HAL
open science

L'accès à l'information sur l'environnement : Réflexions sur deux causes d'ineffectivité

Tristan Berger, Christine Noiville

▶ **To cite this version:**

Tristan Berger, Christine Noiville. L'accès à l'information sur l'environnement : Réflexions sur deux causes d'ineffectivité. Sciences et droits de l'homme, Mare & Martin, 2017, Sciences et droits de l'homme, 978-2-8493-4272-5. hal-02529620

HAL Id: hal-02529620

https://hal.science/hal-02529620v1

Submitted on 2 Apr 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.

L'accès à l'information sur l'environnement Réflexions sur deux causes d'ineffectivité

Tristan Berger
Doctorant contractuel en droit comparé
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
ISJPS UMR 8103 et ISCC du CNRS
Christine Noiville
Directrice de recherche CNRS
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
CRNST-ISJPS UMR 8103

On s'interrogera ici sur le droit à l'information environnementale pour montrer que ce droit humain, qui a connu des progrès indéniables depuis 25 ans, souffre néanmoins d'une certaine ineffectivité[1], constat qui n'a rien d'inédit – la doctrine est unanime à cet égard –, mais auquel on voudrait ajouter notre pierre en mettant la focale sur des causes d'ineffectivité rarement évoquées, jouant plus en sourdine que les causes classiquement identifiées, mais non moins importantes tant les enjeux de l'information environnementale sont grands.

Car l'information environnementale n'est pas seulement un moyen, pour tout individu, d'effectuer des choix en connaissance de cause – muni de l'information, l'individu en question peut choisir de se baigner sur telle plage ou pas, d'habiter près de telle usine ou pas, etc. Elle est aussi et plus généralement « *l'enjeu et la source du pouvoir* »[2]. C'est en effet l'accès à l'information environnementale qui permet d'exercer une pression sur les entreprises, de participer au processus décisionnel en matière d'environnement, de contester l'action ou l'inaction des autorités publiques en la matière. De nombreuses associations l'ont bien compris, qui, notamment depuis les affaires de l'amiante ou du Médiator, bataillent pour obtenir de façon précoce des données environnementales, y compris des plus pointues, concernant par exemple la manière dont tel ou tel produit chimique ou OGM a été testé – sur combien de rats ? Sur quelles souches de rats ? Combien de temps ? Dans quelles conditions et avec quels résultats ? Il s'agit pour elles d'être en mesure de développer leur contre

[1] F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Colloque organisé par le Centre université de recherches administratives et politiques de Picardie, Amiens, 12 mai 1989, Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politique de Picardie, 1989, p. 128.
[2] Michel Prieur, « L'information en matière d'environnement et de cadre de vie ». *Aménagement et territoires*, 1983, vol. 71, p.4.

expertise, de participer pleinement aux processus décisionnels, voire de se poser en contradicteurs des décisions publiques[3].

De fait, c'est bien au regard de cette logique, une logique participative et de démocratie environnementale, que le droit d'accès à l'information environnementale a été conçu, aux côtés des principes de participation du public et d'accès à la justice en matière d'environnement[4]. Affirmé par le droit de l'Union européenne en 1990, repris dans la Déclaration de Rio deux ans plus tard, puis approfondi par la Convention d'Aarhus en 1998, ce droit a fait l'objet d'une construction progressive mais continue aux niveaux supranational et international[5]. En droit de l'Union européenne comme en droit français, ce régime est venu compléter le régime général d'accès aux documents des autorités, l'objectif étant ainsi, en matière environnementale, d'aller au-delà de la transparence existante, y compris plus loin encore dans certains cas, comme pour les bilans des émissions de gaz à effet de serre, où le législateur a consacré une obligation d'information du public[6].

Pourtant, si l'arsenal normatif paraît abouti, la doctrine partage assez largement le constat d'une relative ineffectivité du droit d'accès, lequel ne produit pas toujours l'effet recherché, en adéquation aux fins proposées. Même s'il convient de ne pas

---

[3] Voir, dans les ouvrages ci-après cités, les interrogations du type : Comment se fait-il que les publicités pour le tabac aient été interdites des dizaines d'années après la découverte des risques de cancer ? Pourquoi les autorités ont-elles attendu si longtemps avant de retirer le Mediator du marché ? Et combien de temps attendront-elles encore avant d'adopter une réglementation sur les perturbateurs endocriniens, alors que ces molécules, présentes dans les produits du quotidien, sont particulièrement dangereuses ? En somme, « *pourquoi non seulement les signaux précoces mais également des avertissements "puissants et tardifs" furent-ils souvent ignorés pendant si longtemps ?* ». Sur ces questions et sur les conséquences humaines et environnementales que peut avoir l'inertie des autorités, sous la pression de certains groupes d'intérêts). Voir : R. N. Proctor, *Golden Holocaust – La conspiration des industriels du tabac*, Équateurs, 2014, 698 p. ; I. Frachon, *Mediator 150 mg 1976-2009 : enquête sur une toxicité attendue*, editions-dialogues.fr, 2010, 148 p. ; S. Horel, *Intoxication*, La Découverte, 2015, 302 p. V. aussi AEE, *Signaux précoces et leçons tardives : Le principe de précaution 1896 – 2000*, Ifen, 2001, p. 13.

[4] Christine Larssen, « L'accès aux informations sur l'environnement en droit international : la Convention d'Aarhus », I, *Dix ans d'accès à l'information en matière d'environnement en droit international, européen et interne : Bilan et perspectives*. Colloque organisé par l'Université Libre de Bruxelles, 17 septembre 2001, Bruxelles. Bruxelles : Emile Bruylant, 2003, p.24.

[5] Directive 90/313/CEE du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, *JO* L 158 du 23 juin 1990, p. 56-58 ; Déclaration de Rio du 14 juin 1992, sur l'environnement et le développement ; Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décision et l'accès à la justice en matière d'environnement (entrée en vigueur le 30 oct. 2001). Le droit à l'information en matière d'environnement a ensuite été transposé par les États membres, et enfin par les institutions européennes. V. Directive 2003/4/CE du 28 janv. 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *JO* L 41 du 14 fév. 2003, p. 26-32 ; loi n°2005-1319 du 26 oct. 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *JORF* n°251 du 27 oct. 2005, p. 16929 ; règlement (CE) n°1367/2006 du 6 sept. 2006, concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JO* L 264 du 25 sept. 2006, p. 13-19.

[6] Art. L.229-25 du code de l'environnement.

perdre de vue la tendance globale – quotidiennement, nombre de particuliers et de collectifs mobilisent avec succès le droit d'accès aux informations en matière d'environnement –, la littérature juridique souligne que le dispositif souffre de deux grandes limites[7].

