

II/ Questions aux juristes

1. Question sur le champ couvert par « les émissions de substances dans l'environnement »

EDF conteste le fait que les informations qui lui soient demandées (DOS Piscine, irrégularités Creusot...) portent sur des émissions dans l'environnement. Par exemple, dans le cas de la demande d'information sur les irrégularités dites du Creusot (la liste détaillée des 93 irrégularités constatées pour non conformité avec les exigences contractuelles ou réglementaires ; le bilan transmis à l'agence de sûreté nucléaire avec mention de la date de transmission ; ainsi que la méthode d'analyse des risques résultants de l'ensemble de ces irrégularités et les résultats correspondants) ne constitue pas des éléments sur les émissions de substances dans l'environnement. Or le raisonnement de la CADA est le suivant :

Nucléaire = rayonnement ionisant¹ = émission de substances dans l'environnement = article L.124-5 du code de l'environnement

S'agissant de la notion d'émissions de substances dans l'environnement : l'article L. 124-2 du code de l'environnement définit la notion « *d'information relative à l'environnement* », mais aucune définition légale n'est donnée de la notion d'« *informations relatives aux émissions de substances dans l'environnement* ».

Il semble qu'il n'y ait pas d'avantage de jurisprudence administrative en droit interne sur cette notion.

En revanche, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est venue éclairer la notion d'informations relatives à « l'émission de substances » au sens du droit communautaire et, par là même, le champ d'application de l'article L.124-5 du code de l'environnement qui en découle par voie de transposition. Cette jurisprudence est ainsi pertinente dans la mesure où les dispositions de cet article sont issues de la transposition en droit interne du point 2 de l'article 4 de la directive n°2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, elle-même adoptée à la suite de la signature, par la Communauté européenne, le 25 juin 1998, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dite « Convention d'Aarhus ».

Par deux décisions du 23 novembre 2016, la Cour de justice a apporté des éléments de définition de la notion d'« *émission de substances* » et une fois l'émission de substances caractérisée, de la portée des « *informations relatives* » à cette émission, ainsi que des précisions sur les modalités d'application de ces notions².

Dans l'affaire n°C-442/14, la Cour a ainsi jugé que la notion d'« *émission dans l'environnement* » doit être « *circonscrite aux émissions non hypothétiques, c'est-à-dire aux émissions effectives ou prévisibles du produit ou de la substance en cause dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation* », dès lors que l'objectif de la directive du 28 janvier 2003 « *est de garantir le droit d'accès aux informations*

¹ La définition de rayonnement ionisant tel qu'issu de la directive normes de base de 2013 est : « le transport d'énergie sous la forme de particules ou d'ondes électromagnétiques d'une longueur d'ondes inférieure ou égale à 100 nanomètres (d'une fréquence supérieure ou égale à 3×10^{15} hertz) pouvant produire des ions directement ou indirectement ».

² (CJUE, 23 novembre 2016, *Bayer CropScience et autre c/ College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden*, n°C-442/14 ; CJUE, 23 novembre 2016, *Commission européenne et autres c. Stichting Greenpeace Nederland and PAN Europe*, n°C-673/13 P

concernant des facteurs, tels que les émissions, qui ont ou sont susceptibles d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement, notamment sur l'air, l'eau et le sol [ce qui] n'est, par définition, pas le cas d'émissions purement hypothétiques ». **De sorte que ne peut être visé qu'un produit « destiné à être libéré dans l'environnement en raison de sa fonction même » – les émissions n'étant pas alors hypothétiques, mais attendues. Ainsi, dès lors que le risque est avéré d'émission de substances dans des conditions normales d'utilisation, ces informations entrent dans le champ des émissions de substances dans l'environnement. Tel n'est pas le cas dans la situation où les émissions ont un caractère hypothétique.**

