



Communiqué n° 2019-01 relatif à la protection du secret des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles devant l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

21 mai 2019

(Modifié le 23 octobre 2019)¹
(Modifié le 13 septembre 2023)²

I. Le cadre juridique

1. L’article Lp. 463-4 du code de commerce

1. L’article Lp. 463-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « code de commerce ») dispose :

« Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l’exercice des droits de la défense d’une partie mise en cause, le rapporteur général de l’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d’autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. Les modalités d’application du présent article sont précisées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. »

2. L’arrêté n° 2019-1219/GNC du 7 mai 2019 relatif à la protection du secret des affaires devant l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

2. L’arrêté n° 2019-1219/GNC du 7 mai 2019 pris en application de l’article Lp. 463-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et relatif à la protection du secret des affaires devant l’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie précise les modalités d’application de l’article Lp. 463-4 du code de commerce de la manière suivante.
3. L’article R. 463-1 concerne les parties à la procédure. Il précise que lorsqu’une des parties demande la protection du secret des affaires à l’égard d’éléments communiqués par elle à l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « Autorité ») ou saisis auprès d’elle par cette dernière, elle indique, pour chaque information, document ou partie de document en cause, l’objet et les motifs de sa demande. Elle fournit séparément une version non confidentielle et un résumé de chacun de ces éléments. Cette demande doit parvenir à l’Autorité dans les conditions de forme et de délai prévues par le présent communiqué de procédure.
4. L’article R. 463-2 concerne les tiers à la procédure. Il prévoit que lorsque l’instruction fait apparaître que des informations, documents ou parties de documents pouvant mettre en jeu le secret des affaires n’ont pas pu faire l’objet d’une demande de protection par un tiers à la procédure, le rapporteur général peut inviter cette personne à présenter, si elle le souhaite, une

¹ Ajout du paragraphe V et de l’annexe 1.

² Modification du titre du communiqué.

demande dans les conditions de forme et de délai prévues par le présent communiqué de procédure.

5. L'article R. 463-3 précise les cas dans lesquels les pièces sont réputées ne pas relever du secret des affaires. Il s'agit :
 - des informations, documents ou parties de documents pour lesquels une demande de protection au titre du secret des affaires n'a pas été présentée dans le délai imparti ;
 - des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment où il est statué sur la demande.
6. L'article R. 463-4 indique les motifs de rejet, en tout ou partie, d'une demande de secret des affaires par le rapporteur général, à savoir :
 - lorsque la demande n'est pas motivée ou lorsqu'elle est manifestement infondée, ou lorsqu'elle n'a pas été présentée dans les formes requises, ou lorsqu'elle a été présentée au-delà du délai imparti ;
 - lorsque la communication ou la consultation d'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause ou au débat devant l'Autorité.
7. L'article R. 463-5 précise les modalités permettant à l'une des parties de demander la levée du secret des affaires préalablement accordé par le rapporteur général. Ainsi, lorsqu'une partie n'a pas eu accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander la communication ou la consultation au rapporteur général en lui présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce.
8. L'article R. 463-6 renvoie au présent communiqué de procédure qui fixe les modalités de traitement de la demande de protection. Cet article précise enfin que les décisions d'acceptation ou de rejet du rapporteur général doivent être notifiées au demandeur.

II. La protection au titre du secret des affaires

1. La notion de secret des affaires en droit de la concurrence

9. En métropole, le législateur n'a défini que très récemment la notion de secret des affaires pourtant garantie depuis 1968 dans le cadre des relations commerciales³.
10. La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 définit une information relevant du secret des affaires lorsqu'elle répond aux critères suivants :
 - 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 ;
 - elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
 - 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.

³ Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine le domaine du commerce maritime, JORF, 27 juillet 1968, p. 7 267.

11. Cette loi est susceptible de servir de guide d'analyse au rapporteur général pour apprécier les demandes de protection au titre du secret des affaires formulées en application de l'article Lp. 463-4 du code de commerce.
12. En outre, elle recouvre l'interprétation classique de l'autorité de la concurrence métropolitaine qui considère généralement comme des informations relevant du secret des affaires : les informations commerciales, stratégiques ou de savoir-faire sensibles telles que certaines informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à la clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication et de distribution, et à ses sources d'approvisionnement⁴. En revanche, les informations rendues publiques ne peuvent en aucun cas être considérées comme relevant du secret des affaires.