La première tient à l'opacité du dispositif juridique mis en place sur le fondement de ce droit[8] ; et l'on vise bien ici non pas seulement l'opacité des pratiques administratives, enserrées dans une certaine culture du secret[9], mais aussi celle des textes eux-mêmes. Le régime d'accès est en effet difficilement lisible, il repose sur un empilement de textes juridiques de surcroît éclatés entre le droit administratif (puisqu'en France, le droit d'accès aux informations environnementales est venu s'imbriquer avec le droit d'accès aux documents administratifs, beaucoup plus ancien, et qui répondait avant tout à un objectif de transparence de l'administration), le droit de l'environnement et, au sein de ce dernier, entre régime général et régimes spéciaux, selon que l'on parle de substances chimiques, de risques majeurs, de qualité de l'air, d'OGM, etc. Tous ces textes se réfèrent en outre à des notions différentes – « *document* », « *information* », « *donnée* », « *information environnementale* », etc. –, ce qui créé des incohérences (lorsqu'un document *non-administratif* contient des informations relatives à l'environnement, il faut mobiliser la loi sur les documents administratifs pour y accéder ; le cas s'est présenté pour des informations sur les paysages et sites naturels détenues par l'Office National des Forêts[10]). C'est dire si le régime d'accès, difficile à mobiliser par les acteurs, a pu être critiqué pour son « *éclatement* », son caractère « *pléthorique* », son « *manque de lisibilité* », sa « *complexité* », jusqu'à susciter une volonté de « *remise à plat d'ensemble* »[11].

Outre l'opacité, le dispositif souffre aussi de la longueur des délais d'accès. C'est ainsi qu'en France, quand une administration nationale refuse la demande d'accès, il faut trois mois avant que la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) n'émette un avis ; mais lorsque ce dernier, bien que favorable à la communication, n'est pas suivi par l'administration, le demandeur doit saisir le juge administratif et la procédure peut alors prendre des années, quand elle devrait être « *rapide* » selon

---

[7] Conseil d'État, « La démocratie environnementale. Un cycle de conférences du Conseil d'État ». *Droits et débats n°4*. Paris : La documentation Française, 2013

[8] Bretonneau aurélie. « Le droit de l'information environnementale est-il effectif ? », *op. cit.,* p.185.

[9] Jean Baril, « Droit d'accès à l'information environnementale : pierre d'assise du développement durable ». Thèse de doctorat en Droit, sous la direction de Paule Halley. Québec : Université Laval, 2012, p.177.

[10] CADA, 19 déc. 2013, Office national des forêts, avis n°20134905.

[11] Voir : C. Lepage, « Rapport d'étape sur l'accès à l'information, à l'expertise et à la justice en matière d'environnement », 2008, p. 9 ; B. Delaunay, « L'information et la participation du public en matière d'environnement : évolutions et perspectives », in *Mélandes en l'honneur d'Yves Jégouzo : Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 591 ; Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit.,* p. 185 ; M. Dulong de Rosnay et L. Maxim, « L'ineffectivité du droit d'accès à l'information environnementale sur les risques chimiques », *Hermès*, vol. 64, 2013, p. 153 ; CADA, *Documents administratifs – Droit d'accès et réutilisation*, La Documentation française, 2008, p. 7 ; CADA, *Rapport d'activité 2012*, Paris, 2013, p. 66-67.

la Convention d'Aarhus[12]. Le problème est analogue en droit de l'Union, même si les délais semblent être plus courts devant le Médiateur européen que devant les juges[13]. C'est pourquoi la doctrine souligne l'intérêt qu'aurait un référé spécifique, une obligation de mise à disposition des informations environnementales au public, ou un renforcement des pouvoirs de la CADA[14].

Ce que l'on voudrait ici mettre en relief, c'est qu'au-delà de ces causes classiques et bien connues d'ineffectivité, c'est aussi un manque d'efficacité qui caractérise le droit d'accès aux informations sur l'environnement[15], lié à des causes à la fois moins visibles car d'ordre plus systémique, moins intrinsèques au régime d'accès lui-même. Observons en effet le droit d'accès aux informations sur l'environnement non plus en tant qu'objet autonome mais comme composante d'un système : si le régime en lui-même est favorable à la divulgation des informations, son articulation avec d'autres régimes juridiques et sa mise en œuvre réduisent considérablement sa portée, freinant, réduisant ou empêchant son fonctionnement. On s'arrêtera à cet égard sur deux phénomènes. D'une part, ce qu'on appellera la « surprotection » de certaines informations environnementales, par le jeu d'une série d'exceptions au droit d'accès (I) ; d'autre part, la « dépendance » des autorités publiques à l'égard de ceux qui génèrent ces informations (II).

I. Le jeu des exceptions au droit d'accès ou la « *surprotection* » de certaines informations

[12] Commission économique pour l'Europe, *La Convention d'Aarhus – Guide d'application*, Nations Unies, 2000, p. 177. Ce problème de délais est très bien identifié par Aurélie Bretonneau : « *il faut un mois pour obtenir une décision implicite, puis un mois pour saisir la CADA, puis la CADA a un mois pour statuer […]. C'est le régime de droit commun et à son terme, trois mois sont déjà passés. Enfin, les délais sont élevés devant le juge* ». Et lorsque les avis de la CADA sont suivis d'effet, des résistances peuvent être observées dans des affaires très polémiques – à propos des pesticides par exemple. V. sur ce point CADA, Rapport d'activité 2013, 2014, p. 8-15. Voir aussi Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit.,* p. 185 ; et R. Loury, « Pesticides : enquête préliminaire pour homicide involontaire », in *Journal de l'environnement*, 2015.

[13] Voir par ex. : Médiateur européen, 28 août 2013, *X c. ECHA* (aff. 1403/2012/CK) ; Médiateur européen, 16 juin 2015, *X c. ECHA* (aff. 2186/2012/FOR) ; TPUE, 23 sept. 2015, *ClientEarth et The International Chemical Secretariat c. ECHA* (aff. T-245/11), (non encore publié), points 202 et 230.

[14] C. Lepage, « Rapport d'étape sur l'accès à l'information, à l'expertise et à la justice en matière d'environnement », *op. cit.*, p. 9 ; Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit.,* p. 185 ; J. Baril, *Droit d'accès à l'information environnementale : pierre d'assise du développement durable*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Paule Halley, Québec, 2012, p. 19 ; C. Noiville et M. Rémondet, « Jusqu'où doit aller la transparence de l'expertise scientifique ? La question de l'accès aux "données brutes" des industriels », *Cahiers Droit, sciences et technologies n°5*, 2015.

[15] C'est-à-dire « *la production des "effets qui apparaissent comme recherchés" ou poursuivis par les auteurs de l'énoncé* ». V. Champeil-Desplats et É. Millard, « Efficacité et énoncé de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités,* Lextenso, 2013, p. 65.

