



**HAL**  
open science

**La compatibilité du droit d'accès aux informations  
environnementales de source privée avec la protection du  
secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit  
d'accès aux données d'intérêt général de source privée**

Aude-Solveig Epstein

► **To cite this version:**

Aude-Solveig Epstein. La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée. *Revue juridique de l'environnement*, 2020. hal-03025689

**HAL Id: hal-03025689**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03025689v1>**

Submitted on 26 Nov 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée**

**Aude-Solveig Epstein, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre**

Publication in : Revue juridique de l'environnement, 2020, vol. 45, pp. 137-149

Contact de l'auteur : [aude.epstein@parisnanterre.fr](mailto:aude.epstein@parisnanterre.fr)

Résumé : Depuis une vingtaine d'années, un droit d'accès aux informations environnementales a émergé qui s'avère plus favorable à l'accès que ne l'est le régime plus ancien d'accès aux documents administratifs. Ce régime d'accès à l'information environnementale, qui permet déjà au public d'accéder à quantité de données sanitaires, a préfiguré l'évolution aujourd'hui en cours vers un régime plus large d'accès aux données d'intérêt général. Le régime général d'accès aux données d'intérêt général dont le droit à l'information environnementale préfigure le modèle se justifie par l'importance collective que notre société reconnaît aux informations en cause, plutôt que par le caractère public de leur source. Il s'étend donc aux informations détenues non seulement par les autorités publiques mais aussi par les entreprises privées. Le régime d'accès direct aux données d'intérêt général des entreprises privées, ou ne serait-ce qu'aux informations environnementales qu'elles détiennent, reste encore largement à construire. Son développement ne serait pas en lui-même attentatoire au secret des affaires. Bien au contraire, il serait l'occasion de perfectionner les modalités d'articulation entre droit de savoir et intérêt légitime au secret qui existent déjà dans le cadre du droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques.

**Mots clés : Données d'intérêt général – Accès à l'information environnementale – Devoir de vigilance – Secret des affaires – Données détenues par les entreprises privées**

Summary: Over the past two decades, a specific right of access to environmental information has emerged that is more favourable to access than the more traditional freedom of information act. This regime of access to environmental information, which already allows the public to access a great deal of health data, foreshadowed the evolution – now underway – towards a broader regime of access to data of general interest. This general regime of access to data of general interest, of which the right to environmental information is a forerunner, is grounded on the collective importance that our society recognises to the information at hand, rather than by the public character of its source. It therefore extends to information held not only by public authorities but also by private companies. The regime of direct access to data of general interest held by private companies, or even only to the environmental information they hold, is still under construction. Its development would not in itself be an attack on business secrecy. On the contrary, it would provide an opportunity to improve the existing arrangements for linking the right to know and the legitimate interest in secrecy in the context of the right of access to environmental information held by public authorities.

**Keywords : Data of general interest - Access to environmental information - Duty of vigilance - Business secrecy - Data held by private companies**

Un droit d'accès aux informations environnementales a émergé dans le sillage 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 du 25 juin 1998 (dite « Convention d'Aarhus »). Ce traité a été mis en œuvre à l'échelon européen par la Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, ensuite transposée en droit français aux articles L. 124-1 et suivants du Code de l'environnement.

Ces différents textes convergent pour attribuer à la notion d'information environnementale une large portée : elle inclut non seulement les données sur les impacts environnementaux des activités humaines, mais aussi sur les causes de ces impacts et sur leurs conséquences. Parmi ces dernières, figurent les conséquences sanitaires des atteintes à l'environnement. Si bien que, parmi les informations environnementales que les autorités publiques doivent communiquer au public, selon les cas sur demande ou spontanément, figurent des informations sur « *l'état de la santé humaine, la sécurité, y compris, le cas échéant, la contamination de la chaîne alimentaire, et les conditions de vie des personnes (...) pour autant qu'ils soient ou puissent être altérés par l'état des éléments de l'environnement (...) ou, par l'intermédiaire de ces éléments (...)* »<sup>1</sup>.

A l'avenir, notre système juridique s'orientera probablement vers un régime général d'accès aux données d'intérêt général<sup>2</sup>. A l'instar du droit d'accès à l'information environnementale, ce droit d'accès aux données d'intérêt général sera justifié par l'importance collective que notre société reconnaît aux informations en cause, plutôt que par le caractère public de la personne qui les a produites ou qui les détient. Ce droit s'étendra donc aux informations détenues non seulement par les autorités publiques mais aussi par les entreprises privées.

