

Jurisprudence

Canada

Keen contre le procureur général du Canada¹ (2009)

Dans une décision rendue le 7 avril 2009, le juge Hughes, de la Cour fédérale du Canada a refusé la demande de révision judiciaire soumise par Linda Keen, l'ancienne présidente de la Commission canadienne de sûreté nucléaire (CCSN). Mme Keen remettait en cause la légalité du décret la congédiant de son poste de présidente. La Cour a rejeté la demande² et conclu que la décision était légitime.

Contexte

En décembre 2007, ce qui a été qualifié par tous au Canada et ailleurs de « crise des isotopes » a mené à l'adoption d'une loi, par le Parlement canadien, qui autorisait le redémarrage du réacteur national de recherche universel (NRU) d'Énergie atomique du Canada limitée (EACL) pendant une période de 120 jours « malgré les conditions prévues par le permis délivré en vertu de la Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires et qui ont trait à l'installation de démarreurs antisismiques sur les pompes d'eau lourde et au branchement au système d'alimentation électrique de secours »³. Cette mesure a été prise à la lumière du préambule de la loi indiquant que « la santé des Canadiens est mise en péril par la grave pénurie d'isotopes médicaux qui sévit au Canada et dans le monde ».

Avant d'adopter cette mesure, le Parlement a entendu la preuve déposée par la présidente de la CCSN, Mme Keen, un membre de son personnel, des représentants d'EACL et d'autres experts du domaine nucléaire et les a questionné lors d'une séance parlementaire extraordinaire⁴. La législation suivait une directive émise par le gouverneur en conseil, conformément à l'Article 19 de la Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires⁵, loi qui a créé la CCSN et qui lui a fourni ses pouvoirs. La directive exigeait que, dans la réglementation de ses activités, la CCSN tienne « compte de la santé des Canadiens qui, pour des raisons médicales, ont besoin de substances nucléaires produites par les réacteurs nucléaires »⁶.

-
1. Document soumis par Jacques Lavoie, avocat-général principal, et Lisa Thiele, avocate principale, tous deux des Services juridiques de la Commission canadienne de sûreté nucléaire. Les opinions exprimées dans ce résumé sont celles des auteurs et ne représentent pas les points de vue ou les politiques de la Commission canadienne de sûreté nucléaire ou du gouvernement du Canada.
 2. *Linda Keen c. procureur général du Canada* (2009) FC 353.
 3. *Loi permettant de reprendre et de continuer l'exploitation du réacteur national de recherche universel situé à Chalk River*, L.C. (2007), Chapitre 31, paragraphe 1(1).
 4. L'examen parlementaire du projet de loi présentant la législation comprenait le témoignage de témoins devant un comité plénier, une pratique qui n'était plus suivie, aux dires du président du Comité, depuis la Seconde Guerre mondiale (*Débats de la Chambre des communes* [11 décembre 2007] à 19h30).
 5. L.C. 1997, Chapitre 9 (ci-après la « LSRN »).
 6. DORS/2007-282.

Jusqu'au 15 janvier 2008, Mme Keen était présidente de la Commission canadienne de sûreté nucléaire et également commissaire. Conformément au décret daté du 15 janvier 2008, le gouverneur en conseil a démis Mme Keen de son poste de présidente de la CCSN. Elle est demeurée à titre de commissaire à temps plein, jusqu'à ce qu'elle démissionne de ce poste en septembre 2008. Dans une lettre adressée au premier ministre et datée du 22 septembre 2008, elle a indiqué qu'elle ne se sentait plus à l'aise au poste de commissaire.

Contexte juridique

Au Canada, la question de l'indépendance nécessaire des décideurs, notamment les tribunaux administratifs, comme la Commission, est examinée par les cours en fonction de trois indices : (i) l'inamovibilité, (ii) la sécurité financière et (iii) le contrôle administratif. La situation étudiée dans le dossier *Keen* portait sur le premier indice, soit l'inamovibilité. Bien que cet indice puisse comprendre plusieurs questions, une des plus fondamentales est la nature de la nomination qui est un indicateur clair du degré d'indépendance de la personne nommée, car elle détermine les exigences juridiques pour le renvoi du poste⁷.

La nomination de personnes à des postes de pouvoir décisionnel au Canada peut être de deux natures. Les nominations « à titre amovible » indiquent que la personne nommée peut être démise de ses fonctions à la discrétion du fondé du pouvoir de nomination (habituellement un cadre exécutif), tant qu'un degré minimal d'équité procédurale est observé dans ce processus. Les nominations « à titre inamovible » indiquent que le fondé du pouvoir de nomination s'attend à ce que la personne nommée ne puisse être démise de son poste qu'avec motif, s'il y a eu faute de la part du titulaire. Cette faute devra être établie au moyen d'un processus juste et raisonnable.

Questions devant la Cour

Dans sa demande de révision judiciaire, Mme Keen a allégué que le décret la révoquant de son poste de présidente était illégal, car l'ordre n'a pas été édicté sur la foi de motifs ou du fait qu'elle avait failli à des obligations lui permettant de demeurer « à titre inamovible ». Elle a maintenu que sa nomination était « à titre inamovible » et non « à titre amovible ». Donc, comme il n'y avait aucun « motif » justifiant son renvoi et qu'il n'y a eu aucune audience tenue dans le respect des règles de justice naturelle au sujet de son renvoi pour motif, cela voulait dire que la décision était invalide et illégitime.

