

COMM.

SM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **19 janvier 2016**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 71 FS-P+B

Pourvois n° U 14-21.670 et V 14-21.671

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois n° U 14-21.670 et V 14-21.671 formés
par la société E-Kanopi, société à responsabilité limitée, dont le siège est 9
rue de Sébastopol, 31000 Toulouse,

contre deux arrêts RG : n° 13/06758 et 13/06766 rendus le 24 juin 2014 par
la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7 et pôle 5, chambre 7), dans le
litige l'opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue
de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, DGCCRF, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse au pourvoi n° U 14-21.670 invoque, à l'appui de son recours, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° V 14-21.671 invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation, également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 8 décembre 2015, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mmes Laporte, Bregeon, MM. Grass, Fédou, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, M. Sémériva, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, M. Gauthier, conseillers référendaires, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société E-Kanopi, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu leur connexité, joint les pourvois n° U 14-21.670 et V 14-21.671 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 24 juin 2014, RG n° 2013/06758 et n° 2013/06766), que la société E-Kanopi, qui exploitait plusieurs sites internet pour lesquels elle avait souscrit un compte AdWords auprès de la société Google et qui éditait, également, les sites « iadah » pour lesquels elle avait ouvert un compte AdSense, a saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) de pratiques mises en oeuvre par le groupe Google dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, en soutenant que les coupures brutales de ses comptes AdWords et AdSense par la société Google, en mai et juin 2010, présentaient un caractère discriminatoire et constituaient des pratiques d'abus de position dominante ayant pour effet l'éviction des entreprises concurrentes de la société Google ; que, par décision n° 12-DSA-441 du 21 décembre 2012, le rapporteur général de l'Autorité a donné acte à la société Google de sa demande de

protection de documents au titre du secret des affaires et dit que seuls la version non confidentielle et le résumé des documents visés seraient communiqués aux autres parties à la procédure ; que, par décision n° 13-D-07 du 28 février 2013, l'Autorité a rejeté la saisine de la société E-Kanopi, sur le fondement de l'article L. 462-8 du code de commerce, faute d'être étayée d'éléments suffisamment probants ; que, par deux arrêts du 24 juin 2014, la cour d'appel a rejeté les recours formés par la société E-Kanopi contre chacune de ces décisions ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° V 14-21.671 :

Attendu que la société E-Kanopi fait grief à l'arrêt du 24 juin 2014 (RG n° 2013/06766) de dire irrecevable son recours contre la décision du rapporteur général de l'Autorité accordant le secret des affaires alors, selon le moyen :

1°/ que toute partie à une procédure doit pouvoir exercer un recours juridictionnel effectif contre une décision d'un organisme non juridictionnel lui faisant grief ; qu'en affirmant que la partie saisissante, n'est pas recevable à présenter au rapporteur de l'Autorité une requête tendant à la communication ou la consultation de pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, et notamment de la personne qu'elle met en cause dans sa saisine dans la mesure où seule la partie mise en cause peut exercer cette faculté, la cour d'appel a violé les articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce ;

2°/ que toute personne doit pouvoir contester devant un tribunal indépendant et impartial la légalité externe et interne d'une décision prise par un organisme administratif non juridictionnel lui faisant grief ; que la partie qui a saisi l'Autorité ne doit donc jamais être privée de la possibilité de faire censurer par un juge une décision irrégulière prise par le rapporteur ; que les articles L. 463-4 et R. 463-15 qui se bornent à permettre à toute personne mise en cause d'obtenir la levée de la confidentialité lorsque la consultation des documents couverts par un secret d'affaires est nécessaire à l'exercice des droits de la défense ne limitent pas le droit de toute partie à la procédure de contester la légalité même de la décision prise ; qu'en affirmant que la partie saisissante n'est pas davantage recevable à contester la décision par laquelle le rapporteur fait droit, en la forme ou au fond, à la demande de la personne visée par la saisine tendant à la protection par le secret des affaires d'éléments par elle communiqués à l'Autorité, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce, ensemble les articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 6 de la Convention

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu 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 ; 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 ; qu'ayant rappelé qu'il résulte des dispositions des articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce qu'indépendamment de la faculté pour le rapporteur de demander le déclassé de pièces faisant l'objet d'une protection au titre du secret des affaires, s'il considère que ces pièces sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité, seule une partie mise en cause peut demander la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, c'est à bon droit et sans méconnaître les droits dont la violation est alléguée que l'arrêt retient que la société E-Kanopi, partie saisissante, ne dispose pas d'une telle faculté et qu'elle n'est pas recevable à exercer un recours contre la décision accordant la protection du secret des affaires à l'égard de pièces concernant la personne qu'elle a mise en cause dans sa saisine ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° U 14-21.670 :

Attendu que la société E-Kanopi fait grief à l'arrêt du 24 juin 2014 (RG n° 2013/06758) du rejet de son recours contre la décision de l'Autorité rejetant sa saisine alors, selon le moyen :

1°/ que pour écarter toute méconnaissance du principe du contradictoire, l'arrêt attaqué a notamment retenu que certains documents avaient bénéficié de la protection accordée au titre du secret des affaires ; que la censure de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le même jour, ayant déclaré irrecevable le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision 12-DSA-441 du 21 décembre 2012 du rapporteur général adjoint de l'Autorité relative à une demande de classement de pièces confidentielles par la société Google, entraînera, par voie de conséquence, la cassation totale de l'arrêt attaqué en application des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile ;

2°/ que le respect du principe du contradictoire s'impose à l'Autorité, non seulement dans la phase postérieure à une notification des griefs mais aussi lorsqu'elle envisage de mettre un terme à une procédure sans même procéder à une telle notification ; qu'en considérant que l'Autorité n'était pas tenue de respecter le principe du contradictoire lorsqu'elle rejette une saisine pour insuffisance de preuves, la cour d'appel a violé l'article L. 462-8 du code de commerce ;

3°/ que le respect du principe du contradictoire est un élément fondamental du procès équitable qui s'impose au juge comme aux parties à toutes les phases de la procédure ; qu'en considérant que l'Autorité n'est pas tenue de respecter le principe du contradictoire lorsqu'elle rejette une saisine pour insuffisance de preuves, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu, en premier lieu, que le rejet du pourvoi formé contre l'arrêt du 24 juin 2014 (RG 2013/06766) rend sans portée le moyen tiré d'une cassation par voie de conséquence ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant constaté qu'avant la séance de l'Autorité du 17 janvier 2013, la société E-Kanopi avait eu accès à la version non confidentielle des documents communiqués par le groupe Google et à leur résumé et que le dossier relatif à sa saisine lui avait été adressé, l'arrêt relève que cette société a été informée que le rapporteur proposerait, lors de la séance de l'Autorité, le rejet de la saisine, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce et qu'elle a pu contester cette proposition en adressant ses pièces et observations écrites à l'Autorité ; qu'il relève encore que la société E-Kanopi a été mise en mesure, lors de la séance, de répliquer aux observations orales du rapporteur général ; que par ces motifs, dont il ressort qu'aucune atteinte n'a été portée aux droits de la société E-Kanopi, partie saisissante, qui a été mise en mesure de faire valoir ses arguments au soutien de sa saisine et de présenter, à plusieurs reprises, ses observations avant la décision de rejet de celle-ci, la cour d'appel a, à bon droit, abstraction faite du motif surabondant critiqué à la deuxième branche, rejeté le moyen tiré de la violation du principe de la contradiction ;