S'agissant des « informations relatives à des émissions dans l'environnement », la Cour a estimé que la notion « doit être interprétée comme couvrant non seulement les informations sur les émissions en tant que telles, c'est-à-dire les indications relatives à la nature, à la composition, à la quantité, à la date et au lieu de ces émissions, mais aussi les données relatives aux incidences à plus ou moins long terme desdites émissions sur l'environnement ». De sorte que « *ne constitueraient notamment pas des informations relatives à des émissions dans l'environnement des données extraites d'essais ayant pour objet d'étudier les effets de l'utilisation d'une dose du produit ou de la substance en cause nettement supérieure à la dose maximale pour laquelle l'autorisation de mise sur le marché est octroyée et qui sera utilisée en pratique, ou dans une concentration bien plus élevée, dès lors que de telles données se rapportent à des émissions non prévisibles dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation* » – qui sont des émissions purement « *hypothétiques* ».

Ainsi, la Cour a entendu apporter une précision vis-à-vis visant à exclure de la notion d'émissions de substances dans l'environnement le risque hypothétique de telles émissions. **Les informations portant sur le risque hypothétique de ces émissions tout comme les mesures visant à prévenir de tels risques entrant dans le champ des informations relatives à l'environnement et non dans le champ des informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement.**

Dans l'affaire n°C-673/13, la Cour a qualifié le lien unissant l'information à l'émission de substances dans l'environnement, en précisant que la notion d'informations ayant trait à des émissions dans l'environnement « *ne saurait pour autant inclure toute information présentant un quelconque lien, même direct, avec des émissions dans l'environnement* ».

Selon elle : « *en effet, si ladite notion était interprétée comme couvrant de telles informations, elle épuiserait en grande partie la notion d'"information environnementale" au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous d) du règlement n°1367/2006. Une telle interprétation priverait ainsi de tout effet utile la possibilité, prévue à l'article 4, paragraphe 2, premier tiret du règlement n°1049/2001, pour les institutions de refuser la divulgation d'informations environnementales au motif notamment qu'une telle divulgation porterait atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée et mettrait en péril l'équilibre que le législateur a voulu assurer entre l'objectif de transparence et la protection de ces intérêts. Elle porterait également une atteinte disproportionnée à la protection du secret professionnel garantie par l'article 339 du TFUE* ».

La Cour précise en outre que « *seules les données se rapportant à des "émissions dans l'environnement" sont incluses dans ladite notion, ce qui exclut notamment non seulement les informations qui ne concernent pas les émissions du produit en cause dans l'environnement, mais aussi, ainsi qu'il ressort des points 77 à 80 du présent arrêt, les données qui se rapportent à des émissions hypothétiques, c'est-à-dire à des émissions non effectives ou non prévisibles dans des circonstances représentatives des conditions normales ou réalistes d'utilisation* ».

C'est au regard de cet objectif et de la distinction poursuivis par le législateur entre la notion d'information relative à l'environnement d'une part et la notion d'émissions de substances dans

l'environnement d'autre part que doit être analysée la portée de l'expression donnée par la Cour dans l'arrêt précité :

- « Il ressort en substance de ces directives que constituent des “émissions” au sens de celles-ci les rejets directs ou indirects, dans l'air, l'eau ou le sol, de substances, vibrations, chaleur ou bruit à partir de sources ponctuelles ou diffuses de certaines installations industrielles y définies » ;

- Ces émissions ne doivent pas être limitées à celles provenant des installations industrielles ;

- « **Il convient certes de souligner que, comme la Commission le soutient, cette notion n'inclut pas les informations relatives à des émissions** » qui sont « **purement hypothétiques** » (élément repris des Conclusions de l'Avocat Général – Madame Juliane Kokott) tout en sachant que « cette notion ne saurait pour autant inclure toute information présentant un quelconque lien, même direct, avec des émissions dans l'environnement » ;

- **Cette notion englobe uniquement les informations relatives aux émissions prévisibles « dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation ».**

Il ressort donc de cet arrêt de la Cour, confirmé par un jugement en date du 21 novembre 2018 par le Tribunal de première instance de l'Union Européenne (affaire n°T-545/11), que seules les informations ayant trait à des émissions prévisibles dans des conditions normales d'utilisation entrent dans le champ de l'exonération prévue à l'article 6 du règlement n°1367/2006 précité.

