N° 429279
Sociétés Google Ireland Ltd, Google LLC et Google France

9^{ème} et 10^{ème} chambres. réunies
Séance du 4 mars 2020
Lecture du 20 mars 2020

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de Barmon, rapporteur public

Cette affaire pose la question de l'ordre de juridiction compétent pour connaître de conclusions tendant à l'annulation des décisions de l'Autorité de la concurrence (ADLC) en tant qu'elles rendent publiques des données couvertes par le secret des affaires et à la publication d'une nouvelle version expurgée de ces éléments sur son site internet.

Ce contentieux trouve son origine dans le litige qui s'est noué entre le groupe Google et la société Amadeus, qui exploite un service de renseignements téléphoniques sous des numéros à tarification majorée. Cette société disposait de comptes lui ouvrant l'accès au programme de publicité en ligne de Google, dénommé Google Ads, qui permet aux annonceurs d'afficher des publicités ciblées en fonction des termes entrés par les internautes dans le moteur de recherche de Google, à côté des résultats de leur recherche. A partir de janvier 2018, Google a suspendu plusieurs comptes de la société Amadeus et refusé la plupart de ses annonces publicitaires au motif qu'elles étaient de nature à tromper les internautes, en leur faisant croire qu'en cliquant sur ces publicités, ils appelaient directement le numéro recherché et non un opérateur de renseignements téléphoniques surtaxés. La société Amadeus a quant à elle vu dans ces pratiques un abus de position dominante et de dépendance économique, auquel elle a demandé à l'Autorité de la concurrence de mettre fin. Elle a également demandé à l'Autorité d'adopter des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

Estimant que les pratiques dénoncées portaient une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la société Amadeus, l'Autorité a accueilli favorablement cette demande et a prononcé le 31 janvier 2019 à l'encontre de Google plusieurs mesures conservatoires, en application de l'article L. 464-1 du code de commerce. Elle a notamment enjoint à Google de clarifier les règles Google Ads applicables aux services payants de renseignement et de les mettre à disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, de leur adresser un avertissement précisant les manquements qui leur sont reprochés avant toute suspension de compte, de vérifier la conformité aux règles clarifiées des campagnes publicitaires de la société Amadeus et, dans l'affirmative, d'autoriser leur diffusion.

Le jour même, l'ADLC a publié cette décision¹ sur son site internet, dans une version rendant publiques des données dont Google avait obtenu la protection au titre du secret des affaires, au cours de l'instruction, par des décisions du rapporteur général de l'Autorité des 6 décembre 2018 et 14 janvier 2019. Il s'agit d'extraits d'échanges internes entre des collaborateurs de Google faisant état de leur perplexité face à la suspension des comptes de la société Amadeus, et du niveau précis de dépenses que les annonceurs doivent atteindre pour intégrer un programme d'accompagnement personnalisé destiné à optimiser leurs campagnes publicitaires via le site de Google. Malgré les protestations de Google, l'Autorité mettait également en ligne, le 20 février 2019, une version en anglais non expurgée de ces éléments.

Entre-temps, en application de l'article L. 464-7 du code de commerce, Google avait saisi la cour d'appel de Paris d'un recours tendant à l'annulation ou, à défaut, à la réformation de la décision du 31 janvier.

Par un arrêt du 4 avril 2019, la cour a maintenu l'essentiel des mesures conservatoires décidées par l'ADLC, mais, faisant sienne la thèse de l'Autorité, la cour s'est déclaré incompétente pour statuer sur la demande de Google tendant à ce qu'il soit enjoint à l'ADLC de procéder à une nouvelle publication de la décision attaquée dans une version respectueuse du secret des affaires, et a invité les requérantes à mieux se pourvoir.