Mme Keen a également prétendu que, si la désignation de président était effectivement « à titre amovible » – ce qui signifierait une obligation moindre de justifier la décision de renvoi – alors le niveau d'inamovibilité du président de la CCSN ne tiendrait pas compte des obligations du Canada aux termes de la Convention sur la sûreté nucléaire. Il a été soumis que l'obligation du Canada de créer et d'appuyer un organisme de réglementation nucléaire indépendant et de « prendre les mesures appropriées pour assurer une séparation effective des fonctions de l'organisme de réglementation et de celles de tout autre organisme ou organisation chargé de la promotion ou de l'utilisation de l'énergie

7. La Cour n'était pas mandatée pour examiner l'indicateur d'indépendance représenté par le niveau de « contrôle administratif » ou le niveau d'autorité et de contrôle exercé par l'exécutif sur la Commission. Un tel examen aurait pu inclure la question de la portée de la directive émise le 10 décembre 2007. Cependant, à la lumière de la formulation de l'Article 19 de la LSRN, qui autorise de « donner à la Commission des instructions d'orientation générale sur sa mission », nous pouvons conclure que la directive n'a pas, puisqu'elle ne le pouvait pas, ordonné un résultat dans un dossier précis devant la Commission ou altérer le mandat de sûreté nucléaire donné à la Commission par le Parlement.

nucléaire »⁸, étaient plus conformes à la nomination du président de l'organisme de réglementation canadien à « titre inamovible ». Toute ambiguïté sur le respect, dans la LSRN, de la nature de la désignation d'un commissaire à titre de président devrait donc être interprétée comme une désignation « à titre inamovible », selon l'argumentation de Mme Keen.

En plus de sa demande visant à « déclarer invalide et illégal, à casser ou à renverser le décret du gouverneur en conseil », Mme Keen a également demandé un ordre « confirmant le caractère obligatoire du décret concernant la reconduction du mandat du demandeur, daté du 15 novembre 2005 ». Jusqu'à sa démission de son poste de commissaire à temps plein, en septembre 2008, Mme Keen demandait à être « réintégrée » effectivement à son poste de présidente dans le cadre de sa demande de révision judiciaire. Cependant, lors de l'audience sur cette demande, la cour a été informée que Mme Keen ne demandait plus cette réparation de la cour, sans doute en reconnaissance du fait que sa démission du poste de commissaire la rendait inéligible au poste de présidente, même en cassant le décret qui l'a démis de ses fonctions.

Décision de la Cour

(i) Nature de la désignation

Compte tenu du fait que Mme Keen ait résigné de son poste de commissaire, le procureur général du Canada a plaidé que la demande était sans intérêt pratique et que la cour ne devait pas l'étudier. Conformément au paragraphe 10(3) de la LSRN :

« Le gouverneur en conseil désigne le président parmi les commissaires permanents ».

Puisque Mme Keen a résigné de son poste de commissaire permanent, le procureur général a prétendu que la demande était sans intérêt pratique, car elle permettrait seulement de déterminer ce qui constituait maintenant une question hypothétique ou abstraite et une décision qui n'aurait aucun effet pratique. La Cour n'était pas de cet avis. Le juge Hughes a décidé d'entendre pleinement la question à la lumière du fait que Mme Keen pourrait déposer une autre plainte contre le gouvernement au sujet de son renvoi. Il a déclaré ceci :

« [...] plus important encore, la question soulevée pourrait bien s'appliquer non seulement à la situation de Mme Keen, mais aussi à de nombreuses autres personnes qui ont été nommés à un poste gouvernemental »⁹.

La Cour a caractérisé la question de fond comme visant à déterminer « le bien-fondé du décret révoquant la désignation de Mme Keen au poste de présidente de la Commission », en mentionnant qu'elle était demeurée commissaire jusqu'à sa démission. Premièrement, la Cour a indiqué qu'il était clair que la nomination de Mme Keen au poste de commissaire était « à titre inamovible », conformément au paragraphe 10(5) de la LSRN :

« Les commissaires permanents sont nommés à titre inamovible pour un mandat maximal de cinq ans, sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil ».

8. Convention sur la sûreté nucléaire (17 juin 1994), INFCIRC/449 (entrée en vigueur au Canada le 20 octobre 1996), Article 8, paragraphe 2.

9. *Supra*, note n° 2 au paragraphe 43.

Le juge Hughes a d'abord mentionné le fait que la Loi demeure silencieuse au paragraphe 10(3) quant à la nature de la désignation d'un commissaire permanent au poste de président, et a ensuite pris note de la législation fédérale canadienne qui gouverne cette question. La Loi d'interprétation¹⁰ stipule que les fonctionnaires publics sont réputés être nommés à « titre amovible » sauf disposition contraire du texte ou acte et indépendamment de leur mode de nomination. Comme il n'y a aucune disposition explicite au paragraphe 10(3) de la LSRN portant sur la nature de la désignation, le juge Hughes a exprimé à nouveau que la commission conférée était explicite, comme suit :

« Il faut réaffirmer que la commission conférée par Sa Majesté à Mme Keen stipule clairement que sa nomination au poste de commissaire est inamovible et d'une durée maximale de cinq ans et que sa désignation au poste de présidente est amovible. Cela ne saurait être plus clair»¹¹.

La Cour a conclu que, contrairement à sa désignation au poste de commissaire, la nomination de Mme Keen au poste de présidente était « à titre amovible ». Le juge Hughes a conclu que Mme Keen avait été nommée commissaire « à titre inamovible » et présidente « à titre amovible ». Cela voulait donc dire qu'il fallait respecter un minimum d'équité procédurale pour la démettre de ses fonctions, mais qu'elle bénéficiait d'une inamovibilité relative en tant que commissaire permanente pour la durée de son mandat, car elle ne pouvait être renvoyée de ce poste sans motif.