D'ores et déjà, le droit d'accès à l'information environnementale permet au public d'obtenir des données élaborées par des entreprises privées. D'une part, les autorités publiques, qui sont aujourd'hui les principales débitrices des obligations destinées à concrétiser le droit à l'information environnementale, détiennent quantité de données qui leurs sont communiquées par des entreprises privées (rapports sur les émissions dans l'environnement, études d'impact environnemental, fiches de données de sécurité, etc.). Une fois « détenues » par une autorité publique<sup>3</sup>, ces données deviennent en principe communicables au public. D'autre part, nous assistons à une désintermédiation dans la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public : de plus en plus, l'information doit être communiquée directement au public par l'entreprise elle-même (I).

L'essor de ce droit d'accès direct aux informations environnementales et plus largement aux données d'intérêt général détenues par l'entreprise privée demeure cependant freiné par des

---

<sup>1</sup> Suivant les termes de l'article 2 de la Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, eux-mêmes inspirés de la Convention d'Aarhus et repris à l'article L. 124-2 du Code de l'environnement.

<sup>2</sup> V. not. Conseil général de l'économie et Inspection générale des finances, *Rapport relatif aux données d'intérêt général*, sept. 2015 ; A.-S. Epstein, « Du droit d'accès aux informations relatives à l'environnement au droit d'accès aux données d'intérêt général », in J. Rochfeld (dir.), *Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice sur Le(s) Bien(s) Commun(s)*, à paraître. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique s'en est tenue à la consécration d'obligations spéciales d'ouverture des données d'intérêt général ; elle n'a pas créé un régime général.

<sup>3</sup> Convention d'Aarhus, art. 4 ; Directive 2003/4/CE, art. 1.a. et 7.1. ; C. envir., art. L. 124-1.

crainces liées à la protection du secret des affaires<sup>4</sup>. Ces craintes ne sont pas légitimes : il serait possible de généraliser le droit d'accès direct aux informations environnementales détenues par les entreprises privées (II) tout en veillant à l'articulation entre droit d'accès à l'information et protection du secret des affaires (III).

## **I.- LA DESINTERMEDIATION DE LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT A L'INFORMATION ENVIRONNEMENTALE DU PUBLIC**

***Un droit traditionnellement conçu comme n'imposant d'obligations qu'aux autorités publiques.*** – Le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement a été largement appréhendé comme une simple déclinaison du régime plus traditionnel d'accès aux documents administratifs, et donc comme une variation sur le thème de la transparence administrative et de la démocratisation de l'administration. Cette conception a conduit le Gouvernement français à refuser de transposer les directives européennes prises pour mettre en œuvre la Convention d'Aarhus : il prétendait n'avoir pas à prendre de mesure de transposition, puisque le système juridique français comportait déjà un régime complet d'accès aux documents administratifs, issu de la loi précitée du 17 juillet 1978. Même si, après avoir été condamnée pour transposition incomplète ou incorrecte<sup>5</sup>, la France a ancré dans son droit la spécificité de l'accès aux informations environnementales, cette prérogative a continué d'être appréhendée comme n'étant susceptible d'imposer d'obligations qu'aux autorités publiques. En ce sens, l'article 7 de la Charte de l'environnement attribue une valeur constitutionnelle au droit d'accès aux informations environnementales détenues par les seules autorités publiques. Cette limite organique au droit d'accès conduit traditionnellement le public à se tourner vers les autorités publiques pour obtenir des données qui concernent les entreprises privées. Pourtant, il est de plus en plus fréquent que ces dernières soient directement tenues de contribuer à la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public.

***Un droit pourtant à l'origine d'obligations pour des entreprises privées.*** –

Parfois, la loi désigne expressément les obligations légales d'information qu'elle institue à la charge des entreprises privées comme une contribution à la réalisation du droit à l'information environnementale du public. C'est ainsi au nom du droit à l'information environnementale du public que les entreprises privées chargées d'une mission de service public<sup>6</sup> mais aussi les exploitants d'activités qui exposent les personnes et les biens à des risques significatifs (nucléaire<sup>7</sup>, déchets<sup>8</sup>, risques majeurs<sup>9</sup>, etc.) doivent, selon les cas, répondre aux demandes d'information environnementale du public ou participer activement à l'information de ce dernier.

Il arrive aussi que la législation impose des obligations d'information environnementale à des entreprises privées sans reconnaître formellement qu'il s'agit ce faisant, pour celles-ci, de concourir à la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public. Le meilleur exemple en est constitué par les obligations spéciales de rapportage environnemental telles qu'on

---

<sup>4</sup> En ce sens, v. not. Conseil général de l'économie et Inspection générale des finances, *Rapport relatif aux données d'intérêt général*, sept. 2015 (consacrant de nombreuses pages à la perspective de rendre obligatoire l'ouverture au public des données d'intérêt général détenues par des acteurs privés, mais s'en tenant à des préconisations limitées par crainte d'imposer la divulgation de secrets d'affaires).

