



Mars 2021

---

**Rapport explicatif  
concernant la révision de l'ordonnance  
sur le fonds de désaffectation et  
sur le fonds de gestion des déchets radioactifs pour  
les installations nucléaires  
(OFDG; RS 732.17)**

---

## Table des matières

1.	Contexte .....	1
2.	Présentation du projet .....	1
3.	Conséquences financières, conséquences sur l'état du personnel et autres conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes.....	2
4.	Conséquences économiques, environnementales ou sociales.....	2
5.	Comparaison avec le droit européen .....	2
6.	Commentaires des dispositions .....	3

## 1. Contexte

L'ordonnance du 7 décembre 2007 sur le fonds de désaffectation et sur le fonds de gestion (OFDG; RS 732.17) s'appuie sur les art. 81, al. 5, 82, al. 2, et 101 de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; RS 732.1). En créant ces deux fonds, le législateur souhaitait tenir compte du principe de causalité et s'assurer que les coûts de désaffectation et de gestion des déchets seraient financés par les personnes qui en sont à l'origine.

L'OFDG a été révisée partiellement à trois reprises depuis son édicition en 2007. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, la deuxième révision présente un intérêt en l'espèce, puisque le Conseil fédéral y aborde la question de la gouvernance et de la surveillance des fonds. Depuis, par souci d'une bonne gouvernance, les collaborateurs du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) ne peuvent plus être nommés membres de la commission administrative du fonds de désaffectation et du fonds de gestion des déchets des centrales nucléaires (commission) ou des comités. Pour compenser la perte de son droit de codécision dans ces organes notamment, le DETEC a été chargé de fixer les règles pour la réalisation de l'étude de coûts ainsi que le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets.

En application de cette compétence, le DETEC a défini ce montant prévisible par décision du 12 avril 2018 en se basant sur l'étude de coûts de 2016 et sur la proposition de la commission. Les propriétaires tenus de verser des cotisations ont fait recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, puis du Tribunal fédéral.

Dans son arrêt 2C\_440/2019 du 6 février 2020, le Tribunal fédéral a admis ce recours, annulé la décision du Tribunal administratif fédéral et renvoyé à la commission l'affaire concernant la fixation du montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets. Il y précise que la compétence accordée au DETEC à l'art. 29a, al. 2, let. c, OFDG de fixer ce montant prévisible pour chaque installation est contraire à la loi.

Après avoir étudié cet arrêt, le DETEC est arrivé à la conclusion que les considérants du Tribunal fédéral sur la fixation dudit montant prévisible pouvaient également s'appliquer à la compétence de fixer des règles pour la réalisation de l'étude de coûts. Par souci d'économie de procédure notamment, il a réexaminé sur la base de l'art. 58, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) sa décision du 19 décembre 2018 relative à ces règles, qui faisait également l'objet d'un recours, et l'a annulée.

## 2. Présentation du projet

La présente révision de l'OFDG vise principalement à transposer les constatations de l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) du 6 février 2020 en supprimant les compétences illicites du DETEC et en adaptant les renvois correspondants.

À cette occasion, d'autres modifications sont apportées à l'ordonnance. Par exemple, le processus de réalisation et de contrôle de l'étude de coûts est adapté, puisqu'il est expressément stipulé que le comité en charge des coûts établit un rapport de contrôle relatif aux études de coûts à l'attention de la commission. Dans ce rapport, il demande aussi, que soit fixé le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets. Désormais, la commission demande au DETEC de se prononcer sur les études de coûts et sur le rapport de contrôle avant qu'elle ne fixe le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets.

De plus, la pratique concernant le calcul des provisions pour les coûts de gestion des déchets antérieurs à la mise hors service définitive des centrales nucléaires est désormais présentée de manière explicite et donc contraignante.

