



2C\_499/2017

**Arrêt du 29 janvier 2018**

**Ile Cour de droit public**

Composition  
MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,  
Zünd et Donzallaz.  
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure  
X. \_\_\_\_\_ SA,  
représentée par Me Patrick L. Krauskopf, avocat,  
recourante,

*contre*

Commission de la concurrence COMCO,  
intimée.

Objet  
Cartels; publication d'une décision relative au marché du livre en français,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 25 avril 2017 (B-6547/2014).

**Faits :**

**A.**

Par décision du 27 mai 2013, la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO) a sanctionné la société X. \_\_\_\_\_ SA (ci-après: l'intéressée ou la société) au motif que son système de distribution était fondé sur un régime d'exclusivité qui cloisonnait de manière illicite le marché suisse relatif au livre écrit en français (enquête 31-0277). Le 19 août 2013, l'intéressée a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Le 11 juin 2013, la COMCO a invité l'intéressée à se déterminer sur une version de la décision du 27 mai 2013 expurgée des secrets d'affaires, en vue de sa publication dans la revue «Droit et politique de la concurrence, DPC». Le 11 juillet 2013, l'intéressée s'est déclarée d'accord avec les passages caviardés; elle a toutefois demandé que les passages relatifs à sa structure, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société C. \_\_\_\_\_ ainsi que les noms de A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ soient également caviardés car ils constituaient des secrets d'affaires et des éléments relevant de la protection de la personnalité. Le 6 septembre 2013, la COMCO a accepté d'anonymiser les noms de A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ mais a refusé de caviarder les passages relatifs à la structure de la recourante, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société C. \_\_\_\_\_, ces informations ne constituant pas des secrets d'affaires ni ne relevant de la protection de la personnalité.

Le 27 septembre 2013, la COMCO a publié sur son site internet la décision du 27 mai 2013 en tenant compte des caviardages demandés par l'intéressée, soit son nom, le nom du groupe C. \_\_\_\_\_, son appartenance à ce dernier, le passage relatif à l'absence de celle-ci lors de la première audition de la COMCO, les données relatives à ses locaux, à son organisation structurelle ainsi que les dates des contrats cités. Le 5 novembre 2013, cette dernière a renoncé au caviardage de son nom.

Le 1er octobre 2014, la COMCO a décidé que la décision du 27 mai 2013 serait publiée dans la revue DPC/RWP avec la mention que celle-ci n'est pas entrée en force de chose jugée. La publication laisserait apparaître le nom du groupe C. \_\_\_\_\_, l'appartenance de l'intéressée à ce dernier, le passage relatif à l'absence de celle-ci lors de la première audition de la COMCO, les données relatives à ses locaux, à son organisation structurelle ainsi que les dates des contrats cités.

**B.**

Le 7 novembre 2014, la société a demandé au Tribunal administratif fédéral de modifier la décision du 27 mai 2013 relative à l'enquête no 31-0277 : marché du livre écrit en français dans la revue DPC dans la version qui se trouve annexée à sa décision du 1er octobre 2014 de manière à ce que le nom du Groupe C. \_\_\_\_\_, son appartenance à ce dernier, le passage relatif à son absence lors de la première audition de la COMCO (Décision de publication n° 31), les données relatives à ses locaux et à son organisation structurelle ainsi que la date des contrats cités dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013 soient intégralement caviardés, d'annuler les émoluments liés à la décision du 1er

octobre 2014 et, à titre subsidiaire, d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond.

Le 23 février 2015, le Tribunal administratif fédéral a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu dans la cause D.\_\_\_\_\_ c/ COMCO (2C\_1065/2014) pendante devant le Tribunal fédéral. La procédure a été reprise le 5 juillet 2016. Les parties ont répliqué et dupliqué.

Par arrêt du 25 avril 2017, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours.