La Cour s'est dite satisfaite que l'obligation minimale d'équité procédurale ait été observée pour révoquer une nomination « à titre amovible ». Il a conclu que le décret révoquant la désignation de Mme Keen au poste de présidente était légitime.

(ii) Caractère adéquat de la désignation « à titre amovible »

Tel que mentionné, Mme Keen a plaidé que si la désignation de président était « à titre amovible », alors ce degré d'inamovibilité ne reflétait pas une indépendance adéquate, telle qu'exigée dans la Convention sur la sûreté nucléaire et conseillée pour les organismes de réglementation nucléaire de par le monde. Compte tenu du fait que la LSRN reste silencieuse sur la nature de la désignation de président, Mme Keen a allégué que la cour devait interpréter la désignation comme étant « à titre inamovible » à la lumière des obligations internationales du Canada.

Les deux parties se sont fiées à une décision de la Cour suprême du Canada portant sur la nature des tribunaux administratifs législatifs et sur la nécessité d'indépendance, soit la décision *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique*. Dans cette décision, la Cour suprême a pris en considération le degré d'indépendance requis par le président et les membres de la commission d'appel, la Liquor Appeal Board, et a fourni, dans ce contexte, des principes généraux respectant la nature des tribunaux législatifs et les rôles relatifs des appareils législatives et judiciaires du gouvernement, comme suit :

« En dernier ressort, c'est le Parlement ou la législature qui détermine la nature des relations entre le tribunal administratif et l'exécutif. Il n'est pas loisible à un tribunal judiciaire d'appliquer une règle de « common law » alors qu'il est en présence d'une directive législative claire.

« Les tribunaux administratifs [...] sont en fait créés précisément en vue de la mise en œuvre de la politique gouvernementale. Pour remplir cette fonction, ils peuvent être appelés à rendre des

10. S.R. 1985, c. I-21, Article 23.

11. *Supra*, note 2 au paragraphe 73.

décisions quasi-judiciaires. On peut considérer en ce sens qu'ils chevauchent la ligne de partage constitutionnelle entre l'exécutif et le judiciaire »¹².

La Cour a statué, dans ce dossier, que la loi ne comportait aucune ambiguïté laissant place à des considérations judiciaires d'indépendance en fonction des concepts généraux de justice naturelle. Ici, la législation habilitante, la Loi d'interprétation et les décrets sont clairs. Ce point était déterminant, car le Parlement a le privilège exclusif de créer des établissements publics et de fixer la portée de leurs pouvoirs.

De la même manière, la Cour fédérale n'a pas trouvé persuasif l'argument similaire fondé sur la Convention sur la sûreté nucléaire. Le juge Hughes a déclaré :

« On ne m'a présenté aucune disposition de la Convention sur la sûreté nucléaire qui aborde l'inamovibilité d'une personne désignée présidente d'une Commission, comme celle en question ici, **surtout lorsque cette personne continue d'être commissaire**. Je ne vois aucune preuve tangible dans ce point »¹³. (C'est nous qui soulignons.)

En termes clairs, Mme Keen a été démise de ses fonctions de présidente de la Commission, mais est demeurée au poste de commissaire permanent. Le Parlement a déterminé que le gouverneur en conseil ne pouvait la révoquer ce son poste de commissaire sans motif.

La demande a été rejetée et le juge Hughes n'a ordonné le versement d'aucun frais.

Conclusion

Tel qu'indiqué ci-dessus, le juge Hughes a tenu compte du fait que la révocation de Mme Keen au poste de présidente de la Commission n'a pas entraîné son renvoi du poste de commissaire. Il pourrait être important de noter à cet égard que la LSRN stipule les dispositions concernant la voix prépondérante de la Commission, comme suit à l'Article 23 :

« Lors d'une réunion de la Commission ou d'une formation de la Commission, le président ou le commissaire chargé de présider la formation n'a pas le droit de voter, mais il a voix prépondérante en cas de partage ».

Par conséquent, la révocation de la désignation de président n'élimine pas la voix prépondérante d'un commissaire. En fait, la « voix » d'un président, en ce qui concerne les décisions de la Commission sur les sujets prévus par la LSRN et conformément au mandat d'un tribunal judiciaire, sert seulement à départager un vote.

Alors, de la perspective de l'indice d'indépendance nécessaire, nous pouvons conclure que la LSRN offre aux commissaires une inamovibilité adéquate, car ils servent « à titre inamovible » et ne peuvent être révoqués sans motif. La décision de la cour confirme que cette inamovibilité est offerte pour la désignation de commissaire et non pas pour la désignation de président.

12. (2001) 2 R.S.C. 781, paragraphes 22 et 24.

13. *Supra*, note 2 au paragraphe 77.

États-Unis

Jugement de la Cour suprême américaine relatif à l'applicabilité des droits de douane anti-dumping à la vente d'uranium faiblement enrichi (2009)

Cette affaire concerne la vente d'uranium faiblement enrichi (LEU) aux États-Unis pour usage en tant que combustible dans les réacteurs nucléaires de puissance commerciaux. Devant la Cour suprême des États-Unis, le requérant USEC Inc. et sa filiale *United States Enrichment Corporation* (conjointement USEC) cherchaient à faire appliquer une décision du Département américain du commerce désignant les contrats « unité de travail de séparation » (UTS) pour l'enrichissement d'uranium comme contrats de vente de marchandises et non de services, et par conséquent sujets aux taxes d'importation anti-dumping telles que mises en place par l'Article 731 de la Loi sur les droits de douane de 1930¹⁴. La Cour suprême a approuvé l'interprétation faite par le Département du commerce et sa mise en place de droits de douane anti-dumping¹⁵.