Les dispositions régissant l'organisation des différentes instances ont été profondément remaniées par souci de rationalité et de clarté. L'OFDG comprend dorénavant des prescriptions détaillées sur les instances suivantes: le comité de la commission, le comité de placements et le comité en charge des coûts. Il s'agit dans une large mesure du droit en vigueur, car ces prescriptions figuraient auparavant dans le règlement du DETEC du 27 janvier 2016 sur l'organisation, les principes et les buts du placement des avoirs ainsi que sur le cadre des placements du fonds de désaffectation et du fonds de gestion des déchets radioactifs pour les installations nucléaires (RS 732.179). Les principales dispositions régissant l'organisation de la commission, du comité de la commission et des comités étant désormais réunies dans la seule OFDG, elles peuvent être définies de manière synchrone.

Enfin, le mandat commun des membres de la commission, du comité de la commission et des comités est dorénavant précisé dans l'OFDG. Lorsqu'ils exercent leur pouvoir d'appréciation dans le cadre de leur activité, ces membres sont expressément tenus de toujours veiller à assurer le financement des coûts de désaffectation et de gestion des déchets afin qu'il ne subsiste, selon toute probabilité, aucun coût non couvert.

### **3. Conséquences financières, conséquences sur l'état du personnel et autres conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

La présente révision ne concerne pas directement la Confédération et les cantons. Aucune nouvelle obligation n'est créée, et les adaptations n'ont aucune conséquence financière. La suppression des compétences du DETEC relatives à la fixation des règles pour la réalisation de l'étude de coûts et à la fixation du montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets retire certes des instruments de pilotage à la Confédération, mais ces compétences devaient impérativement être abolies en raison de l'ATF du 6 février 2020 et ne pouvaient de toute façon plus être exercées. Les charges supplémentaires du DETEC inhérentes à l'examen des études de coûts et à la rédaction de son avis pour la commission seront compensées par la suppression des charges liées aux décisions concernant la fixation susmentionnée des règles et du montant prévisible, d'autant que ce dernier impliquait déjà de contrôler les études de coûts.

### **4. Conséquences économiques, environnementales ou sociales**

Outre la suppression susmentionnée des compétences du DETEC, la présente révision concerne surtout l'organisation des instances liées au fonds de désaffectation et au fonds de gestion des déchets. Les dispositions proposées dans le projet pour régir cette organisation correspondent dans une large mesure au droit en vigueur, car elles figuraient auparavant dans un règlement du DETEC. Les adaptations prévues n'ont donc aucune conséquence économique, environnementale ou sociale.

### **5. Comparaison avec le droit européen**

La révision partielle n'a aucune incidence sur le rapport entre la législation suisse et le droit européen.

## 6. Commentaires des dispositions

### *Art. 4, al. 4<sup>bis</sup>, 4<sup>ter</sup> et 5*

Cet article décrit la procédure de fixation du montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets. Le nouvel al. 4<sup>bis</sup> expose désormais l'étape qui suit l'examen de l'étude de coûts par l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN) et par des experts indépendants. Cette étape avait déjà été mentionnée dans les commentaires de la deuxième révision de l'OFDG et réalisée lors du contrôle de l'étude de coûts de 2016. Ce contrôle est coordonné et suivi par le comité en charge des coûts qui, après avoir reçu le résultat de l'examen de l'IFSN et des experts indépendants, effectue sa propre vérification, puis établit un rapport de contrôle récapitulatif à l'attention de la commission. Parallèlement à l'envoi de ce rapport, le comité en charge des coûts propose le montant prévisible retenu à la commission administrative.

Une nouvelle étape intermédiaire est réalisée à l'al. 4<sup>ter</sup>: avant de statuer sur le montant prévisible des coûts, la commission doit demander au DETEC de se prononcer dans les trois mois sur les études de coûts, sur le rapport de contrôle et, par conséquent, sur la proposition du comité en charge des coûts.

