

## Propositions de réforme du secret défense à la lumière des nouvelles exigences juridiques du droit à l'information en matière d'environnement

---

Le droit à l'information en matière d'environnement a été considérablement renforcé du fait de la conjonction de la Charte de l'environnement adoptée le 1<sup>o</sup> mars 2005, du droit international (convention d'Aarhus de 1998) et du droit communautaire (directive du 28 janvier 2003). La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme est venue confirmer la portée de ces textes en insistant sur l'exigence d'une procédure effective et accessible pour obtenir des informations pertinentes et appropriées imposant une obligation positive pour les Etats de fournir des informations, spécialement pour les activités dangereuses. Ce droit, considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne, s'applique au domaine des risques liés à l'utilisation de l'énergie nucléaire dans le secteur civil<sup>1</sup>

Face au droit à l'information devenu, en matière d'environnement, un droit fondamental de l'homme, le secret défense doit être appliqué désormais dans un contexte juridiquement renouvelé.

Les nouveaux textes applicables n'ignorent pas l'existence d'exceptions au principe reconnaissant le droit à l'information. Ces exceptions permettent à l'autorité publique, si elle le souhaite, de refuser une information sur l'environnement au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences sur la défense nationale ou la sécurité publique (art. 4-4 de la convention d'Aarhus). Mais ces refus d'information doivent être motivés et interprétés de manière restrictive sans que l'énergie nucléaire civile soit soumise à un régime particulier.

Une des raisons pour lesquelles le secret défense apparaît mal adapté aux activités nucléaires civiles tient notamment à l'ambiguïté du vocabulaire utilisé et à l'existence d'un régime unique de secret tant pour les activités militaires que civiles. Le fait que depuis l'ordonnance du 7 janvier 1959 la défense nationale n'est plus limitée aux activités militaires mais vise en tout temps et en toutes circonstances toutes les formes d'agressions à la vie de la population, n'est pas bien perçu par l'opinion. De plus, depuis le nouveau code pénal de 1992 la défense nationale est insérée parmi les « intérêts fondamentaux de la nation ». Le secret de la défense nationale est organisé par l'art. 413-9 du code pénal pour empêcher des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Or parmi ces intérêts fondamentaux figure aussi l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement visés à l'art. 410-1 du code pénal qui ouvre le titre 1 sur les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. C'est ainsi que plusieurs intérêts fondamentaux de la nation peuvent être en conflits. Cela ne conduit en aucune manière à une hiérarchie entre ces intérêts. L'intérêt de la défense nationale ne peut a priori pas l'emporter sur l'intérêt de l'environnement. C'est bien ce que confirme désormais la Constitution en énonçant au 7<sup>o</sup> considérant de la Charte de l'environnement de 2005 : « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ».

L'existence d'un régime unique de secret défense a conduit à des abus de classification sans justification sérieuse. La sur classification a largement été critiquée par la doctrine<sup>2</sup> et par le Parlement : « le secret défense et la sur classification qui caractérise tout ce qui touche au nucléaire, l'extrême complexité et technique du nucléaire militaire, se sont souvent

---

<sup>1</sup> CEDH, arrêt Oneryildiz c/ Turquie, 30 novembre 2004, para. 62.

<sup>2</sup> B. Warusfel, le secret de la défense nationale, protection des intérêts de la nation dans une société d'information, thèse de droit, Université René Descartes (Paris V), 1994., p. 323

additionnés pour opacifier les démarches suivies en ce domaine »<sup>3</sup>. La commission consultative du secret de la défense nationale elle-même dans son rapport bilan 1998-2004 constate : « le secret de la défense nationale est d'autant mieux respecté et crédible qu'il en est fait usage de façon restrictive et à bon escient »<sup>4</sup>. La même commission ajoutait : « il faut que l'opinion publique soit assurée que le périmètre des informations refusées est limité au strict nécessaire »<sup>5</sup>.

Pour toutes ces raisons, il est indispensable de reformuler les contours juridiques du droit à l'information et du secret en matière nucléaire.

Les propositions de réformes envisageables concernent les textes ci-après. Les dispositions législatives proposées pourraient sans difficulté être adoptées par amendements du gouvernement ou du Parlement et insérées dans le projet de loi sur la transparence nucléaire discuté au Sénat à partir de février 2006.

