).

d'expropriation du projet de Konrad mais examine l'élément de nécessité au cas où il y aurait des effets d'expropriation liés à la réalisation du projet.

Le principal argument du Tribunal supérieur est l'article 9a, paragraphe 3, phrase 1 de la Loi atomique, selon laquelle la République fédérale est tenue d'aménager des installations destinées au stockage définitif de déchets nucléaires. Cette obligation signifie, par elle-même, que le Parlement prévoit que le besoin de ces installations se fera sentir. Elle n'est pas dénuée de base légale simplement parce qu'elle ne s'attache pas à des quantités spécifiques de déchets nucléaires. En 1976, il était impossible que le Parlement puisse prévoir les futurs besoins en termes de quantités. Incidemment, il appartient aux autorités compétentes de publier des prévisions des besoins futurs de capacité de stockage de déchets nucléaires. Le Tribunal souligne à juste titre la nécessité d'accepter une marge considérable d'erreur dans les prévisions de l'autorité à ce sujet. C'est pourquoi, la réduction probable des déchets nucléaires du fait de l'abandon du nucléaire, décidé par la coalition gauche-verte (1998), n'infirme pas les prévisions réalisées pour le dépôt de Konrad.

Toutefois, il y a un élément d'incertitude lié au changement de politique du précédent gouvernement. Après 1990, la coalition rouge-verte au pouvoir a modifié le concept fondamental du stockage des déchets nucléaires. Jusqu'en 1998, il était clair que deux dépôts de stockage définitif seraient nécessaires dans l'avenir : l'un pour accueillir les déchets radioactifs de faible et moyenne activité (Konrad) et l'autre destiné à recevoir les déchets hautement radioactifs (Gorleben). Le nouveau gouvernement au pouvoir a annulé ce choix au profit de la politique du « dépôt unique ». Étant donné que le dépôt de Konrad n'est pas adapté pour recevoir des déchets de haute activité et étant donné que le nouveau gouvernement fédéral a des doutes sur l'adéquation du site de Gorleben, il a créé un groupe de travail sur « le dépôt de stockage définitif » (*Arbeitskreis Endlagerung*) chargé d'élaborer des critères de choix des sites dont on étudiera la capacité à devenir l'unique dépôt de stockage. Le groupe de travail a publié son rapport final en 2002<sup>21</sup>. Dans le procès au sujet du dépôt de Konrad, les demandeurs contestaient la nécessité d'aménager le dépôt de Konrad en invoquant le concept du dépôt unique (*Ein-Endlager-Konzept*). Le Tribunal supérieur dans sa décision de 2006 a rejeté cet argument en soulignant que, même dans le cadre de la stratégie du dépôt unique et à la lumière des incertitudes entourant l'avenir du site de Gorleben, un autre dépôt ne pourrait être en service que dans plusieurs décennies, donc, trop tard. La Cour administrative fédérale, dans sa décision de 2007, ne récuse donc pas le raisonnement du Tribunal supérieur.

## 6. Aspects de sûreté

La décision de 2006, comme celle de 2007, traite d'aspects de sûreté dans le sens large ainsi que de différentes catégories de points de sûreté. Selon les deux tribunaux, il n'y a pas d'obstacles de sûreté qui s'opposent au dépôt de Konrad.

### a) *Principe de l'adoption des meilleures précautions possibles pour prévenir les dangers (article 7, paragraphe 2, sous-paragraphe 3 de la Loi atomique)*

Cette condition pour accorder l'autorisation à des installations nucléaires au titre de l'article 7, paragraphe 2, stipule qu'à la lumière de l'état des connaissances scientifiques et techniques, il semble pratiquement impossible que l'installation mette en péril la vie, la santé et la propriété de tiers. Pour déterminer si cet impératif est rempli, l'autorité est tenue d'examiner des causes et risques même improbables et d'apprécier si ceux-ci sont conformes au niveau atteint par la science. Le devoir de

---

21. Rapport du Groupe de travail (*AkEnd-Arbeitskreis Auswahlverfahren Endlagerstandorte*) – Forum, Edition 2/2002.

prendre des précautions pour éviter ces risques cesse seulement lorsque les dangers et les risques ont pratiquement disparus. Le seuil jusqu'au risque résiduel restant qui pourrait être supporté par l'ensemble du public est déterminé par le critère de « raison pratique<sup>22</sup> ».