L'avis du DETEC revêt un caractère consultatif et n'est pas juridiquement contraignant pour la commission. Le DETEC et l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) suivent de toute façon la réalisation et le contrôle des études de coûts dans le cadre de la surveillance des fonds par le Conseil fédéral et procèdent à leurs propres vérifications. Cette nouvelle disposition vise à documenter le résultat de ces vérifications effectuées par le DETEC/l'OFEN et à intégrer formellement dans le processus de contrôle des études de coûts. Le droit d'émettre des critiques ou des suggestions fait implicitement partie des compétences en matière de surveillance relatives aux unités administratives décentralisées selon l'art. 8, al. 4, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010; cf. SÄGESSER, Stämpfli-Handkommentar zum RVOG, 2006, n° 50 sur l'art. 8). Un avis constitue dès lors une recommandation non contraignante sur le plan juridique à l'attention de la commission. Le Conseil fédéral s'attend néanmoins à ce que cette dernière en prenne acte et l'examine pour décider du montant prévisible des coûts.

L'al. 5 a été reformulé dans le sens de l'ATF 2C\_440/2019 du 6 février 2020: dorénavant, la commission fixe le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets. Dernière étape du processus de contrôle des études de coûts, cette fixation intervient après que le DETEC a émis son avis, et se base sur la proposition du comité en charge des coûts, sur son rapport de contrôle, sur les vérifications de l'IFSN et des experts indépendants ainsi que sur les études de coûts proprement dite.

### *Art. 5, al. 1, let. a*

Dans le cadre de la présente révision, le nom de deux instances est modifié en allemand, sans que cela n'entraîne de modification en français. Il s'agit du comité de placements et du comité en charge des coûts. Le changement apporté au nom en allemand s'explique par le fait que, dans la pratique, ces comités ne répondaient pas au sens strict du terme utilisé précédemment, à savoir «Ausschüsse», qui donnait à penser qu'ils se composaient uniquement de membres individuels désignés au sein de la commission. Or, il s'agit d'instances composées, d'une part, de membres de la commission et, d'autre part, d'experts nommés. Les membres de la commission et les autres membres y possèdent le même droit de vote et sont du reste sur un pied d'égalité dans l'exercice de leur activité au sein du comité de placements et du comité en charge des coûts.

En raison de cette imprécision linguistique dans la version allemande actuelle de l'OFDG, l'appellation allemande du comité de placements et du comité en charge des coûts est modifiée en se basant sur l'appellation française («comité de placements» et «Comité en charge des coûts») et italienne («comitato per gli investimenti» et «comitato per il controllo dei costi»), les nouvelles appellations étant «Anlagekomitee» et «Kostenkomitee». Le comité de la commission conserve son nom en allemand («Kommissionsausschuss»), car il s'agit en l'occurrence d'un comité au sens strict, à savoir un comité composé de membres de la commission. En raison de ces changements, le terme «Ausschüsse» n'est plus utilisé dans la version allemande de l'ordonnance et les diverses occurrences du terme

doivent être modifiées. Par conséquent, l'énoncé de l'art. 5, al. 1, let. a, est modifié afin de tenir compte des nouvelles appellations et de l'adaptation de l'art. 22, puisque l'art. 5, al. 1, let. a, se fondait jusqu'à présent sur cet article.

*Art. 14, al. 1, let. a*

Afin de répercuter l'arrêt du Tribunal fédéral du 6 février 2020 dans la procédure 2C\_440/2019, la référence à la fixation du montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets dans cet article doit être adaptée. Dorénavant, ce montant sera fixé par la commission elle-même (cf. commentaires sur l'art. 4, al. 5, ci-avant).

*Art. 19, al. 3*

Avant l'entrée en vigueur de la LENu, tous les futurs coûts de gestion des déchets figuraient en tant que provisions dans le bilan des propriétaires, conformément aux principes du code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220). Pour calculer ces provisions, on utilisait donc le même modèle actuariel avec les mêmes paramètres.

