

Intervention à l'invitation du Haut comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire – 14 octobre 2020

Avant de vous exposer la manière dont la CADA aborde les demandes d'accès aux documents administratifs relatifs aux installations nucléaires, je souhaite préciser quelques points.

La CADA, autorité administrative indépendante, intervient dans le cadre d'un recours préalable obligatoire avant la saisine du juge administratif sur un refus de communication.

Elle émet un avis, non contraignant, au vu duquel l'administration se prononce de nouveau sur le caractère communicable ou non d'un document.

La CADA est composée d'un collège de onze membres et d'une petite équipe d'une quinzaine de personnes auxquels sont adjoints une quinzaine de rapporteurs qui instruisent les dossiers essentiellement des magistrats administratifs.

La CADA rend un peu plus de 5000 avis par an, dans des domaines très variés, de la fiche de paye d'un agent public aux documents intéressants les installations nucléaires.

Les demandes qui intéressent le secteur nucléaire sont toutefois marginales, de l'ordre de quelques dossiers par an.

Sur le fond désormais, la CADA est compétente pour connaître des refus de communication de l'ensemble des documents administratifs détenus par les organismes publics ou chargés d'une mission de service public, qu'ils aient été élaborés par eux ou leur aient été remis dans le cadre de leurs missions de service public.

Le cadre juridique du droit d'accès est celui prévu, en premier lieu, par le livre III du code des relations entre le public et l'administration, qui prévoit que les administrations sont tenues de communiquer les documents qu'elles détiennent, sous réserve de l'occultation préalable des mentions qui porteraient atteinte à un certain nombre de secrets : des secrets absolus, déterminés par l'article L311-5 du code des relations entre le public et l'administration, au nombre desquels figurent le secret de la défense nationale, la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations ou la conduite de la politique extérieure de la France. L'administration ne peut pas communiquer les documents relevant de ces secrets.

Le livre III du code des relations entre le public et l'administration prévoit également, en son article L311-6, une série de secrets, dits relatifs, interdisant la communication à des tiers des informations relevant, notamment, de la vie privée, du secret médical ou du secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles.

Relèvent du secret des affaires :

Au titre du secret des procédés : les informations qui permettent de connaître le savoir-faire, les techniques de fabrication telles que la description des matériels ou logiciels utilisés et du personnel employé ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises, dans la mesure où ces infos traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché.

Au titre du secret des informations économiques et financières : les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit, comme, par exemple, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs et, généralement, toutes les informations de nature à révéler son niveau d'activité.

Au titre des mentions protégées par le secret des stratégies commerciales : sont ici visées des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs, le montant des remises consenties ainsi que les mentions qui ont trait : à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société, aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche ou au plan de financement ou à l'actionnariat.

La commission considère que la substitution des termes « industriel et commercial » par la notion « des affaires », opérée par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires à l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration, n'a pas modifié les composantes matérielles du secret, qui constituent un prérequis nécessaire au sens de ce texte. Ainsi, une information ne peut être regardée comme relevant du secret des affaires si elle ne se rattache pas matériellement soit au secret des procédés, soit au secret des informations économiques et financières soit au secret des stratégies commerciales ou industrielles.

Il y a cependant lieu de tenir compte de l'article L151-1 du code du commerce qui prévoit que pour être protégée par le secret des affaires une information doit répondre à trois conditions cumulatives : ne pas être connue du grand public et/ou du secteur professionnel concerné ; avoir une valeur commerciale, réelle ou potentielle, parce que secrète ; faire l'objet de mesures spécifiques destinées à la garder confidentielle.

La commission considère ainsi que le critère matériel ne peut à lui seul justifier une protection et que les informations ne relèvent de ce secret que si dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations, ou ne leur étaient pas aisément accessibles et qu'elles avaient une valeur commerciale effective ou potentielle de ce fait (avis 20183478 du 21 mars 2019).

S'agissant du critère dit « subjectif » tenant aux mesures prises par leur détenteur légitime pour conserver les informations secrètes mentionné au 3° de l'article L151-1 du code de commerce, la commission estime, en l'état actuel de sa doctrine, qu'en matière de droit d'accès, il n'a pas de portée propre et qu'il est, en principe, satisfait lorsque les deux autres composantes du secret des affaires sont remplies, à savoir que les informations en cause n'étaient pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations, ou ne leur étaient pas aisément accessibles et qu'elles avaient une valeur commerciale effective ou potentielle de ce fait. Elle estime en effet, en l'état des avis et conseils qu'elle a rendus, qu'il ne saurait être déduit qu'une information ne

relève pas du secret des affaires du seul motif de l'insuffisance des mesures de protection mises en place par le détenteur légitime de ces informations.