#### 1) art. 413-9 du code pénal

Pour mettre fin à l'ambiguïté du régime de secret couvrant à la fois le secret militaire et le secret lié à la sécurité publique, il conviendrait d'abord de limiter l'art. 413-9 aux seuls secrets défense des installations et activités militaires, et d'introduire un nouvel article consacré à la protection de documents nécessaires à préserver la « sécurité » au sens moderne et international du terme. La disparition du terme « secret » présenterait un avantage psychologique certain et les restrictions à la communication de certains documents en vue de garantir la sécurité et les intérêts fondamentaux de la nation seraient plus acceptables. Ces restrictions s'inséreraient mieux dans le cadre de la mise en œuvre de la directive communautaire 2003-4 du 28 janvier 2003 qui, en matière d'information sur l'environnement, n'utilise jamais le mot « secret » mais préfère parler des rejets de demande d'informations environnementales.

Le nouvel article consacré à la protection de la « sécurité » devrait expliquer pourquoi on ne communique pas certains documents qui pourraient porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Jusqu'à présent le secret défense pose problème dans la mesure où il n'est défini par l'art. 413-9 que de façon formelle. Or le plus important est de savoir pourquoi il ne faut pas divulguer telle information par rapport aux risques courus ? Pour pouvoir disposer d'une définition matérielle il faut être en mesure de déterminer des critères justifiant la restriction au droit à l'information. Autrement dit il faut pouvoir justifier que la sécurité serait menacée si l'on diffusait telle information. Le nouvel article devrait donc énoncer en les listant les motifs qui pourraient justifier une restriction du droit à l'information (par exemple : risque pour la santé, risque de terrorisme, risque d'espionnage industriel). Ces critères de non communication de documents permettraient à la fois d'obliger l'autorité publique à les formuler pour motiver le refus de communiquer et au juge d'exercer un contrôle pour éviter les abus de refus de communiquer.

L'art. 413-9 pourrait subsister en le limitant au secret défense proprement dit. L'intitulé de la section II du livre IV-titre 1- chapitre III deviendrait : « des atteintes au secret de la défense » et commencerait ainsi :

<sup>3</sup> Assemblée nationale, rapport de M René Galy-Dejean, commission de la défense nationale n° 847, 15 décembre 1993, p. 59

<sup>4</sup> Bilan 1998-2004, La documentation française, 2005, p. 111

<sup>5</sup> ibid . p. 134

« Présentent un caractère de secret de la défense concernant les seules installations et activités militaires les renseignements ...intéressant la défense qui ont fait l'objet... ». Le secret défense resterait caractérisé par sa définition formelle résultant de la procédure de classification purement discrétionnaire.

Une nouvelle section pourrait s'intituler : « des atteintes à la sécurité » et commencerait ainsi :

« Par dérogation au droit à l'information en matière d'environnement, peuvent ne pas être communiqués tout ou parties d'informations susceptibles de porter atteinte à la sécurité à la condition de justifier ce refus de communiquer par un risque pour la santé, un risque de terrorisme ou un risque d'espionnage industriel.

Les modalités de protection des documents non communicables et les autorités chargées de définir ces modalités sont déterminés par décret en Conseil d'Etat » .

Il conviendrait bien entendu de compléter ce nouvel article par des dispositions particulières prévoyant les incriminations et les peines encourues en cas de divulgation de documents non communicables. Le niveau de sévérité des sanctions pourrait être moindre que pour la divulgation des secrets militaires.

## 2) Loi du 8 juillet 1998 instituant la commission consultative du secret de la défense nationale

Cette loi devrait être adaptée pour renforcer les pouvoirs de cette autorité administrative indépendante. Elle vise à accompagner l'application du secret défense tel qu'il résulte de l'art. 413-9 du code pénal en donnant un avis sur la déclassification d'informations. Une proposition de loi déposée par M. Michel Dreyfus-Schmidt vise déjà à renforcer les pouvoirs de la commission<sup>6</sup>. L'institution a prouvé son utilité mais elle devrait s'adapter aussi aux nouvelles exigences du droit à l'information en matière d'environnement . Compte tenu de la proposition précédente (supra 1) de dissocier les secret défense des atteintes à la sécurité, on pourrait envisager soit de cantonner cette commission aux seuls secrets militaires et de confier à la CADA le contrôle du nouvel article proposé pour les atteintes à la sécurité, soit de confier à la commission la mission de donner son avis sur les refus de communiquer des documents pour risque d'atteinte à la sécurité. Cette dernière option semble la plus simple, compte tenu, notamment, de l'encombrement de la CADA.