Lors de l'entrée en vigueur de la LENu et en raison des dispositions relatives au fonds de désaffectation et au fonds de gestion des déchets, on opéra une distinction entre les coûts de cette gestion qui précèdent la mise hors service et ceux qui y sont postérieurs. Seule la couverture de ces derniers est assurée par le fonds de gestion des déchets. En vertu de l'art. 82 LENu, les coûts de gestion des déchets qui sont antérieurs à la mise hors service sont financés à l'aide de provisions «en application de l'art. 669 CO et en s'appuyant sur les coûts calculés par le fonds d'évacuation des déchets». La LENu indique donc que le calcul des provisions comptables demeure similaire à celui des provisions dans le fonds de gestion des déchets.

La disposition de l'art. 19 concrétise l'art. 82 LENu. Le nouvel al. 3 précise explicitement que les provisions pour les coûts de gestion des déchets avant la mise hors service sont calculées comme les contributions visant à garantir le financement de ces coûts après la mise hors service. Dans le modèle de calcul pour le fonds de désaffectation et pour le fonds de gestion des déchets, les provisions sont constituées chaque année par des contributions stables, les paramètres respectifs applicables au renchérissement et au rendement du capital selon l'annexe 1 OFDG devant être pris en considération dans les comptes annuels.

Pour calculer les provisions relatives aux coûts de gestion des déchets avant la mise hors service, les principes comptables énoncés dans le CO doivent cependant également être pris en compte en vertu de l'art. 82, al. 1, LENu.<sup>1</sup> Si ces principes exigent une évaluation plus prudente des provisions, il convient d'en tenir compte.

*Art. 20, 20a et 20b*

Comme indiqué précédemment, les dispositions régissant l'organisation des différentes instances qui figurent dans la section 8 de l'OFDG ont été profondément remaniées. La principale nouveauté concerne l'art. 20, qui confère formellement le statut d'organe au comité de la commission, au comité de placements et au comité en charge des coûts. Le comité de la commission a été mis en place par le règlement du DETEC (RS 732.179). Il exécute les affaires courantes sur mandat de la commission et prépare les décisions de cette dernière. En ce qui concerne le changement de l'appellation allemande du comité de placements et du comité en charge des coûts, voir les commentaires sur l'art. 5, al. 1, let. a, ci-avant. Ces deux comités existaient déjà lors de l'entrée en vigueur de l'OFDG en 2007; ils servent principalement à assister la commission. L'octroi de ce statut d'organe au comité de la commission et aux comités ne change rien dans les faits; il permet juste de réglementer dans un seul et même acte les membres de la commission, du comité de la commission et des comités au niveau organisationnel.

L'art. 20 en vigueur est déstructuré: les dispositions sur la nomination et la durée du mandat figurent désormais à l'art. 20a et, comme mentionné précédemment, s'appliquent aussi dorénavant aux

<sup>1</sup> Il faut préciser ici que l'art. 669 CO visé à l'art. 82, al. 1, LENu a été abrogé le 1<sup>er</sup> janvier 2013 par le nouveau droit comptable. Sur le fond, cette disposition n'a toutefois pas été purement et simplement supprimée; elle a été remplacée par une nouvelle prescription, de sorte que le renvoi figurant à l'art. 82, al. 1, LENu se réfère désormais à l'art. 960e CO.

membres du comité de la commission et des comités. Tous les membres du comité de placements et du comité en charge des coûts ainsi que le membre proposé par les propriétaires pour le comité de la commission sont nommés par cette dernière. Il convient de noter que le comité de placements et celui en charge des coûts se composent à la fois de membres de la commission et de simples membres du comité respectif. Les dispositions d'ordre organisationnel sont identiques tant pour ces derniers que pour les membres qui siègent également dans la commission.

Jusqu'à présent, les prescriptions relatives aux membres des comités figuraient dans le règlement. Celui-ci prévoyait des règles relativement analogues à celles qui étaient destinées aux membres de la commission, à l'exception de la limitation des mandats, qui n'était pas explicitement prévue pour les membres des comités ne siégeant pas également dans la commission. Dorénavant, la limitation des mandats en vertu de l'art. 8i de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1) s'applique à tous les membres de la commission et des comités.