Les compagnies de fourniture de services achètent l'uranium faiblement enrichi soit par le biais d'un contrat « produit d'uranium enrichi » (EUP), que toutes les parties à l'affaire s'accordent à considérer comme « vente de marchandises » ou par un contrat « unité de travail de séparation » (UTS) où la compagnie fournit à l'entreprise d'enrichissement, l'uranium qui doit être traité. La compagnie de fourniture de service paie l'entreprise d'enrichissement pour le coût des UTS – c'est-à-dire la quantité d'énergie requise pour enrichir l'uranium à la concentration voulue d'isotope U-235. La Loi sur les droits de douane de 1930 vise à imposer des charges anti-dumping sur les marchandises étrangères vendues aux États-Unis à un prix inférieur à leur juste valeur sur le marché, mais n'impose pas de telles charges à la fourniture internationale de services¹⁶. La question posée à la Cour suprême visait à déterminer si ce processus constitue un « service » non soumis aux droits de douane anti-dumping ou constitue une vente de « marchandises » fabriquées à neuf sous la forme d'uranium enrichi.

L'*United States Enrichment Corporation*, seul enrichisseur d'uranium aux États-Unis, s'est plainte au Département du commerce que l'uranium « produit » ou « unité de travail de séparation » était vendu aux États-Unis par des entreprises d'enrichissement européennes à des prix inférieurs à leur juste valeur sur le marché, au détriment de l'industrie nationale. L'entreprise d'enrichissement française Eurodif a argumenté qu'un contrat UTS repose sur une fourniture de services d'enrichissement et n'est par conséquent pas sujet à une taxe d'importation anti-dumping sur les « marchandises ». Eurodif a souligné que les entreprises d'enrichissement n'obtiennent aucun titre sur l'uranium de départ dans les contrats UTS, au contraire d'un acheteur de marchandises.

À réception des griefs d'USEC, le Département du commerce a mené une enquête sur les pratiques d'Eurodif, qui a admis que les contrats « produits » s'assimilaient à des opérations de vente de marchandises, tout en maintenant que les contrats UTS étaient quant à eux fondés sur une fourniture de services, par conséquent non-soumis aux charges anti-dumping. Le Département en a conclu que l'uranium faiblement enrichi en provenance de la France, y compris celui vendu sur la base des contrats UTS, était vendu aux États-Unis de sa juste valeur de marché. Le Département du commerce a pris en compte plusieurs éléments avant d'arriver à cette conclusion. D'abord, le Département a estimé que, étant donné que le processus d'enrichissement d'uranium représente

14. 19 U.S.C. § 1673.

15. *United States c. Eurodif S.A.*, 129 S.Ct. 878 (2009).

16. *Ibid.* 882, 883-84.

environ 60 % de la valeur de l'uranium faiblement enrichi et transforme substantiellement l'uranium d'origine, ce même processus apporte de fait à l'uranium faiblement enrichi son « caractère essentiel ». Ensuite, les entreprises d'enrichissement exercent un contrôle sur le processus d'enrichissement et le niveau d'utilisation de l'uranium fourni. De plus, les compagnies clientes ne participent pas à ce processus et sont uniquement les acheteurs de l'uranium faiblement enrichi.

En outre, le Département a écarté l'argument selon lequel l'uranium faiblement enrichi ne devrait pas être considéré comme « vendu » du fait d'une règle de « transit », en vertu de laquelle un fournisseur de services de traitement d'une marchandise donnée ne serait pas considéré comme le fabricant ou le producteur de cette dernière dès lors qu'il n'en deviendrait pas propriétaire. D'après le Département, cette règle, qui n'est plus en vigueur et qui n'est donc plus prise en compte par la Cour suprême, s'appliquait aux cas dans lesquels le bien est vendu par le fabricant puis revendu par un exportateur ou un revendeur, et était uniquement utilisée pour déterminer quelle vente (celle d'origine ou la revente) devrait être utilisée pour calculer les charges anti-dumping. Enfin, le Département a décidé qu'il ne pouvait fonder sa décision sur la formulation utilisée dans un contrat UTS, à savoir interpréter l'accord comme une vente de services d'enrichissement, dans la mesure où suivre une telle interprétation permettrait aux parties de convertir ce qui est dans les faits une vente de biens en une vente de « services de fabrication » – au sens de fabriquer des biens manufacturés à partir de matériaux bruts –, ce qui contournerait les lois anti-dumping et exposerait les industries à des pratiques commerciales déloyales.

Eurodif a critiqué la décision devant le Tribunal de commerce international des États-Unis (*Court of International Trade* – CIT) qui a renvoyé l'affaire pour obtenir une explication de la règle de transit¹⁷. Sur le renvoi, le Département du commerce a réitéré son application de la règle et exposé son opinion selon laquelle les enrichisseurs d'uranium possèdent et détiennent la propriété de l'uranium faiblement enrichi qu'ils produisent et qu'ils exercent un contrôle total sur le processus d'enrichissement¹⁸. Le CIT a rejeté cette position, déclarant que l'argumentation du Département du commerce manquait d'éléments probatoires et était en contradiction avec la loi¹⁹. USEC a alors fait appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale laquelle a confirmé le jugement précédent, en affirmant que les contrats UTS ne démontrent aucune volonté d'accorder aux entreprises d'enrichissement des droits de propriété sur l'uranium enrichi ou non-enrichi²⁰. La Cour d'appel s'est également fondée sur une affaire antérieure dans laquelle elle avait accepté l'interprétation de l'administration que les contrats UTS étaient des contrats de services et non de marchandises. La Cour a accepté d'entendre de nouveau l'affaire à la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *National Cable and Telecommunications Association c. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005), qui a établi que le choix d'un tribunal d'adopter une interprétation raisonnable d'une formulation réglementaire ambiguë ne pouvait ensuite empêcher une agence d'adopter une autre interprétation raisonnable de la même formulation. Ici, la cour a indiqué que son rejet du premier appel n'était pas fondé sur une interprétation de la réglementation mais sur sa position que les contrats UTS sont clairement des contrats de fourniture de services, et non de vente de marchandises²¹.