<sup>5</sup> CJCE (6e ch.), 26 juin 2003, aff. C-233/00, *Commission c/ République française*, Rec. CJCE, p. 6625 : AJDA, 2004 p. 543, obs. B. Delaunay.

<sup>6</sup> L'article L. 124-3 du Code de l'environnement impose aux personnes privées chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement de répondre aux demandes d'informations relatives à l'environnement qu'elles détiennent, et qui se rapportent à leur mission de service public.

<sup>7</sup> C. envir., art. L. 125-10.

<sup>8</sup> C. envir., art. L. 125-1.

<sup>9</sup> C. envir., art. L. 125-2.

les rencontre en droit des affaires. Depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, le contenu environnemental du rapport de gestion des grandes sociétés s'est ainsi considérablement développé<sup>10</sup>. Généralement analysé sous l'angle du droit à l'information des actionnaires, ce phénomène gagne à être aussi interprété comme une manifestation de l'enrôlement des entreprises privées dans la mise en œuvre du droit du public à l'information environnementale. Un témoignage en est fourni par l'article 6 de l'Accord régional sur l'accès à l'information, participation publique et justice en matière d'environnement en Amérique Latine et dans les Caraïbes adopté à Escazú (Costa Rica) le 4 mars 2018. Ce texte, qui constitue un équivalent fonctionnel moderne de la Convention d'Aarhus, stipule que : « *Chaque Partie encourage, conformément à ses capacités, l'élaboration de rapports de durabilité des entreprises publiques et privées, en particulier des grandes entreprises, qui reflètent leur performance sociale et environnementale.* » Il faut se souvenir qu'en 2001, aux premiers temps du rapportage environnemental obligatoire en droit des affaires français, Internet n'en était qu'à ses balbutiements. A l'époque, le rapport de gestion avait donc été choisi comme support des données environnementales en très large part du fait de la publicité dont il bénéficiait<sup>11</sup> ! Mais les temps changent : aujourd'hui, l'essentiel est que les informations environnementales soient communiquées au public, raison pour laquelle il est insuffisant de les inclure dans le rapport de gestion et indispensable de les rendre « *aisément accessibles sur le site internet de la société* »<sup>12</sup>. On ne saurait mieux dire que les données environnementales que les grandes sociétés incluent aujourd'hui dans leur rapport annuel sont au moins autant destinées à l'information des actionnaires qu'à celle du public !

Certes, le Code de commerce impose aux grandes sociétés de publier ces données sans garantir pour autant à toute personne le droit de demander l'accès à telle ou telle information environnementale spécifique. Cela ne disqualifie pas l'analyse de ce rapportage environnemental en termes de droit à l'information environnementale du public, mais vient plutôt signifier le caractère partiel de l'extension en cours des débiteurs du droit à l'information environnementale du public. En effet, le droit du public à l'information en matière environnementale recouvre à la fois un droit de demander l'accès à une information déterminée et le droit de recevoir spontanément des informations<sup>13</sup>. Le Code de commerce contient des dispositifs de mise à disposition spontanée mais ne reconnaît pas un droit d'accès sur demande, ou du moins pas encore... Serait-il opportun d'aller plus loin et de reconnaître officiellement l'existence d'un droit à l'information environnementale de l'entreprise privée, dans sa double dimension non seulement de droit d'obtenir que des informations soient diffusées publiquement mais aussi de droit d'accès sur demande à des informations particulières ?

### **III.- VERS LA GENERALISATION DU DROIT D'ACCES A L'INFORMATION ENVIRONNEMENTALE DES ENTREPRISES PRIVEES**

---

<sup>10</sup> Le texte emblématique de ce reporting est l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, mais les manifestations en sont bien plus nombreuses. A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne, 2015.

<sup>11</sup> En ce sens, v. Igas/Ige/Cgm, *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques – Mise en œuvre par les entreprises françaises cotées de l'obligation de publier des informations sociales et environnementales*, août 2007, p. 8 et p. 26 : « *Le choix du rapport de gestion pour l'insertion des informations sociales et environnementales permet de s'assurer qu'elles pourront être consultées, voire débattues par toutes les parties prenantes de l'entreprise.* » ; « *Le support est pertinent car le rapport de gestion garantit que les informations sociales et environnementales sont rendues publiques* ». La pertinence du choix de ce support devient sujette à caution dans le sillage du jugement du 31 janvier 2020 par lequel le Tribunal judiciaire de Nanterre en déduit la compétence du tribunal de commerce pour examiner les demandes relatives au plan de vigilance des grandes sociétés.

<sup>12</sup> C. com., art. R. 225-105-1.