Pour ces décisions administratives, les tribunaux ne peuvent qu'examiner si l'autorité compétente a respecté des règles méthodologiques appropriées, en particulier le principe de la vérification approfondie de tous les faits pertinents. En analysant les décisions des tribunaux relatives à l'article 7, paragraphe 2, sous-paragraphe 3, il faut, en particulier lorsque l'on veut établir si des tiers ont qualité pour exercer une action, ne pas oublier que les tribunaux font une distinction entre le domaine de la prévention des dangers (*Gefahrenabwehr*) et le domaine de la prévention des risques au-delà de la stricte prévention des dangers (*gefahrenunabhängige Risikovorsorge*). Le devoir d'éviter des risques au-delà de la stricte prévention des dangers vise des risques qui ne présentent par encore un danger mais sont susceptibles d'en présenter un. Dans le domaine du danger, les tiers ont qualité pour exercer une action en justice alors que dans le domaine du risque les tiers se voient refuser cette possibilité<sup>23</sup>. Cela explique pourquoi les tribunaux, dans leurs décisions de 2006 et 2007, n'ont pas eu à procéder à un examen approfondi sur le fond de certains arguments invoqués par les demandeurs.

Cette distinction s'applique également à l'exposition aux rayonnements : les limites de rayonnement établies par la loi font partie du domaine du danger. Au-delà, la loi contraint d'une manière générale à réduire au minimum les rayonnements dans le cadre de la prévention des risques sachant que les personnes privées n'ont pas qualité pour exercer une action en justice. Il en va de même de l'aspect sûreté à long terme (100 000 années et au-delà). Les deux tribunaux ont rejeté les objections relatives à la sûreté invoquées par les demandeurs.

Dans certains cas les arguments des demandeurs ont été rejetés au prétexte qu'il s'agissait d'effets négligeables. Il en a été ainsi pour l'argument selon lequel le dépôt ne serait pas sûr si un avion venait à s'écraser accidentellement sur l'installation. Les tribunaux ont récusé cet argument du fait de la probabilité extrêmement faible de cet accident.

Devant les tribunaux, les demandeurs ont aussi invoqué les dangers et les risques liés au transport de matières nucléaires jusqu'au dépôt. Les tribunaux ont rejeté ces arguments du fait que le transport jusqu'aux sites ne fait pas partie du projet examiné. Le transport des matières nucléaires doit faire l'objet d'une autorisation séparée conformément à la Loi atomique<sup>24</sup>.

*b) Protection indispensable contre les actions perturbatrices et autres interventions de la part de tiers (article 7, paragraphe 2, n° 5 de la Loi atomique)*

Conformément à l'article 7, paragraphe 2, n° 5, une autorisation ne peut être accordée que si la protection nécessaire est assurée contre les actions perturbatrices et autres interventions de la part des tiers.

Les décisions de 2006 et de 2007, sous cette rubrique, examinent en détail la situation hypothétique – mais qui a cessé d'être théorique depuis le 11 septembre 2001 – d'une attaque terroriste par le biais d'un avion venant s'écraser sur l'installation. Le débat juridique à cet égard a

---

22. Voir les décisions du Tribunal constitutionnel fédéral, BVerfGE 49, 89, 143, et de la Cour administrative fédérale, BVerwGE 104, 36, 51.

23. Voir la décision du Tribunal constitutionnel fédéral, BVerwGE 61, 256, 267.

24. Voir article 4, paragraphe 1, phrase 1 et article 16, paragraphe 1, phrase 1 de la Loi atomique.

donné lieu à controverse<sup>25</sup>. Le Tribunal supérieur soutient que le terme « actions perturbatrices » ne recouvre pas les sources de perturbations qui – comme la guerre – échappent complètement au contrôle de l’exploitant. En outre, ces actions perturbatrices ne peuvent être évitées dans les faits par l’exploitant. Cela dépasse ses capacités techniques. Il est vrai que la Cour administrative fédérale, dans une décision précédente, avait déclaré que l’exploitant était tenu de prendre des mesures de précaution pour éviter que des individus puissent s’introduire sur le site des installations nucléaires<sup>26</sup>. Toutefois, la cour précisait dans le même temps que la prévention des dangers et des risques résultant de la situation politique générale ou d’une évolution générale de la société vers une certaine forme de criminalité est une obligation qui relève typiquement de la police<sup>27</sup>.