Comme tout droit humain, le droit d'accès à l'information sur l'environnement n'est pas absolu. Il doit se combiner avec d'autres droits. C'est ainsi que les régimes d'accès prévoient des exceptions, c'est-à-dire des cas de figure dans lesquels la demande d'information peut être refusée. Dans cette hypothèse, l'autorité publique doit alors considérer les intérêts contradictoires en jeu – c'est-à-dire l'intérêt à communiquer l'information comparé à celui de ne pas le faire – afin d'identifier lequel doit primer[16]. Il s'agit d'un progrès notable en droit français, puisque le régime général d'accès tel qu'établi en 1978 ne prévoyait aucune dérogation possible, l'existence d'un secret commercial empêchant par exemple systématiquement la communication de l'information sollicitée[17]. La donne est aujourd'hui très différente puisque s'agissant des informations sur l'environnement, l'existence d'un intérêt public peut conduire l'administration à communiquer l'information en dépit de son caractère secret ou stratégique au plan commercial[18]. Si ce système de mise en balance, qui existait déjà en droit de l'UE, joue à l'évidence en faveur de la divulgation de ces informations[19], cette tendance générale contraste avec une dynamique de recul concernant certaines informations, très précisément celles qui sont établies par le secteur privé. En matière d'évaluation sanitaire et environnementale, on le sait, de nombreuses informations le sont par les entreprises, puis sont transmises aux autorités, pour évaluer la sécurité des produits (médicaments, OGM, ou encore substances chimiques[20]). Or il apparaît que la généralisation du champ de

---

[16] Voir l'art.4 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit*.

[17] Voir art.6 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* 18 juill. 1978, p. 2851 ; CADA, *Documents administratifs – Droit d'accès et réutilisation*, La Documentation française, 2008, p. 39.

[18] Voir CADA, 26 juill. 2011, *Directeur général de l'ANSES* (Conseil 20113097) ; art.L.124-4.I du code de l'environnement : *« Après avoir apprécié l'intérêt d'une communication, l'autorité publique peut rejeter la demande d'une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porte atteinte : aux intérêts mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée, à l'exception de ceux visés au e et au h du 2° du I de cet article […]* ».

[19] Voir art.6.1 du règlement (CE) n°1367/2006, *loc. cit.* : « *[…] la divulgation est réputée présenter un intérêt public supérieur lorsque les informations demandées ont trait à des émissions dans l'environnement. Pour ce qui est des autres exceptions prévues à l'article 4 du règlement (CE) n°1049/2001, les motifs de refus doivent être interprétés de manière stricte, compte tenu de l'intérêt public que présente la divulgation et du fait de savoir si les informations demandées ont trait à des émissions dans l'environnement.* » ; art.4.2 du règlement (CE) n°1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *JO* L 145 du 31 mai 2001 p. 43-58 : « *Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection: des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle, des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.* »

[20] Voir art.6 de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, *JO* L 106 du 17 avril 2001, p. 1-39 ; art.5 et 10 du règlement (CE) 1907/2006 du 18 déc. 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) n°793/93 du Conseil et le règlement (CE) n°1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les

certaines exceptions (A), conjuguée avec le mode d'appréciation de ces dernières (B), entraîne une surprotection de ces informations.

A. La généralisation du champ de certaines exceptions

En vertu de la Convention d'Aarhus, une demande d'information sur l'environnement peut être rejetée pour plusieurs motifs, notamment lorsque sa divulgation aurait des incidences défavorables sur des « *droits de propriété intellectuelle* », ou un « *secret commercial et industriel* »[21]. Ces motifs doivent en principe être interprétés de manière restrictive[22]. Or en droit de l'UE comme en droit français, diverses évolutions récentes ou en cours contribuent au contraire à les étendre progressivement, jusqu'à recouvrir *de facto* une bonne part des informations générées par le secteur privé et qui intéressent l'environnement.

En droit de l'UE, l'extension résulte d'un mécanisme comparable à des poupées russes. Les textes imposent aux institutions de l'UE de refuser l'accès à une information dont la divulgation porterait atteinte à des « *intérêts commerciaux* »[23]. Cette notion n'est pas définie précisément, l'appréciation se faisant *in concreto*[24]. Il peut s'agir, entre autres, des stratégies commerciales, du montant des ventes, des parts de marchés, des relations commerciales[25], ou encore des droits de propriété intellectuelle[26]. Ce dernier argument est souvent invoqué mécaniquement. Par exemple, si une entreprise développe une molécule, pour un produit pharmaceutique, elle doit ensuite réaliser des études cliniques et des rapports pour obtenir une AMM. Dans plusieurs affaires, des droits de propriété intellectuelle ont été revendiqués sur ce type de donnée pour refuser l'accès aux rapports scientifiques. Ce motif connaît un certain succès, y compris lorsqu'il est invoqué pour s'opposer à la divulgation de données qui ne sont pas protégeables par de tels droits – comme les rapports d'études

---

directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission, *JO* L 396 du 30 déc. 2006, p. 1-849.

[21] Voir l'art.4.4 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit*.

[22] *Ibid.* ; CJUE, 18 déc. 2007, *Royaume de Suède c. Commission des Communautés européennes* (aff. C-64/05 P), (Rec. 2007 I-11389), point 66.

[23] Voir art.6.1 du règlement (CE) n°1367/2006, *loc. cit.* ; art.4.2 du règlement (CE) n°1049/2001, *loc. cit*.

[24] Médiateur européen, 24 nov. 2010, *Nordic Cochrane Centre c. EMA* (aff. 2560/2007/BEH), point 71 ; TPUE, 24 mai 2011, *Navigazione Libera del Golfo Srl (NLG) c. Commission européenne* (aff. T-109/05 et T-444/05), (Rec. 2011 II-02479), points 123 et 125 ; TPUE (aff. T-245/11), points 202 et 230, *loc. cit.* ; TPUE, 11 déc. 2014, *Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH c. Commission européenne* (aff. T-476/12), (non encore publié), point 107.

[25] TPUE, 12 mai 2015, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Commission européenne* (aff. T-623/13), (non encore publié), point 45 ; CJUE, *Commission européenne c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG.* (aff. C-365/12 P), (non encore publié), point 79.

[26] Voir art.4.2 du règlement (CE) n°1049/2001, *loc. cit*. Classiquement, ces derniers incluent les œuvres originales, les interprétations d'une œuvre, les signes distinctifs d'un produit ou d'un service, les inventions nouvelles, les obtentions végétales, les dessins et modèles, les topographies, et les bases de données. Cela vaut uniquement pour l'UE, en France les droits de propriété intellectuelled ne peuvent justifier le refus de divulguer, ils affectent seulement les modalités de réutilisation (CADA, 12 janv. 2012, *Président de la communauté de communes de la Vallée et du Causse*, conseil n°20120120)

cliniques[27] –, ou bien qui sont déjà protégées par un droit de propriété intellectuelle. Du coup c'est l'argument de la propriété réelle des résultats, qui est brandi ; ils appartiendraient à l'entreprise parce qu'ils auraient vu le jour grâce à des recherches financées par elle. Or en droit, le principe n'est pas la propriété de l'information, mais la libre circulation des informations. Lorsqu'une information est établie, le financeur n'en est pas *de facto* propriétaire, quand bien même cela lui aurait coûté beaucoup d'argent[28]. Il ne fait que la détenir factuellement. Pourtant, on peut se poser la question de savoir si l'on n'est pas en train d'assister à un curieux glissement sémantique de la détention vers la propriété de l'information.