L'art. 20b n'apporte rien de nouveau sur le fond. Il reprend l'art. 21, al. 2, 3 et 4, en vigueur et les dispositions correspondantes du règlement. Désormais, ces prescriptions sur l'éligibilité sont définies dans un seul et même acte pour la commission et pour les comités. Étant donné que les membres du comité de la commission sont, dans tous les cas, également membres de la commission, ils sont automatiquement inclus dans ces dispositions.

#### *Art. 21*

Seule la prescription sur la taille de la commission figurant à l'art. 21 est reprise dans la nouvelle version. La commission administrative compte désormais dix membres au maximum.

Les autres dispositions de l'art. 21 en vigueur sont transférées dans le nouvel art. 20b notamment. Parallèlement, les prescriptions concernant la taille et la composition du comité de la commission et des comités relèvent dorénavant du nouvel art. 21, et non plus du règlement. À l'avenir, la vice-présidence devra elle aussi être indépendante, ce qui implique de modifier la composition du comité de la commission par rapport au règlement en vigueur. Jusqu'à présent, elle était assurée par un membre de la commission qui représentait les propriétaires. Par conséquent, pour conserver la représentation de ces derniers dans le comité de la commission, son quatrième membre ne sera plus le vice-président ou la vice-présidente, mais un membre de la commission proposé par les propriétaires et nommé par ladite commission.

#### *Art. 21a, 21b et 21c*

Les art. 21a, 21b et 21c sont adaptés afin que leurs dispositions se réfèrent aussi désormais aux membres du comité de la commission et des comités. Jusqu'à présent, celles-ci s'appliquaient par analogie aux membres des comités qui ne siégeaient pas dans la commission.

#### *Art. 21d*

Cet article est similaire à l'art. 18, al. 3 et 4, du règlement du DETEC. Étant donné que plusieurs procédures judiciaires ont récemment impliqué les propriétaires représentés et le fonds de désaffectation ou le fonds de gestion des déchets, le Conseil fédéral estime opportun de régler les motifs de récusation des représentants des propriétaires au niveau de l'OFDG.

#### *Art. 22*

Cet article a été adapté en raison de la nouvelle réglementation explicite sur le comité de la commission et les comités. La commission doit pouvoir continuer à créer des groupes d'experts et des groupes de travail qui l'assistent, elle, ainsi que le comité de la commission et les comités, pour certaines questions spécifiques.

#### *Art. 22a*

Le mandat commun de la commission, du comité de la commission et des comités figure dorénavant dans l'ordonnance. Le législateur a mis en place le fonds de désaffectation et le fonds de gestion des déchets pour assurer le financement des coûts correspondants. La solution détaillée qu'il a retenue et qui figure au chapitre 7 LENU, à savoir un fonds indépendant des cotisants dont le capital ne peut être ni cédé, ni mis ou pris en gage, ni attribué à la masse en faillite, et la responsabilité en cascade visée aux art. 79 s. LENU, avec des versements complémentaires s'apparentant à une responsabilité solidaire pour les coûts non couverts des autres cotisants, visent à garantir le respect du principe de causalité inscrit dans le droit de l'environnement. Le législateur entendait ainsi éviter que des coûts alors non couverts ne restent à la charge de la Confédération.

L'OFDG précise les dispositions du chapitre 7 LENU: elle est conçue de telle sorte à assurer le mieux possible que la fortune accumulée par les fonds suffise à couvrir les coûts de désaffectation et de gestion des déchets concernés et que la Confédération ne doive pas participer aux coûts non couverts.

Dès lors, la tâche suprême de la commission, du comité de la commission et des comités doit être de viser, dans le cadre de leurs activités, un financement suffisant du fonds de désaffectation et du fonds de gestion en tenant compte du principe de causalité.

