

Décision n° 2023-029 du 15 juin 2023

portant adoption de lignes directrices relatives à la protection des informations relevant du secret des affaires

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Vu la directive 2016/943 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 ;

Vu l'article L. 1261-2 du code des transports ;

Vu les articles L. 151-1 et suivants du code de commerce ;

Vu les réponses à la consultation publique relative au projet de lignes directrices relatives à la protection du secret des affaires organisée du 20 janvier 2023 au 20 mars 2023 ;

Après en avoir délibéré le 15 juin 2023 ;

DÉCIDE

Les lignes directrices relatives à la protection des informations relevant du secret des affaires annexées à la présente décision sont adoptées.

La présente décision sera publiée sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté la présente décision le 15 juin 2023.

**Présents : Monsieur Patrick Vieu, vice-président, président de séance ;
Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Madame Sophie Auconie,
vice-présidente.**

Le Vice-Président

Président de séance

Patrick Vieu

Annexe – Lignes directrices relatives à la protection des informations relevant du secret des affaires

Sommaire

1. INTRODUCTION	3
2. CADRE JURIDIQUE RELATIF À LA PROTECTION ACCORDÉE AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES	3
3. INFORMATIONS ET DONNÉES POUVANT BÉNÉFICIER DE LA PROTECTION AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES.....	4
4. PROCÉDURE DE DEMANDE DE PROTECTION D'UNE INFORMATION AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES AUPRÈS DE L'AUTORITÉ	5

1. INTRODUCTION

1. L'Autorité de régulation des transports (ci-après, « l'Autorité ») est soumise à une obligation légale de motivation et de publication de ses avis et décisions. Elle est aussi légalement tenue de respecter les secrets protégés par la loi, parmi lesquels le secret des affaires¹.
2. La transparence est en outre un principe de l'action de l'Autorité, dès lors qu'il s'agit, notamment, d'une condition essentielle pour le bon fonctionnement des marchés relevant de la régulation sectorielle de l'Autorité.
3. L'Autorité s'attache à concilier ces deux obligations de transparence et de protection du secret des affaires. En conséquence, lors de l'application de cette dernière obligation, elle veille à appliquer des modalités d'occultation qui obèrent le moins possible la lisibilité et la clarté de ses publications (les fourchettes sont, par exemple, privilégiées à l'occultation complète).
4. L'objectif des présentes lignes directrices est ainsi de préciser la manière dont l'Autorité entend se conformer à ces deux obligations de protection des secrets protégés par la loi et de motivation de ses avis et décisions en fixant, de façon transparente, un cadre applicable à l'ensemble des secteurs qu'elle régule.
5. Les présentes lignes directrices présentent (i) le cadre juridique applicable en matière de secret des affaires, (ii) les principes qui doivent guider le choix d'occulter ou non des données et (iii) les modalités de demande d'occultation d'informations.

2. CADRE JURIDIQUE RELATIF À LA PROTECTION ACCORDÉE AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES

Obligation de publication et de motivation des avis et décisions de l'Autorité dans le respect du secret des affaires

6. L'article L. 1261-2 du code des transports dispose que « *les propositions, avis et décisions de l'Autorité de régulation des transports sont motivés et rendus publics, sous réserve des secrets protégés par la loi. / Ses rapports sont également rendus publics, dans les mêmes conditions.* ».
7. Conformément à ces dispositions, l'Autorité s'attache à ce que les avis, décisions et documents qu'elle produit soient justifiés, notamment par les données pertinentes et les analyses économiques et financières réalisées, et aisément compréhensibles.
8. Ainsi, la publication des décisions, avis, rapports et autres documents de l'Autorité s'opère dans le respect de la protection des données de tiers couvertes par le secret des affaires dont elle peut avoir connaissance dans le cadre de l'exercice de ses missions de régulateur économique sectoriel. Pour ce faire, les versions non confidentielles que publie l'Autorité sont élaborées en tenant compte des demandes d'occultation formulées par les opérateurs concernés.
9. À ce titre, toute personne peut demander à l'Autorité la protection d'une information qu'elle considère comme relevant du secret des affaires, selon la procédure prévue à son règlement intérieur et reprise au titre 4 des présentes lignes directrices.

¹ Code des transports, article L. 1261-2.