C'est ce qu'ont fait les sociétés Google Ireland, Google LLC et Google France, qui vous demandent à présent d'annuler la décision de l'ADLC du 31 janvier 2019, en tant qu'elle a publié sur son site internet une version contenant les éléments considérés par le rapporteur général de l'Autorité comme protégés par le secret des affaires, et de lui enjoindre de remplacer la décision publiée par une version respectant la confidentialité de ces données.

La détermination de l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur de telles conclusions est délicate. L'Autorité s'en remet désormais sur ce point à votre sagesse.

Le point de départ du raisonnement est bien connu. L'ADLC est une autorité administrative qui met en œuvre des prérogatives de puissance publique lorsqu'elle prend des décisions en matière de contrôle des concentrations ou de répression des pratiques anti-concurrentielles. Le contentieux de ces actes ressort donc de la compétence du juge administratif, en vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République traduisant la conception française de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire (CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC). Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le Conseil constitutionnel tolère toutefois des aménagements précis et limités de cette règle de compétence permettant d'unifier le contentieux au profit de l'ordre de juridiction principalement intéressé ; c'est ainsi qu'il a autorisé le législateur à confier au juge judiciaire le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence, ancêtre de l'ADLC, en matière de pratiques anti-concurrentielles.

¹ Décision n° 19-MC-01.

Le Conseil constitutionnel a pris soin de rappeler que les dérogations au principe constitutionnel dégagé par cette décision de 1987 doivent être strictement entendues (CC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 01-45 DC). C'est pourquoi, comme la Cour de cassation, vous interprétez de manière restrictive les dispositions des articles L. 464-7 et L. 464-8 du code de commerce attribuant compétence au juge judiciaire pour connaître de certaines décisions de l'Autorité de la concurrence, en limitant le bloc de compétence qui lui est dévolu aux seuls contentieux qui y sont expressément visés. Faute d'y trouver mention de l'article L. 430-9 du code de commerce, vous avez ainsi jugé que c'est à la juridiction administrative qu'il appartenait de contrôler la légalité des actes pris par le Conseil de la concurrence en application de cet article, qui lui permettait de demander au ministre de modifier ou de mettre fin à une concentration ayant conduit à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique (*Compagnie générale des eaux*, 7 novembre 2005, n° 271982, au Rec. ; voyez, pour un raisonnement comparable, Cass. com., 8 avril 2014, n° 13-11.765, *Musée Guimet*, Bull. IV n° 68).

C'est en suivant la même logique que, par une décision *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées (FILMM)* du 10 octobre 2014, aux T., vous vous êtes reconnus compétents pour statuer sur les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, au cours de la phase d'instruction d'une enquête sur une pratique anti-concurrentielle, refuse d'accorder ou bien lève la protection, au nom du secret des affaires, d'informations ou documents en possession de l'Autorité et les rend ainsi accessibles aux autres parties (n° 367807). Cette décision mérite quelques développements.

Comme l'énonce l'article L. 463-1 du code de commerce, l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires, sous réserve de la protection du secret des affaires. C'est alors au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence qu'il revient de ménager un juste équilibre entre ces exigences : en vertu de l'article L. 463-4, il lui appartient d'apprécier si les éléments transmis à l'Autorité sont susceptibles de mettre en jeu le secret des affaires. Dans l'affirmative, seuls une version non confidentielle et un résumé de ces éléments sont soumis au contradictoire, sauf si le rapporteur général estime que leur communication est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause. Dans sa rédaction alors applicable, l'article R. 464-29 prévoyait que les décisions prises par le rapporteur général sur les demandes de protection du secret des affaires ou de levée de ce secret qui lui sont adressées pendant la phase d'instruction ne pouvaient être contestées qu'à l'occasion d'un recours contre la décision ultérieure de l'Autorité sur le fond, et ce quel que soit leur sens.

Saisis, dans l'affaire *FILMM*, d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger ces dispositions réglementaires, vous avez au contraire dissocié le sort contentieux des décisions du rapporteur général, selon qu'elles aboutissent ou non à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires pendant la phase d'instruction.