### C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la société X.\_\_\_\_\_ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 25 avril 2017 par le Tribunal administratif fédéral dans la cause B-6547/2014, d'annuler la décision rendue le 1er octobre 2014 par la COMCO et de dire et constater que les passages relatifs à ses locaux et à son organisation interne ainsi que les dates de conclusion des contrats cités dans dite décision doivent être intégralement caviardés. A titre subsidiaire, elle demande au Tribunal fédéral d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond. Elle demande l'effet suspensif. Elle se plaint de la violation de l'art. 25 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels; LCart, RS 251).

Par ordonnance du 12 juin 2017, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif.

Le Tribunal administratif fédéral renonce à déposer des observations. La COMCO conclut au rejet du recours. La Société a répliqué.

### Considérant en droit :

#### 1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes légales (art. 42 al. 2 LTF) contre l'arrêt rendu le 25 avril 2017 par le Tribunal administratif fédéral confirmant la décision rendue le 1er octobre 2014 par la COMCO de publier la décision de sanction en matière droit des cartels du 27 mai 2013 dans la revue DPC/RWP par la recourante destinataire de la décision, qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 89 al. 1 LTF), de sorte qu'il faut lui reconnaître la qualité pour recourir, le présent recours en matière de droit public est en principe recevable (art. 82, 83 et 86 al. 1 let. a et 90 LTF).

#### 2.

Constatant que la recourante avait fait valoir différents griefs sans toutefois remettre en cause le principe même d'une publication et affirmant que le choix de principe de publier la décision sanctionnant la recourante n'était pas contraire au droit, l'instance précédente a limité l'examen du litige à la question de savoir si la publication, telle que proposée par l'autorité intimée, était conforme à l'art. 25 al. 4 LCart. Elle a confirmé que l'appartenance de la recourante au groupe C.\_\_\_\_\_, les passages donnant des indications sur son organisation interne structurelle (nombres d'employés, de bureaux et localisation de ses activités) et les dates de conclusion des contrats de distributions pouvaient être publiés sans violer l'art. 25 al. 4 LCart.

#### 3.

Formulée à titre subsidiaire, la conclusion demandant au Tribunal fédéral d'interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à droit connu au fond, n'est pas motivée par la recourante. Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur cette conclusion.

Seules sont motivées et partant seront examinées les conclusions relatives aux passages donnant des indications sur l'organisation interne structurelle de la recourante (nombres d'employés, de bureaux et localisation de ses activités) et les dates de conclusion des contrats de distributions. La publication de la participation de la recourante au groupe C.\_\_\_\_\_ n'est plus litigieuse.

#### 4.

**4.1.** Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions (art. 48 al. 1 LCart). Les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires (art. 25 al. 4 LCart).

**4.2.** Selon la jurisprudence, constitue un secret d'affaires, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer. L'intérêt au maintien du secret est un critère objectif (cf. **ATF 142 II 268** consid. 5.2.2.1p. 276 et les nombreuses références citées). En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle (cf. **ATF 142 II 268** consid. 5.2.3 p. 279, 109 lb 47 consid. 5c; **103 IV 283** consid. 2b). Il y a dans la règle un intérêt objectif à maintenir secret les parts de marché des entreprises, les chiffres d'affaires, les prix, les rabais et primes, les sources d'approvisionnement, la **ATF 142 II 268** consid. 5.2.4 p. 279 et les références citées).

L'art. 25 al. 4 LCart ne prévoit aucune pesée des intérêts en présence entre, d'une part, l'intérêt public à la publication de la décision et, d'autre part, le maintien des secrets d'affaires. L'autorité amenée à se prononcer sur les conditions à la reconnaissance d'un secret d'affaires dispose toutefois d'une certaine latitude de jugement imposant de tenir compte des différents intérêts. Si des secrets d'affaires sont reconnus, ils doivent être protégés et les faits les concernant ne pas être publiés. De tels secrets ne sont toutefois pas dévoilés s'ils sont présentés de manière dissimulée ou peu précise. La communication du contenu essentiel peut dès lors intervenir par des résumés, par le caviardage de certains passages et par le remplacement de chiffres exacts par des approximations; il convient alors de prendre en compte, outre la préservation des secrets, le mandat légal de l'art. 48 LCart de publier des décisions compréhensibles (cf. arrêt du TF 2C\_1065/2014 du 26 mai 2016 consid. 5.3.2 non publié aux **ATF 142 II 268**).