<sup>13</sup> V. les art. 4 et 5 de la Convention d'Aarhus.

Les textes modernes sur l'accès à l'information environnementale accordent une place croissante aux informations détenues par les entités privées. Ainsi, l'article 6 de l'Accord Escazú prescrit à chaque Partie d'adopter « *les mesures nécessaires, à travers des cadres légaux et administratifs, entre autres, pour promouvoir l'accès à l'information environnementale se trouvant entre les mains d'entités privées, en particulier relative à leurs opérations et aux possibles risques et effets sur la santé humaine et l'environnement* ». Sans attendre une éventuelle révision de la Convention d'Aarhus sur ce point, la France pourrait officialiser le rôle des acteurs privés dans la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public. Compte tenu de l'état actuel de notre législation, la principale réforme consisterait à généraliser le droit d'accès direct à l'information environnementale détenue par les entreprises privées tel qu'il existe pour l'instant que dans certains secteurs (*supra*). Une telle réforme se justifie pour différentes raisons, parmi lesquelles les trois suivantes qui nous semblent fondamentales.

***Les autorités publiques ne disposent pas de toutes les informations pertinentes.*** – Il n'est plus possible de présumer que les autorités publiques disposeraient de toutes les données sur les impacts environnementaux des activités des entreprises qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement et de la santé publique. D'abord, les entreprises peuvent tarder à communiquer leurs informations à l'administration<sup>14</sup>. Ensuite, les impacts environnementaux du secteur de services sont sous-administrés : l'administration de l'environnement supervise essentiellement les secteurs agricole et industriel ; les autorités de régulation des activités de service (par exemple des banques) ne supervisent pas les impacts *environnementaux* des entités régulées. Par conséquent, les données sur les impacts environnementaux des activités de service sont essentiellement détenues par les entreprises elles-mêmes. Or, ces données sont devenues cruciales depuis que les grandes sociétés, tous secteurs confondus, se sont attribués et vu reconnaître la responsabilité de réguler les impacts sanitaires, sociaux et environnementaux dans l'ensemble de leur chaîne de valeur. Ces impacts qu'il revient aux grandes entreprises (tous secteurs confondus) de réguler peuvent être localisés à l'étranger, y compris dans des pays où la législation environnementale est défectueuse et où l'accès à l'information sur l'environnement est dépourvu d'effectivité. Les informations sur ces impacts à l'étranger ne sont pas non plus détenues par les autorités nationales du pays du siège de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre pour des raisons liées, à la fois à l'écran de la personnalité morale et à la portée de toute façon très nationale des impacts environnementaux pris en considération par les autorités publiques. Faute d'une transparence suffisante, tant la légitimité que l'effectivité de cette régulation privée des impacts environnementaux et plus largement sociétaux demeurent donc aujourd'hui sujettes à caution<sup>15</sup>.

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre illustre bien les difficultés à l'œuvre<sup>16</sup>. Elle charge les grandes sociétés françaises d'adopter un plan de vigilance devant comporter « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et*

---

<sup>14</sup> Les données qui sont « détenues pour le compte » d'une autorité publique sont censées être communicables en application de la directive 2003/4/CE. C'est l'une des spécificités du régime d'accès aux informations relatives à l'environnement comparativement au régime d'accès aux documents administratifs (comp. Cada, Conseil n° 20065147, 8 mars 2007, *Préfet du Rhône*). Il nous semble qu'il convienne d'en déduire que les autorités publiques ont l'obligation de communiquer non seulement les informations environnementales qu'elles détiennent déjà, mais aussi celles qu'elles ont le droit d'obtenir de la part d'entités tierces, y compris des entreprises privées<sup>14</sup>. La législation allemande affirme clairement cette solution (v. l'article 2§4 de l'*Umweltinformationsgesetz* du 22 décembre 2004), contrairement au droit français qui mériterait d'être précisé sur ce point.

<sup>15</sup> Parmi une littérature abondante, v. par ex. S. Bernstein et B. Cashore, « Can Non-State Global Governance be Legitimate? An Analytical Framework. », *Regulation and Governance*, 2007, vol. 1, p. 1.

<sup>16</sup> Sur cette régulation privée et ses limites en termes de transparence, v. not. M. P. Vandenbergh, « The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance, » *UCLA L. Rev.*, 2007, vol. 54, p. 913.

