

N° 429279

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE GOOGLE FRANCE et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Sylvain Humbert
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies)

Mme Marie-Astrid Nicolazo de Barmon
Rapporteur public

Sur le rapport de la 9^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 4 mars 2020
Lecture du 20 mars 2020

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire et quatre mémoires complémentaires, enregistrés les 29 mars, 28 juin, 17 octobre, 25 octobre et 19 décembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les sociétés Google France, Google Ireland Ltd et Google LLC demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision du 31 janvier 2019 par laquelle l'Autorité de la concurrence a publié sur son site internet la version « non confidentielle » de sa décision n° 19-MC-01 du même jour ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de remplacer la décision publiée par une version de la décision du 31 janvier 2019 ne comportant plus les éléments protégés par le secret des affaires selon la décision du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ;

3°) à titre subsidiaire, de saisir le Tribunal des conflits au titre de l'article 32 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, afin qu'il attribue le litige à la juridiction judiciaire ;

4°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- le collège de l'Autorité de la concurrence n'était pas compétent pour lever le secret des affaires sur les éléments protégés par décision du rapporteur général, qui est le seul à disposer de ce pouvoir de protection ;

- la décision attaquée a méconnu la procédure prévue par les dispositions des articles L. 463-4 et L. 464-8-1 et des articles R. 463-13 et suivants du code de commerce qui donnent au seul rapporteur général compétence pour statuer sur la protection d'éléments au titre du secret des affaires ;

- la décision attaquée méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif tel qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que le collège de l'Autorité les a privées de tout recours contre la décision de levée du secret des affaires en ne suivant pas la procédure prévue par l'article R. 463-15 du code de commerce et en l'absence de toute procédure mise en œuvre pour faire respecter le principe des droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure ;

- la décision attaquée a méconnu le droit à la protection du secret des affaires en levant la protection accordée par le rapporteur général sans avertissement préalable ;

- la décision attaquée méconnaît les dispositions des articles L. 463-4 et D. 465-8-1 du code de commerce, en ce que le collège a publié des informations devant bénéficiers de la protection du secret des affaires.

Par un mémoire en défense et un nouveau mémoire, enregistrés le 29 août et le 9 décembre 2019, l'Autorité de la concurrence conclut au rejet de la requête. Elle dit s'en remettre à l'appréciation du Conseil d'Etat sur sa compétence pour statuer sur la demande et soutient que les moyens soulevés par les requérantes ne sont pas fondés.

La société Amadeus a présenté des observations, enregistrées le 1^{er} octobre 2019, par lesquelles elle dit s'en remettre à la sagesse du Conseil d'Etat.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits ;
- le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Sylvain Humbert, maître des requêtes,

- les conclusions de Mme Marie-Astrid Nicolazo de Barmon, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Spinosi, Sureau, avocat de la société Google Ireland Ltd, de la société Google LLC et de la société Google France ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. (...)* ».

2. La société Amadeus a saisi l'Autorité de la concurrence, le 4 mai 2018, de pratiques des sociétés Google Ireland Ltd et Google LLC, à qui elle reprochait un abus de position dominante et un abus de dépendance économique, en assortissant sa saisine d'une demande de mise en œuvre de mesures conservatoires. Par une décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 prise sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence a prononcé quatre mesures conservatoires à l'encontre des sociétés Google Ireland Ltd, Google LLC et Google France. Saisie d'un recours contre cette décision, la cour d'appel de Paris y a fait partiellement droit tout en rejetant, comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, la demande qui lui était faite d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de publier à nouveau sa décision en supprimant les passages contenant des informations confidentielles.

3. Les sociétés Google France, Google Ireland Ltd et Google LLC demandent l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence de publier intégralement sa décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019, sans occulter les informations qui avaient été reconnues comme étant couvertes par le secret des affaires par le rapporteur général de l'Autorité dans le cadre de l'instruction de l'affaire. Elles demandent, en outre, qu'il soit enjoint à l'Autorité de procéder à la publication de sa décision du 31 janvier 2019 sans mention de ces informations.