2. Le droit à une procédure contradictoire et la protection légitime du secret des affaires

13. Le respect de la procédure contradictoire devant l'Autorité de la concurrence est garanti par l'article Lp. 463-1 du code de commerce, sous réserve de la protection du secret des affaires : « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article Lp. 463-4* ». Ces dispositions sont similaires à celles applicables en métropole.
14. Or, la Cour de cassation a jugé que « *le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires* ». Elle en a ainsi déduit que « *ni le droit à un recours effectif ni le principe de la contradiction n'impliquent que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection du secret des affaires prise à ce titre* »⁵.
15. La mise en balance entre le droit à la protection du secret des affaires et le droit à une procédure contradictoire relève d'une appréciation au cas par cas, compte tenu de la situation concrète des parties, de la nature des informations concernées et de la nécessité pour la partie requérante d'y avoir accès pour se défendre, elle-même liée à la nature du grief notifié et au contexte du marché examiné⁶.
16. En conséquence, lorsque la communication ou la consultation d'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause ou au débat devant l'Autorité, le rapporteur général peut rejeter une demande de protection au titre du secret des affaires.
 - **Exemple** : les éléments qui fondent d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles comme les contrats (en cas de pratiques d'accords exclusifs d'importation), les éléments relatifs à la politique de prix (en cas de pratiques de prix imposés ou de prix prédateurs), les parts de marché (en cas d'abus de position dominante ou de pratiques de répartition de parts de marché...) sont autant d'éléments nécessaires à la démonstration des pratiques qui ne peuvent être couverts par le secret des affaires.

⁴ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 91-D-50 du 13 novembre 1991 relative au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des petits appareils électroménagers.

⁵ Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 19 janvier 2016, pourvoi n° 14-21.670.

⁶ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante.

III. Les modalités de traitement de la demande de protection au titre du secret des affaires

1. Les personnes susceptibles de demander la protection

17. Il appartient à la personne qui souhaite obtenir la protection d'un document ou d'une information au titre du secret des affaires de formuler une demande en ce sens auprès du rapporteur général.
18. Peuvent formuler une demande de protection au titre du secret des affaires :
 - la partie saisissante ;
 - la ou les partie(s) mise(s) en cause ;
 - les tiers lorsqu'ils en sont informés par le rapporteur général.
19. Un document (ou une information) pour lequel une demande de protection n'a pas été présentée est réputé ne pas mettre en jeu le secret des affaires. Il est donc accessible aux parties tel qu'il (ou elle) a été produit.

2. Les conditions de forme d'une demande de protection

20. Le demandeur à la protection doit formuler une demande de secret des affaires par écrit (courrier électronique ou courrier papier) adressée au rapporteur général.
21. Exceptionnellement, en cas d'urgence (mesures conservatoires notamment), la demande de protection peut être adressée par tout moyen au rapporteur général.
22. Dans tous les cas, le demandeur doit fournir séparément pour chacune des informations, documents ou parties de documents (*Voir Annexe I*) :
 - une version non confidentielle de la pièce concernée, en tout ou partie, par la demande de secret des affaires ;
 - **et** un résumé des éléments qu'il souhaite conserver secrets.

➤ Exemples :

- Dans un tableau présentant des ventes à la clientèle ou des volumes de production par type de produit, il pourrait être demandé d'occulter les données chiffrées et nominatives dès lors que le titre, l'architecture et les intitulés d'entrées du tableau sont conservés. La version non confidentielle de ce tableau devrait être transmise en même temps qu'un résumé de l'objet du tableau.
 - En revanche, une lettre d'un directeur commercial à ses chefs d'agence les incitant à communiquer des informations confidentielles à des concurrents, dont il ne subsisterait dans la version non confidentielle que l'en-tête et la signature, ne serait pas suffisante même si elle est accompagnée d'un résumé.
23. Autrement dit, il faut qu'en consultant le dossier non confidentiel, il soit possible de connaître précisément la nature de l'information protégée et sa forme, afin qu'une partie puisse apprécier si la connaissance de la version confidentielle de la pièce en cause pourrait être nécessaire à l'exercice de ses droits.

3. La motivation de la demande de protection par le demandeur

24. Le demandeur doit indiquer à l'Autorité, pour chaque information, document ou partie de document l'objet et les motifs justifiant la protection au titre du secret des affaires.