Définition du secret des affaires

10. L'article L. 151-1 du code de commerce prévoit qu'une information est couverte par le secret des affaires dès lors qu'elle répond à **trois critères cumulatifs** :

« 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. ».

11. De plus, toute donnée qui aurait déjà été publiée par la personne sollicitant, pour ladite donnée, la protection du secret des affaires ne peut être considérée comme ayant fait l'objet de mesures de protection raisonnables pour en conserver le caractère secret. Une telle donnée ne satisfait pas le troisième critère de l'article L. 151-1 du code de commerce et ne peut donc pas bénéficier de la protection au titre du secret des affaires.

3. INFORMATIONS ET DONNÉES POUVANT BÉNÉFICIER DE LA PROTECTION AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES

Caractéristiques des informations

12. L'appréciation des informations relevant ou non du secret des affaires s'opère toujours au cas par cas, sur la base des critères juridiques exposés ci-dessus et des éléments de justification fournis par la personne concernée.

13. Certains éléments ne peuvent généralement pas bénéficier de la protection accordée au titre du secret des affaires. Ces éléments incluent notamment :

- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur ;
- les informations divulguées par l'opérateur lui-même ;
- les informations largement connues par les spécialistes du secteur ;
- les informations ayant perdu leur importance commerciale, par l'écoulement du temps ou par toute autre raison.

14. Les demandes de protection au titre du secret des affaires peuvent notamment porter sur :

- des informations non quantitatives qui auraient, par exemple, trait à des secrets industriels ou des procédés de fabrication, au savoir-faire de l'entreprise, aux sources d'approvisionnement, à des fichiers de clients et de distributeurs, à l'organisation interne ou à la stratégie commerciale de l'entreprise ;
- des informations quantitatives relatives, par exemple, aux parts de marché, quantités produites et vendues, informations financières, chiffres d'affaires, structure de coûts et de prix.

15. Toute information datant de cinq ans ou plus est, en principe et sauf justification apportée par le demandeur pour établir sa valeur commerciale, considérée comme ayant perdu sa valeur commerciale, soit ne remplissant pas le deuxième critère de l'article L. 151-1 du code de commerce et ne pouvant donc pas bénéficier de la protection au titre du secret des affaires².

Situation concurrentielle de l'entité invoquant le secret des affaires

16. Afin d'apprécier l'applicabilité de la protection d'informations au titre du secret des affaires, il doit être tenu compte de la situation de l'opérateur sur le marché auquel les informations se rapportent et du degré de concurrence sur ce même marché.
17. Une distinction doit ainsi être effectuée selon que l'opérateur concerné est en situation de monopole protégé par la loi, est chargé de l'exécution d'une mission de service public, ou s'il exerce une activité sur un marché soumis au libre jeu de la concurrence. Ces éléments sont en effet des facteurs déterminants de l'existence ou non d'une valeur commerciale attachée à une donnée, au sens du 2° de l'article L. 151-1 du code de commerce, et doivent faire partie des éléments de justification apportés par le demandeur.
18. En ce sens, les dispositions relatives à la protection du secret des affaires lors de la communication de documents administratifs³, bien qu'applicables dans un cadre différent de celui dans lequel s'inscrivent les présentes lignes directrices, apportent un éclairage utile à ces dernières. En effet, l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration prévoit que le secret des affaires est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public exercée par la personne concernée par la donnée est soumise à la concurrence.

4. PROCÉDURE DE DEMANDE DE PROTECTION D'UNE INFORMATION AU TITRE DU SECRET DES AFFAIRES AUPRÈS DE L'AUTORITÉ

Formulaire de demande

19. Afin de faciliter le processus de protection des informations au titre du secret des affaires, toute demande doit se faire sur le modèle du tableau figurant à la fin des présentes lignes directrices, et être adressée par voie électronique à l'adresse suivante : procedure@autorite-transport.fr.

Justification du respect des critères légaux définissant le secret des affaires

20. La procédure de demande de protection d'une information au titre du secret des affaires est exposée dans le règlement intérieur de l'Autorité. Celui-ci prévoit que « *lorsqu'une personne demande la protection au titre du secret des affaires, il lui appartient d'indiquer spontanément, de manière précise et circonstanciée, pour chaque information, document ou partie de document en cause, l'objet et les motifs de sa demande* »⁴. Il est par conséquent impératif que toute demande d'occultation soit précise et circonstanciée. Les éléments pour lesquels l'occultation demandée n'a pas été justifiée ou a été appuyée par des justifications insuffisantes ou ne répondant pas aux critères établis par la loi, ne pourront être occultés.