Sur le deuxième et le troisième moyens, réunis :

Attendu que la société E-Kanopi fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que méconnaît les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, et, plus largement la notion de procès équitable le juge qui ne permet pas à une partie de prendre connaissance des observations écrites

produites par une autre partie à laquelle le ministère public est assimilé et d'y répondre dans les mêmes formes en temps utile ; que le rapporteur de l'Autorité qui dirige l'instruction et n'est pas membre de la formation de jugement est assimilé à une partie à l'instance ; qu'en considérant que le rapporteur devant l'Autorité n'avait pas violé le principe du contradictoire dans la mesure où aucune disposition légale n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties, après avoir admis qu'en l'espèce les explications orales du rapporteur lors de la séance du 17 janvier étaient appuyées sur un document écrit non remis à la saisissante, ce dont il résultait que lorsqu'elles existent, la plaignante doit nécessairement avoir connaissance des observations écrites transmises par le rapporteur à l'Autorité avant l'audience, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que seules les parties peuvent assister à l'audience et demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister ; qu'en affirmant que l'Autorité avait pu valablement entendre à l'audience les avocats de la société Google UK Ltd, tout en constatant que cette société n'était pas partie à la procédure, ce dont il résultait que la société Google ne pouvait pas se faire représenter à l'audience par ses avocats, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 463-7 du code de commerce ;

3°/ que l'Autorité peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ; qu'ainsi seule l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou de l'Autorité eu égard au contenu du dossier dont les parties ou leurs représentants doivent, préalablement à l'audience, avoir connaissance des noms et de leurs qualités ; qu'en se fondant sur cette disposition pour considérer que l'Autorité avait pu valablement entendre à l'audience les avocats de la société Google UK Ltd mise en cause mais non partie à l'instance, la cour d'appel a violé de plus fort, l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient exactement qu'aucune disposition n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties ; qu'ayant constaté que la société E-Kanopi avait été mise en mesure de répliquer aux observations orales du rapporteur, lors de la séance du 17 janvier 2013, la cour d'appel a, à bon droit, retenu que cette société n'était pas fondée à invoquer la violation du principe de la contradiction résultant de ce que les observations orales du rapporteur s'appuyaient sur un document écrit dont elle n'avait pas eu connaissance ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant rappelé qu'aux termes de l'article L. 463-7, alinéa 2, du code de commerce, l'Autorité peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information, l'arrêt retient exactement qu'en procédant, en séance, à l'audition des avocats de la société Google UK Ltd, personne visée par la saisine mais non partie à la procédure, l'Autorité n'a fait qu'user de la faculté que lui offrent ces dispositions ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société E-Kanopi fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, *que si, aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce, l'Autorité peut rejeter la saisine, par décision motivée, lorsqu'elle estime que la partie saisissante n'a pas produit des éléments de preuve suffisants, c'est en revanche en application des dispositions des articles L. 464-6 et R. 464-7 du même code et des garanties procédurales prévues par ces textes, qu'elle décide qu'il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure lorsqu'il apparaît, après instruction, qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est en définitive établie ; qu'en décidant que l'Autorité pouvait valablement rejeter la saisine pour insuffisance de preuves sur le fondement de l'article « L. 464-8 » du code de commerce après avoir non seulement examiné les éléments de preuve apportés par la société saisissante et procédé à son audition, mais aussi entendu la société Google et demandé à celle-ci de lui fournir des précisions sur la réalité des griefs avancés, tout en lui accordant la confidentialité de certaines pièces ainsi produites, ce dont il résulte que l'Autorité qui a instruit le dossier pendant deux ans et demi s'est en définitive prononcée sur le bien-fondé de la saisine, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L. 462-8 du code de commerce et par refus d'application les articles L. 464-6 et R. 464-7 du même code ;*

Mais attendu que l'arrêt retient exactement que l'Autorité, qui est tenue d'apprécier la valeur des éléments de preuve apportés par la partie saisissante, peut, avant de se prononcer sur la saisine et de la rejeter faute d'éléments probants, procéder à l'audition de la partie saisissante et à celle des personnes mises en cause ou demander des précisions ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le cinquième moyen, pris en ses cinq premières branches :

Attendu que la société E-Kanopi fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant, pour retenir que l'Autorité avait pu valablement rejeter la saisine pour insuffisance de preuves sur le fondement de l'article « L. 464-8 » du code de commerce, que la décision de l'Autorité avait exactement retenu que l'adoption par Google de politiques de contenus AdWords et AdSense était guidée par l'objectif de protéger les intérêts des consommateurs en évitant à l'internaute de télécharger des logiciels non désirés ou de payer pour des biens gratuits, que les engagements pris par Google dans l'affaire Navx n'étaient pas applicables en l'espèce, qu'il n'était pas justifié que la politique de contenus de Google n'ait pas été objective claire et non discriminatoire, ou encore qu'aucune pratique dénoncée par la plaignante de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'était établie, la cour d'appel qui a statué sur le bien-fondé de la saisine, a violé par fausse application l'article L. 462-8 du code de commerce et par refus d'application les articles L. 464-6 et R. 464-7 du même code ;

2°/ que lorsqu'elle occupe une position dominante, une entreprise est soumise à une obligation particulière de retenue ; qu'ainsi la suspension sans préavis ni avertissement préalable du compte d'un annonceur par la société Google qui détient 90 % du marché est en elle-même susceptible de constituer un abus de position dominante ; qu'en affirmant que l'argumentation de la requérante relative à la gravité de la violation des règles contractuelles permettant par application de l'article L. 442-6 du code de commerce, une rupture sans préavis des relations commerciales était inopérante, quand il lui appartenait au contraire de vérifier si la rupture immédiate et sans préavis ni avertissement préalable opérée par Google malgré sa position dominante absolue à raison d'un prétendu non-respect des règles de publicité unilatéralement mises en place par elle-même, n'était pas abusive, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble l'article L. 462-8 du même code ;

3°/ qu'en refusant d'examiner si la rupture brutale, sans préavis ni avertissement n'était pas abusive après avoir constaté que la décision de la cour d'appel de Paris du 16 novembre 2011 (devenue définitive en raison du rejet du pourvoi de la société E-Kanopi) avait fait droit aux demandes de la société E-Kanopi « en ce qui concerne la brutalité de la rupture des relations commerciales », établies entre elle et Google, estimant, par application de l'article L. 442-6 du code de commerce, non réunies les conditions d'une résiliation sans préavis et la responsabilité de Google engagée du fait de l'absence de préavis, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble l'article L. 462-8 du même code ;