17. *USEC, Inc. c. United States*, 259 F. Supp. 2d 1310 (Ct. of International Trade 2003).

18. *Eurodif*, 129 S.Ct. 885.

19. *Ibid.* 886-87.

20. *Eurodif, S.A. c. United States*, 411 F.3d 1355 (2005) (Eurodif I).

21. *Eurodif, S.A.c. United States*, 423 F.3d 1275 (2005) (Eurodif II).

La Cour suprême a quant à elle soutenu l'interprétation du Département du commerce et son imposition de droits d'importation anti-dumping. En cela, la Cour a appliqué les règles générales de la fabrication législative et a également exprimé son soutien au raisonnement de l'administration selon lequel la véritable nature de la transaction doit primer sur sa dénomination contractuelle.

La Cour suprême a observé que la législation anti-dumping autorise le Département du commerce à déterminer ce qui constitue une vente de marchandises et jugé que l'interprétation de ce dernier doit prévaloir « en l'absence d'une formulation législative exprimant clairement une intention contraire ou d'une solution excessive à une formulation ambiguë »²². La Cour a justifié que, en particulier s'agissant des législations en matière fiscale ou de régulation, « la forme doit s'effacer au profit du fond et c'est la réalité économique qui doit être soulignée »²³. La Cour suprême a illustré cette règle du « primat du fond sur la forme » au moyen d'une analogie avec un client qui apporte des chemises sales à une blanchisserie et qui achète clairement des services de nettoyage, et non des chemises propres, à l'inverse du client qui fournit du sable et de l'argent à un fabricant de puces en silicone et qui achète clairement des puces informatiques, et non des services d'amélioration du sable²⁴.

Ayant jugé que l'essence de la transaction était l'élément décisif, la Cour suprême a estimé l'interprétation du Département du commerce « raisonnable » et ce pour deux raisons. D'une part, l'acheteur d'uranium enrichi fournit « une marchandise fongible, dont la traçabilité n'est pas assurée après sa livraison à l'entreprise d'enrichissement, en échange d'un produit qui appartient à cette même entreprise d'enrichissement »²⁵. D'autre part, le processus d'enrichissement « a pour conséquence une transformation substantielle de l'uranium non-enrichi »²⁶. La Cour suprême a soutenu la position du Département du commerce selon laquelle lorsque « un matériau constitutif n'a aucune traçabilité et est fongible, sa propriété est en général considérée comme transférée », il s'agit alors d'une vente de marchandises plutôt qu'une fourniture de services²⁷. Par ailleurs, la Cour s'est montrée réticente à admettre une interprétation des contrats UTS comme ventes de services, dans la mesure où cela entraînerait des pratiques commerciales permettant d'éviter la soumission aux lois anti-dumping. La cour a noté qu'un contrat EUP même, pourtant considéré comme une vente de marchandises, pourrait être restructuré en deux transactions – « un contrat visant à acheter l'uranium non-enrichi et un autre pour l'enrichir »²⁸. Si cela était admis, selon la cour, « les contrats pour les pâtes alimentaires importées seraient remplacés par des contrats séparés pour le blé et les services de traitement du blé, [et] les importations de sweaters feraient place à des contrats séparés pour la laine et les services de tricotage »²⁹. Dans ces circonstances, la Cour suprême a estimé que la législation anti-dumping ne s'appliquerait plus qu'aux vendeurs « non-créatifs » ne restructurant pas leurs contrats en deux transactions séparées pour les matériaux bruts d'une part et les services de traitement d'autre part³⁰.

22. *Eurodif*, 129 S.Ct. 886.

23. *Ibid.* 887 (citations internes effacées).

24. *Ibid.* 888.

25. *Ibid.* 888.

26. *Ibid.* 889.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.* 890.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

Jugement de la Cour suprême sur l'utilisation de l'analyse coûts-avantages pour déterminer la meilleure technologie à disposition afin de minimiser les effets néfastes sur l'environnement des ouvrages de prise d'eau de refroidissement (2009)

Cette affaire concerne la réglementation prise par l'Agence de protection de l'environnement (EPA en anglais), conformément à la Loi sur la qualité de l'eau (*Clean Water Act*, ci-après CWA), sur les ouvrages de prise d'eau de refroidissement. Le requérant, Entergy Corp, a demandé devant la Cour suprême des États-Unis, la révision d'une décision de la Cour d'appel pour le deuxième circuit ayant rejeté la réglementation d'EPA, basée sur le paragraphe 316(b) du CWA³¹, qui autorise l'utilisation de l'analyse coûts-avantages pour déterminer la meilleure technologie à disposition afin de minimiser les effets néfastes sur l'environnement des ouvrages de prise d'eau de refroidissement. La Cour suprême a annulé la décision de la Cour pour le deuxième circuit pour ce qui est de la permission des analyses coûts-avantages, et a renvoyé l'affaire³².