² C'est notamment la règle appliquée par la Commission européenne dans le cadre de demandes d'accès aux dossiers administratifs (cf. Communication de la Commission européenne relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (2005/C 325/07), point 23) ou par l'Autorité de la concurrence (cf. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, point 289 : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf).

³ En application de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration, les documents produits ou reçus par les opérateurs, publics ou privés, chargés d'une mission de service public dans le cadre de l'exercice de cette mission, constituent des documents administratifs communicables sous réserve du respect des données relevant du secret des affaires.

⁴ Règlement intérieur, article 11.

21. Lorsque la demande de protection n'est pas intégralement acceptée (y compris en ce qui concerne les modalités de protection), la version non confidentielle que l'Autorité prévoit de publier assortie des motifs justifiant l'absence de prise en compte complète de la demande est transmise au demandeur au minimum dix jours avant la publication de la décision. Si le demandeur estime que la publication est susceptible de porter atteinte au secret des affaires, il dispose de la faculté de saisir, en référé, le juge administratif sur le fondement de l'article L. 77-13-1 du code de justice administrative afin de prévenir cette atteinte.

Cas particulier des données fournies par un tiers

22. En cas de données fournies par un tiers au demandeur, il convient que ce dernier soit en mesure de justifier auprès de l'Autorité que les données en question relèvent du secret des affaires. Pour ce faire, un délai supplémentaire peut être accordé au demandeur sur demande expresse. Lorsque cela se justifie, l'Autorité adressera, après sa notification au saisissant, l'avis aux tiers ayant fourni des données afin de leur permettre de former, dans les conditions prévues par les présentes lignes directrices, leurs demandes de protection au titre du secret des affaires dans un délai de cinq jours, conformément à l'article 11 du règlement intérieur. Dans un tel cas, l'Autorité prendra les mesures nécessaires pour protéger les données d'autres tiers relevant du secret des affaires.

Protection à l'initiative de l'Autorité

23. Afin de tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, d'autres données ou informations que celles ayant fait l'objet d'une demande de protection peuvent être occultées à l'initiative de l'Autorité.

Modalités d'occultation

24. L'occultation peut prendre la forme de fourchettes, d'agrégations de données relatives à un opérateur donné ou à plusieurs opérateurs, d'une anonymisation de données désagrégées (information chiffrée), d'une description qualitative de l'information (information non chiffrée) voire, si aucune autre modalité n'est possible, d'une occultation complète de l'information. Les agrégations de données d'un opérateur peuvent s'effectuer sur une base géographique (axes de transport, infrarégionale, régionale, etc.) ou par service (gamme de service, mode de transport, etc.), en adoptant le niveau d'agrégation minimal qui permet de ne pas nuire aux intérêts commerciaux de l'opérateur concerné.

25. Par souci de transparence, de prévisibilité et d'homogénéité dans le traitement des demandes, les fourchettes qu'il convient d'appliquer par défaut sont les suivantes, la possibilité de s'en écarter étant toutefois envisageable au cas par cas, la demande devant alors être dûment justifiée par le demandeur :

1° Lorsque la demande porte sur une donnée chiffrée exprimée en valeur absolue, les fourchettes sont les suivantes, de sorte que celles-ci ne soient pas sensibles à l'unité de la donnée (ex : la donnée « 3 millions de passagers » sera occultée par « [2 - 5] millions de passagers » ou « [2 000 - 5 000] milliers de passagers ») :

- entre 1 et 1,99 : [1 – 2] ;
- entre 2 et 4,99 : [2 – 5] ;
- entre 5 et 9,99 : [5 – 10] ;
- entre 10 et 19,99 : [10 – 20] ;
- entre 20 et 49,99 : [20 – 50] ;
- entre 50 et 99,99 : [50 – 100] ;
- entre 100 et 199,99 : [100 - 200] ;
- entre 200 et 499,99 : [200 – 500] ;
- entre 500 et 999,99 : [500 – 1000] ;
- entre 1000 et 1999,99 : [1000 – 2000] ;

- etc.