4°/ que méconnaît les articles 4 du code civil et L. 420-2 du code de commerce, le juge de la concurrence qui refuse de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées ; qu'en affirmant pour retenir notamment que les pratiques d'éviction imputées à Google ne pouvaient pas

être mises en évidence, que « la Décision retient exactement que la société E-Kanopi n'apporte à l'appui de la saisine aucun élément permettant de considérer que le moteur de recherche iadah et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient (...) en concurrence », quand l'Autorité avait considéré que « pour les besoins de la présente affaire, il n'apparaît pas nécessaire de préciser davantage la délimitation des marchés sur lesquels la société E-Kanopi est présente », la cour d'appel qui a refusé de délimiter précisément le marché pertinent, a méconnu son office et violé les textes susvisés ;

5°/ qu'en affirmant, pour retenir notamment que les pratiques d'éviction imputées à Google ne pouvaient pas être mises en évidence, que la Décision retient exactement que la société E-Kanopi n'apporte à l'appui de la saisine aucun élément permettant de considérer que le moteur de recherche iadah et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient (...) en concurrence, après avoir constaté que Google était en position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, que son moteur de recherche atteignant en France 90% de parts de marché et que les pratiques reprochées à la société E-Kanopi par Google conduisaient l'internaute à « remplacer sa page d'accueil par un moteur de recherche généraliste s'appelant iadah », ce dont il résultait que Google et iadah qui étaient l'un et l'autre deux moteurs de recherche généralistes opérant sur le même marché de la publicité en ligne liée aux recherches, étaient directement concurrents, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-2 et L. 462-8 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que c'est sans statuer sur le bien-fondé de la saisine que la cour d'appel, constatant que les faits invoqués par la société E-Kanopi n'étaient pas étayés d'éléments suffisamment probants, a retenu que l'Autorité avait, à juste titre, rejeté la saisine, par application de l'article L. 462-8 du code de commerce ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir rappelé que le droit de la concurrence et notamment l'article L. 420-2 du code de commerce ne trouve à s'appliquer que si la rupture brutale de la relation commerciale a eu un objet ou des effets anticoncurrentiels, avérés ou potentiels, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que les éléments présentés par la société E-Kanopi ne sont pas suffisamment probants pour caractériser l'objet ou les effets anticoncurrentiels de la rupture des relations contractuelles par la société Google et en déduit, à bon droit, que la question relative à la gravité de la violation des règles contractuelles permettant, par application de l'article L. 442-6 du code de commerce, une rupture sans préavis des relations commerciales est inopérante ;

Attendu, en dernier lieu, qu'ayant constaté que la société E-Kanopi reprochait à la société Google des abus d'éviction et relevé que l'adoption par Google de politiques de contenus AdWords et AdSense, guidées par l'objectif de protéger les intérêts des consommateurs en évitant à l'internaute de télécharger des logiciels non désirés ou de payer pour des biens gratuits, était objectivement justifiée et relevait de l'exercice légitime de la liberté commerciale de la société Google, l'arrêt retient, d'abord, que la société E-Kanopi n'apporte, à l'appui de sa saisine, aucun élément permettant de considérer que son moteur de recherche et celui de la société Google appartiendraient au même marché et seraient, dès lors, en concurrence ; qu'il retient, ensuite, que les pratiques d'éviction imputées à la société Google ne peuvent être mises en évidence, dès lors que c'est en raison d'un modèle d'acquisition de clients contrevenant aux règles contractuelles AdWords et AdSense que les campagnes et annonces de la société E-Kanopi ont fait l'objet de suspensions ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a justement rappelé qu'il n'appartenait pas à l'Autorité de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve et qui n'avait pas à effectuer d'autres recherches, a pu retenir que la saisine de la société E-Kanopi n'était pas étayée d'éléments suffisamment probants ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le cinquième moyen, pris en sa sixième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société E-Kanopi aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 3 000 euros au président de l'Autorité de la concurrence et rejette ses demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf janvier deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° U 14-21.670 par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils **pour la société E-Kanopi**

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 et toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la violation du contradictoire, la requérante soutient que les dispositions de l'article L 463-1 du code de commerce aux termes desquelles: "L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L.463-4", n'ont pas été respectées; qu'elle fait valoir que les documents visés dans la demande de classement de pièces confidentielles formée par Google ne lui ont pas été communiqués et qu'elle n'a eu accès ni aux pages 8 et 11 de ces documents, ni au résumé de ces pages et ajoute que "la présentation, nécessairement partisane par Google des contentieux concernant d'autres sociétés ayant eu à se plaindre des mêmes agissements de Google" ... l'a "placée dans l'impossibilité de connaître les éléments d'information sur la pratique habituelle de Google"; qu'elle fait aussi valoir qu'ayant reçu le 27 décembre 2012 une convocation pour la séance de l'Autorité du 17 janvier 2013 dans laquelle il était seulement indiqué que le rapporteur proposerait le rejet de la saisine faute d'éléments probants, elle n'a découvert qu'en séance les motifs, appuyés par un document écrit qui ne lui a pas été remis, justifiant le rejet proposé et n'a donc pas été en mesure d'y répondre; qu'elle reproche, enfin, à la Décision d'avoir procédé à une analyse des sites concurrents du sien en utilisant des constatations ne figurant pas dans le dossier de la procédure ; que (cependant) ainsi que le rappelle l'Autorité, la phase contradictoire d'examen d'une affaire ne s'ouvre que lors de la notification des griefs ; qu'une telle notification n'a pas eu lieu en l'espèce, le rapporteur ayant proposé le rejet de la saisine faute pour celle-ci d'être appuyée d'éléments suffisamment probants pour caractériser une violation des règles de concurrence ; qu'en outre, la société E-Kanopi, partie qui a saisi l'Autorité de pratiques mises en oeuvre par le groupe Google, ne peut se plaindre du fait que ne lui ont pas été communiqués des documents ou éléments de documents concernant le groupe qu'elle a mis en cause et qui, sur la demande formée par celui-ci au titre de la protection du secret des affaires, ont été classés en pièces confidentielles, seule la version non confidentielle et le résumé de ces éléments ayant été communiqués à la saisissante ;