En effet, la notion de « *droits de propriété intellectuelle* » est progressivement élargie. Au sens de l'ADPIC, elle comprend les « *renseignements non divulgués* », incluant notamment les données qui « *subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques* » ; or la notion de « *renseignement non divulguée* » est quasi-identique à celle de « *secret d'affaire* » dans la directive européenne sur le secret d'affaire en cours de discussion[29]. Cette dernière officialiserait donc la mutation du secret d'affaire, sortant du champ des « "*protections" satellites non fondées sur la propriété* », pour entrer dans le périmètre des droits de propriété intellectuelle[30]. Ce glissement sémantique a des conséquences notables : par cette voie, certaines données brutes deviendraient appropriables[31], y compris celles relatives aux risques sanitaires et environnementaux.

---

[27] Cet argument financier avait été soulevé par l'EMA devant le Médiateur européen, qui ne l'a pas repris à son compte (Médiateur européen, 24 nov. 2010, *Angebliche Verweigerung des Zugangs zu klinischen Studienberichten* , aff. 2560/2007/BEH).

[28] Le médiateur européen n'a d'ailleurs pas retenu cet argument et a au contraire fait évoluer la politique d'accès de l'EMA à ce sujet : « *Concerning the second category referred to by EMA [intellectual property], the Ombudsman noted that the requested documents do not contain information regarding the formulae, manufacturing or control processes of the relevant drugs* » (Médiateur européen, 24 nov. 2010, *Angebliche Verweigerung des Zugangs zu klinischen Studienberichten* , aff. 2560/2007/BEH).

[29] Voir art.1.2 et 39 de l'ADPIC du 15 avril 1994 (entré en vigueur le 1er janv. 1995) ; art.2.1 de la proposition de directive 2013/0402 du 28 nov. 2013, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[30] L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, 1re éd., Thémis Droit, PUF, 2013, p. 21.

31 Par « données brutes », on entend « *l'ensemble des données expérimentales, chiffrées ou non (par exemple, pour les tests toxicologiques, le nombre d'animaux utilisés dans chaque lot expérimental, leur état sanitaire initial, le suivi individuel de leur consommation de nourriture, de leur poids, des constantes sanguines, les compte rendus des lames examinées par les histopathologistes, etc. ; pour les tests d'impacts environnementaux, le nombre d'individus échantillonnés parmi les populations d'espèces non cibles, le nombre d'individus testés, la fréquence de résistances apparues, etc.)* » et « *des informations relatives aux méthodes mises en œuvre pour obtenir et traiter ces données (appareillages, conditions d'hébergement des animaux de laboratoire, logiciels de traitement des données employés, tests statistiques utilisés, etc.).* » (HCB, 15 oct. 2013, *Accès aux données brutes des pétitionnaires : état des lieux et propositions d'évolution* », p.2).

Du même coup, cette évolution donnerait un fondement à la qualité de « *propriétaire des données* », « *propriétaire de l'étude* », ou « *propriétaire des informations* », récemment apparue dans les textes[32].

De plus, la protection accordée par cette propriété dépasse celle du « *secret commercial et industriel* ». Ce dernier exige effectivement de démontrer un « *intérêt économique légitime* », logique inverse à celle du secret d'affaire qui établi une présomption de valeur commerciale à l'égard de toute information secrète[33]. Par conséquent, pour protéger les intérêts commerciaux, le droit de l'UE a une interprétation de plus en plus extensive des exceptions prévues par la Convention d'Aarhus, contrairement à la lettre et l'esprit du texte.

Le droit français est quant à lui plus proche de l'esprit de la Convention, mais il tend à reculer sous la pression des dynamiques juridiques internationale et européenne.

En droit national, aucune des trois exceptions observées en droit de l'UE – à savoir le risque d'atteinte à des intérêts commerciaux, des droits de propriété intellectuelle ou encore des secrets d'affaire – ne sauraient valablement justifier un refus de communiquer une information. De manière beaucoup plus restrictive, le droit français retient uniquement l'exception relative au secret industriel et commercial[34]. Il s'agit d'une information dont la communication entrainerait un préjudice à l'organisme intéressé au regard de son « *environnement concurrentiel* »[35]. La CADA a identifié trois dimensions : le secret des procédés, celui des informations économiques et financières et, enfin, celui des stratégies commerciales[36]. Contrairement à la notion d'*intérêt commercial* en droit de l'UE, ce champ exclut les droits de propriété intellectuelle qui, s'ils conditionnent certes la réutilisation ultérieure des informations, ne peuvent justifier un refus d'accès[37] (à la curieuse exception des informations relatives aux émissions dans l'environnement – à l'inverse le droit de l'Union européenne considère que ce type d'information doit être communicable quels que soient les intérêts qui s'y opposent[38]). En droit français, le champ de l'exception relative au secret industriel et commercial risque néanmoins d'être élargi sous l'effet

---

[32] Voir § 52-53 du préambule et art.30 du règlement (CE) 1907/2006 *loc. cit.* ; § 54, 57 et 58 du préambule et art.3.1 t) du règlement (UE) n°528/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, *JO* L 167 du 27 juin 2012, p. 1-123.

[33] Voir art.4.4 de la Convention d'Aarhus, *loc. cit.* ; art.2.1 de la proposition de directive 2013/0402, *loc. cit*.

[34] Voir art.6.II de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, *loc. cit*.

[35] CADA, *Documents administratifs. Droit d'accès et réutilisation*. Paris : 2008, p.106.

[36] CADA, *Documents administratifs – Droit d'accès et réutilisation*, La Documentation française, 2008, p. 106-107 ; CADA, 6 janv. 2005, *Demande de la DGCCRF* (conseil n°20045291). Voir CADA, 13 sept. 2007, *Directrice générale de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA)*, avis n°20072034.

[37] Beaucoup plus restrictive, la loi prend exclusivement en considération les droits de propriété littéraire et artistique : voir art.9 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, *loc. cit*. ; CADA, 12 janv. 2012, *Président de la communauté de communes de la Vallée et du Causse* (conseil 20120120).