Je précise également qu'il appartient à l'administration qui entend opposer à la communication d'un document administratif un secret protégé, quel qu'il soit, d'être en mesure de le justifier. Dans l'hypothèse où l'administration demande à une entité de lui formuler des propositions d'occultations de mentions relevant du secret, il lui appartient de lui demander de justifier du caractère secret des informations dont elle demande l'occultation au regard tant des critères matériels que des critères tenant à leur confidentialité, à leur valeur commerciale, réelle ou potentielle, parce que secrète et aux mesures de protection dont elles font l'objet, en ce qui concerne le secret des affaires, afin d'être elle-même en mesure d'apprécier la pertinence des propositions et de fonder son éventuel refus de communication. Ainsi, la commission a-t-elle estimé que lorsqu'elle invoque un tel secret au regard des actes formels qu'elle a émis, l'administration doit être en mesure de justifier de la prise en compte de ces critères et que lorsque ces conditions ne sont pas réunies, il n'y a pas lieu d'effectuer, sur le fondement du code des relations entre le public et l'administration, des occultations préalablement à la communication d'un document administratif (avis 20183968 du 28 février 2019).

A cette première grille de lecture s'ajoute celle du droit de communication des informations environnementales telles que décrites, transposé aux articles L124-1 du code de l'environnement.

Les informations environnementales sont définies à l'article L124-2 du code de l'environnement/ Constituent des informations environnementales :

Est considérée comme information relative à l'environnement au sens du présent chapitre toute information disponible, quel qu'en soit le support, qui a pour objet :

1° L'état des éléments de l'environnement, notamment l'air, l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, les paysages, les sites naturels, les zones côtières ou marines et la diversité biologique, ainsi que les interactions entre ces éléments ;

2° Les décisions, les activités et les facteurs, notamment les substances, l'énergie, le bruit, les rayonnements, les déchets, les émissions, les déversements et autres rejets, susceptibles d'avoir des incidences sur l'état des éléments visés au 1° ;

3° L'état de la santé humaine, la sécurité et les conditions de vie des personnes, les constructions et le patrimoine culturel, dans la mesure où ils sont ou peuvent être altérés par des éléments de l'environnement, des décisions, des activités ou des facteurs mentionnés ci-dessus ;

4° Les analyses des coûts et avantages ainsi que les hypothèses économiques utilisées dans le cadre des décisions et activités visées au 2° ;

5° Les rapports établis par les autorités publiques ou pour leur compte sur l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement.

Ce droit d'accès est particulier à plusieurs égards.

D'une part, il ne porte pas sur des documents mais sur les informations, pouvant contraindre les administrations qui en sont détentrices de produire un document pour la communiquer.

D'autre part, il prévoit qu'il appartient à l'administration de procéder à une appréciation de l'intérêt d'une communication d'une mention relevant d'un secret protégé au regard de l'intérêt de la protection de l'environnement. Les secrets protégés sont globalement ceux du droit commun.

Ensuite, le caractère préparatoire à une décision administrative en cours d'élaboration n'est pas applicable, l'information est immédiatement communicable.

Enfin, il prévoit une sous-catégorie d'informations environnementales, les informations relatives à des émissions de substance dans l'environnement, pour lesquelles seuls certains secrets sont opposables : l'atteinte à 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, ou à des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, le secret des affaires ne peut-il faire obstacle à la communication d'informations relatives à des émissions de substance dans l'environnement.

Relèvent de la notion d'« informations relatives à des émissions dans l'environnement » selon la CJUE, les indications concernant la nature, la composition, la quantité, la date et le lieu des « émissions dans l'environnement » de produits ou substances, ainsi que les données relatives aux incidences, à plus ou moins long terme, de ces émissions sur l'environnement, en particulier les informations relatives aux résidus présents dans l'environnement. Seules les données se rapportant à des « émissions dans l'environnement » sont incluses dans cette notion, les informations qui ne concernent pas les émissions du produit en cause dans l'environnement et les données qui se rapportent à des émissions hypothétiques s'en trouvant exclues. (Affaire C-442/14 du 23 novembre 2016). La notion d'informations relatives 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 » ((Affaire C-673/13 même date).

A ce double tamis s'ajoute un troisième qui est propre au secteur nucléaire, celui du droit à l'information en matière de sûreté nucléaire et de radioprotection créé par l'article 19 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, désormais codifié à l'article L125-10 du code de l'environnement, qui dispose que sans préjudice des dispositions de l'article L. 124-1 du code de l'environnement, toute personne a le droit d'obtenir, auprès de lui, les informations détenues par l'exploitant d'une installation nucléaire de base qu'elles aient été reçues ou établies par eux, portant sur les risques ou inconvénients que l'installation peut présenter pour les intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 (c'est-à-dire la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la nature et de l'environnement) et sur les mesures prises pour prévenir ou réduire ces risques ou inconvénients, dans les conditions définies aux articles L. 124-1 à L. 124-6 de ce code.