Vous avez admis que les décisions octroyant ou maintenant sa protection ne puissent faire l'objet d'un recours distinct de celui visant la décision finale. Dans ce cas, en effet, le secret des affaires est préservé ; seuls les droits de la défense des parties à qui est opposé le

secret des affaires peuvent être mis à mal, ce qu'elles peuvent utilement faire valoir à l'appui d'un recours contre la décision de fond, laquelle relève, en matière de pratiques anti-concurrentielles, de la compétence du juge judiciaire.

A l'inverse, vous avez constaté que les décisions du rapporteur général refusant la protection du secret des affaires ou accordant la levée de ce secret en cours d'instruction sont dépourvues d'incidence sur la régularité de la procédure conduisant à la décision finale de l'Autorité, puisqu'elles sont irréprochables sous l'angle de respect du contradictoire, mais qu'en dévoilant des données couvertes par le secret des affaires, elles sont susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les données confidentielles en question. Bien conscients que, pour les acteurs économiques concernés, le mal est fait à l'instant de la publication des données couvertes par le secret et que le dommage économique voire réputationnel lié à la publication de telles données est en lui-même irréparable, vous avez jugé qu'eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible de leurs effets, ces dernières décisions devaient pouvoir être contestées directement, sans attendre l'intervention de la décision finale de l'Autorité, alors même que le préjudice subi peut donner lieu à réparation sur le terrain indemnitaire. Vous en avez déduit que l'absence de voie de recours adaptée constituait une atteinte injustifiée au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Parce qu'il n'était pas concevable de se satisfaire de cette carence dans l'accès au prétoire d'un juge compte tenu de la portée des décisions divulguant des secrets d'affaire protégés par la loi, vous avez vu dans ces décisions refusant ou levant la protection de ces données confidentielles des actes détachables de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, dans une approche finaliste. Et vous avez précisé qu'en l'absence de disposition expresse en attribuant la contestation à la juridiction judiciaire, ce contentieux relevait de la compétence de droit commun de la juridiction administrative, et, au sein de celle-ci, de votre compétence en premier et dernier ressort conformément au 4^o de l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

A la suite de cette décision *FILMM*, le législateur est intervenu par la loi du 18 novembre 2016 pour donner une base légale au recours en annulation ou en réformation contre les décisions du rapporteur général de l'ADLC permettant la diffusion aux parties de données couvertes par ce secret pendant l'instruction, codifiée à l'article L. 464-8-1 du code de commerce, et en préciser les modalités. Il a au passage choisi de rétablir un bloc de compétence au profit du juge judiciaire sur les questions relatives au secret des affaires, en transférant au Premier président de la cour d'appel de Paris la compétence pour trancher les recours introduits en vertu de ces nouvelles dispositions.

Le secret des affaires fait désormais l'objet, lors de la phase d'instruction, d'un dispositif de protection sophistiqué, comportant une voie de droit efficace, étant précisé que l'article R. 464-14 du code impose l'examen des demandes de protection avant que les éléments concernés du dossier soient rendus accessibles ou communiqués aux parties, et que, si le recours contre les décisions de refus de classement en données confidentielles ou de déclasserement prises par le rapporteur général n'est pas suspensif, le juge judiciaire peut prononcer leur sursis à exécution et ainsi, sinon prévenir, du moins mettre fin rapidement à la

diffusion aux parties des données confidentielles. Et le juge de la protection du secret des affaires pendant la phase d'instruction est clairement identifié : il s'agit du juge judiciaire.

Qu'en est-il de la protection de ces mêmes données confidentielles au stade de la publication de la décision de l'Autorité ?