*de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* »<sup>17</sup>. Les parties prenantes sont censées concourir à surveiller l'efficacité et l'effectivité des mesures mises en œuvre mais elles ne se voient pas reconnaître le droit d'accéder à des informations autres que celles que l'entreprise consent elle-même à communiquer<sup>18</sup>. Peuvent-elles espérer obtenir l'accès aux informations nécessaires auprès d'une autorité publique ? Les articles L. 124-1 et suivants du Code de l'environnement leur permettront tout au plus d'obtenir des données sur les impacts environnementaux des activités de la société mère en France. Afin d'obtenir la communication de données sur les impacts environnementaux des filiales et sous-traitants, encore faudra-t-il être capable d'identifier ces derniers et d'adresser la demande à l'autorité publique éventuellement étrangère où leurs activités sont localisées. S'il s'agit d'un pays à faible gouvernance, où le droit de l'environnement est peu effectif, l'espoir d'obtenir les informations en cause sera faible. En tout état de cause, le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques sera généralement insusceptible de permettre l'accès aux normes que la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre a adoptées en vue de se conformer à son devoir de vigilance. La seule manière pour les parties prenantes d'obtenir ces précieuses informations sera d'engager un procès, ce qui présupposera qu'elles aient déjà pu rassembler des informations suffisantes à l'appui de leurs soupçons de violation de la loi sur le devoir de vigilance...

Ainsi, l'une des faiblesses de la loi sur le devoir de vigilance est de n'avoir pas prévu un mécanisme non juridictionnel d'accès sur demande aux informations des entreprises sur la manière dont elles conçoivent leur plan de vigilance et le mettent en œuvre. Le législateur serait, pensons-nous, bien inspiré d'assortir la loi sur le devoir de vigilance d'un tel droit d'accès à l'information. Il pourrait éventuellement s'inspirer du précédent constitué par les articles L. 113-1 et L. 113-2 du Code de la consommation. Ces dispositions organisent un régime intéressant – encore que perfectible – d'accès à l'information détenue par les entreprises sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elles commercialisent.

Mais au-delà du cas particulier des informations utiles à la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance, l'objet même des informations environnementales pourrait justifier qu'un droit d'accès soit garanti à celles qui sont détenues par des entreprises privées.

***Les informations relatives à l'environnement sont des biens communs.*** – Si les informations environnementales ont à être divulguées c'est en raison de leur objet davantage qu'en raison du caractère public ou privé de la personne qui les détient. Ces informations se rapportent à un bien commun, l'environnement « *patrimoine commun des êtres humains* »<sup>19</sup>. Ce caractère commun justifie la limitation des prérogatives du producteur ou du titulaire des informations considérées qui ne peut s'opposer à leur diffusion que pour des motifs légitimes restreints.

---

<sup>17</sup> C. com., art. L. 225-102-4.

<sup>18</sup> En ce sens, v. not. H. P. Graver, « Business enterprises and the environmental information act in Norway », *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3 (« *information is an important part of the possibility of private enforcement of environmental regulations. In practice, this is perhaps the most important background for most requests for information, at least requests made by non-governmental organizations (NGOs) on behalf of civil society* »). L'association SHERPA a récemment plaidé en faveur d'un « *droit d'accès des tiers aux informations extra-financières des entreprises transnationales* », conçu comme « *un moyen de garantir l'usage effectif par les tiers d'un arsenal répressif* » (Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Rapport par Y. Queinnec et W. Bourdon, déc. 2010, proposition n° 13).

<sup>19</sup> Suivant la formule du Préambule de la Charte de l'environnement, à laquelle le Conseil constitutionnel a récemment donné une portée significative (Cons. Const., Décision n° 2019-823 QPC du 31 janv. 2020, Union des industries de la protection des plantes).

Comme le montre le récent rapport dirigé par Judith Rochfeld, le caractère commun d'une chose est en réalité susceptible de degrés, si bien qu'on peut parler d'une « échelle de communalité »<sup>20</sup>. Certaines catégories d'informations revêtent une communalité renforcée et sont ainsi destinées à triompher systématiquement du secret des affaires : c'est le cas des informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement<sup>21</sup>. Comme l'explique le Guide d'application de la Convention d'Aarhus, « *la Convention précise que les informations sur les émissions de polluants qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement ne peuvent être qualifiées d'informations commerciales confidentielles. Cette disposition est globalement cohérente avec le principe selon lequel les informations relatives aux émissions perdraient leur caractère exclusif dès lors que les émissions entreraient dans le domaine public.* »<sup>22</sup> Ainsi, ces données échappent à toute forme de maîtrise exclusive dès lors qu'elles traitent d'impacts qui, pour prendre leur source dans une activité économique privée, dégradent l'environnement de la collectivité dans son ensemble. Cette catégorie recouvre des données intéressantes à la fois l'environnement et la santé publique. C'est ainsi par exemple que le 7 mars 2019, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments (l'EFSA) de refuser, au nom de la protection du secret des affaires, l'accès aux études qui lui avaient été soumises en vue du renouvellement de l'approbation de la substance active du glyphosate<sup>23</sup>. S'agissant d'informations sur des émissions de substances dans l'environnement, le secret des affaires n'était pas invocable.