Les centrales électriques, y compris celles possédées par les requérants, utilisent des ouvrages de prise d'eau de refroidissement pour refroidir leurs installations. Les structures puisent l'eau des sources à proximité, mais peuvent endommager l'environnement, en particulier à cause des répercussions que peuvent avoir leurs composantes mécaniques sur la vie aquatique. L'EPA, conformément au CWA, édicte des réglementations pour déterminer la meilleure technologie existante afin de minimiser les effets néfastes des ouvrages de prise d'eau de refroidissement sur l'environnement. Alors que ces réglementations étaient prises au cas par cas depuis des années, en 2001, l'EPA a émis la première de plusieurs réglementations censée gouverner de nombreux nouveaux ouvrages de prise d'eau de refroidissement³³. Ces réglementations exigent des nouvelles installations, absorbant plus de 10 millions de gallons par jour, qu'elles restreignent leur consommation au niveau qui pourrait être atteint par un « système de refroidissement en cycle fermé ». Ces réglementations prévoient des méthodes alternatives de mise en conformité pour les installations absorbant 2 à 10 millions de gallons par jour³⁴.

Par la suite, en 2004, l'EPA a émis sa seconde phase de réglementation ; ces réglementations, les règles « phase II », s'avèrent le point controversé dans cette affaire³⁵. Les règles de la « phase II » s'appliquent à des installations existantes qui sont des sources ponctuelles, dont la fonction première est la production et la transmission d'électricité, et dont la consommation d'eau dépasse 50 millions de gallons par jour. Ces réglementations exigent des installations sujettes à leur application, qu'elles répondent aux nouvelles normes de rendement nationales pour la réduction des répercussions sur la vie aquatique. En adoptant ces nouvelles règles, l'EPA a refusé d'exiger l'implantation de systèmes de refroidissement en cycle fermé, comme requis dans les réglementations de la première phase, permettant au lieu de cela aux installations d'employer un mélange de technologies « disponibles dans le commerce et économiquement réalisables » afin d'atteindre les objectifs de la réglementation. Le raisonnement qui a conduit à cette décision a pris en considération d'une part les coûts très élevés qu'engendrerait une conversion des installations existantes face à la possibilité d'utiliser d'autres technologies valides pour répondre aux nouveaux standards, et d'autre part le fait que l'implantation de systèmes de

31. 33 U.S.C. § 1326(b).

32. *Entergy Corp. c. Riverkeeper, Inc.*, 129 S.Ct. 1498 (1^{er} avril 2009).

33. *National Pollutant Discharge Elimination System: Regulations Addressing Cooling Water Intake Structures for New Facilities*, 66 Fed. Reg. 65256 (18 décembre 2001).

34. *Entergy*, 129 S.Ct. 1503.

35. *National Pollutant Discharge Elimination System--Final Regulations to Establish Requirements for Cooling Water Intake Structures at Phase II Existing Facilities*, 69 Fed. Reg. 41576 (9 juillet 2004).

refroidissement en cycle fermé réduirait la capacité en production d'électricité, requérant la construction d'installations additionnelles pour répondre aux besoins en électricité³⁶. L'EPA a ainsi conclu que les avantages tirés de la mise en conformité avec les standards nationaux de rendement grâce à des méthodes autres que celle des systèmes de refroidissement en cycle fermé pouvaient produire des résultats similaires à moindre coût.

La phase II de réglementation a également permis la délivrance d'autorisations spéciales par rapport aux standards nationaux de rendement si une installation peut démontrer que les coûts de mise en conformité sont significativement plus importants que ceux envisagés par l'EPA, ou que les coûts de mise en conformité seraient significativement plus élevés que les avantages tirés³⁷.

Les États défendeurs et les groupes environnementaux ont contesté les réglementations d'EPA devant la Cour fédérale, et la Cour d'appel pour le deuxième circuit a renvoyé les réglementations à EPA. La Cour a considéré que les seules manières dont EPA pouvait prendre en compte les coûts sous le paragraphe 316(b) du CWA étaient (1) en déterminant si les coûts pour y remédier pourraient être « raisonnablement supportés » par l'entreprise et (2) en déterminant quelles technologies alternatives sont les plus rentables³⁸. Cependant, la Cour a statué que le paragraphe 316(b) ne permet pas une analyse coûts-avantages qui comparerait les coûts et avantages de différentes décisions et choisirait le résultat avec l'avantage net le plus important³⁹. La Cour a soutenu que la divergence concernant la disposition coûts-avantages contenue dans les différentes réglementations était illégale et a renvoyé à EPA pour clarification afin de savoir si cette disposition implique l'interdiction de l'analyse coûts-avantages ou implique une analyse de rentabilité.

La Cour suprême a confirmé la confiance d'EPA en l'analyse coûts-avantages pour déterminer les standards nationaux de rendement et pour permettre des divergences de coûts-avantages par rapport à ces standards. En se faisant, la Cour a appliqué les règles générales d'interprétation de la loi et le standard *Chevron* de déférence accordé à l'interprétation légale raisonnable d'une agence sous la jurisprudence de la Cour⁴⁰.

La Cour a tout d'abord reconnu que la disposition relative à « la meilleure technologie à disposition » comportait plus d'une interprétation vraisemblable. Alors que la Cour pour le deuxième circuit a insinué que les installations devaient employer « la technologie qui permette la réduction maximale des répercussions néfastes sur l'environnement à un coût pouvant être raisonnablement supporté par l'industrie », une autre interprétation raisonnable est que la phrase fasse référence à la technologie « qui le plus efficacement produit un certain bien »⁴¹. La Cour a également observé que la phrase « meilleure technologie existante pour minimiser les effets néfastes sur l'environnement » incluait un langage subjectif – les mots « meilleurs » et « minimiser » – de telle sorte qu'elle ne prohibe pas clairement une analyse coûts-avantages⁴².