La loi de 1998 devrait alors être modifiée sur les points suivants :

- titre à changer : commission nationale sur les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.
- Compétence : l'art. 1 viserait à la fois les avis sur le secret défense et les avis sur les atteintes à la sécurité
- Saisine : l'al. 2 de l'art. 1 devrait être complété par une deuxième phrase permettant la saisine de la commission par toute personne physique ou morale pour satisfaire à la convention d'Aarhus et à la directive de 2003 :  
« Suite à un refus de communication d'informations qui doit être notifié au demandeur sous forme de décision écrite motivée, la commission peut également être saisie par toute personne physique ou morale sans à faire valoir un intérêt particulier. »

L'art. 1 devrait être complété par un al.3 rédigé ainsi :

---

<sup>6</sup> proposition de loi relative à l'accès aux documents classés secret défense et modifiant la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant la commission consultative du secret de la défense nationale, Sénat n° 23, 13 octobre 2004

« La saisine de la commission pour avis est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux. Lorsqu'il est saisi d'un recours contentieux contre un refus de communication d'informations, le juge administratif doit statuer dans le délai de six mois à compter de l'enregistrement de la requête ».

- motivation de l'avis : la commission elle même suggère que ses avis soient motivés<sup>7</sup>.

L'art. 7 de la loi devrait être ainsi complété :

« La commission émet un avis motivé... »

### 3) Décret du 17 juillet 1998 et arrêté du 26 janvier 2004

Ces textes réglementaires de mise en œuvre de l'art. 413-9 du code pénal devraient également être remaniés pour satisfaire aux nouvelles obligations du droit international et communautaire.

Dans l'esprit de ce qui a été envisagé supra , il conviendrait de conserver le décret du 17 juillet 1998 pour les seuls secrets défense de caractère militaire qui pourraient alors garder la classification actuelle en trois niveaux.

Un nouveau décret serait pris relatif à la protection de la sécurité. Il conviendrait d'étudier si les trois niveaux sont encore indispensables ou si deux suffissent pour simplifier. Ce pourrait être : - très confidentiel sécurité – confidentiel sécurité . Le premier niveau relevant du Premier ministre et le second des ministres concernés.

L'arrêté du 26 janvier 2004 concernant les matières nucléaires devrait être modifié et serait relatif à la protection de la sécurité dans le domaine des matières nucléaires civiles. Il devrait imposer de préciser les motifs de non communication pour des documents devant faire l'objet d'une classification et expliciter le régime de cette dernière. Cet arrêté devrait être interministériel en étant signé à la fois par le ministre de l'industrie compétent pour les INB mais aussi par le ministre de l'écologie et du développement durable compétent pour l'information en matière environnementale et pour les installations classées liées au nucléaire. Un tel arrêté interministériel est tout à fait conforme à la lettre et à l'esprit du protocole d'accord relatif à la protection de l'environnement entre le ministère de la défense et le ministère de l'environnement du 3 avril 1995<sup>8</sup>.

L'arrêté devrait viser la convention d'Aarhus et la directive de 2003 en précisant :

- que la classification d'une part et les refus de communiquer des documents classifiés d'autre part, doivent être motivés
- que l'interprétation des cas de non communication doit être restrictive
- les modalités de dérogation à la non communication en cas de danger ou menace imminente
- les modalités des voies de recours et le renvoi à la commission consultative visée supra (2)

L'art. 1 serait inchangé sauf après chapitre II du décret du 12 mai 1981 : « peuvent voir leur communication interdite ou limitée pour des raisons de sécurité lorsque leur divulgation... »

L'art. 2 serait remplacé par l'article suivant : « Les informations et supports mentionnés à l'art. 1 du présent arrêté peuvent faire l'objet d'une classification motivée par arrêté conjoint

<sup>7</sup> rapport de la commission consultative du secret de la défense nationale, 1998-2004, La documentation française , 2005, p.170

<sup>8</sup> Dans ce document il est prévu que les deux ministères traitent, notamment, des contraintes particulières liées aux impératifs spécifiques de la défense nationale.

des ministres chargés de l'industrie et de l'environnement. Le refus de communiquer de tels documents doit lui même être motivé . La déclassification partielle ou totale peut être décidée après avis de la commission consultative sur les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation dans les conditions prévues par la loi du 8 juillet 1998 modifiée.