1°) ALORS QUE pour écarter toute méconnaissance du principe du contradictoire, l'arrêt attaqué a notamment retenu que certains documents avaient bénéficié de la protection accordée au titre du secret des affaires ; que la censure de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le même jour, ayant déclaré irrecevable le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision 12-DSA-441 du 21 décembre 2012 du rapporteur général adjoint de l'Autorité de la concurrence relative à une demande de classement de pièces confidentielles par la société Google, entraînera, par voie de conséquence, la cassation totale de l'arrêt attaqué en application des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le respect du principe du contradictoire s'impose à l'Autorité de la concurrence, non seulement dans la phase postérieure à une notification des griefs mais aussi lorsqu'elle envisage de mettre un terme à une procédure sans même procéder à une telle notification ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence n'était pas tenue de respecter le principe du contradictoire lorsqu'elle rejette une saisine pour insuffisance de preuves, la cour d'appel a violé l'article L 462-8 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE le respect du principe du contradictoire est un élément fondamental du procès équitable qui s'impose au juge comme aux parties à toutes les phases de la procédure ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de respecter le principe du contradictoire lorsqu'elle rejette une saisine pour insuffisance de preuves, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 et toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE (...) par ailleurs par courrier recommandé daté du 24 décembre 2012, la société E-Kanopi a été convoquée à la séance de l'Autorité du 17 janvier 2013 ; que cette convocation rappelle que le dossier relatif à sa saisine du 10 juin 2010 a déjà été adressé à la société E-Kanopi, et qu'en application de l'article L 462-8 du code de commerce, l'Autorité peut rejeter une saisine ; que ce courrier précise que lors de la séance du 17 janvier, "la rapporteure proposera au collège le rejet de la saisine pour absence d'éléments suffisamment probants" ; que la société E-Kanopi a adressé le 11 janvier 2013 à l'Autorité en vue de celle séance, ses pièces et observations exposant notamment les motifs la conduisant à estimer que sa « saisine comporte suffisamment d'éléments probants pour que l'affaire fasse l'objet d'une véritable instruction" ; que s'il n'est pas contesté que les explications orales du rapporteur lors de la séance du 17 janvier étaient

"appuyées sur un document écrit non remis à la saisissante, aucune disposition n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties ; que la société E-Kanopi qui a été mise en mesure, lors de la séance, de répliquer à ces observations orales ne peut soutenir que la contradiction aurait été méconnue ; qu'enfin, sous couvert d'un grief relatif à une "analyse non contradictoire des sites concurrents", la requérante conteste l'analyse par la Décision du grief de discrimination qu'elle écarte faute d'éléments démontrant que les sites estimés concurrents par E-Kanopi seraient dans une situation comparable à la sienne (Cf n° 63 le svts) ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré par la requérante de la violation du contradictoire doit être écarté ;

ALORS QUE méconnaît les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, et, plus largement la notion de procès équitable le juge qui ne permet pas à une partie de prendre connaissance des observations écrites produites par une autre partie à laquelle le ministère public est assimilé et d'y répondre dans les mêmes formes en temps utile ; que le rapporteur de l'Autorité de la concurrence qui dirige l'instruction et n'est pas membre de la formation de jugement est assimilé à une partie à l'instance ; qu'en considérant que le rapporteur devant l'Autorité de la concurrence n'avait pas violé le principe du contradictoire dans la mesure où aucune disposition légale n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties, après avoir admis qu'en l'espèce les explications orales du rapporteur lors de la séance du 17 janvier étaient appuyées sur un document écrit non remis à la saisissante, ce dont il résultait que lorsqu'elles existent, la plaignante doit nécessairement avoir connaissance des observations écrites transmises par le rapporteur à l'Autorité avant l'audience, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 et toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la violation de l'article L. 463-7 du code de commerce, la société E-Kanopi, qui rappelle que les avocats de la société Google UK Ltd ont été entendus au cours de la séance de l'Autorité le 17 janvier 2013, soutient que les dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ne permettent pas d'entendre la plaidoirie des avocats de la personne visée par la saisine ; que (cependant), aux termes de l'article L. 463-7 du code de commerce "L'Autorité de la concurrence peut

entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ; qu'en procédant en séance à l'audition des avocats de la société Google UK Ltd, personne visée par la saisine mais non partie à la procédure, l'Autorité n'a fait qu'user de la faculté que lui offrent les dispositions sus-rappelées ; qu'il ne peut être soutenu que ces dispositions ont été méconnues ;

1°) ALORS QUE seules les parties peuvent assister à l'audience et demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister ; qu'en affirmant que l'Autorité avait pu valablement entendre à l'audience les avocats de la société Google UK Ltd, tout en constatant que cette société n'était pas partie à la procédure, ce dont il résultait que la société Google ne pouvait pas se faire représenter à l'audience par ses avocats, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L 463-7 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE l'Autorité de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ; qu'ainsi seule l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou de l'Autorité de la concurrence eu égard au contenu du dossier dont les parties ou leurs représentants doivent, préalablement à l'audience, avoir connaissance des noms et de leurs qualités ; qu'en se fondant sur cette disposition pour considérer que l'Autorité avait pu valablement entendre à l'audience les avocats de la société Google UK Ltd mise en cause mais non partie à l'instance, la cour d'appel a violé de plus fort, l'article L 463-7 du Code de commerce ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 et toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la violation de l'article L. 462-8 du code de commerce, selon la requérante, l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce (sus-rappelé) "a pour objet de rejeter sans instruction les saisines qui ne sont pas accompagnées d'éléments de preuve, ou, éventuellement, celles qui sont, manifestement ab initio injustifiées " ; qu'elle soutient qu'en l'espèce, l'Autorité qui a rendu une décision de rejet deux ans et demi après la saisine et qui a mené une "demi-instruction" en procédant à son audition et à celle de Google, en demandant des pièces et en classant certaines comme confidentielles, ne pouvait rejeter la saisine faute d'éléments probants, mais devait mener l'instruction à son terme quitte, le cas échéant, à prononcer une décision de non-lieu dans les conditions de l'article L464-6 du code de commerce ; que (cependant) s'il n'appartient pas à l'Autorité lorsqu'elle rejette une saisine sur le fondement de l'article L 462-8,

alinéa 2, du code de commerce, par décision indiquant les motifs la conduisant à estimer que les faits invoqués ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants, de suppléer le manque d'éléments probants à l'appui de la saisine et la carence de la saisissante par la conduite d'une instruction complète, il ne peut lui être fait grief d'avoir, avant de se prononcer sur la saisine, examiné les éléments de preuve apportés par la saisissante en procédant à son audition ou à celle des personnes qu'elle a mises en cause ou en demandant des précisions ; que la requérante n'est pas fondée à invoquer une violation des dispositions de l'article L 462-8 du code de commerce ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) par ailleurs par courrier recommandé daté du 24 décembre 2012, la société E-Kanopi a été convoquée à la séance de l'Autorité du 17 janvier 2013 ; que cette convocation rappelle que le dossier relatif à sa saisine du 10 juin 2010 a déjà été adressé à la société E-Kanopi, et qu'en application de l'article L 462-8 du code de commerce, l'Autorité peut rejeter une saisine ; que ce courrier précise que lors de la séance du 17 janvier, "la rapporteure proposera au collège le rejet de la saisine pour absence d'éléments suffisamment probants" ;