Cependant, toutes les données environnementales ne se voient pas reconnaître ce statut de communalité renforcée. Ainsi, le secret des affaires est bien opposable aux demandes d'accès à d'autres catégories d'informations environnementales. Cela étant, alors que les mentions d'un document administratif protégées par le secret des affaires ne sont jamais communicables, l'autorité publique qui reçoit une demande d'information environnementale doit mettre en balance l'intérêt qui s'attache à la communication de cette information avec l'intérêt qui s'attache au refus de la communiquer, et peut finalement conclure que le droit à l'information doit l'emporter sur l'intérêt au secret. Même lorsque l'information environnementale ne porte pas sur des émissions dans l'environnement, le droit d'y accéder peut ainsi finalement l'emporter sur l'intérêt qui s'attache à sa confidentialité.

Ce caractère commun des informations relatives à l'environnement justifierait ainsi que le public ait le droit d'y accéder directement auprès de l'entreprise privée qui ne saurait en être systématiquement considéré comme le titulaire exclusif. Il reste qu'un tel régime d'accès direct aux informations des entreprises devrait être organisé de façon à éviter des atteintes disproportionnées au secret des affaires.

---

<sup>20</sup> J. Rochfeld (dir.), Rapport sur l'échelle de communalité commandé par la Mission Droit et Justice, à paraître.

<sup>21</sup> En vertu de l'article 4 de la Convention d'Aarhus, « *[u]ne demande d'informations sur l'environnement peut être rejetée au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences défavorables sur : (...) [l]e secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi afin de défendre un intérêt économique légitime. Dans ce cadre, les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées. (...)* ». Dans cette même veine, droit européen (art. 4 de la Directive 2003/4) et droit interne (C. envir., art. L. 124-5) écartent systématiquement toute possibilité d'opposer le secret des affaires à une demande d'information relative à des émissions de substances dans l'environnement.

<sup>22</sup> [Guide d'application de la Convention d'Aarhus, 2<sup>e</sup> éd., 2014](#). V. égal. L'art. 6 du Règlement (CE) n° 1367/2006 du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus (« *la divulgation est réputée présenter un intérêt public supérieur lorsque les informations demandées ont trait à des émissions dans l'environnement* »).

<sup>23</sup> Trib. UE, 7 mars 2019, Aff. T- 329/17, EFSA c/ H. Hautala et al. L'accès à ces analyses était déterminant pour comprendre pourquoi les conclusions de l'Agence européenne divergeaient de celles du Centre international de recherche sur le cancer de l'Organisation mondiale de la santé qui, en 2015, avait classé le glyphosate dans le groupe des produits probablement cancérigènes pour l'homme.



#### IV.- L'ARTICULATION ENTRE DROIT D'ACCES AUX INFORMATIONS ENVIRONNEMENTALES DE SOURCE PRIVEE ET PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Le secret des affaires fait l'objet d'une protection renforcée depuis que, le 8 juin 2016, l'Union européenne a adopté la directive 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Au terme de la transposition de cette directive par la loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018, notre législation consacre d'un côté un droit à l'information sous réserve de certaines exceptions parmi lesquelles figure le secret des affaires (régime d'accès à l'information environnementale) et de l'autre une protection du secret des affaires non seulement contre l'utilisation et la divulgation mais aussi contre toute obtention non autorisée ou requise par le système juridique (régime de la loi du 30 juillet 2018). Cette structuration peu intelligible alimente l'incertitude sur la portée respective du droit à l'information et de l'intérêt au secret et elle forme le terreau d'un contentieux grandissant<sup>24</sup>.

Pourtant, la loi du 30 juillet 2018 n'affecte pas l'exercice du droit d'accès à l'information environnementale qui continue de s'exercer dans les conditions prévues par le Code de l'environnement et le Code des relations entre le public et l'administration. Ce corps de règles contient déjà une série des dispositions relatives à l'articulation entre secret des affaires et droit d'accès à l'information. Il n'en demeure pas moins que la nouvelle loi donne au secret des affaires une définition si extensive qu'elle rend nécessaire d'établir, suivant le modèle qui existe déjà pour l'accès aux informations environnementales, que l'accès aux données d'intérêt général est en principe licite.