[38] Voir art.6.II de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, *loc. cit.* ; art.L.124-5.II.3° du code de l'environnement.

des récentes évolutions juridiques relatives au secret d'affaire[39]. *A contrario* de la notion de secret industriel et commercial, le secret d'affaire est détaché de l'aspect économique. Dans une proposition de loi, qui n'a pas été votée au Sénat, le « *secret des affaires* » est défini comme toute information n'étant pas connue « *de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement* » de ce genre d'informations, de sorte que le secret d'affaire semble être entendu si largement que toute information secrète est présumée avoir une valeur commerciale. A cette surprotection s'ajoute en pratique une appréciation des exceptions qui tend à hiérarchiser les intérêts en défaveur de l'accès aux informations sur l'environnement.

B. L'appréciation des exceptions

Lorsqu'une administration est saisie d'une demande d'accès à une information sur l'environnement et que celle-ci met en jeu deux intérêts contradictoires, elle doit, on l'a dit, opérer un « *bilan coûts-avantages* »[40] ou une « *mise en balance* »[41]. Les deux terminologies désignent quasiment la même opération ; il s'agit d'identifier les intérêts qui seraient favorisés et ceux qui seraient défavorisés par la communication de l'information, puis de les confronter, afin de déterminer le(s)quel(s) doi(ven)t prévaloir et de décider en conséquence. Une telle opération est pertinente sur le principe mais, sans plus d'indications, cette opération est laissée à la discrétion de l'autorité concernée ; la CADA et les juges considèrent que l'autorité ayant fait l'objet de la demande d'accès à l'information est la mieux placée pour se prononcer au regard des spécificités de chaque demande[42]. De sorte qu'en droit français, le « *bilan coût avantage* » est une boîte noire favorable à la culture du secret des administrations, tandis que parallèlement, en droit de l'Union européenne, la « *mise en balance* » se révèle être un artifice, comme on le verra.

---

[39] Chap. 1er de la proposition de loi n°2139 du 16 juill. 2014, relative à la protection du secret des affaires.

[40] La CADA emploie cette notion en s'appuyant sur des avis qui ne l'évoquent pas et ne la définisse pas (Voir par ex. CADA, *Informations relatives à l'environnement* [en ligne], consulté le 18.02.2016, disponible sur : <http://www.cada.fr/informations-relatives-a-l-environnement,6086.html> ; CADA, 25 sept. 2008, *Président de la communauté de communes de l'Aigoual*, avis n°20083597). Elle précise cependant dans un rapport qu'il s'agit de tenir compte « *d'une part de l'objet de la demande et des motivations du demandeur, et d'autre part, de l'ampleur de l'atteinte aux intérêts protégés par la loi* » (CADA, *Les apports de la loi du 12 avril 2000*, p.35).

[41] Selon la CJUE, mettre en balance consiste à opposer « *d'une part, les intérêts qui seraient favorisés par la divulgation des documents concernés et, d'autre part, ceux qui seraient menacés par cette divulgation.* » (CJUE, 14 nov. 2013, *Liga para a Protecção da Natureza (LPN) et Republique de Finlande c. Commission européenne* (aff. C-514/11 P et C-605/11 P), (publié au Rec. Numérique), point 42).

[42] CADA, *Documents administratifs – Droit d'accès et réutilisation, op. cit.* ; CJUE, 14 nov. 2013, *Liga para a Protecção da Natureza (LPN) et Republique de Finlande c. Commission européenne* (aff. C-514/11 P et C-605/11 P), (publié au Rec. Numérique), point 42 ; TPUE (aff. T-245/11), points 168 et 217, *loc. cit*.

En droit français, en pratique, la réalisation du bilan coût-avantage confiée aux autorités n'obéit à aucune règle claire, l'opacité risquant alors de favoriser les abus[43]. Par exemple, le site internet des agences d'expertise n'apporte pas de précision sur ce point[44]. Au niveau européen, l'ECHA reprend le texte spécifique aux substances chimiques, en précisant qu'elle apprécie si une « *action d'urgence est indispensable pour des raisons de sécurité ou pour protéger la santé humaine ou l'environnement* », sans expliciter ce que recouvrent les notions pour le moins élastiques[45] d'urgence ou de « *raisons de sécurité* ». *In fine*, le « *bilan coût avantage* », comme la « *mise en balance* » des intérêts, sont des outils pertinents mais opaques[46]. De plus, lorsqu'une autorité française refuse une demande d'accès au motif qu'un intérêt privé ou public l'emporte sur l'intérêt à l'accès et justifie de ne pas divulguer, la CADA, qui peut être saisie d'un recours, n'a pas accès aux documents litigieux. Elle est donc, le plus souvent, contrainte de constater la position de l'administration sans pouvoir l'analyser[47]. Un demandeur en désaccord avec l'appréciation de l'administration n'a alors d'autre choix que de saisir le juge, et de se confronter aux délais que l'on sait.

En droit de l'Union européenne, le système analogue de la « *mise en balance* » apparaît quant à lui comme un artifice. Lorsqu'un intérêt entre en opposition avec l'intérêt public à divulguer, la « *mise en balance* » consiste à vérifier lequel des deux est supérieur. Or, dans la jurisprudence de la CJUE, seule la communication « *d'informations relatives aux émissions dans l'environnement* » – c'est-à-dire les rejets directs ou indirects, à partir de sources ponctuelles ou diffuses de l'installation, de substances, de vibration, de chaleur ou de bruit dans l'air, l'eau ou le sol – est considérée comme par principe représentant un intérêt supérieur. En-dehors de ce cas de figure – que les juges apprécient strictement[48] –, aucun intérêt public n'a été admis comme possiblement supérieur aux intérêts autres – très largement entendus[49]. *De facto,* il ne s'agit pas d'une mise en balance, mais d'un principe de primauté des autres intérêts, notamment s'ils sont commerciaux. Une telle interprétation est manifestement contraire aux stipulations de la Convention d'Aarhus, qui prévoit que les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive, et qu'il convient

[43] M. Dulong de Rosnay et L. Maxim, « L'ineffectivité du droit d'accès à l'information environnementale sur les risques chimiques », *Hermes* 2012, p. 150-151.
[44] Voir par exemple [https://www.anses.fr/fr], consulté le 25 nov. 2015.
[45] Voir art.118.2 du règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit.* ; Décision ED/04/2009 du 25 mars 2009, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°1049/2001 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.
[46] Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit.*, p. 185 ; C. Lepage, « Rapport d'étape sur l'accès à l'information, à l'expertise et à la justice en matière d'environnement », *op. cit*.
[47] Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit*.
[48] La Cour a notamment considéré qu'une information relative à la « *la quantité exacte dans laquelle une substance est mise sur le marché* » ne saurait être considérée comme « *ayant trait à des émissions dans l'environnement* » (TPUE, aff. T-245/11, *loc. cit.*, points 197 et 214).
[49] TPUE, 9 sept. 2011, *Liga para Protecção da Natureza (LPN) c. Commission européenne* (aff. T-29/08), (Rec. 2011II-06021), points 88, 135-136 ; TPUE (aff. T-476/12), point 66, *loc. cit.* ; TPUE (aff. T-245/11), points 189 et 207, *loc. cit*.

toujours de prendre en comte l'intérêt de la divulgation pour le public[50]. Or les juges considèrent généralement que les intérêts commerciaux sont supérieurs à la transparence, voire à la protection de l'environnement, du moins sans justification particulière[51].