ALORS QUE si aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut rejeter la saisine, par décision motivée, lorsqu'elle estime que la partie saisissante n'a pas produit des éléments de preuve suffisants, c'est en revanche en application des dispositions des articles L 464-6 et R 464-7 du même code et des garanties procédurales prévues par ces textes, qu'elle décide qu'il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure lorsqu'il apparait, après instruction, qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est en définitive établie ; qu'en décidant que l'Autorité de la concurrence pouvait valablement rejeter la saisine pour insuffisance de preuves sur le fondement de l'article L 464-8 du code de commerce après avoir non seulement examiné les éléments de preuve apportés par la société saisissante et procédé à son audition, mais aussi entendu la société Google et demandé à celle-ci de lui fournir des précisions sur la réalité des griefs avancés, tout en lui accordant la confidentialité de certaines pièces ainsi produites, ce dont il résulte que l'Autorité qui a instruit le dossier pendant deux ans et demi s'est en définitive prononcée sur le bien-fondé de la saisine, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L 462-8 du code de commerce et par refus d'application les articles L 464-6 et R 464-7 du même code ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 et toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur le détournement de procédure et l'erreur manifeste allégués ; la société E-Kanopi soutient que sa saisine met en évidence des pratiques d'abus de position dominante de la part de Google ; que les pratiques qu'elle a dénoncées le 10 juin 2010 d'exclusion brutale et non motivée d'AdWords sont identiques à celles, dénoncées par la société Navx, qui ont fait l'objet d'une décision 10-MC-OI de l'Autorité du 30 juin 2010 ordonnant des mesures conservatoires, puis d'une décision 10-D-30 de l'Autorité du 28 octobre 2010 rendant obligatoires des engagements de Google, non respectés par celle-ci: qu'elle estime que l'Autorité, après avoir mis en oeuvre des mesures de régulation grâce à l'affaire Navx, n'a pas souhaité engager une nouvelle procédure de sanction à l'encontre de Google et pour aboutir à ce résultat, procédé à une triple dénaturation : "l'utilisation de la notion d'éléments insuffisamment probants" pour une pratique qu'elle a elle-même décrite quelques jours après la saisine comme étant manifestement constitutive d'un abus de position dominante afin d'éviter de se prononcer sur le fond", "une analyse sur le comportement du plaignant et non pas sur les pratiques de l'entreprise en position dominante ce qui constitue une inversion surprenante", "une déclaration selon laquelle "l'Autorité se montre vigilante" (point 86) alors qu'elle se contente de promesses verbales des avocats de Google, démenties par la réalité des faits et les propres écritures de ces conseils" : que selon la requérante, en rejetant la saisine alors même qu'elle était victime d'une rupture brutale, sans motifs, ni avertissement, maintenue malgré une décision du juge des référés, sanctionnée par le juge de l'exécution et réitérée à plusieurs reprises pendant une année, l'Autorité a rendu une décision en négation de ses propres décisions de mesures conservatoires dans l'affaire Navx et avis (10-A-29 du 14 décembre 2010), de l'autorité de la chose jugée résultant de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 novembre 2011 estimant que Google avait mis fin au contrat sans aucun préavis et sans caractériser un quelconque manquement préalable , - de la réalité car il est faux de prétendre que ses moteurs de recherche et barre d'outil pouvaient être chargés 'sans être "l'objet de la demande des internautes" (Cf description de la Décision n° 54), - de la notion de "risque grave et immédiat car, en toute hypothèse, ni Google, ni la Décision ne démontrent en quoi les prétendus manquements aux règles contractuelles qui lui sont reprochés imposaient une rupture sans préavis ; qu'il doit, à titre liminaire, être observé que, contrairement à ce que soutient la requérante qui invoque "une négation de la réalité", la Décision qui, après avoir rappelé certaines obligations, contractuelles applicables aux services AdWords et AdSense de Google, a précisément décrit (Cf n° 51 et s.) le mécanisme qui conduisait un internaute à télécharger la barre d'outils d'E-Kanopi et à modifier sa page d'accueil pour le moteur de recherche "iadah" d'E-Kanopi à partir d'une visite sur la page thématique météorologique www.meteo-en-france.com.v a exactement relevé que, durant les étapes suivies par l'internaute celui-ci n'apprenait nulle part clairement qu'il allait installer une barre d'outils non limitée à la météo ou qu'il allait remplacer sa page d'accueil par un moteur de recherche

généraliste s'appelant "iadah" enrichi de plusieurs "widgets" dont un spécifique sur la météo, que la requérante qui a elle-même lors de son audition par le rapporteur le 19 mai 2011 indiqué (page 3) qu'en "mars 2010 quand a été lancé le moteur de recherche iadah, l'accès à l'information est proposé moyennant le téléchargement de la toolbar", ne peut sérieusement contester que l'accès à des sites thématiques, conditionné par le téléchargement préalable d'une barre d'outils, même accepté par l'utilisateur, impose cette barre d'outils aux utilisateurs intéressés par des sites thématiques variés vers lesquels ils étaient attirés par les annonces Adwords", ces sites thématiques étant alors" utilisés par E-Kanopi pour accroître la base d' utilisateurs de son moteur de recherche, afin de gonfler ses revenus AdSense, sans que ce moteur de recherche et la barre d'outils qui lui est propre soient l'objet de la demande des internautes"; qu'ainsi que le relève la Décision (n° 60), Google a coupé les comptes AdWords et AdSense d'E-Kanopi à la suite de la violation, par cette dernière, des règles contractuelles visant à protéger les internautes de l'installation de logiciels non expressément sollicités et de celles concernant l'interdiction de la vente de contenus qui pouvaient être obtenus de manière gratuite sur Internet ; que l'argumentation de la requérante manque également en fait lorsqu'elle invoque une "négation de l'autorité de la chose jugée" puis une "négation de la notion de "risque grave et immédiat"; qu'en effet, la décision de la cour d'appel de Paris du 16 novembre 2011 (devenue définitive en raison du rejet du pourvoi de la société E-Kanopi) n'a fait droit aux demandes de la société E-Kanopi qu'en ce qui concerne la brutalité de la rupture des relations commerciales, établies entre elle et Google, estimant, par application de l'article L. 442-6 du code de commerce, non réunies les conditions d'une résiliation sans préavis et la responsabilité de Google engagée du fait de l'absence de préavis; qu'il ne peut être déduit du fait qu'il a ainsi été jugé que Google ne pouvait mettre fin, sans préavis à la relation commerciale établie avec E-Kanopi que cette rupture est intervenue sans motif ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision (n°71 et suivants) et contrairement à ce que soutient la requérante, le droit de la concurrence, et notamment l'article L. 420-2 du code de commerce, ne trouve à s'appliquer que si la rupture brutale de la relation commerciale a un objet ou des effets anticoncurrentiels, avérés ou potentiels; que l'argumentation de la requérante relative à la gravité de la violation des règles contractuelles permettant par application de l'article L.442-6 du code de commerce, une rupture sans préavis des relations commerciales est inopérante ; que la requérante n'est pas davantage fondée à soutenir que l'Autorité aurait rendu une décision en négation de ses propres décisions de mesures conservatoires dans l'affaire Navx/Google (décision n°10-MC-01 de l'Autorité du 30 juin 2010) et avis (10-A-29 du 14 décembre 2010) ; qu'il convient à cet égard de rappeler que les faits de l'affaire Navx ne sont pas identiques à ceux de la présente espèce et que, contrairement à ce que soutient la requérante, ce n'est pas la brutalité de la rupture du compte de la société Navx qui a conduit l'Autorité à estimer que Google était susceptible d'avoir enfreint le droit de la