36. *Entergy*, 129 S.Ct. 1503.

37. *Ibid.* 1504-05.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844, 104 S.Ct. 2778 (1984).

41. *Entergy*, 129 S.Ct. 1505-08.

42. *Ibid.* 1506.

La Cour a alors passé en revue d'autres standards de limitations d'effluents utilisées au regard du CWA au cours de l'histoire de l'acte : (1) la meilleure technologie de contrôle praticable, (2) la meilleure technologie à disposition économiquement réalisable, (3) la meilleure technologie de surveillance des agents polluants conventionnels, (4) la meilleure technologie de contrôle démontrée disponible et (5) la meilleure technologie pour minimiser les effets néfastes sur l'environnement⁴³. La Cour a noté que bien que seulement deux des premiers quatre tests autorisent l'analyse coûts-avantages, les quatre premiers tests permettent un certain degré de prise en considération du coût⁴⁴. Les défendeurs ont argué du fait que le silence du paragraphe 316(b) relatif aux analyses coûts-avantages signifiait nécessairement qu'une telle analyse était prohibée. La Cour a cependant tenu le raisonnement suivant : si le silence de la loi prohibe l'analyse coûts-avantages, alors il doit également et nécessairement prohiber toute considération relative aux coûts, quelle qu'elle soit, ce qui ne pouvait pas logiquement et raisonnablement être le cas⁴⁵. En soulevant cet argument, la Cour s'est appuyée sur la proposition selon laquelle, sous le schéma de déférence du *Chevron*, le fait qu'il ne soit pas exigé d'une agence qu'elle fasse quelque chose ne signifie pas qu'il lui est interdit de le faire⁴⁶. Au regard de toutes ces considérations, la Cour a conclu que l'interprétation par EPA du CWA autorisant les analyses de coûts-avantages était raisonnable, et par là même autorisée.

Le Cour a également examiné la définition par EPA des standards de rendement nationaux, qui prend en considération les coûts du refroidissement en cycle fermé et les technologies alternatives, en plus d'une estimation de l'avantage monétaire approximatif pour réduire les répercussions sur la vie aquatique⁴⁷. La Cour a considéré que ces considérations prouvent que la pratique d'EPA de faire la balance entre les coûts et les avantages est un « exercice raisonnable et légitime de son pouvoir discrétionnaire »⁴⁸. EPA a interprété le paragraphe 316(b) dans une perspective historique pour permettre un certain degré d'analyse coûts-avantages, concluant en 1977 que la section ne nécessite pas l'emploi d'une technologie « dont le coût est tout à fait disproportionné aux avantages environnementaux qui seraient obtenus »⁴⁹.

Finalement, la Cour a conclu que la Cour pour le deuxième circuit, avait confirmé dans une action séparée les réglementations de la « phase I », et que, dans cette affaire, même les défendeurs avaient admis que le CWA ne devait pas être interprété comme allant jusqu'à exiger des installations qu'elles dépensent des milliards de dollars en technologies de refroidissement de pointe qui auraient peu de bienfaits sur l'environnement⁵⁰.

43. *Ibid.* 1506-08.

44. *Ibid.* 1508.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.* 1509.

48. *Ibid.* 1509.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

France

Arrêt du Conseil d'État rejetant les recours des ONG environnementales contre le Décret autorisant la création de l'EPR à Flamanville⁵¹ (2009)

Le 23 avril 2009, le Conseil d'État a rendu sa décision à l'occasion des recours en annulation intentés par trois associations de défense de l'environnement⁵² contre le Décret autorisant la création de l'installation nucléaire de base dénommée Flamanville 3 (voir *Bulletin de droit nucléaire* n° 79).

Ce décret fixe notamment les caractéristiques de l'installation et le délai de sa mise en service. Il précise également les conditions dans lesquelles l'installation doit être conçue et exploitée pour garantir sa sûreté.

Les principaux motifs mis en avant par les associations étaient les suivants :

- 1) L'étude d'impact jointe au dossier de demande d'autorisation aurait été insuffisante au regard des dispositions de l'Article R.122-3 du Code de l'environnement. Les associations soutenaient que l'étude d'impact aurait été insuffisante dans la description d'une part, des effets directs du projet, notamment s'agissant de l'impact des effluents liquides de tritium et d'autre part, des effets indirects du projet, en particulier la gestion et l'impact environnemental des déchets nucléaires.
- 2) Le décret contesté méconnaîtrait les objectifs de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985, modifiée, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ainsi que le droit à la participation du public consacré par la Convention d'Aarhus signée le 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dans la mesure où le débat sur l'opportunité du projet d'EPR aurait été clos dès l'intervention de la Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, avant la tenue du débat public (19 octobre 2005 au 18 février 2006) et de l'enquête publique (15 juin au 31 juillet 2006).
- 3) La décision contestée violerait les dispositions de l'Article 29 de la Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (TSN), en particulier l'absence de présentation des garanties de provisions requises pour le démantèlement.

Au cours de l'audience d'examen des requêtes du 8 avril 2009, le Rapporteur public a fait part de ses conclusions, qui rappellent que c'est la première fois que le Conseil statue sur un Décret d'autorisation d'installation nucléaire de base (INB) pris en application de l'Article 29 de la Loi TSN.