D'un point de vue procédural, les textes sont étonnamment peu diserts sur la protection des données susceptibles de relever du secret des affaires au stade de la publication des décisions adoptées par le collège de l'Autorité en matière de répression des pratiques anti-concurrentielles, par contraste avec les garanties mises en place au cours de l'instruction, mais aussi avec les précautions entourant la publication des décisions de l'Autorité en matière de concentrations. Il n'existe pas, pour les pratiques anti-concurrentielles, de dispositions similaires à celles de l'article R. 430-7 du code de commerce qui impartissent aux entreprises un délai de quinze jours à compter de la notification des décisions en matière de concentrations les concernant pour indiquer à l'ADLC les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret de leurs affaires.

L'article L. 490-11 du code de commerce pose simplement en creux le principe de la publicité des décisions sur les pratiques abusives, incluant celles prononçant des mesures conservatoires, en renvoyant à un décret le soin d'en préciser les modalités. L'article D. 464-8-1 pris pour son application rend obligatoire leur publication sur le site internet de l'Autorité, et dispose que « *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* ».

La loi est tout aussi sobre s'agissant de la désignation du juge compétent. L'article L. 464-7 prévoit seulement que les décisions prises en application de l'article L. 464-1, c'est-à-dire les décisions adoptant des mesures conservatoires, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris. Toute la question est de savoir si cette compétence d'attribution englobe ou pas les conclusions d'une partie intéressée sollicitant la censure de la décision publiée pour divulgation illégale de secrets d'affaires.

Pour y répondre, il vous faut d'abord déterminer si l'on peut isoler, au stade de la publication, une décision spécifique prise en matière de protection des secrets d'affaires, distincte de la décision prononçant les mesures conservatoires elle-même, puis, dans l'affirmative, si cette décision de divulguer des secrets d'affaires présente un degré d'autonomie suffisant par rapport à la première pour en être détachable et donner prise à un contentieux devant le juge administratif en application de la règle générale de répartition des compétences.

Nous n'avons pas de doute pour considérer qu'il existe bien une décision distincte, matérialisée a minima par la publication de données susceptibles d'être couvertes par le secret des affaires, qui fait grief aux parties dont émanent les pièces ou éléments concernés.

Cet acte autonome n'est pas la décision de publier les mesures conservatoires, car l'ADLC est sur ce point en situation de compétence liée, les articles L. 490-11 et D. 464-8-1 du code de commerce lui prescrivant d'accomplir cette formalité.

En revanche, nous sommes convaincue que l'Autorité prend une décision d'une autre nature, celle de rendre publiques ou pas des données confidentielles qui avaient le cas échéant été protégées en tant que telles pendant l'instruction. La décision distincte de la publication que nous identifions est en réalité double.

L'Autorité porte une première appréciation sur le champ des données couvertes par le secret des affaires, qui peut à notre avis l'amener à opérer un tri plus fin au sein du périmètre de protection défini largement au stade de l'instruction par le rapporteur général, lequel, sauf si le caractère contradictoire de la procédure s'y oppose, doit accéder à toute demande de protection qui n'est pas « manifestement infondée » en vertu de l'article R. 463-14 du code de commerce.

L'ADLC décide ensuite s'il y a lieu de lever la protection dont bénéficient en principe ces données en les rendant publiques. L'article D. 464-8-1 du code de commerce ouvre un espace à l'existence d'une telle décision, en disposant que la « *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* ». Cette rédaction ménage à l'ADLC une marge d'appréciation, à la différence de l'article L. 1261-2 du code des transports, qui prescrit à l'Autorité de régulation des transports de rendre publics ses propositions, avis et décisions « *sous réserve des secrets protégés par la loi* ». L'ADLC n'est pas contrainte d'occulter automatiquement les données qu'elle estime couvertes par le secret des affaires. Un vrai arbitrage s'offre à elle entre leur protection et les vertus de leur révélation. Dans ses lignes directrices en matière de concentrations, pour lesquelles existe une procédure formalisée de protection du secret des affaires au stade de la publication, l'ADLC indique ainsi ne pas s'estimer liée par les demandes d'occultation qui lui sont soumises par les parties²². Elle souligne qu'il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers et du marché à être informés correctement de ses décisions. Cette balance que l'Autorité doit opérer entre respect du secret des affaires et intérêt général implique qu'elle prend bel et bien une décision administrative distincte de celle notifiée aux parties, quand bien même elle retiendrait le même niveau de protection dans ces deux décisions.