***La définition extensive du secret des affaires issue de la loi du 30 juillet 2018.*** – Aux termes de l'article L. 151-1 du Code de commerce, issu de la loi précitée du 30 juillet 2018, « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° 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 ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° 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.* » Cette définition tautologique risque de favoriser une opacité excessive quant aux risques que les activités économiques font courir à la collectivité. En effet, toute information, quel que soit son objet, peut théoriquement être qualifiée de « secret des affaires » dès lors que des tiers sont susceptibles de lui attribuer une valeur économique et que le possesseur de l'information prend des mesures pour en organiser la confidentialité. Or, certaines informations sont confidentielles et valorisables parce qu'elles révèlent un savoir-faire et qu'elles sont le fruit d'un investissement ; d'autres parce qu'elles font apparaître le comportement répréhensible ou nuisible d'une personne. Le parallèle avec l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration est très parlant. Ce texte identifie les catégories de documents que l'autorité publique ne peut communiquer qu'à la personne qu'ils concernent (sous réserve d'une mise en balance avec l'intérêt de la communication pour les informations environnementales). Une première catégorie concerne les documents « *[d]ont la communication porterait atteinte (...) au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles* ». Ainsi, les informations confidentielles et valorisables ne sont pas toutes couvertes

---

<sup>24</sup> Dans son rapport d'activité pour 2018, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) – qui est saisie pour avis lorsqu'une autorité publique hésite quant à la communicabilité d'une information – observe un surcroît de saisines sur l'articulation entre demande d'accès à des infos environnementales et sanitaires d'un côté et secret des affaires de l'autre. Dans cette même veine, le [rapport d'exécution de la Convention d'Aarhus en France pour 2017](#) cite l'articulation entre secret des affaires et droit à l'information parmi les obstacles à l'application de l'article 4 de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information.

par le secret des affaires au sens de ce texte, dont chaque notion a été précisée par la CADA<sup>25</sup>. Bien au contraire, les informations « *faisant apparaître le comportement d'une personne dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* » sont couvertes par un autre alinéa de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration. Elles ne relèvent pas du secret des affaires ; d'autant plus que la CADA a précisé que cette cause de rejet de la demande n'était « *pas opposable à une demande de communication portant sur des informations environnementales (...) lorsque ces informations se rapportent à des personnes morales* »<sup>26</sup> !

En somme, la définition du secret des affaires au sens de la loi du 30 juillet 2018 est si vaste qu'elle risque d'entraver l'accès à des données qui, loin d'être des informations industrielles et commerciales indispensables à l'exercice d'une saine concurrence entre opérateurs, révèlent les impacts sociaux et environnementaux néfastes des sociétés privées. Il serait sans doute plus difficile de modifier cette définition issue du droit supranational<sup>27</sup> que de lui opposer un contrepoids par l'institution d'un régime garantissant l'accès licite non seulement aux informations environnementales mais, au-delà, aux données d'intérêt général<sup>28</sup>. Ce régime ne sacrifierait pas pour autant le secret des affaires. Il en retiendrait une définition inspirée de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration et consacrerait la possibilité pour les destinataires de la demande d'information de refuser d'y donner suite sur ce fondement.

***La possibilité pour les entreprises de rejeter les demandes d'informations dignes de protection*** – A l'instar des autorités publiques, les entreprises privées devraient être autorisées à rejeter une demande d'information attentatoire au secret des affaires (entre autres causes de refus) ou à communiquer, si possible, une version non confidentielle du document (occultation des données sensibles, communication de données plus générales)<sup>29</sup>. En ce sens, la loi norvégienne du 9 mai 2003 sur l'accès à l'information et la participation du public aux décisions relatives à l'environnement<sup>30</sup> organise deux régimes d'accès aux informations environnementales détenues respectivement par les autorités publiques et les entreprises privées. Lorsque la demande est soumise à une entreprise, celle-ci peut refuser d'y faire droit si « *les informations demandées concernent des dispositifs et des procédures techniques ou des questions opérationnelles ou commerciales que, pour des raisons de concurrence, il est important de garder secrètes dans l'intérêt de la personne concernée par les informations* »<sup>31</sup>. Cette législation organise un mécanisme de recours non contentieux contre les décisions de refus : un comité, l'*Appeals Board for Environmental Information*, est chargé d'examiner les appels contre les décisions de refus des entreprises. Il est saisi entre 10 et 15 fois par an<sup>32</sup>. Dans le contexte français, il serait utile d'instituer une organisation dotée de missions comparables à celles

---

<sup>25</sup> V. par ex. CADA, Avis 20164539, 6 octobre 2016. Après l'adoption de la loi du 30 juillet 2018, la CADA a manifesté son intention de s'en tenir pour l'essentiel à sa définition traditionnelle du secret des affaires dans le contexte de l'application de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration (CADA, Rapport d'activité 2018, p. 6). Plaidant pour une définition plus restrictive du secret des affaires, v. F. Jamay, « Principe de participation : droit à l'information », *JCL Environnement et développement durable*, 2016, n° 350 : « *Le secret industriel et commercial devrait être limité aux secrets de fabrication pour éviter qu'il ne permette de dissimuler des conséquences négatives ou potentiellement négatives pour la santé ou l'environnement connues de l'entreprise et des pouvoirs publics.* »

<sup>26</sup> CADA, Avis 20164283, 3 novembre 2016.