Par extension, c'est donc bien également au regard de la définition de cette notion d'émission de substances dans l'environnement telle qu'établie par la jurisprudence de la Cour qu'elle doit être aussi interprétée dans le cadre de la directive 2003/4/CE et des mesures nationales de transposition figurant dans les dispositions des articles L. 124-1 et suivants du Code de l'environnement.

La Cour, par une appréciation exacte et très fine du droit européen, exclut ainsi expressément de la notion d'émission de substances dans l'environnement les émissions purement hypothétiques ou qui pourraient intervenir à la suite de conditions anormales d'utilisation.

Il résulte de ces jurisprudences que l'information entrant dans le champ d'application de l'article L. 124-5 du code de l'environnement doit i) porter sur des émissions effectives et prévisibles en conditions normales d'utilisation et non sur des émissions hypothétiques et ii) présenter un lien suffisant avec ces émissions.

Dès lors, les informations « *relatives aux risques d'émissions et aux mesures prises pour les prévenir ou en limiter les effets* » – qui appartiennent au champ d'application de l'article L.125-10 n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L.124-5, qui ne couvre que les « *informations relatives à des émissions* », à savoir des émissions non hypothétiques.

Or, les informations demandées ne portent pas sur des émissions directes dans l'environnement ni sur des émissions prévisibles dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation.

2. Questions relatives aux conséquences de la loi « secret des affaires » sur la recommandation

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires sur l'accès à l'information dans le domaine nucléaire a intégré dans le code de commerce un nouveau titre consacré à la Protection du secret des affaires, qui contient notamment:

- La définition de la notion de « secret des affaires » (art. L. 151-1) ;
- les conditions de la protection conférée à ce secret, et notamment les exceptions à cette protection (art. L. 151-7 à L. 151-9) ;

- les mesures pour prévenir et faire cesser les atteintes au secret des affaires (art. L. 152-3 à L. 152-5) ;
- le régime de réparation des atteintes (art. L. 152-6)
- les mesures générales de protection du secret devant les juridictions civiles ou commerciales (art. L. 153-1 à L. 153-2).

Cette loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 constitue la transposition de la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Elle modifie un certain nombre de codes dont, le code des relations entre le public et l'administration (CRPA), le code de l'environnement, et le code de la santé publique. Les modifications ont uniquement pour objet de **remplacer dans les articles visés le « secret en matière commerciale et industrielle » par le « secret des affaires »**.

S'agissant de l'incidence de cette substitution sur le droit à l'information en matière nucléaire :

L'article 4-IX. 1° de la loi modifie l'article L. 311-6 du CRPA, qui précise les informations qui ne sont communicables qu'à l'intéressé. Cet article prévoit désormais que :

« Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

*1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et **au secret des affaires**, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article [L. 300-2](#) est soumise à la concurrence [...]; »*

Le secret des affaires tel que délimité reprend à droit constant le périmètre fixé par la jurisprudence de la CADA.

Toutefois, outre ce périmètre, il convient de se reporter également à la définition du secret des affaires qui est fixé à l'article L. 151-1 du code de commerce.

Cet article précise en effet :

« Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

- elle **n'est pas**, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, **généralement connue ou aisément accessible** pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
- elle revêt une **valeur commerciale, effective ou potentielle**, du fait de son caractère secret ;
- elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime **de mesures de protection raisonnables**, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

Le secret des affaires devrait être apprécié au regard de ces dispositions combinées, ce qui pourrait entraîner des conditions de recevabilité plus strictes.