Ainsi, même si elle n'est pas saisie d'une demande explicite d'occultation par les parties, en l'absence de mécanisme le prévoyant, l'Autorité examine implicitement mais nécessairement, entre le moment où elle décide des motifs venant au soutien du prononcé des mesures conservatoires qui seront notifiés aux parties, et leur publication plus large sur son site internet, si des données contenues dans les motifs de sa décision de fond sont ou non, de

²² Point 244 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, juillet 2013. Compte tenu de cet arbitrage, qui existe aussi pour la publication des décisions en matière de pratiques anti-concurrentielles, l'ADLC n'est selon nous pas davantage liée par les demandes d'occultation qui lui seraient adressées par les parties concernées en cette matière.

son point de vue, couvertes par le secret des affaires et, dans l'affirmative, si leur divulgation est néanmoins justifiée par des considérations d'intérêt général, tenant à l'information du public sur son analyse des pratiques douteuses en cause. Le choix de l'ADLC de ne plus occulter des données qui avaient été protégées par le secret des affaires pendant l'instruction, révélé par la publication qui fâche Google, est une décision qui ne se confond pas avec la décision prononçant les mesures conservatoires.

On retrouve un raisonnement analogue, distinguant une décision et le refus d'occultation de certains de ses passages, dans votre décision *Lefevre* du 13 juillet 2006 (n° 285081), jugeant qu'un tiers dont le nom est mentionné dans une décision de la commissions des sanctions de l'AMF peut demander à cette autorité de ne pas publier ou de rendre anonymes les passages le concernant et le cas échéant former un recours contre le refus qui lui serait opposé, alors qu'il n'a pas intérêt à demander l'annulation de la décision de sanction elle-même. Vous avez également dissocié la recommandation de la commission des clauses abusives et la décision du ministre chargé de la consommation de la rendre publique, acceptant de vérifier que tout risque d'identification de situations individuelles est conjuré dans la version publique (*Fédération du crédit mutuel Centre Est Europe*, 16 janvier 2006, n° 274721), dans la droite ligne de la décision de Section *Eglise de scientologie de Paris* du 21 octobre 1988 (n° 68638 et 69439, au Rec.), jugeant que si un rapport parlementaire en lui-même n'était pas susceptible de recours, il en va autrement de la décision ministérielle de le rendre public.

Indiquons au passage que cette décision de révéler des secrets d'affaires prise par l'ADLC au moment de la publication des mesures conservatoires n'est évidemment pas une sanction. Vous avez ainsi jugé que la demande d'un tiers tendant à l'anonymisation ou à l'absence de publication des mentions le concernant figurant dans une décision de sanction prise par la CNIL ne se rattache pas à l'exercice de ses fonctions répressives (*Société Election Europe*, 11 mars 2015, n° 372884, aux T.). Du reste, si elle avait le caractère d'une sanction, cette décision excéderait les pouvoirs que l'article L. 464-1 impartit à l'ADLC, et serait en délicatesse avec le droit au recours juridictionnel constitutionnellement et conventionnellement garanti.

Nous n'avons donc pas de doute pour vous proposer de juger que la décision dont Google demande l'annulation est distincte de la décision de l'Autorité prononçant des mesures conservatoires à son encontre.

Cette décision propre au secret des affaires est-elle pour autant un acte détachable de la décision « de fond » prononçant les mesures conservatoires ?