En cas de danger ou de menace imminente une communication partielle des documents classifiés peut être décidée par l'autorité publique en vue de mieux assurer la protection de la santé et de l'environnement. »

#### 4) L'accès aux documents administratifs non classifiés

Il convient de rappeler que les INB sont normalement soumises au droit commun de la loi du 17 juillet 1978. La CADA devrait donc pouvoir continuer à intervenir dans les cas où l'information n'est pas protégée par une classification reposant à l'avenir sur des critères énoncés par la loi (supra 1). Il a toutefois semblé préférable de confier le contrôle de la non communication des documents non classifiés à la commission consultative sur les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.

Les demandeurs de ces documents non classifiés pourraient toutefois se voir opposer un refus ponctuel de non communication reposant sur l'art . 6 de la loi du 17 juillet 1978. Ces refus seront désormais examinés par la commission sus visée et le juge administratif à l'aune des exigences d'information environnementale de la convention d'Aarhus et de la directive de 2003. De ce fait les anciens arrêtés pris pour énumérer a priori des documents non communicables ( arrêté du 23 février 1983 pour le ministère de l'environnement, arrêté du 23 février 1983 pour le ministère de l'industrie) devraient être revus et modifiés en conséquence.

L'arrêté du 26 janvier 2004 devrait être complété par un art. 3 nouveau ainsi rédigé :  
« La non communication de documents non classifiés ne peut faire l'objet que d'une décision motivée susceptible de recours contentieux après avis préalable de la commission consultative sur les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Les motifs de rejet devront être interprétés de manière restrictive compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour les demandeurs ».

#### 5) Urgence radiologique

L'urgence radiologique est envisagée par la convention d'Aarhus qui prévoit les situations de menace imminente pour la santé et l'environnement et oblige de diffuser immédiatement les informations nécessaires (art. 5-1) ce droit à l'information peut toutefois être restreint pour les motifs prévus à l'art .4- 4. Il en est de même dans la directive communautaire de 2003( art. 7-4 et 4-2).

Les textes français applicables sont formellement conformes (art. R. 1333-79 du code de la santé publique, directive interministérielle du 7 avril 2005 sur l'action des pouvoirs publics en cas d'événement entraînant une situation d'urgence radiologique).

Toutefois les exceptions de non communication d'informations devraient faire l'objet de dispositions particulières détaillées car l'urgence radiologique est une situation exceptionnelle à laquelle ne devrait pas pouvoir s'appliquer le droit commun du secret et de la non communication. Un régime particulier semble indispensable en réduisant a priori les cas

de non communication d'informations, car l'information immédiate des populations sur les risques imminents doit l'emporter. L'urgence doit ici motiver une restriction du secret.

## 6) Modifications du code de l'environnement

Certaines dispositions du code de l'environnement relatives aux déchets et aux enquêtes publiques pourraient également faire l'objet d'une amélioration pour mieux prendre en compte l'esprit et la lettre des nouvelles dispositions internationales et communautaires sur le droit à l'information en matière d'environnement.

Selon l'art. 3 du décret du 30 mai 2005 relatif au contrôle des circuits de traitement des déchets, les exploitants d'installations et activités nucléaires définis par le décret du 5 juillet 2001, doivent fournir à l'administration une déclaration annuelle mise à disposition du public sur la nature, les quantités et la destination de ces déchets. Il conviendrait de compléter l'art. L. 124-6 du code de l'environnement pour bien préciser que les motifs de refus ponctuel de communiquer des informations sur ces déchets doivent être interprétés de manière restrictive.

Les diverses dispositions du code de l'environnement qui dispensent systématiquement d'enquêtes publiques les installations classées réalisées dans le cadre d'opérations secrètes ( art. 3 du décret du 15 octobre 1980) ainsi que les installations nucléaires de base classées secrètes (décret du 5 juillet 2001) semblent en contradiction avec la convention d'Aarhus dont l'art. 6-1-c qui ne prévoit de dispense de participation du public pour les activités de défense nationale que « au cas par cas ». Aussi l'art R. 123-44 du code de l'environnement devrait être modifié en remplaçant le I par :

« I. Pour assurer le respect du secret de la défense nationale, il peut être décidé au cas par cas de dispenser de l'enquête publique prévue aux art. L. 123-1 à L. 123-16 :. »

## 7) Projet de loi sur la transparence nucléaire

Le projet de loi sur la transparence et la sécurité en matière nucléaire qui avait été déposé au Sénat le 18 juin 2002 vient enfin en discussion au Sénat à compter du 7 février 2006 ( le Monde du 10 janvier 2006).