En outre, la modification de l'article L. 311-6 précitée a pour effet de faire **entrer le secret des affaires**, en lieu et place du secret industriel et commercial, **comme une limite au droit d'accès à l'information en matière d'environnement telle que prévue aux articles L. 124-1 et suivants du code de l'environnement et aux informations demandées directement auprès de l'exploitant ou du**

responsable de transport de substances radioactives au titre de l'article L 125-10 du code de l'environnement. Le secret des affaires constitue un cas permettant le refus d'une demande d'information environnementale prévus à l'article L. 124-4.

En revanche, l'article L. 124-5 du code de l'environnement n'étant pas modifiée par la nouvelle loi, le caractère non opposable du secret industriel et commercial aux informations relatives aux émissions de substances dans l'environnement s'applique dans les mêmes termes au secret des affaires.

Le secret des affaires tel que fixé par la loi n'est donc pas opposable dans les cas des demandes relatives à des émissions de substances dans l'environnement, dans son acception telle que définie par la Cour de justice dans les affaires précitées, à savoir vis-à-vis d'émissions directes ou qui sont prévisibles dans des conditions normales d'utilisation à l'exclusion des émissions purement hypothétiques .

3. Question relative à l'articulation entre les articles L. 120-1 et L. 124-5 du code de l'environnement

L'article L. 120-1 du code de l'environnement précise les conditions dans lesquelles s'exerce la **participation du public** à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. **La procédure de participation du public est distincte du droit d'accès à l'information en matière environnementale qui est régi par les articles L. 124-1 et ss du code de l'environnement.**

L'article L. 120-1 précise que les procédures de participation du public « *s'appliquent dans le respect des intérêts de la défense nationale et de la sécurité publique et de tout secret protégé par la loi* ». Ce qui signifie que dans le cadre de ces procédures ne peuvent être portés à la connaissance du public des documents ou informations dont la communication ou la divulgation serait de nature à porter atteinte à un secret protégé. **Sont des secrets protégés par la loi notamment les intérêts mentionnés au I de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, lequel renvoi aux articles L. 311-5 à L. 311-8 du code des relations entre le public et l'administration, ce qui englobe le secret des affaires ou le secret de la défense nationale.**

Parmi les procédures de participation du public mentionnées ci-dessus certaines font d'ailleurs expressément référence aux intérêts mentionnés à l'article L. 124-4 et au II de l'article L. 124-5.

Ainsi,

- **S'agissant des procédures de participation du public** prévues aux articles L. 123-19-1 à L. 123-19-3 (décisions réglementaires et individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement), l'article L. 123-19-4 du code de l'environnement précise qu'elles « *peuvent être adaptées en vue de protéger les intérêts mentionnés au I de l'article L. 124-4* ». En outre, l'article L. 123-19-5 du même code précise que « *les décisions mentionnées à l'article L. 123-19-2 ne sont pas soumises à participation du public lorsqu'il n'est pas possible d'y procéder sans porter atteinte aux intérêts mentionnés au I de l'article L. 124-4* » ;
- L'article L. 123-19 du code de l'environnement précise que les articles L. 123-19-4 et L. 123-19-5 sont applicables à la procédure de participation du public par voie électronique pour les projets non soumis à enquête publique ;
- L'article L. 123-19-8 exclut du champ d'application de toutes les formes de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement régies par le présent chapitre un certain nombre de projets relatifs à la défense nationale, notamment les opérations relatives aux installations et activités nucléaires intéressant la défense ;

- **S'agissant de l'enquête publique**, l'article R. 123-8 du code de l'environnement dispose que « *L'autorité administrative compétente disjoint du dossier soumis à l'enquête et aux consultations prévues ci-après les informations dont la divulgation est susceptible de porter atteinte aux intérêts mentionnés au I de l'article L. 124-4 et au II de l'article L. 124-5* ». ;
- **S'agissant de l'étude d'impact**, l'article R. 122-9 du code de l'environnement précise que l'étude d'impact ainsi que, le cas échéant, la décision rendant obligatoire la réalisation d'une évaluation environnementale et les avis mentionnés à l'article R. 122-7 sont insérés dans les dossiers soumis à enquête publique ou à participation du public par voie électronique conformément à l'article L. 123-19, le cas échéant selon les modalités prévues au 4° de l'article R. 123-8.