Il est indifférent à cet égard que l'Autorité ait mis en œuvre des dispositions différentes du code de commerce pour prendre ces deux décisions, l'article L. 464-1 pour prononcer les mesures conservatoires, et les articles L. 490-11 et D. 464-8-1 pour publier la décision dans une version non-confidentielle. Il nous semble qu'il ne faut pas s'arrêter à cet argument de texte qui semble avoir décidé la cour d'appel de Paris à décliner sa compétence. Les dispositions prévoyant la publication des décisions prononçant des mesures conservatoires en tenant compte de la protection du secret des affaires auraient pu être

énoncées à la fin de cet article L. 464-1, si elles n'avaient pas concerné d'autres types de décisions de l'ADLC. Dans ce cas, la cour d'appel de Paris aurait peut-être interprété le renvoi opéré par L. 464-7 définissant sa compétence à l'article L. 464-1 comme englobant les conclusions visant à voir constater la défaillance de l'ADLC dans la publication de la décision prononçant les mesures conservatoires.

Un argument beaucoup plus solide plaide pour considérer la décision attaquée comme indissociable de la décision prononçant les mesures conservatoires. La question de savoir si un élément communiqué à l'Autorité doit rester couvert par le secret des affaires est intimement liée au fond de la décision, car l'occultation des données qui ont emporté la conviction de son collègue est susceptible de nuire à la motivation de telle ou telle mesure conservatoire et, partant, à la légalité de la décision qui les prononce, dont l'appréciation relève du seul juge judiciaire. Les lignes directrices de l'ADLC en matière de contrôle des concentrations expriment de manière limpide le lien consubstantiel entre motivation et protection du secret des affaires, en indiquant qu' « *il ne pourra pas être déféré aux demandes d'occultation d'éléments qui sont le support nécessaire de la décision et dont l'occultation priverait ladite décision de son sens à l'égard des tiers* »³. L'Autorité de la concurrence ne peut pas occulter les données économiques confidentielles qui constituent le cœur du problème dont elle est saisie⁴ : il lui appartient de trouver un équilibre entre la protection du secret des affaires et la motivation suffisante des mesures qu'elle édicte, sur lequel le juge porte une appréciation très concrète (voyez s'agissant d'un avis de l'ARAF, votre décision *Région Provence Alpes Côte d'Azur* du 30 janvier 2015, n° 374022). Il est fort peu opportun que le juge judiciaire et le juge administratif soient chacun compétent pour soupeser un seul des plateaux de la balance.

Malgré cet argument de poids, et parce que c'est le seul, nous pensons pour notre part que la décision du collège de ne pas regarder des données comme couvertes par la protection du secret des affaires ou de publier certaines données qui en relèvent, est un acte détachable de la décision prononçant les mesures conservatoires, comme de celles éventuellement prises par le rapporteur général de l'Autorité pour protéger les données au stade de l'instruction.

Ce dernier point ne nous paraît pas prêter à discussion. Il ne nous semble pas possible de considérer que la décision du collège de l'Autorité serait le dernier acte de la procédure de protection du secret des affaires engagée au stade de l'instruction, dont le contentieux est désormais expressément attribué au juge judiciaire, de sorte que la décision du collège de l'Autorité de révéler un secret d'affaires au moment de la publication des mesures conservatoires serait indissociable des décisions de classement ou de déclassement prises par le rapporteur général au stade de l'instruction et devrait suivre le même régime juridictionnel. En effet, nous pensons que le collège de l'Autorité n'est pas lié par les décisions éventuellement adoptées par le rapporteur général en matière de protection du secret des affaires. Nous nous séparons sur ce point de la thèse de la société Google, qui ne va pas

³ Point 244 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, juillet 2013.