Le titre I du projet de loi est consacré à l'information. Il reprend les principes du droit à l'information qui figurent déjà dans le code de l'environnement (chapitre 1). Il rend obligatoire les commissions locales d'information auprès des installations nucléaires de base (chapitre II). Il crée un haut comité de transparence sur la sécurité nucléaire (chapitre III).

En ce qui concerne le droit à l'information (chapitre 1), les précisions suivantes peuvent être suggérées :

- art. 4 –I un deuxième alinéa doit prévoir :

« l'information fournie doit être effective, pertinente, accessible, claire et exhaustive »

- art. 4- II

« l'obligation de communiquer les informations demandées incombe aux pouvoirs publics ainsi qu'aux exploitants ..... »

- art. 4- III

add. un 2° al :

« les informations sur les émissions pertinentes pour l'environnement doivent en tout état de cause être divulguées sans que puisse être opposé le secret commercial et industriel » ( cf. art. 4-4-d' Aarhus et art. 4-2 de la directive de 2003)

- art. 4-IV

add. un 2° al:

« les motifs de refus de communiquer l'information devront être interprétés de manière restrictive compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public et selon que ces informations ont trait ou non aux émissions dans l'environnement » (art. 4-4-h d'Aarhus)

- art. 5

Les INB ne sont pas les seules à détenir des matières radioactives du fait des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Ainsi le stockage d'uranium appauvri à Bessines est-il réalisé dans une installation classée. Il ne serait pas normal que des installations considérées a priori comme moins dangereuses ne soient pas soumises aux mêmes exigences en matière d'information que les INB plus dangereuses. Le document annuel d'information doit donc être aussi fourni par les installation classées détenant des matières radioactives ou fissiles. Cette information doit aussi inclure précisément ce qui concerne les déchets radioactifs de toute nature.

al .1 « ... l'exploitant d'une installation nucléaire de base telle que définie à l'art . 12 ainsi que les exploitants d'installations classées détenant des matières radioactives ou fissiles établissent chaque année un document qui expose...

add. un quatrième tiret

« - la nature et la quantité de déchets radioactifs entreposés dans le site de l'installation ainsi que les mesures prises pour en limiter le volume et les effets sur la santé et sur l'environnement, en particulier les sols et les eaux ».

En ce qui concerne le chapitre II relatif aux commissions locales d'information , l'absence de référence aux installations classées stockant des matières radioactives et des déchets radioactifs est tout aussi critiquable que dans l'art. 5. La proposition de loi de MM. Birraux et autres de 1993 prévoyait d'instituer des commissions locales d'information y compris dans les installations classées de stockage de déchets radioactifs<sup>9</sup>

- art. 6 al 1 : « Auprès de tout site d'exploitation d'une ou plusieurs installations nucléaires de base ainsi qu'auprès des installations classées détenant des matières radioactives ou fissiles ou stockant des déchets radioactifs, est instituée une commission locale d'information... »

En ce qui concerne le chapitre III créant le haut comité de transparence sur la sécurité nucléaire, le projet de loi lui donne un rôle intéressant mais qui vient concurrencer en matière d'information la commission consultative du secret de la défense nationale créée par la loi du 8 juillet 1998 ainsi que le conseil supérieur de la sûreté et de l'information nucléaire du décret du 2 mars 1987. Le haut comité envisagé n'est pas une autorité administrative indépendante et n'offre donc pas a priori des garanties suffisantes d'indépendance. Le droit à l'information en matière nucléaire doit bénéficier de garanties réelles d'indépendance tant vis à vis de l'Etat que vis à vis des exploitants publics ou privés. Disposer de trois institutions différentes pour répondre au même problème n'est pas satisfaisant. Il convient donc de disposer d'un seul et unique organisme chargé de donner un avis sur les demandes d'informations, de proposer une éventuelle déclassification.

Il conviendrait par conséquent de fusionner les trois institutions existantes dans un esprit de simplification administrative à la condition que l'organisme mis en place soit effectivement qualifié d'autorité administrative indépendante et puisse ordonner des contre

<sup>9</sup> proposition de loi tendant à la création de commissions départementales d'information et de surveillance des sites nucléaires civils, Assemblée nationale n° 54, 20 avril 1993

expertises à la demande du public ou des autorités locales . Ses compétences devraient aussi couvrir le domaine des déchets radioactifs de toute nature qui ne sont pas mentionnés dans l'art. 8 du projet de loi.

Le 18 janvier 2006

Michel Prieur

Professeur émérite agrégé de droit ( Université de Limoges)

Membre du Conseil national du développement durable

Président adjoint de la Commission de droit de l'environnement de l'UICN