51. Aimablement porté à notre connaissance par Christophe Loy, Directeur adjoint et Fiona Geoffroy, Conseiller juridique, tous deux au sein du Service juridique, Production et Ingénierie, Électricité de France (EDF). Les opinions exprimées dans ce résumé sont uniquement celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles d'EDF.

52. Association France nature environnement, Réseau sortir du nucléaire en liaison avec le Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire – CRILAN et Greenpeace France.

Le Rapporteur public a examiné les moyens relatifs à la procédure de consultation du public. Elle a ainsi écarté le moyen concernant les stipulations de l'Article 6, paragraphe 4 et de l'Article 8 de la Convention d'Aarhus dont il a déjà été jugé qu'elles étaient dépourvues d'effet direct dans l'ordre juridique interne. De même, l'invocation des objectifs de l'Article 6.2 de la Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement serait inopérante, dès lors que cette directive ne concerne que les « plans et programmes », catégorie à laquelle n'appartient pas un décret autorisant une INB. De même encore, dès lors que le projet a fait l'objet d'une étude d'impact complète qui a été soumise au public avant la délivrance de l'autorisation contestée, le moyen tiré de la prétendue violation de la Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985, modifiée, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, serait lui aussi inopérant.

Le Rapporteur public a ensuite examiné l'éventuelle violation des dispositions de l'Article 7 de la Charte de l'environnement. Elle a estimé que les dispositions applicables au déroulement de l'enquête publique et au débat public assurent la mise en œuvre du principe de participation du public consacré par l'Article 7 de la Charte et lui donnent une portée concrète. En l'espèce, le fait que certaines autorités aient annoncé la réalisation d'une tranche EPR sur le site de Flamanville n'a pas eu pour effet de priver le débat public et l'enquête publique de leur portée.

En outre, le Rapporteur s'est penché sur les moyens touchant à la composition du dossier d'enquête publique et sa prétendue insuffisance. À cet égard, elle a considéré que l'étude d'impact comporte une évaluation de l'impact du projet sur les rejets de tritium, et analyse de façon détaillée les effets sur la santé de ces rejets, en retenant que les doses estimées sont très inférieures aux limites prévues par le code de la santé publique. Elle a également relevé que les déchets font l'objet d'une analyse minutieuse et précise. Le Rapporteur public a donc proposé au Conseil d'État d'écarter ce moyen.

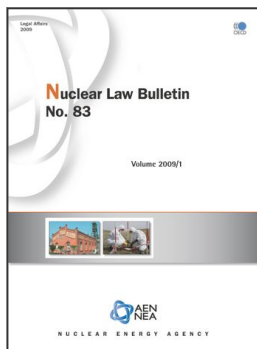
Enfin, le dernier moyen pose la question du contrôle exercé par le Conseil d'État sur l'appréciation à laquelle s'est livrée le Premier Ministre en autorisant la création d'une INB sur le fondement de l'Article 29 de la Loi du 13 juin 2006. Cette dernière « a nettement enrichi le cadre dans lequel peut être autorisée la création d'une INB, si l'on rapproche son Article 29 de l'Article 3 du Décret du 11 décembre 1963, qui constituait jusqu'alors le fondement des autorisations. Le Décret de 1963 décrivait en effet de façon minutieuse des règles de compétence et de procédure, mais n'instituait nulle condition de fond à la légalité de la délivrance de l'autorisation ».

Le I de l'Article 29 de la Loi TSN dispose désormais que l'autorisation de création d'une INB :

« ne peut être délivrée que si, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, l'exploitant démontre que les dispositions techniques ou d'organisation prises ou envisagées aux stades de la conception, de la construction et de l'exploitation ainsi que les principes généraux proposés pour le démantèlement ou, pour les installations de stockage de déchets radioactifs, pour leur entretien et leur surveillance après leur arrêt définitif selon les modalités définies au VI, sont de nature à prévenir ou à limiter de manière suffisante les risques ou inconvénients que l'installation présente pour les intérêts mentionnés au I de l'Article 28. L'autorisation prend en compte les capacités techniques et financières de l'exploitant qui doivent lui permettre de conduire son projet dans le respect de ces intérêts, en particulier pour couvrir les dépenses de démantèlement de l'installation et de remise en état, de surveillance et d'entretien de son lieu d'implantation [...] ».

Le Rapporteur public en déduit que les termes retenus par le législateur en 2006 semblent commander une évolution du contrôle de légalité exercé par le Conseil d'État « sur la pesée des divers intérêts par l'administration, au regard notamment de la protection de l'environnement ». Elle a ensuite examiné le moyen touchant aux capacités financières d'EDF, celles-ci étant présentées comme insuffisantes pour faire face notamment au coût de démantèlement. Se référant aux pièces du dossier, et notamment le « document de référence EDF 2006 », le Rapporteur public considère qu'EDF a justifié de capacités financières suffisantes et a notamment prévu que des actifs destinés à couvrir ses engagements nucléaires de long terme soient affectés dans des fonds dédiés.

Dans sa décision du 23 avril 2009, le Conseil d'État, a suivi l'ensemble des recommandations formulées par le Rapporteur public, en rejetant les trois requêtes formées à l'encontre du Décret du 10 avril 2007 autorisant la création de l'installation nucléaire de base dénommée Flamanville 3.



Extrait de :
Nuclear Law Bulletin

Accéder à cette revue :
<https://doi.org/10.1787/16097378>

Merci de citer cet article comme suit :

OCDE/Agence pour l'énergie nucléaire (2009), « Jurisprudence », *Nuclear Law Bulletin*, vol. 2009/1.

DOI: https://doi.org/10.1787/nuclear_law-v2009-art5-fr

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.