La commission, le comité de la commission et les comités ne peuvent naturellement tenir compte de l'art. 22a que dans les décisions où elles jouissent d'une certaine liberté d'appréciation. D'après cet article, ils doivent exercer leur marge de manœuvre de manière à respecter autant que possible le principe de causalité. Conformément au principe de précaution, lorsque deux décisions objectivement équivalentes sont possibles, il convient de retenir la variante la moins optimiste en cas de doutes significatifs. Le mandat commun ne doit cependant pas être interprété comme une incitation à choisir exclusivement le pire scénario d'une évaluation.

Aucune économie excessive systématique ne doit être recherchée explicitement. On ne saurait toutefois exclure que des excédents soient réalisés ou qu'en fin de compte, le capital du fonds dépasse éventuellement les coûts effectifs de désaffectation et de gestion des déchets en raison des incertitudes. Lorsque des solutions sont réputées équivalentes, la commission, le comité de la commission et les comités choisiront l'approche la plus prudente, qui garantit avec la plus grande certitude que la fortune accumulée par les fonds suffira à couvrir les coûts correspondants. En d'autres termes, il faut réduire autant que possible le risque que la Confédération ne doive assumer des coûts de désaffectation et de gestion des déchets qui n'auraient pas été couverts.

Aux fins d'exhaustivité, il convient de préciser ici que cette disposition ne restreint pas de manière illicite l'autonomie de la commission au sens de l'ATF 2C\_440/2019 du 6 février 2020. Comme elle se réfère au calcul ou à la fixation des cotisations, il s'agit d'une prérogative générale et abstraite du



Rapport explicatif  
concernant la révision de l'ordonnance  
sur le fonds de désaffectation et  
sur le fonds de gestion des déchets radioactifs  
pour les installations nucléaires  
(OFDG; RS 732.17)

Conseil fédéral qui relève indéniablement de la norme de délégation visée à l'art. 81, al. 5, LENU (cf. consid. 3.3 de cet ATF).

#### *Art. 23*

Le titre a été précisé pour des raisons liées à la systématique, car les tâches du comité de la commission et des comités sont désormais définies à l'art. 23a. Les tâches de la commission ont été adaptées conformément à l'ATF 2C\_440/2019 du 6 février 2020: dorénavant, celle-ci est chargée de fixer les règles pour la réalisation de l'étude de coûts et le montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets.

La let. e est modifiée, car depuis la troisième révision de l'OFDG, plus aucun excédent ne doit être compensé avant le décompte final.

L'art. 23, let. q, actuel est adapté à la nouvelle terminologie allemande. La compétence concernant la nomination du représentant des propriétaires au sein du comité en charge des coûts doit dès lors également figurer à l'art. 23, let. q<sup>bis</sup>. De plus, la compétence de la commission de faire appel à des experts, qui figurait auparavant à l'art. 21, al. 5, est transférée à l'art. 23, let. q<sup>ter</sup>.

#### *Art. 23a*

Désormais, les principales tâches du comité de la commission et des comités sont inscrites explicitement dans l'OFDG, les tâches détaillées continuant d'être définies dans le règlement du DETEC.

Le comité de la commission et les comités élaborent des bases de décision pour la commission. En ce qui concerne le comité de placements et le comité en charge des coûts, ces bases ont fréquemment la forme de propositions. Il convient de préciser ici que la commission n'est pas liée par les propositions de son propre comité et des autres comités. En vertu de l'ATF 2C\_388/2020 du 20 octobre 2020, elle est libre d'y déroger dans les affaires relevant de sa compétence (cf. consid. 5.3.1).

#### *Art. 29a*

L'ATF 2C\_440/2019 du 6 février 2020 doit également être concrétisé dans cet article, puisque les compétences du DETEC concernant la fixation des règles pour la réalisation de l'étude de coûts ainsi que la fixation du montant prévisible des coûts de désaffectation et de gestion des déchets sont abrogées.

Enfin, l'al. 2, let. d, doit être adapté pour tenir compte de la modification de la terminologie allemande concernant les comités.