25. Il doit expliquer précisément les raisons pour lesquelles le document, pour lequel la protection est demandée, contient des informations répondant aux critères de définition du secret des affaires.
- **Exemples** : Si des documents font état de prix appliqués à différents clients, une motivation globale pour obtenir le secret des affaires pourrait valoir si leur identification est par ailleurs convenablement effectuée : « *Ces données révèlent qui sont nos différents clients et les prix que nous pratiquons avec chacun d'eux pour les produits X, Y et Z en 2018. Elles constituent donc des secrets d'affaires.* »
- A l'inverse, si la demande de protection au titre du secret des affaires vise à la fois des contrats, des données financières et des instructions commerciales, une motivation générale du type : « *ces documents révèlent notre politique commerciale* » ne serait pas suffisante.
26. Si seules certaines informations d'un document répondent aux critères susmentionnés, la demande de protection au titre du secret des affaires doit être circonscrite à ces seules informations.
- **Exemple** : Dans un contrat comportant plusieurs articles, seuls quelques articles, voire quelques mots ou chiffres de certains de ces articles, peuvent relever du secret des affaires. Dans ce cas, l'entreprise doit motiver sa demande et transmettre un résumé et une version non confidentielle du document qui peut simplement consister en l'occultation des mots ou chiffres en question.

4. Les délais pour demander une protection

27. Lorsqu'une entreprise apporte des informations à l'Autorité, à son initiative ou à la suite d'une demande d'informations du rapporteur, elle lui précise en même temps celles qui constituent, selon elle, des secrets d'affaires. Elle veille à motiver sa demande et à transmettre un résumé et une version non confidentielle de ces informations conformément aux exigences posées aux points 2 et 3 du III.
28. Lorsque l'Autorité a saisi des informations dans le cadre d'une perquisition, la demande de protection doit parvenir à l'Autorité, dans les conditions prévues supra aux points 2 et 3 du III, dans un délai maximal d'un mois à compter de la perquisition.
29. Lorsque l'Autorité informe un tiers ou une partie qu'elle détient un document susceptible de mettre en jeu le secret des affaires de la personne concernée alors que celle-ci n'a pas pu se prévaloir du secret des affaires, l'entreprise doit formuler une demande, dans les conditions prévues supra aux points 2 et 3 du III, dans un délai fixé par le rapporteur général au cas par cas.
30. Le délai ne peut, même en cas d'urgence, être inférieur à 48 heures.

IV. Les décisions du rapporteur général

1. Sur la demande formulée par une partie mise en cause

a. L'acceptation de la demande

31. Lorsque la communication ou la consultation d'une ou plusieurs pièces relevant du secret des affaires n'est pas nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause ni au débat devant l'Autorité, le rapporteur général peut accepter la demande de protection si elle est motivée et qu'elle a été présentée dans les conditions de forme et de délais mentionnées précédemment.

32. Dans ce cas, seule la version non confidentielle du document et son résumé seront versés au contradictoire.

b. Le rejet de la demande de protection

33. Le rapporteur général peut rejeter une demande de protection au titre du secret des affaires dans les cas suivants :

- lorsque la demande est manifestement infondée (c'est-à-dire que les informations ne relèvent manifestement pas du secret des affaires) ;
- lorsque la demande n'est pas motivée (pas de présentation de l'objet ni des motifs de la demande) ;
- lorsque la demande n'est pas présentée dans les formes requises (demande non accompagnée d'un résumé et d'une version non confidentielle) ;
- lorsque la demande est présentée hors délai fixé par le rapporteur général ;
- lorsque la demande porte sur des informations relevant bien du secret des affaires mais qui apparaissent nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause ou au débat devant l'Autorité.

c. La notification de la décision du rapporteur général

34. La décision d'acceptation ou de rejet du rapporteur général est notifiée par écrit au demandeur avant que les informations sur lesquelles elle porte soient rendues accessibles ou communiquées aux autres parties, c'est-à-dire :

- avant la notification des griefs, qui ouvre le débat contradictoire ;
- ou, lorsque les documents ont été versés au dossier en réponse à la notification des griefs, avant qu'elles ne soient rendues accessibles ou communiquées aux autres parties ultérieurement.

2. Sur une demande formulée par un tiers

35. Lorsque l'instruction de l'affaire par l'Autorité fait apparaître que des informations, documents ou parties de documents pouvant mettre en jeu le secret des affaires n'ont pas pu faire l'objet d'une demande de protection par une personne susceptible de se prévaloir de ce secret – c'est-à-dire un tiers à la procédure – le rapporteur général peut inviter cette personne à présenter, si elle le souhaite, une demande pour bénéficier de la protection du secret des affaires dans les conditions de forme et de délai mentionnées *supra* aux points 2, 3 et 4 du III.