⁴ Cf document intitulé « Questions-réponses relatives à la protection du secret des affaires », disponible sur le site internet de l'ADLC.

vraiment dans le sens de la compétence du juge administratif qu'elle défend par ailleurs. Même si la décision de publier un secret d'affaires n'est pas une sanction, et que le principe d'indépendance des fonctions d'instruction et de sanction ne s'applique pas à proprement parler, le collège est une autorité collégiale autonome du rapporteur général, y compris lorsqu'il prend des décisions n'ayant pas le caractère de sanctions comme d'ordonner des mesures conservatoires puis de divulguer des éléments confidentiels les justifiant. Le collège ne peut être privé de sa marge d'appréciation sur l'étendue des données couvertes par le SDA et la nécessité de les rendre publiques pour justifier les mesures conservatoires. La question de la protection du SDA se pose d'ailleurs en des termes différents aux deux stades de la procédure : pendant la phase d'instruction, c'est avec le principe du contradictoire et des droits de la défense qu'il doit être concilié (cf votre décision d'Assemblée *Société Groupe Canal Plus* du 21 décembre 2012, n° 362347) alors que c'est un équilibre entre motivation de sa décision et protection du secret des affaires que recherche le collège au stade de la publication. Cette mise en balance ne peut être faite que par le collège. Il nous semble par conséquent qu'il faut écarter l'idée que la décision attaquée par Google ne serait pas dissociable d'une procédure autonome de protection du secret des affaires, qui suivrait son cours de l'instruction de l'affaire à la publication de la décision finale, et relèverait pour ce motif de la compétence du juge judiciaire en vertu de l'article L. 464-8-1 du code de commerce.

Nous sommes d'avis que cette décision est aussi détachable de la décision au fond par laquelle l'ADLC a adopté des mesures conservatoires. D'abord parce qu'il s'agit d'une décision prise par l'autorité de régulation dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. C'est la prise en considération de l'intérêt général qui s'attache à une publication erga omnes plus explicite qui peut légitimer la levée du secret des affaires et c'est le juge administratif qui est le plus familier de ce type de contrôle entre intérêts privés et intérêt général.

Ensuite, nous observons que l'on est face à une configuration proche de celle ayant donné lieu à votre décision *FILMM*. Sont en cause des décisions qui lèvent le secret des affaires d'une partie à une instance devant l'Autorité. Comme dans ce précédent, le législateur n'a pas déterminé le juge compétent pour connaître d'un contentieux visant la décision de déclasser litigieuse. Et la décision du collège de rendre publiques de telles données sur son site internet peut avoir les mêmes conséquences graves et irréversibles qui ont justifié que, dans la décision *FILMM*, vous fassiez l'effort de saisir un acte détachable de la procédure en cours devant l'ADLC afin d'ouvrir à son encontre une voie de recours. Si la protection des secrets d'affaires est importante au point de justifier une procédure élaborée et une voie d'accès spécifique à un juge lors de la phase d'instruction, elle l'est a fortiori au stade de la publication sur internet prescrite par le code de commerce, qui rend les données accessibles à tous, au-delà du cercle des parties, notamment à l'ensemble des acteurs du marché concerné. Vous l'avez souligné en jugeant, dans votre décision *Sté Chep France* du 9 mai 2001, au Rec. (n° 231320), que le Conseil de la concurrence se devait, de sa propre autorité, d'occulter, au stade de la publication d'un avis défavorable à un projet de concentration décidée par le ministre, toute mention qui porterait atteinte au secret des affaires, même si le projet avait été abandonné avant cette publication. Face à une décision de déclasser de données

confidentielles qui fait immédiatement grief, il faut une voie d'accès au juge susceptible de déboucher rapidement sur les mesures correctrices éventuellement nécessaires.