Pour les valeurs comprises entre 0 et 1 :

- entre 0,5 et 0,99 : [0,5 – 1] ;
- entre 0,2 et 0,49 : [0,2 – 0,5] ;
- entre 0,1 et 0,19 : [0,1 – 0,2] ;
- entre 0,05 et 0,09 : [0,05 – 0,1] ;
- entre 0,02 et 0,049 : [0,02 – 0,05] ;
- entre 0,01 et 0,019 : [0,01 – 0,02] ;
- etc.

2° Lorsque la demande porte sur un pourcentage (taux d'évolution, coût moyen pondéré du capital, taux de couverture des coûts, etc.), notamment des données dont la valeur se situe généralement entre 0 et 10 %⁵, les fourchettes sont les suivantes :

- entre 0 et 1,99 % : [0 – 2] % ;
- entre 2 et 3,99 % : [2 – 4] % ;
- entre 4 et 5,99 % : [4 – 6] % ;
- entre 6 et 7,99 % : [6 – 8] % ;
- entre 8 et 9,99 % : [8 – 10] % ;
- entre 10 et 14,99 % : [10 – 15] % ;
- entre 15 et 19,99 % : [15 – 20] % ;
- entre 20 et 29,99 % : [20 – 30] % ;
- entre 30 et 39,99 % : [30 – 40] % ;
- de même pour la suite (écart de 10 points de pourcentage).

2°bis Par exception, notamment lorsque la valeur des données concernées peut varier dans des proportions importantes (voire entre 0 et 100 %) et qu'une fourchette plus étroite fournirait en conséquence un degré de précision préjudiciable à la protection de l'information (ex : portions d'un total comme les parts de marché ou le taux d'occupation), des fourchettes plus larges peuvent être appliquées aux valeurs situées entre 0 et 10 % :

- entre 0 et 4,99 % : [0 – 5] % ;
- entre 5 et 9,99 % : [5 – 10] %.

3° En tant que de besoin, des fourchettes plus étroites peuvent également être utilisées, avec l'accord du détenteur de la donnée.

4° En cas de fourchettes liées⁶, l'Autorité identifie la donnée ayant la valeur informative la plus forte pour la compréhension de l'analyse et l'occulte en lui appliquant la fourchette adéquate. Les amplitudes des fourchettes liées sont calculées sur la base de cette première fourchette et peuvent, le cas échéant, être arrondies à des valeurs au moins aussi protectrices.

⁵ Ces fourchettes plus resserrées qu'au cas précédent permettent de trouver un juste équilibre entre protection de l'information et lisibilité de l'avis ou de la décision.

⁶ Des fourchettes sont liées lorsque les données sous-jacentes à l'une (ex : le taux d'occupation d'un service de transport) dépendent des données sous-jacentes de l'autre (ex : le nombre de passagers utilisant ce service de transport).

Tableau 1 – Modèle de demande d'occultation d'une donnée au titre du secret des affaires

Emplacement(s) de l'information	Information faisant l'objet d'une demande d'occultation	Nature de l'information	Justification du caractère SDA : <ul style="list-style-type: none"> - Justifier que l'information répond aux trois conditions cumulatives définissant le secret des affaires. - À défaut, justifier que la donnée constitue un autre secret protégé par la loi 	Demande de format de l'occultation (à justifier en cas d'écart par rapport aux fourchettes standards prévues au point 24 des lignes directrices)
§22, 2 ^{ème} phrase	3,25 %	[...]	<p>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 ;</p> <p>[Justification apportée par le demandeur sur ce premier critère]</p> <p>2° l'information portant sur la rentabilité de l'opérateur dans le cadre d'une activité concurrentielle, elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;</p> <p>[Justification apportée par le demandeur sur ce deuxième critère]</p> <p>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.</p> <p>[Justification apportée par le demandeur sur ce troisième critère]</p>	[2 - 4]

§30, 4 ^{ème} phrase	53 %	[...]	<p><i>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 ;</i></p> <p><i>[Justification apportée par le demandeur sur ce premier critère]</i></p> <p><i>2° l'information portant sur la stratégie commerciale de l'opérateur dans le cadre d'une activité concurrentielle, elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;</i></p> <p><i>[Justification apportée par le demandeur sur ce deuxième critère]</i></p> <p><i>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</i></p> <p><i>[Justification apportée par le demandeur sur ce troisième critère]</i></p>	[50-60]
...