Ainsi, il apparaît que par le jeu des exceptions, la protection des intérêts privés s'étend et se renforce, contrairement à la logique fondamentale de la Convention d'Aarhus. En ce sens, nous observons une forme de « *surprotection* » des informations relatives à l'environnement lorsqu'elles sont issues du secteur privé.

Plus fondamentalement, le droit d'accès du public se limitant aux informations « *détenues* » par les autorités, il convient de s'interroger sur la mesure de ce que ces dernières peuvent effectivement collecter et donc détenir. Or c'est une certaine dépendance des autorités qui apparaît à l'égard de ceux qui produisent l'information à laquelle le public a théoriquement accès.

II. L'enjeu de la collecte des informations sur l'environnement : une « *dépendance* » des autorités

Le droit d'accès du public aux informations sur l'environnement est subordonné au fait que ces dernières soient détenues par les autorités publiques[52]. Dans certains secteurs, bien que les informations détenues soient ainsi accessibles, elles sont insuffisantes pour garantir un droit à un environnement sain car nombre d'informations manquent[53]. Ainsi des quelques 100 000 substances chimiques de synthèse mises sur le marché au XXe siècle et pour l'immense majorité desquelles aucun essai toxicologique n'a jamais été réalisé[54]. Si, en droit de l'Union européenne comme en droit français, protéger la santé humaine et l'environnement sont des fonctions du ressort des autorités[55], ce qui suppose de ces dernières qu'elles possèdent les informations utiles à cet effet[56], ce sont les industriels qui, s'agissant des produits, sont en réalité souvent les mieux placés pour en apprécier les risques ; c'est pourquoi il leur revient, dans un nombre de secteurs désormais croissant – substances chimiques, médicaments, OGM, etc. – de produire l'information nécessaire à

[50] Voir l'art.4.4 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit*.
[51] TPUE, aff. T-29/08, *loc. cit.*, points 88, 135 et 136 ; lus en application de l'art.4.2 du règlement (CE) n°1049/2001 et de l'art.6.1 du règlement (CE) n°1367/2006.
[52] Voir l'art.4.1 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit*.
[53] Conseil d'État, « La démocratie environnementale », *op. cit.* ; C. Lepage, « Rapport d'étape sur l'accès à l'information, à l'expertise et à la justice en matière d'environnement », *op. cit*., p. 9.
[54] J.-N. Jouzel et P. Lascoumes, « Le règlement Reach, une politique européenne de l'incertain », *Politique européenne*, 2011, p. 192.
[55] Voir art.11, 114 et 191 du Traité du 13 déc. 2007, sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JO* C 326 du 26 oct. 2012, p. 47-390 (entré en vigueur le 1er déc. 2009) (version consolidée le 26 oct. 2012) ; art.1 de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005, relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697 ; CE, Ass., 3 mars 2004 (aff. n°241150), (Rec. Lebon p. 125).
[56] Voir art.5.1 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit*.

l'appréciation de la sécurité de ces produits[57]. Ces informations sont transmises aux autorités publiques pour décision et deviennent alors « accessibles au public ». Toutefois, les autorités ont des difficultés pour collecter elles-mêmes ces informations lorsque les industriels ne les leur transmettent pas, ce qui, par ricochet, limite d'autant l'aptitude du public à y accéder[58]. Des solution doivent être recherchées (B) face à ces défaillances structurelles (A).

A. Des défaillances structurelles

En principe, des produits comme les OGM, les substances chimiques, ou encore les médicaments, ne peuvent être commercialisés qu'à condition d'en avoir évalué les risques (lesquels sont soumis à l'appréciation des autorités)[59]. Les entreprises concernées doivent donc réaliser des tests, spécifiques à chaque secteur, puis transmettre les informations ainsi obtenues aux autorités compétentes. Ces dernières décident, en fonction des risques identifiés, si la mise sur le marché du produit doit être autorisée, maintenue, restreinte ou si le produit doit être retiré du marché.

Mais d'une part, cette délégation de la production d'informations sanitaires et environnementales au secteur privé peut poser question en termes de qualité et de complétude des informations. Lorsqu'une entreprise constitue un dossier en vue d'une demande d'AMM, elle peut *de facto* sélectionner les informations défavorables à sa demande et décider de les garder secrètes. Tout comme c'est le cas en recherche scientifique, où un chercheur peut garder des résultats secrets parce qu'ils non significatifs ou défavorable au financeur, il n'est pas exclu que l'évaluation sanitaire et environnementale souffre elle aussi d'un problème de sous-notification des résultats[60]. Il ne s'agit pas de désigner par principe un « coupable idéal » mais simplement de constater que celui-là même qui cherche à commercialiser un produit n'est pas nécessairement le mieux placé pour en présenter objectivement l'ensemble des données d'impacts sur l'environnement. La prise en charge de l'évaluation par les entreprises pose en effet question en termes de conflits d'intérêts[61].

Face à ces difficultés, des améliorations peuvent être observées dans certains secteurs : recours à des laboratoires accrédités (devenu obligatoire par exemple pour

[57] Voir règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit.* ; directive 2001/18/CE *loc. cit.*

[58] C'est par exemple le cas pour les données relatives aux évaluations de substances chimiques : lorsqu'elles sont légalement exigées dans le dossier d'enregistrement mais que les pétitionnaires ne les ont pas transmises, les autorités doivent prouver l'existence d'un risque, au terme d'une procédure longue et compliquée, pour pouvoir demander l'accès.

[59] Voir par exemple art.5 et 10 du règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit.*

[60] Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n°51 du 12 mars 2012, sur la publication des résultats des expérimentations menées sur l'homme, p. 6 et s. ; F. Song, S. Parekh, L. Hooper, Y. K. Loke, J. Ryder, A. J. Sutton, C. Hing, C. S. Kwok, C. Pang, I. Harvey, « Dissemination and publication of research findings : an updated review of related biases », *Health Technology Assessment*, 2010, p. 46-48.