Or, même si cela ne commande pas la question de l'ordre de juridiction compétent, force est de constater que la cour d'appel de Paris n'a pas montré beaucoup d'allant de ce point de vue, puisqu'en même temps qu'elle déclinait sa compétence, elle a jugé qu'elle ne disposait de toute manière pas du pouvoir d'adresser à l'ADLC une injonction de procéder à une nouvelle publication de la décision attaquée dans une version non confidentielle sur son site internet. A tout prendre, la compétence du juge administratif est sans doute la solution qui assure, dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur, la voie de recours la plus efficace. La palette traditionnelle du référé suspension et du sursis à exécution d'une décision rejetant une demande d'occultation qui serait formulée dans les jours suivant l'envoi de la version notifiée aux parties, s'est enrichie depuis le 1^{er} janvier du tout nouveau référé relatif au secret des affaires, qui pourrait trouver un terrain d'expérimentation fécond dans les décisions et avis des autorités de régulation. En l'absence de dispositions organisant une procédure spécifique de protection du secret des affaires entre la notification et la publication des décisions⁵ musclant la faculté de réaction du juge judiciaire, c'est le juge administratif qui nous semble doté des outils contentieux les plus efficaces.

Enfin, le juge judiciaire n'ayant qu'une compétence d'attribution, le doute doit en l'occurrence profiter au juge administratif. Nous pensons donc que ce litige relève plutôt, en l'état du droit, de la compétence de ce dernier.

Reste que cette solution aboutirait à créer un îlot inopportun de compétence du juge administratif au sein du contentieux des décisions de l'ADLC en matière de pratiques abusives et de celui de la protection du secret des affaires devant cette autorité. Il serait évidemment préférable qu'il existe une continuité de traitement juridictionnel de la question du secret des affaires, de la phase d'instruction à la contestation de la décision édictant des mesures conservatoires, et même de la décision ultérieure au fond de l'ADLC sur ces pratiques. Attribuer la décision contestée devant vous à la compétence du juge judiciaire permettrait de parachever la construction du bloc de compétence qu'a largement engagée le législateur en lui transférant en 2016 le contentieux des décisions de refus de protection ou de levée du secret des affaires au cours de la phase d'instruction dans les affaires de pratiques anti-concurrentielles.

La meilleure solution nous semble dès lors de renvoyer l'affaire au Tribunal des conflits, dans l'espoir qu'il dégage un bloc de compétence au profit du juge judiciaire dans un souci de bonne administration de la justice.

⁵ Cet encadrement, qui serait le bienvenu pour clarifier les règles applicables en matière de protection du secret des affaires au stade de la publication d'une décision en matière de pratiques anti-concurrentielles, pourrait résulter d'une intervention ultérieure du législateur à l'image de celle qui a eu lieu après la décision *FILMM*, mais l'ADLC pourrait aussi, en l'absence d'un tel dispositif institué par la loi, formaliser elle-même de manière plus souple dans son règlement intérieur ou dans des lignes directrices les hypothèses et les modalités selon lesquelles les opérateurs concernés pourraient être invités à solliciter la protection de leurs informations confidentielles entre la notification d'une décision et sa publication, ainsi que le cadre de réponse de l'Autorité à de telles demandes.

La cour d'appel de Paris ayant déjà décliné sa compétence dans cette affaire, vous êtes tenus de saisir le Tribunal des conflits en prévention de conflit négatif en application de l'article 32 du décret du 27 février 2015, si l'on en croit le fichage de l'arrêt du Tribunal des conflits *Mme L...* du 9 mai 2016, au rec. (n° 4048), ce qui devrait logiquement vous amener à décliner d'abord à votre tour fermement votre compétence. Vous aurez compris que cela ne reflèterait pas tout à fait le raisonnement que nous vous avons proposé de suivre. Il nous paraît regrettable que le juge saisi en second rideau, lorsqu'il penche en son for intérieur pour retenir sa compétence, tout en nourrissant des doutes sur l'ordre de juridiction compétent, soit ainsi privé de la faculté de demander au Tribunal des conflits de constituer un bloc de compétence dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La décision *L...* ne vous empêche sans doute pas, tout en restant dans le cadre de l'article 32 du décret de 2015, d'adopter une motivation nuancée qui ne décline pas de manière trop péremptoire votre compétence.

Par ces motifs, nous concluons au renvoi de l'affaire au Tribunal des conflits.