concurrence et à ordonner le 30 juin 2010 des mesures conservatoires, mais la mise en oeuvre par Google d'une politique de contenus Adwords dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires entre les fournisseurs de base de données radar; qu'au surplus, dans la décision Navx au fond (décision 10-D-30 de l'Autorité du 28 octobre 2010 rendant obligatoires des engagements de Google), " en réponse aux observations présentées dans le cadre du test de marché par plusieurs sociétés, dont E-Kanopi, soutenant que les engagements proposés par Google ne devaient pas être limités aux annonceurs actifs dans le secteur des dispositifs de contournement des contrôles routiers, mais devaient s'étendre à l'ensemble des annonceurs actifs dans le secteur de la publicité en ligne, - l' Autorité a précisé (Cf n° 91 et s.) que le champ des engagements pris par Google, limité au secteur des dispositifs de contournement de contrôles routiers, correspond à celui des préoccupations de concurrence identifiées par le rapporteur; que la Décision n'a donc rendu obligatoires, à compter du 1^{er} janvier 2011, que les engagements de Google relatifs à ce secteur, se bornant à donner acte à Google de ses engagements généralisés; que l'argumentation de la requérante manque en fait et en droit ; qu'il résulte de ce qui précède que la requérante n'est fondée à invoquer ni "un détournement de procédure" ni une erreur manifeste" ;

QUE sur les éléments invoqués comme constitutifs d'un abus de position dominante, la société requérante reprend in extenso dans ses conclusions devant la cour les termes de ses observations présentées à l'Autorité le 11 janvier 2013 en vue de la séance du 17 janvier 2013; que s'agissant de la position dominante de Google, elle conclut que le pouvoir de marché de Google est "totalement exceptionnel" car Google contrôle 90% du marché de la publicité en ligne et ce marché conditionne l'accès à tout le e-commerce si bien que lorsque Google exclut une entreprise d'Adwords, elle l'exclut du e-commerce : que, s'agissant des abus, elle ajoute critiquer la Décision en ce qu'au lieu de rechercher si Google a, sur le marché qu'elle contrôle, un comportement abusif en coupant brutalement, sans avertissement, délai ni motif, les comptes de ses cocontractants, l'Autorité s'est attachée à démontrer que E-Kanopi méritait le traitement qui lui était appliqué"; que, s'agissant de l'effet anticoncurrentiel des pratiques, elle précise contester la Décision en ce qu'elle retient d'une part que Google n'aurait pas cherché à évincer un concurrent et d'autre part que les sites offrant les mêmes services que ceux d' E-Kanopi ne recouraient pas au même modèle économique ; que (cependant) c'est par d'exact motifs, qui ne sont pas utilement contestés et que la cour approuve, que la Décision a répondu à l'argumentation présentée par la société E-Kanopi et reprise par cette société devant la cour ; qu'il convient simplement de rappeler et de préciser - que la Décision ne méconnaît ni que Google est en position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, ni que son moteur de recherche atteint en France 90% de part de marché ; - que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision n'a pas recherché si "Ekanopi méritait le traitement qui

lui était appliqué", mais a recherché si Ekanopi mettait en évidence les abus d'éviction qu'elle reprochait à Google ; qu'après avoir souligné que l'adoption par Google de politiques de contenus AdWords et AdSense, guidées par l'objectif de protéger les intérêts des consommateurs en évitant à l'internaute de télécharger des logiciels non désirés ou de payer pour des biens gratuits, est objectivement justifiée, ne présente pas un caractère anticoncurrentiel et relève de l'exercice légitime de la liberté commerciale de Google, la Décision retient exactement que la société E-Kanopi n'apporte, à l'appui de sa saisine, aucun élément permettant de considérer que le moteur de recherche "iadah" et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient dès lors en concurrence, et que les pratiques d'éviction imputées par E-Kanopi à Google ne peuvent être mises en évidence alors que c'est en raison d'un modèle d'acquisition de clients contrevenant aux règles contractuelles AdWords et AdSense que les campagnes et annonces d'E-Kanopi ont fait l'objet de suspensions ; - que c'est à juste titre que la Décision retient qu'il n'est pas démontré que la rupture des relations contractuelles, justifiée par le non-respect des règles de contenu mises en place par Google dans l'intérêt du consommateur, aurait eu un objet anticoncurrentiel et qu'en outre, les effets anticoncurrentiels invoqués par E-Kanopi ne sont pas caractérisés dans la mesure où, ainsi que l'établissent les courriers échangés avec Google, celle-ci était disposée à rétablir les comptes supprimés si ceux-ci respectaient lesdites règles ; - qu'enfin, s'agissant des discriminations alléguées, la requérante ne justifie pas ses affirmations selon lesquelles la Décision (n° 63 et s.) aurait retenu à tort qu'elle ne démontrait pas que les sites qu'elle présentait comme concurrents au sien seraient dans une situation comparable à la sienne et en particulier recourraient au même modèle économique ; qu'ainsi que le retient la Décision, la saisine d'E-Kanopi ne contient pas d'éléments suffisants pour prouver que l'application des règles de la politique de contenus AdWords et AdSense invoquée par Google pour suspendre les comptes AdWords et AdSense de cette société n'ait pas été objective, claire et non discriminatoire ;

QUE sur la violation invoquée des engagements, la société Ekanopi a, par ses observations écrites du 11 janvier 2013, soutenu devant l'Autorité que Google avait manqué au respect des engagements pris dans le cadre de l'affaire Navx (Cf ci-dessus) ; que la requérante se borne à reproduire à l'identique devant la cour ses observations écrites du 11 janvier 2013 ; que cependant la décision a répondu par des motifs pertinents auxquels il est renvoyé (n° 117 et suivants) à l'argumentation de la requérante ; que toutefois, la requérante ajoute in fine (mémoire récapitulatif page 31) un nouvel exemple à l'appui de son allégation selon laquelle Google ne respecterait pas ses engagements, qu'elle fait valoir que la Décision ne pouvait, à la fois, d'une part, en rappelant que Google avait affirmé devant la cour d'appel de Paris (conclusions pour l'arrêt du 16 novembre 2011) qu'elle pouvait résilier sans préavis les contrats de clients qui commettaient