[61] M. Rodwin, *Conflicts of interest and the future of medicine*, Oxford University Press, 2011, 394 p. ; M. Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Pluriel, 2011, p. 17.

les OGM), obligation de communication étendue à l'ensemble des résultats (pas seulement au minimum légal), etc[62]. Mais outre que les dossiers de demande d'AMM antérieurs à ces évolutions ne sont pas concernés, la pratique révèle que ces dossiers sont souvent incomplets, notamment en matière de substances chimiques sujettes à polémique comme le bisphénol A, le triclosan, ou encore le diéthyl phtalate[63]. C'est aussi que certaines entreprises veulent être propriétaires des informations générées, alors même que, on l'a dit, le seul fait d'être à l'origine du financement des études n'entraine pas un tel droit de propriété. La reconnaissance d'un « *secret des affaires* », synonyme du « *renseignement non divulgué* » au sens de l'ADPIC, serait donc favorable à ces entreprises (or c'est déjà le cas en droit européen avec l'adoption de la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués[64]). L'objectif est de l'ancrer dans le champ de la propriété intellectuelle, afin d'affirmer un droit de propriété sur toutes les informations découvertes (en dehors de celles qui sont diffusées volontairement). Le droit d'accès et les possibilités de réutilisation seraient dès lors plus limités. C'est donc une double limite au droit d'accès que fait naître la délégation, au secteur privé, de la production des informations : en termes de qualité mais aussi en termes de statut de l'information.

Ajoutons que pour collecter ces informations, les autorités concernées n'ont pas été dotées des pouvoirs adaptés. C'est le cas en matière de substances chimiques : pour toute demande d'information, l'ECHA doit mettre en œuvre une procédure longue et complexe[65]. La décision peut être freinée par les États membres, et attaquée

---

[62] Art. 2 de la loi n°2008-595 du 25 juin 2008, relative aux organismes génétiquement modifiés, *JORF* n°0148 du 26 juin 2008, p. 10218 ; point 3.2 de l'annexe III du règlement d'exécution (UE) n°503/2013 de la Commission du 3 avril 2013, relatif aux demandes d'autorisation de denrées alimentaires et d'aliments pour animaux génétiquement modifiés introduites en application du règlement (CE) n°1829/2003 du Parlement européen et du Conseil et modifiant les règlements de la Commission (CE) n°641/2004 et (CE) n°1981/2006, *JO* L 157 du 8 juin 2013, p. 1-48.

[63] ECHA, *Evaluation under Reach – Progress Report 2013*, 2014, p. 14 et s. ; ECHA, *Workshop on Compliance Check 2014-2018 – Contributing to high quality information for the safe manufacture and use of chemicals,* Helsinki, 31 mars et 1er avril 2014 ; ClientEarth, *Reach registration and endocrine disrupting chemicals*, 2013, 44 p.

[64] Voir art.1.2 et 39 de l'ADPIC du 15 avril 1994 (entré en vigueur le 1er janv. 1995) ; art.2.1 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, *JO* L 157 du 15 juin 2016, p. 1-18 ; CEO, « Les affaires au secret », *The power of lobbies*, 2015 ; Médiateur européen, 24 nov. 2010, *Nordic Cochrane Centre c. EMA* (aff. 2560/2007/BEH), points 44, 76-78.

[65] Pour demander une information manquante, l'ECHA doit d'abord rédiger un projet de décision de demande d'information qu'elle communique aux déclarants ; ces derniers ont trente jours pour présenter leurs observations. Ensuite, l'Agence notifie ce texte (accompagné d'éventuelles observations) aux autorités des États membres, qui peuvent proposer des modifications sous trente jours. Si les autorités ne réagissent pas, l'ECHA peut, enfin, demander l'information. Dans le cas contraire, l'Agence doit proposer un nouveau texte au comité des États membres, aux déclarants et aux utilisateurs concernés qui peuvent présenter d'autres observations. Cette fois-ci, l'accord unanime du comité des États membres est la condition *sine qua non* de l'adoption de la décision par l'Agence. En l'absence d'unanimité, c'est la Commission qui élabore un projet d'acte d'exécution en vue de demander l'information. Ce projet est soumis à un comité qui émet un avis. Si l'avis n'est pas favorable, l'acte d'exécution ne peut être adopté, et l'information n'est donc pas demandée (art.41 et s. du règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit.*)

par les pétitionnaires. Les autorités compétentes des États membres doivent suivre la même procédure, et prouver en sus l'existence d'un risque justifiant la demande[66]. De plus, lorsque l'ECHA procède à une demande d'information que les pétitionnaires ne satisfont pas, les sanctions sont rarissimes et peu dissuasives[67]. Cela est particulièrement le cas pour les dossiers relatifs aux substances fabriquées ou importées en quantités égales ou supérieures à 1 000 tonnes. Le coût du respect des exigences légales, pour l'évaluation et l'enregistrement, est estimé à 217 450 euros par dossier. Un rapport de la Commission européenne permet d'observer qu'en 2010, au moins douze États membres prévoyaient des sanctions inférieures à ce montant *de facto* non dissuasives[68]. De plus, les rapports publiés par l'ECHA à ce sujet nous indiquent que, dans la majorité des cas, lorsqu'un dossier est non conforme, les autorités se contentent de donner des conseils sans réelle sanction[69]. Le pouvoir d'accès des autorités elles-mêmes aux informations sur l'environnement détenues par le secteur privé est donc limité. Aussi convient-il de réfléchir à des éléments de solution.

B. Des éléments de solution

Trois pistes peuvent être envisagées qui concernent l'une l'accès du public, l'autre la production des informations, la troisième la collecte de ces informations par les autorités publiques.

En premier lieu, on doit s'interroger sur le point de savoir s'il faut concevoir un accès direct du public aux informations détenues par les entreprises, comme ont pu le proposer certains auteurs[70]. En vertu de la Convention d'Aarhus, seules les autorités publiques ont une obligation d'information, ce qui désigne non seulement les administrations publiques, mais aussi les personnes morales « *qui exercent, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques* », c'est-à-dire « *une fonction habituellement du ressort des autorités gouvernementales telles que définies par le droit interne* »[71]. Dans les cas des médicaments, des OGM, ou encore des substances chimiques, les autorités ont, on le sait, confié aux entreprises qui entendent

[66] Art.41, 46, 50-52 du règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit.*

[67] ECHA, *Forum Reach-en-force 3 – Phase 1 Project Report*, 2014, p. 21 ; ECHA, *Evaluation under Reach – Progress Report 2013*, 2014, p. 21 ; Commission européenne, *Report on penalties applicable for infringement of the provisions of the Reach Regulation in the Member States*, 2010, p. 36, 41 et s.

[68] Commission européenne, « Report on penalties applicable for infringement of the provisions of the REACH Regulation in the Member States », 2010, p.36.

[69] « *A high percentage of corrective measures taken to correct incompliant companies took the form or written and verbal advice. Imposing measures are not always advisable as companies are obliged by law to comply in any case on their own initiative without an authority's order. Altogether, the percentage of applied sanctions against an offender in the form of a fine or criminal complaint is low* » (ECHA, « Forum REACH-EN-FORCE 3 », *Phase 1 Project Report*, 2014, p.21 ; « Evaluation under Reach », *Progress Report 2013*, p.21).