Cette disposition a eu pour objet de créer un droit d'accès direct auprès des exploitants qui ne pouvaient et ne peuvent pas être tous regardés comme des autorités administratives et n'entraient donc ni dans le champ de la loi de 1978, ni dans celui du code de l'environnement.

Ce droit de communication n'a toutefois rien particulier sur le fond, le législateur ayant pris le soin de renvoyer aux dispositions du code de l'environnement qui elles-mêmes renvoient au livre III du code des relations entre le public et l'administration.

Pour l'application de ce régime, que la CADA est compétente pour interpréter (B de l'article L342-2 du code des relations entre le public et l'administration), la commission a considéré, dans un avis 20093465 du 5 novembre 2009, réitéré, que les mesures prises pour prévenir les risques liés à l'exposition aux rayonnements ionisants ou les mesures de sûreté et de radioprotection, eu égard à l'objet des dispositions de l'article L124-5 du code de l'environnement, qui visent à assurer un degré élevé de transparence et à permettre au public d'apprécier si et dans quelle mesure il est ou pourrait être exposé à des émissions, la notion d'« informations relatives à des émissions dans l'environnement » devait s'interpréter comme incluant non seulement les informations sur la nature, la quantité, la composition et le caractère nocif des émissions, mais aussi sur les risques d'émissions ainsi que sur les mesures prises pour les prévenir ou en limiter les effets.

En d'autres termes, la CADA a considéré que les informations liées aux rayonnements ionisants sur la nature, la quantité, la composition et le caractère nocif des émissions, mais aussi sur les risques d'émissions ainsi que sur les mesures prises pour les prévenir ou en limiter les effets relevaient du régime de communication très libéral des émissions de substance dans l'environnement, auquel le secret des affaires, par exemple, n'est pas opposable.

C'est cette dernière grille de lecture qui a été appliquée dans l'avis 20192568, pour lequel la commission a estimé qu'eu égard à l'objet du rapport « impact cycle 2016 » qui présente les conséquences, sur chaque étape du cycle du combustible nucléaire, de la stratégie d'EDF d'utilisation des différents types de combustibles dans ses réacteurs, la préservation du secret des affaires n'apparaissent légalement justifiées qu'en tant qu'elles ne porteraient pas sur la nature, la quantité, la composition, le caractère nocif des émissions, les risques d'émissions ainsi que sur les mesures prises pour les prévenir ou en limiter les effets.

Cette position de la CADA, très volontariste, est aujourd'hui remise en cause par deux jugements du tribunal administratif de Lyon (TA69/2020/20201008/1907743 ; TA69/2020/20201008/1808872).

Il a jugé d'une part, ce qui ne constitue qu'un rappel, qu'il appartient à celui qui invoque un secret de le justifier et que ce n'est pas la sensibilité de l'information qui est déterminante mais la conséquence de sa divulgation sur l'atteinte au secret protégé, appréciée in concreto ; d'autre part, que seules les informations effectivement relatives à des émissions de substances, entendues comme ayant trait à un rejet effectif ou prévisible dans des conditions normales ou réalistes de fonctionnement de la centrale, parmi celles portant sur les risques d'émissions ainsi que sur les mesures prises pour les prévenir ou en limiter les effets, relevaient du régime libéral de communication prévu par l'article L124-5 du code de l'environnement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce s'agissant d'anomalies portant sur la construction des réacteurs qui ne pouvaient être regardées comme étant à l'origine, même indirectement, d'émissions dans l'environnement.

Sur ce dernier point, le tribunal se livre à une lecture « classique » de l'information environnementale, selon qu'elle est porte sur des mentions relatives à l'environnement ou, plus spécifiquement, à des émissions de substances dans l'environnement et applique le régime de communication attaché à chaque catégorie d'information environnementale, ce à quoi n'invitait pas la doctrine de la CADA, qui avait, dans le domaine de la sécurité nucléaire une approche globalisante.

Il s'en déduit, sans doute, que la seule portée désormais de l'article L124-5 du code de l'environnement, par rapport au droit commun, est d'ouvrir un droit d'accès direct auprès des opérateurs pour les informations mentionnées à l'article L125-10. Mais la CADA n'a pas encore tiré les conséquences de ces deux jugements sur sa doctrine.