4. Aux termes de l'article L. 151-1 du code de commerce : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ».

5. D'une part, aux termes de l'article L. 463-1 du même code : « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve des*

dispositions prévues à l'article L. 463-4. » Aux termes de l'article L. 463-4 : « 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 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. (...) ». Aux termes de l'article R. 464-14 du même code : « (...) Dans le cadre de l'instruction par l'Autorité de la concurrence, le rapporteur examine, avant que les éléments concernés du dossier soient rendus accessibles ou communiqués aux parties, les demandes de protection de secrets d'affaires qui ont été formulées. Le rapporteur général notifie au demandeur une décision de traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents en cause. Les actes de procédure sont établis en fonction de cette décision. (...) ».

6. D'autre part, aux termes de l'article L. 490-11 du même code : « Un décret fixe les modalités de publicité des décisions prises en application des articles L. 462-8, L. 464-1, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 ». Aux termes de l'article D. 464-8-1 du même code : « Les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées à l'article L. 490-11 sont publiées sur le site internet de l'Autorité. Leur publicité peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties et des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ».

7. Enfin, aux termes de l'article L. 464-7 du code de commerce : « La décision de l'Autorité prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation (...) devant la cour d'appel de Paris (...) ». Aux termes de l'article L. 464-8-1 du même code : « Les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée peuvent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris ou son délégué. (...) ». Aux termes du second alinéa de l'article 32 du décret du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles : « Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que le litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision du tribunal ».

8. Il résulte des dispositions citées au point 6 qu'il appartient à l'Autorité de la concurrence de décider si la publicité des décisions qu'elle prend doit être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime qui s'attache au respect du secret des affaires. Ainsi, lorsqu'elle publie la décision par laquelle elle a prononcé des mesures conservatoires en faisant apparaître des informations susceptibles de relever du secret des affaires, notamment celles qui avaient été reconnues comme telles par le rapporteur général au cours de l'instruction de l'affaire, l'Autorité de la concurrence prend une décision distincte de la décision prononçant les mesures conservatoires. Mais, dès lors que, pour se prononcer sur les modalités de publication de sa décision, l'Autorité doit tenir compte à la fois de la protection du secret des affaires et de l'intérêt public qui s'attache à la publication de la motivation de sa décision, y compris la publication d'informations susceptibles d'être protégées au titre du secret des affaires, cette décision distincte peut être regardée comme n'étant pas détachable de la décision par laquelle l'Autorité a prononcé les mesures conservatoires, laquelle ressortit, en vertu de l'article L. 464-7

du code de commerce, à la compétence de la cour d'appel de Paris. Dans ces conditions, il apparaît que le litige est susceptible de relever de la compétence de la juridiction judiciaire.

9. Toutefois, la cour d'appel de Paris, primitivement saisie par la société Google, ayant, par un arrêt du 4 avril 2019 qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, il convient, par application de l'article 32 du décret du 27 février 2015, de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence et de surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce Tribunal.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'affaire est renvoyée au Tribunal des conflits.

Article 2 : Il est sursis à statuer sur les conclusions des sociétés Google France, Google Ireland Ltd et Google LLC jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur ces conclusions.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Google France, mandataire unique des sociétés Google Ireland Ltd et Google LLC, à l'Autorité de la concurrence et à la société Amadeus.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances.

Délibéré à l'issue de la séance du 4 mars 2020 où siégeaient : M. Jacques-Henri Stahl, président adjoint de la section du contentieux, président ; M. Guillaume Goulard, M. Mattias Guyomar, présidents de chambre ; Mme Anne Egerszegi, M. Thomas Andrieu, Mme Nathalie Escaut, Mme Suzanne von Coester, M. François Weil, conseillers d'Etat et M. Sylvain Humbert, maître des requêtes-rapporteur.

Lu en séance publique le 20 mars 2020.

Le président :
Signé : M. Jacques-Henri Stahl

Le rapporteur :
Signé : M. Sylvain Humbert

Le secrétaire :
Signé : Mme Nadine Trueba

La République mande et ordonne au ministre de l'économie et des finances en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Pour le secrétaire du contentieux, par délégation :