<sup>27</sup> Cette définition est directement issue de la Directive (UE) 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-même calquée sur l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (dit « ADPIC ») conclu en 1994 dans le cadre de l'OMC.

<sup>28</sup> C. com., art. L. 151-7.

<sup>29</sup> C. envir., art. L. 311-6 et L. 311-7.

<sup>30</sup> Act of 9 May 2003 n°31 Relating to the Right to Environmental Information and Public Participation in Decision-making Processes Relating to the Environment. Cette loi maintient les exceptions à l'accès tirées du secret des affaires et institue une commission de recours contre les décisions de refus des entreprises.

<sup>31</sup> Art. 4, § 17, c. (traduction de l'auteur).

<sup>32</sup> [Report on Norway's implementation of the Aarhus Convention in accordance with Decisions I/8, II/10 and IV/4, 2017.](#)

de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) pour l'accès aux informations des entreprises, mais composée de façon à inclure des représentants des entreprises et des parties prenantes<sup>33</sup>. Cette commission disposerait d'un pouvoir d'avis préalable à tout recours contentieux. Elle pourrait être saisie aussi bien par les demandeurs d'informations que par les entreprises en cas de doute sur la communicabilité de leurs informations. Les membres en seraient astreints au secret professionnel.

***La publication de guides d'application explicitant l'articulation entre droit de savoir et intérêt au secret.*** – La réforme devrait être également l'occasion pour le Gouvernement français de publier des guides d'application précisant modalités de présentation des informations dont la confidentialité est préservée et explicitant les motifs de refus et les modalités de mise en balance entre intérêt au secret et intérêt à la communication<sup>34</sup>. De tels guides favoriseraient une articulation plus harmonieuse entre droit à l'information et intérêt au secret ; ils limiteraient les recours contre les décisions de refus de communication ; et enfin ils affermeraient la conformité du droit interne à la Convention d'Aarhus. Cette dernière impose en effet que les motifs de refus fassent l'objet d'une interprétation restrictive, que les catégories d'information protégées par le secret des affaires soient expressément prévues<sup>35</sup> et elle subordonne l'invocation de ce secret afin rejeter une demande d'information à la condition qu'il « défend[e] un intérêt économique légitime »<sup>36</sup>. Le droit français est en retrait par rapport à ces exigences<sup>37</sup>, ce qui s'avère d'autant plus problématique que la loi du 30 juillet 2018 a donné une portée très large à la notion de secret des affaires.

---

<sup>33</sup> C'est la limite du droit à l'information sur les conditions sociales de fabrication prévu aux articles L. 113-1 et L. 113-2 du Code de la consommation que de ne pas avoir prévu de mécanisme de recours.

<sup>34</sup> Le Guide pour l'application du Protocole de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies (CEE-ONU) sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants de 2008 recommande aux Etats d'adopter de tels guides d'application.

<sup>35</sup> Le Guide d'interprétation de la Convention d'Aarhus de 2014 observe, à propos du refus de communiquer l'information fondé sur le secret commercial et industriel, que : a) « le droit interne doit expressément protéger le caractère confidentiel de cette information. En d'autres termes, il doit protéger explicitement la catégorie d'informations en question en la qualifiant de secret commercial ou industriel ».

<sup>36</sup> Art. 4 de la Convention d'Aarhus, repris à l'article 4 de la directive 2003/4/CE. En ce sens, v. par ex. H. P. Graver, « Business enterprises and the environmental information act in norway », *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3 (« Under the Convention, national law may protect the confidentiality of commercial and industrial information in order to protect a legitimate economic interest. Not all types of information that might harm the enterprise if revealed can be regarded as commercial secrets. The legitimate interest of the enterprise to keep the information secret has to be taken into account. For this reason, information about defamatory matters that might lead to disinvestments by investors following a policy of socially responsible investment (SRI) or to consumer boycotts, are not included. The enterprise has no legitimate interest in keeping secret, for example, the fact that they are trading with business partners who are acting irresponsibly, or that they have neglected to perform due diligence in such matters. Rats in the kitchen are not a commercial secret that can be protected by a well-reputed restaurant, even if it would lead to bankruptcy should the acts be revealed. »)

<sup>37</sup> H. Delzangles, M. Fleury et L. Monnier, « Droit à l'information environnementale vs. Secret industriel et commercial : une conciliation à l'épreuve en droit nucléaire », *RJE*, 2018/4, vol. 43, p. 675.