Il résulte de ces éléments que les procédures de participation du public mises en place par le code de l'environnement sont mises en œuvre dans le respect des secrets protégés par la loi. Sont notamment visés les intérêts mentionnés à l'article L. 124-4 du code de l'environnement (qui renvoie aux intérêts protégés au titre des articles L. 311-5 et L. 311-6 du CRPA), donc le secret des affaires et les intérêts mentionnés au II de l'article L. 124-5, à savoir : la conduite de la politique extérieure de la France, à la sécurité publique ou à la défense nationale, au déroulement des procédures juridictionnelles ou à la recherche d'infractions pouvant donner lieu à des sanctions pénales, et les droits de propriété intellectuelle.

4. Questions relatives à la codification de la loi du 17 juillet 1978 dans le code des relations entre le public et l'administration

- **S'agissant de l'article L. 311-5 : la modification apportée au g) vise à étendre le périmètre des documents qui ne sont pas communicables.** Alors qu'étaient visés auparavant les seuls documents dont la communication porterait atteinte à la recherche des infractions fiscales et douanières, sont aujourd'hui visés les documents relatifs à la recherche et à la prévention de toutes infractions.
- **S'agissant de l'article L. 311-6 :** outre les éléments d'analyse fournis à la question 2 ci-dessus, il convient de noter que le nouvel article L. 311-6 ajoute que le secret des affaires devra être apprécié, pour les organismes privés investis d'une mission de service public, en tenant compte du fait que **leur mission s'exerce dans un domaine concurrentiel.**

Pour comprendre le sens de cette disposition, il faut se reporter à l'exposé des motifs de l'amendement qui l'a introduit, à l'initiative du Gouvernement, lors de l'examen en première lecture à l'AN du projet de loi « pour une République numérique ».

Selon cet exposé :

« Cet amendement vise à inscrire dans la loi la doctrine déjà très abondante de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en matière de respect du secret commercial et industriel, qui apprécie celui-ci en fonction du degré de concurrence auquel est exposée l'administration publique. En ce qui concerne par exemple le secret des stratégies commerciales (troisième dimension du secret industriel et commercial), la CADA l'interprète en référence aux décisions stratégiques de l'entreprise et à son positionnement dans son environnement concurrentiel : prix et remises pratiqués, liste des fournisseurs, politique de développement à l'exportation (avis n° 20065445 du 21 décembre 2006), niveau d'amélioration du service médical rendu revendiqué par un laboratoire pharmaceutique (conseil n° 20071444 du 3 mai 2007), dates d'ouvertures d'étals de brocanteurs (avis n° 20084484 du 11 décembre 2008). En outre, une information révélant les conditions des négociations intervenues entre GDF SUEZ et ses fournisseurs dans le cadre de contrats

d'approvisionnement en gaz de long terme est également couverte par ce secret (avis n° 20090193 du 15 janvier 2009).

L'amendement vise ainsi à garantir une plus grande sécurité juridique aux organismes exposés à la concurrence dans l'exercice d'une mission de service public industriel et commercial, notamment les EPIC de transports tels que la SNCF ou la RATP ».

Par cette disposition, la volonté du législateur est claire : apporter une meilleure sécurité juridique aux organismes privés qui sont assujettis au droit d'accès à l'information parce qu'ils exercent une mission de service public, de façon à ne pas créer une rupture d'égalité entre eux et leurs concurrents qui ne seraient pas assujettis à ce droit.

Cette disposition s'inscrit pleinement dans la préoccupation de la CJUE de concilier droit à l'information et protection du secret professionnel, en ne vidant pas ce dernier de tout effet.