des fautes graves, s'interroger sur la portée pratique ainsi donnée par Google au respect des engagements qu'elle avait pris et étendu volontairement dans le cadre de l'affaire Navx et se contenter de prendre note des déclarations en séance de Google à cet égard, et, d'autre part, rejeter sa saisine bien que Ekanopi soit victime du non-respect par Google de ses engagements : qu'il est constant que dans le cadre de la procédure Navx ayant conduit à la décision 10-D-30 de l'Autorité du 28 octobre 2010 rendant obligatoires des engagements de Google et notamment l'engagement n° 4 par lequel Google s'est engagée à mettre en place une procédure spécifique menant à la suspension de compte pour violation de la politique AdWords sur les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France, engagements acceptés par l'Autorité et rendus obligatoires à compter du 1er janvier 2011, l'Autorité a donné "acte de ce que, en pratique, Google appliquera à tous les contenus et à toutes les règles du service AdWords, dans tous les pays concernés par ce service, le principe des améliorations et clarifications apportées en application des présents engagements"; que la société Ekanopi n'est pas fondée, pour soutenir que Google ne respecte pas ses engagements et commet ainsi, à son détriment, un abus de position dominante, à invoquer le fait que Google ne respecterait pas ses engagements à l'égard de sociétés tierces, et ce, au surplus, sans en justifier autrement que par la reprise des affirmations de ces tiers ; qu'en outre, que la société E-Kanopi ne justifie pas du fait que ce serait au mépris des engagements actés par la décision du 28 octobre 2010 que Google a résilié ses contrats AdWords et AdSense au mois de juillet 2011 ; qu'en effet, cette résiliation s'inscrivait dans le cadre du contentieux judiciaire opposant Ekanopi à Google relativement à la résiliation de ces contrats, antérieurement aux engagements, de Google, contentieux dans le cadre duquel le juge des référés avait le 3 août 2010 ordonné à la société Google de rétablir les contrats AdWords et AdSense relatifs aux quatre sites de E-Kanopi avant que, par jugement du 21 mai 2011, le tribunal déboute la société E-Kanopi de toutes ses demandes mettant ainsi fin aux injonctions prononcées par le juge des référés (Cf ci-dessus et Décision n° 82) ; qu'il en résulte que la Décision n'encourt pas les critiques alléguées en ce qu'elle retient que la société E-Kanopi n'accrédite pas l'existence des manquements qu'elle allègue aux engagements pris, par Google dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à la décision du 28 octobre 2010, mais indique qu'elle "se montrera vigilante" quant au respect par Google de l'engagement dont elle a donné acte à Google dans sa décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 ; qu'il résulte de ce qui précède que la cour, qui, saisie d'un recours contre une décision de rejet d'une saisine fondée sur l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce, doit vérifier si les faits invoqués, tels qu'ils ont été soumis à l'Autorité étaient étayés d'éléments suffisamment probants, ne peut que constater que tel n'était pas le cas en l'espèce et que c'est à juste titre que l'Autorité a rejeté la saisine de la société E-Kanopi ; que dès lors qu'il n'appartient pas à l'Autorité de suppléer la carence des parties dans

l'administration de la preuve, la demande de la requérante tendant au renvoi de l'affaire à l'instruction sera rejetée;

ET AUX MOTIFS EXPRESSEMENT ADOPTES QUE (...) Google est présent sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches et sur le marché des moteurs de recherche. Dans sa décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010, l'Autorité a estimé que « en raison de la part qu'occupe Google sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, de sa notoriété, de l'existence de fortes barrières à l'entrée dans l'activité de moteur de recherche, et enfin du manque de menace crédible pouvant peser sur l'acteur dominant, Google apparaît susceptible, à ce stade de l'instruction, de détenir une position dominante sur un marché pertinent de la publicité en ligne liée aux recherches ». 29. E-Kanopi exerce ses activités sur des marchés d'édition de sites internet destinés à fournir des informations pratiques au grand public et affirme être concurrent de Google sur le marché des moteurs de recherche grand public. 30. Pour les besoins de la présente affaire, il n'apparaît pas nécessaire de préciser davantage la délimitation des marchés sur lesquels la société E-Kanopi est présente (...) 49. Sur le premier point, la saisine de E-Kanopi ne contient pas d'élément permettant de considérer que le moteur de recherche iadah et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient dès lors en concurrence (...);

1°) ALORS QU'en affirmant, pour retenir que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement rejeter la saisine pour insuffisance de preuves sur le fondement de l'article L 464-8 du code de commerce, que la Décision de l'Autorité avait exactement retenu que l'adoption par Google de politiques de contenus AdWords et AdSense était guidée par l'objectif de protéger les intérêts des consommateurs en évitant à l'internaute de télécharger des logiciels non désirés ou de payer pour des biens gratuits, que les engagements pris par Google dans l'affaire Navx n'étaient pas applicables en l'espèce, qu'il n'était pas justifié que la politique de contenus de Google n'ait pas été objective claire et non discriminatoire, ou encore qu'aucune pratique dénoncée par la plaignante de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'était établie, la cour d'appel qui a statué sur le bien-fondé de la saisine, a violé par fausse application l'article L 462-8 du code de commerce et par refus d'application les articles L 464-6 et R 464-7 du même code ;

2°) ALORS QUE lorsqu'elle occupe une position dominante, une entreprise est soumise à une obligation particulière de retenue ; qu'ainsi la suspension sans préavis ni avertissement préalable du compte d'un annonceur par la société Google qui détient 90% du marché est en elle-même susceptible de constituer un abus de position dominante : qu'en affirmant que l'argumentation de la requérante relative à la gravité de la violation des règles contractuelles permettant par application de l'article L.442-6 du code de commerce, une rupture sans préavis des relations commerciales était

inopérante, quand il lui appartenait au contraire de vérifier si la rupture immédiate et sans préavis ni avertissement préalable opérée par Google malgré sa position dominante absolue à raison d'un prétendu non-respect des règles de publicité unilatéralement mises en place par elle³⁶ même, n'était pas abusive, la cour d'appel a violé l'article L 420-2 du code de commerce, ensemble l'article L 462-8 du même code ;

3°) ALORS QU'en refusant d'examiner si la rupture brutale, sans préavis ni avertissement n'était pas abusive après avoir constaté que la décision de la cour d'appel de Paris du 16 novembre 2011 (devenue définitive en raison du rejet du pourvoi de la société E-Kanopi) avait fait droit aux demandes de la société E-Kanopi « en ce qui concerne la brutalité de la rupture des relations commerciales », établies entre elle et Google, estimant, par application de l'article L. 442-6 du code de commerce, non réunies les conditions d'une résiliation sans préavis et la responsabilité de Google engagée du fait de l'absence de préavis, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L 420-2 du code de commerce, ensemble l'article L 462-8 du même code ;