Même si l’on suppose que la prévention de ces risques relève de la Loi atomique, les demandeurs n’auraient pas qualité pour attaquer le constat de conformité des plans à ce titre. Cela s’explique par le fait que l’adoption de mesures de précaution impliquerait une enquête complexe des services de renseignement et une analyse politique faisant appel à de multiples prévisions, qui ne peut être réalisée que par des autorités œuvrant pour l’intérêt public général. Le tribunal, dans sa décision de 2006, a donc estimé que les personnes privées n’avaient pas qualité pour exercer une action à ce titre. La Cour administrative fédérale n’a vu aucune raison de forme justifiant l’invalidation de ce raisonnement.

## 7. *Autres branches du droit*

L’analyse ci-dessus des points essentiels des décisions du Tribunal supérieur (2006) et de la Cour administrative fédérale (2007) relatives au projet de Konrad peut donner l’impression que l’ensemble des problèmes juridiques soulevés par les dépôts de stockage définitif est ainsi réglé. Or il serait faux de parvenir à cette conclusion.

Parallèlement au droit nucléaire, le droit des mines revêt une importance capitale. Comme nous l’avons expliqué plus haut, le Parlement, dans l’article 9b, paragraphe 1 de la Loi atomique a choisi la procédure de constat de conformité des plans car il voulait que le constat exerce l’effet dit de concentration. Mais l’article 9b, paragraphe 5, sous-paragraphe 3 fait une exception à cet effet en faveur du droit des mines. Cela signifie que les dépôts de stockage définitif sont soumis non seulement aux prescriptions du droit nucléaire en matière d’autorisation mais également aux conditions d’autorisation prévues par la Loi minière fédérale (*Bundesberggesetz*). Cela s’applique donc aussi à Konrad. En raison de la nature particulière des opérations d’extraction (en particulier leur nature spatialement dynamique), la Loi minière fédérale exige un régime d’autorisation graduelle des procédures de planification des opérations, dans le cadre duquel l’autorisation initiale porte normalement sur un plan sommaire des opérations (*Rahmenbetriebsplan*). En droit des mines, la procédure de planification sommaire doit être semblable pour les dépôts de stockage des déchets

---

25. Voir par exemple F. Ossenbühl, « Terroristische Angriffe auf Kernkraftwerke – aus rechtlicher Sicht », dans : *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2002, p. 290 *et seq.* (Loi atomique non applicable) ; H. J. Koch/M. John, « Atomrechtliche Fragen der Sicherheit und Sicherung von Kernkraftwerken nach den Terroranschlägen vom 11 September in den USA », dans *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2002, p. 1578 *et seq.* (Loi atomique applicable).

26. Décision de la Cour administrative fédérale, BVerwGE 81, 185.

27. Décision de la Cour administrative fédérale, *voir* note 26, 188.

nucléaires à la procédure de constat de conformité des plans<sup>28</sup>. La coordination de ces deux procédures n'est pas clairement définie. Toutefois, il est sans nul doute indispensable d'éviter de répéter les mêmes opérations. L'article 57b, paragraphe 3, phrase 2 de la Loi minière fédérale donne la « priorité » à l'article 9b de la loi atomique. Le sens de « priorité » n'est toutefois pas absolument sûr. Dans le constat de conformité des plans de Konrad, l'approbation du plan sommaire des opérations prévue par le droit des mines fait partie du constat. On pourrait arguer de même que l'autorisation prévue par le droit des mines devrait être accordée séparément sans les réserves particulières à un constat de conformité des plans<sup>29</sup>. Cette constatation suffit peut-être à montrer à quel point la loi se rapportant aux dépôts de stockage définitif en général et à celui de Konrad en particulier nous promet encore beaucoup d'autres complexités juridiques.

#### IV. Konrad et son impact sur la question des dépôts de stockage définitif en Allemagne

Les décisions rendues par la Cour administrative fédérale sur le dépôt de Konrad, en mars 2007, sont les premières décisions des tribunaux ayant force de chose jugée sur la construction d'un dépôt de stockage définitif de déchets radioactifs en Allemagne. Cela n'a pas mis fin à la controverse politique mais a du moins tempéré les ardeurs. Les passes d'armes juridiques se poursuivent, néanmoins, car la municipalité de Salzgitter ainsi qu'un particulier ont déposé un recours constitutionnel contre les décisions de 2007 auprès du Tribunal constitutionnel fédéral.