[70] A.-S. Epstein, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Gilles Martin, Nice, 2014, p. 680.

[71] Voir l'art.2.2.b) de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, *loc. cit.* ; Commission économique pour l'Europe, *La Convention d'Aarhus – Guide d'application*, Nations Unies, 2000, p. 40.

commercialiser ces produits la mission d'établir les informations, ce qui pourrait permettre de supposer que ces dernières exercent des fonctions administratives publiques et que les demandes d'accès devraient pouvoir leur être directement adressées. Mais l'État lui-même rencontrant déjà des difficultés notables pour accéder aux informations sur l'environnement détenues par le secteur privé, on peut douter de l'efficacité d'un tel mécanisme.

En deuxième lieu, il convient davantage de réfléchir à la manière dont sont générées les informations. Deux options méritent d'être étudiées. D'une part, des systèmes de contrôles peuvent être conçus, afin de s'assurer de la fiabilité des tests, de la traçabilité et de l'accessibilité de l'ensemble des données qui en résultent (tout en laissant l'initiative au secteur privé). Cependant, un tel système ne résout ni les problèmes liés aux conflits d'intérêts, ni ceux liés à l'appropriation de l'information par le secteur privé. D'autre part, la réalisation de l'évaluation des produits par les autorités elles-mêmes répondrait-elle aux problèmes observés ? On a pu, à cet égard, proposer un système de fonds, alimenté par les industriels et géré par le secteur public, permettant de financer des études réalisées par des laboratoires indépendants[72]. Séduisant, notamment du point de vue de l'indépendance scientifique, ce système pourrait cependant entraîner un doublon : les entreprises génèrent déjà des données en interne pour développer et valider leurs produits ; elles risqueraient donc de payer deux fois pour produire une même donnée.

En troisième lieu, c'est aussi un pouvoir renforcé qu'il convient d'octroyer aux autorités qui collectent les informations environnementales. Dans plusieurs secteurs, lorsque les entreprises ne communiquent pas les informations qui leur sont demandées, le droit de l'UE impose aux États membres de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives[73]. Or, on l'a vu, dans bien des cas les sanctions sont peut appliquées et très insuffisantes[74]. Il serait logique qu'elles soient beaucoup plus souvent mises en œuvre, et réellement dissuasives pour que les entreprises privilégient la communication sur la rétention des informations légalement exigibles[75]. Un système d'astreinte, ou de suspension provisoire d'AMM, participe-

[72] AEE, *Late lessons from early warnings : science, precaution, innovation*, Publications Office of the EU, 2013, p. 229 ; N. Holland, C. Robinson, R. Harbinson, *Conflicts on the menu*, CEO, 2012, p. 37.

[73] Voir par ex. : art.33 de la directive 2001/18/CE, *loc. cit.* ; art.75.8 de la directive 2001/82/CE du 6 nov. 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires, *JO* L 311 du 28 nov. 2001, p. 1-123 ; art.126 du règlement (CE) n°1907/2006, *loc. cit*.

[74] Voir pour l'ex. des substances chimiques : ECHA, *Forum Reach-en-force 3 – Phase 1 Project Report*, 2014, p. 21 ; ECHA, *Evaluation under Reach – Progress Report 2013*, 2014, p. 21 ; Commission européenne, *Report on penalties applicable for infringement of the provisions of the Reach Regulation in the Member States*, 2010, p. 36, 41 et s.

[75] Voir : European Competition Authorities, « ECA Working Group on Sanctions », *Pecuniary sanctions imposed on untertakings for infringements of antitrust law*, *Principles for convergence*, mai 2008, p. 2 ; *mutatis mutandis* : CJCE, 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres c. Commission des Communautés européennes* (aff. 100 à 103/80), (Rec. 1983 p. 01825), point 108 ; TPUE, 9 sept. 2011, *Alliance One International, Inc. c. Commission européenne* (aff. T-25/06), (Rec. 2011 II-05741), points 234 et s.

rait au caractère dissuasif[76]. Il serait également de bonne politique juridique que la Commission, en sa qualité de gardienne des traités, dépose des recours en manquement à l'encontre des États prévoyant des sanctions ineffectives, ou non dissuasives. Rappelons en effet une fois encore qu'en matière de substances chimiques, les sanctions prévues pour les dossiers non conformes sont, dans la majorité des États membres, bien inférieures au coût de conformité[77]. Qui plus est, elles sont très rarement appliquées (les infractions constatées donnent lieu à une amende dans 1,6% des cas et à un dépôt de plainte dans 0,3% des cas)[78]. Des trois pistes envisagées, l'amélioration des sanctions apparaît comme étant la plus adéquate à court terme, pour assurer que les autorités publiques sont bien « détentrices » des informations environnementales dont le public peut prétendre à la communication.

Conclusion

En gardant à l'esprit que le droit d'accès à l'information sur l'environnement a énormément progressé depuis son affirmation, il faut néanmoins en souligner les défauts et les dysfonctionnements. Il était déjà avéré que l'exercice de ce droit souffrait de deux problèmes : son opacité et ses délais. Nous en avons mis en lumière deux autres : la surprotection des informations sur l'environnement lorsqu'elles sont établies par le secteur privé et la dépendance des autorités à l'égard de ceux qui les produisent. Des solutions peuvent être envisagées pour chaque difficulté soulevée, à la condition que la dynamique juridique globale ne souffle pas en vent contraire. Or, il n'est pas certain que tel soit le cas…

---

[76] Une sanction peut être qualifiée de « *dissuasive* » si les risques attachés au comportement illégal – calculables en fonction du montant de la sanction, et de l'aléa déterminant le constat de l'infraction – sont supérieurs aux avantages que l'on peut en retirer. Voir : TPUE, *Affaire T-59/02,* 27.09.2006, points 129-132. *Mutatis Mutandis* : CJCE, *Affaires jointes 100 à 103/80*, 7.06.1983, point 108. Voir aussi : European Competition Authorities, « ECA Working Group on Sanctions », *Pecuniary sanctions imposed on untertakings for infringements of antitrust law*, *Principles for convergence*, mai 2008, p.2 : « *Deterrence is achieved by persuading market players that the risks involved in anticompetitive behaviour outweigh any possible benefits* ».

[77] « *In most countries the levels of penalties do not reflect the specificities of the Reach regime in that when the tonnage of a production or import is more than 1000 tonnes, the level of is not high enough to meet the cost of compliance* » (Commission européenne, « Report on penalties applicable for infringement of the provisions of the Reach Regulation in the Member States », *Executive summary*, 2010 – Voir pour des exemples : p.36, et 41 et s.).

[78] Par rapport à un aperçu quantitatif de 286 mesures visant les situations de violation des règles d'enregistrement (Reach) ou de notification (CLP) (ECHA, « Forum REACH-EN-FORCE 2 », *Project Report*, 2013, p.22).