4°) ALORS QUE méconnaît les articles 4 du code civil et L 420-2 du code de commerce, le juge de la concurrence qui refuse de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées ; qu'en affirmant pour retenir notamment que les pratiques d'éviction imputées à Google ne pouvaient pas être mises en évidence, que « la Décision retient exactement que la société E-Kanopi n'apporte à l'appui de la saisine aucun élément permettant de considérer que le moteur de recherche iadah et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient (...) en concurrence », quand l'Autorité de la concurrence avait considéré que « pour les besoins de la présente affaire, il n'apparaît pas nécessaire de préciser davantage la délimitation des marchés sur lesquels la société E-Kanopi est présente », la cour d'appel qui a refusé de délimiter précisément le marché pertinent, a méconnu son office et violé les textes susvisés ;

5°) ALORS QU'en affirmant, pour retenir notamment que les pratiques d'éviction imputées à Google ne pouvaient pas être mises en évidence, que la Décision retient exactement que la société E-Kanopi n'apporte à l'appui de la saisine aucun élément permettant de considérer que le moteur de recherche iadah et celui de Google appartiendraient au même marché et seraient (...) en concurrence, après avoir constaté que Google était en position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, que son moteur de recherche atteignant en France 90% de parts de marché et que les pratiques reprochées à la société E-Kanopi par Google conduisaient l'internaute à « remplacer sa page d'accueil par un moteur de recherche généraliste s'appelant iadah », ce dont il résultait que Google et iadah qui étaient l'un et l'autre deux moteurs de recherche généralistes opérant sur le même marché de la publicité en ligne liée aux recherches, étaient directement concurrents, la cour d'appel qui n'a pas tiré les

conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-2 et L 462-8 du code de commerce ;

6°) ALORS QU'en affirmant pour justifier la suspension des comptes AdSense et Adwords dont la société E-Kanopi a été victime que l'adoption par Google de politiques de contenus AdWords et AdSense était guidée par l'objectif de protéger les intérêts des consommateurs en évitant à l'internaute de télécharger des logiciels non désirés ou de payer pour des biens gratuits, après avoir constaté que le téléchargement de la barre d'outils ladah reproché à la société E-Kanopi devait être préalablement accepté par l'utilisateur, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-2 et L 462-8 du code de commerce.

Moyen produit au pourvoi n° V 14-21.671 par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils **pour la société E-Kanopi**

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit irrecevable le recours formé par la société E-Kanopi contre la décision n° 12-DSA-441 du 21 décembre 2012 du rapporteur général adjoint de l'Autorité de la concurrence, relative à une demande de classement de pièces confidentielles par la société Google ;

AUX MOTIFS QUE la requérante soutient que la demande de protection du secret des affaires formulée par Google le 21 décembre 2012 est irrégulière car non conforme aux exigences de forme et de délai exigées par l'article R.463-13 du code de commerce et que la décision du rapporteur général est irrégulière en ce qu'elle fait droit à une demande de protection du secret des affaires relative à des documents qui ne sont pas de nature à mettre en jeu un tel secret ; qu'en réponse aux observations de l'Autorité, elle conteste chacun des moyens invoqués par cette dernière pour conclure à l'irrecevabilité du présent recours et souligne qu'un des moyens d'irrecevabilité soulevé par l'ADLC contredit les observations du ministre de l'Economie; qu'elle fait en particulier valoir qu'il importe peu de savoir si elle pouvait demander la "déconfidentialité" des pièces et que le simple fait que la décision prise par le rapporteur général est illégale lui permet, en tant que partie saisissante, de former un recours contre cette décision qui lui fait grief car lui interdit l'accès à des pièces auxquelles elle aurait eu accès, en l'absence de ladite décision ; qu'aux termes de l'article L. 463-4 du code de commerce "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 peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces menant en jeu le secret des affaires d'autres personnes ; que dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article" ; que l'article R 463-15 du même code précise : "Lorsque le rapporteur considère qu'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité, il en informe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception la personne qui a fait la demande de protection du secret des affaires contenu dans ces pièces et lui fixe un délai pour présenter ses observations avant que le rapporteur général ne statue, La décision du rapporteur général est notifiée aux intéressés ; "Lorsqu'une partie mise en cause 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 la communication ou la consultation en lui présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce. Il est alors procédé comme à

l'alinéa précédent. "Le rapporteur général fixe, le cas échéant, un délai permettant un débat sur les informations, documents ou parties de document nouvellement communiqués," ; qu'il résulte de ces dispositions qu'indépendamment de la possibilité pour le rapporteur de demander le déclassé de pièces confidentielles, seule la partie mise en cause peut demander au rapporteur la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits et qu'une telle faculté n'est pas ouverte à la partie qui a saisi l'Autorité ; qu'il s'en déduit que la partie saisissante, qui n'est pas recevable à présenter au rapporteur une requête tendant à la communication ou la consultation de pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, dont en particulier de la personne qu'elle met en cause dans sa saisine, n'est pas davantage recevable à contester la décision par laquelle le rapporteur faisant droit, en la forme ou au fond, à la demande de la personne visée par la saisine tendant à la protection par le secret des affaires d'éléments par elle communiqués à l'Autorité a classé en pièces confidentielles des documents ou des éléments de documents concernant la personne mise en cause par le saisissant et n'a ordonné la communication aux autres parties à la procédure que de la version non confidentielle et du résumé desdits documents ; que le présent recours formé par la société E-Kanopi contre la décision du rapporteur général adjoint de l'Autorité de la concurrence doit être déclaré irrecevable ;

1°) ALORS QUE toute partie à une procédure doit pouvoir exercer un recours juridictionnel effectif contre une décision d'un organisme non juridictionnel lui faisant grief : qu'en affirmant que la partie saisissante, n'est pas recevable à présenter au rapporteur de l'Autorité de la concurrence une requête tendant à la communication ou la consultation de pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, et notamment de la personne qu'elle met en cause dans sa saisine dans la mesure où seule la partie mise en cause peut exercer cette faculté, la cour d'appel a violé les articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L 463-4 et R 463-15 du code de commerce ;

2°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE toute personne doit pouvoir contester devant un tribunal indépendant et impartial la légalité externe et interne d'une décision prise par un organisme administratif non juridictionnel lui faisant grief ; que la partie qui a saisi l'Autorité de la concurrence ne doit donc jamais être privée de la possibilité de faire censurer par un juge une décision irrégulière prise par le rapporteur ; que les articles L 463-4 et R 463-15 qui se bornent à permettre à toute personne mise en cause d'obtenir la levée de la confidentialité lorsque la consultation des documents couverts par un secret d'affaire est nécessaire à l'exercice des droits de la défense ne limitent pas le droit de toute partie à la procédure de contester la

légalité même de la décision prise ; qu'en affirmant que la partie saisissante n'est pas davantage recevable à contester la décision par laquelle le rapporteur fait droit, en la forme ou au fond, à la demande de la personne visée par la saisine tendant à la protection par le secret des affaires d'éléments par elle communiqués à l'Autorité, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles L 463-4 et R 463-15 du code de commerce, ensemble les articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.