36. Le rapporteur général peut accepter ou rejeter la demande de protection qui serait formulée par un tiers dans les mêmes conditions que lorsque la demande émane de l'une des parties.

3. Sur la demande pour lever le secret des affaires formulée par une autre partie

37. Lorsqu'une partie n'a pas eu accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander au rapporteur général la communication ou la consultation en présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce.

38. Cette demande fait l'objet d'une appréciation au cas par cas par le rapporteur général, en tenant compte de la nécessité pour la partie demanderesse d'y avoir accès pour qu'elle puisse exercer ses droits de la défense ou pour les besoins du débat devant l'Autorité.

39. Cela pourrait être le cas si le saisissant doit pouvoir commenter une pièce émanant d'une partie mise en cause pour que l'Autorité puisse en apprécier la portée.
40. Cette décision d'acceptation ou de rejet est notifiée à l'intéressée.

V. Les recours contre les décisions du rapporteur général

41. Les décisions du rapporteur général peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.
42. En l'état actuel de la réglementation applicable, ce contentieux est partagé entre les juridictions administratives et judiciaires.
43. Les décisions qui ont pour objet d'accorder la protection du secret des affaires ou de refuser la levée de ce secret relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris⁷ au moment de la contestation au fond de la décision de l'Autorité.
44. En revanche, les décisions refusant la protection du secret des affaires ou levant cette protection relèvent en l'absence de toute mention expresse de la compétence de la juridiction administrative⁸. Les recours doivent être introduits dans un délai de deux mois suivant la notification de la décision.

⁷ Article 19 du décret n° 2015-1921 du 29 décembre 2015 : « *Les décisions prises par le rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie en application de l'article Lp. 463-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qui accordent la protection du secret des affaires ou qui refusent la levée de ce secret ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision de l'autorité sur le fond.* ».

⁸ Arrêts du Conseil d'Etat n° 367807 du 10 octobre 2014 et n° 392182 du 27 juillet 2016.

ANNEXE 1

1/ Lettre de demande de protection au titre du secret des affaires

2/ Résumé des documents ou informations faisant l'objet de la demande

3/ Version non confidentielle

Nom du demandeur :

Coordonnées :

Nouméa le,

À l'attention de Madame la Rapporteuse
générale de l'Autorité de la concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

7 rue du Général Gallieni
98800, Nouméa

Objet : demande de protection au titre du secret des affaires

Madame la Rapporteuse générale,

Dans le cadre du dossier n° XX, j'ai l'honneur de solliciter la protection au titre du secret des affaires conformément aux dispositions de l'article Lp. 463-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Je vous prie de trouver ci-joint :

- pour chacun des éléments qui font l'objet de cette demande de protection, un résumé ainsi que les motifs de la demande
- une version non confidentielle des informations, documents ou parties de documents concernés.

Je vous prie d'agréer, Madame la Rapporteuse générale, l'expression de mes sentiments respectueux.

Tableau récapitulatif des documents ou informations faisant l'objet d'une demande de protection

N° cote ou référence	Intitulé des documents ou informations couverts par le secret des affaires	Résumé	Motivation de la demande
	Document 1 : Intitulé du document Par exemple : lettre du XX/XX/XX	Résumé du contenu de la pièce	Les raisons et motifs pour lesquels le classement est demandé
	Document 2 :		
	Document 3 :		
	Document 4 :		
		

Exemple de Version Non confidentielle (VNC) – les données confidentielles sont noircies

Nouméa, le

SOCIETE A

ADRESSE

SOCIETE [REDACTED]

Adresse :

[REDACTED]

Objet : Votre demande du 20 novembre 2018

Monsieur/Madame,

Suite à votre demande, je vous prie de trouver ci-joint la composition de nos coffrets ainsi que nos tarifs promotionnels pour janvier 2019 :

- Produit 1 : contient [REDACTED] au prix de : [REDACTED] francs CFP au lieu de : 25 000 F. CFP
- Produit 2 : contient [REDACTED] au prix de : [REDACTED] francs CFP au lieu de : 35 000 F. CFP

Restant à votre disposition pour tout complément d'information,

Je vous prie d'agréer, Monsieur, mes meilleures salutations.

Signataire