Le 30 mai 2007, le Ministère fédéral de l'environnement (*Bundesumweltministerium*) a chargé le Bureau fédéral de radioprotection (*Bundesamt für Strahlenschutz*) de commencer à préparer le site de la mine de Konrad pour y aménager un dépôt de stockage définitif. Conformément au calendrier des travaux, l'installation devrait être en service à partir de 2013. Durant la phase de préparation, de nouvelles questions juridiques peuvent se poser. Le constat de conformité des plans a été établi en 2002. Entre temps, des modifications et aménagements du projet se révéleront peut-être nécessaires afin de tenir compte des derniers progrès techniques. Pour l'autorisation, l'article 9b, paragraphes 1 et 2 de la Loi atomique distingue trois catégories de modification : des modifications non substantielles (pratiquement pas de procédure d'autorisation nouvelle), des modifications substantielles qui ne sont pas susceptibles d'avoir des incidences nocives importantes sur un bien protégé par la Loi de protection de l'environnement (permis de planification, à savoir une version restreinte de la procédure de constat de conformité des plans) et des modifications substantielles susceptibles d'avoir des effets néfastes (procédure de constat de conformité des plans). En toute vraisemblance, le classement des futures modifications dans le cadre de l'article 9b, paragraphe 1 donnera lieu à des controverses juridiques et politiques<sup>30</sup>.

À présent que le site de Konrad est préparé pour l'aménagement d'un dépôt fédéral destiné à recevoir des déchets radioactifs de faible et moyenne activités, la stratégie du dépôt unique visée par le gouvernement fédéral depuis 1998 devient obsolète. Désormais, les controverses politiques et

---

28. Voir article 1, n° 7 de « *Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVP-V Bergbau)* » (« Ordonnance sur l'étude d'impact sur l'environnement des projets miniers »), Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne 1990, Partie I, p. 1420.

29. Sur ce point, se reporter plus particulièrement à G. Kühne, *Genehmigung von Endlagern für radioactive Abfälle: Planerische Gestaltungsfreiheit oder Gesetzesvollzug ?*, Norbert Pelzer (ed.), *Bausteine eines globalen Atomrechtsregimes* (Éléments d'un régime nucléaire général), *Tagungsbericht der AIDN/INLA-Regionaltagung*, Goslar 2006, 2007 p. 75 et seq., 86.

30. Voir l'examen réalisé par H. Näser, « Konrad und kein Ende – alte und neue Rechtsprobleme », tiré de Norbert Pelzer (ed.), voir note 28 ci-dessus, p. 91 et suivantes, 101 et suivantes.

juridiques en ce qui concerne les dépôts de stockage définitif porteront sur le choix d'un site adapté à l'aménagement d'un dépôt de stockage de déchets de haute activité. À cet égard, les points de vue divergents des partis politiques faisant partie de la coalition actuellement au pouvoir semblent ne pas être conciliables. Les Démocrates-sociaux insistent sur la réalisation d'une nouvelle série d'études portant sur le site le mieux adapté pour recevoir un dépôt sur la base d'une nouvelle loi adoptée par le Parlement qui contiendrait les règles de procédure applicables à ces activités d'étude. Dans ce contexte, Gorleben ne serait plus qu'un des choix possibles. Les Démocrates-chrétiens insistent sur la réalisation des études de Gorleben et sur la recherche d'autres solutions seulement si Gorleben se révélait inadapté. Il sera passionnant de voir comment l'actuelle coalition parviendra à régler ce dilemme durant l'actuelle législature, si elle y parvient.

## **V. Remarque finale**

Les décisions relatives au site de Konrad révèlent que des progrès perceptibles ont été accomplis sur la voie de la résolution du conflit relatif aux dépôts de stockage définitif des déchets nucléaires. La très grande qualité de ces décisions, en particulier des décisions du Tribunal supérieur en 2006, est très convaincante et a contribué à atténuer le parti pris qui caractérise habituellement ces débats en Allemagne. Le concept du dépôt unique a ainsi été contrecarré politiquement. Il faut encore espérer que le débat consacré à présent aux sites du dépôt de stockage de déchets de haute activité évoluera dans un proche avenir vers plus d'objectivité.