#### 5.

5.1. La recourante est d'avis que le refus de caviarder le nombre d'employés et leur fonction ainsi que l'existence ou non de locaux figurant aux chiffres 96 et 97 de la décision du 27 mai 2013 viole l'art. 25 al. 4 LCart., Le contenu des chiffres 96 et 97 est le suivant : " *la société X. \_\_\_\_\_ SA est une entreprise [...] et un commercial. Elle ne dispose pas de locaux propres, la société étant domiciliée chez une fiduciaire en Suisse qui lui prête les locaux nécessaires* ". Elle est d'avis qu'ils donnent des indications sur son organisation interne.

5.2. L'instance précédente a reconnu que la qualification de secret de ces éléments, qui ne sont pas notoirement connus, ne pouvait être niée du seul fait de leur évocation lors d'une audition et de leur transcription dans un procès-verbal; en effet, ils n'étaient connus que des seules parties à la procédure et non accessibles au public, à tout le moins pas sans recherche spécifique (arrêt attaqué, consid. 4.2.2.2).

Elle a en revanche jugé que l'importance accordée par la recourante à la confidentialité de ces informations était toute relative. En effet, elle n'avait pris aucune mesure utile afin de garantir le secret de ces éléments vis-à-vis des autres parties à la procédure, lesquelles représentaient en l'espèce ses principaux concurrents et ses partenaires commerciaux actuels ou potentiels. Cette manière de procéder trahissait une absence d'intérêt réel et légitime à la préservation des secrets invoqués. Par ailleurs, le passage litigieux ne mentionnait que l'existence de l'emploi d'un commercial, la domiciliation auprès d'une fiduciaire et l'absence de bureau propre. L'instance précédente ne voyait pas en quoi ces indications structurelles révélaient une stratégie économique particulière ou des données économiquement sensibles qui pouvaient avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de la recourante.

5.3. La recourante affirme pour sa part avoir manifesté à de nombreuses reprises et de manière très claire à la COMCO qu'elle entendait garder ces informations confidentielles et secrètes vis-à-vis du public et de tout tiers actifs sur le marché du livre écrit en français. Selon elle, le fait que ces informations avaient été données lors de l'audition du 10 décembre 2012 ne leur attribuait en rien un caractère notoire ni ne les rendait accessibles au public. A cela s'ajoutait que leur caviardage ne nuirait en rien à la bonne compréhension de la décision du 27 mai 2013.

5.4. L'opinion de la recourante ne peut pas être suivie. L'instance précédente n'a en effet nié le caractère secret des éléments en cause ni parce qu'ils seraient de notoriété publique ni parce que la recourante n'aurait pas eu la volonté de les garder secrets, au moins au moment de la publication de la décision. C'est en revanche à bon droit qu'elle a jugé que ces indications structurelles ne révélaient ni une stratégie économique particulière ni des données économiquement sensibles ayant une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de la recourante. A supposer que de telles informations aient à tout le moins une petite incidence sur la capacité concurrentielle de la recourante, il y a lieu d'ajouter, comme l'a jugé à juste titre l'instance précédente, que le mandat légal de l'art. 48 LCart de publier des décisions compréhensibles, ici sur le marché du livre, les tâches de diffusion et de distribution et les besoins logistiques dans ce domaine, l'emporte sur l'intérêt de cette dernière à n'en pas divulguer le contenu.

En refusant de caviarder ces éléments structurels, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral.

## 6.

6.1. La recourante soutient que la publication de la date de passation des contrats de distributions constitue un secret d'affaires. Elle réitère à cet égard l'argumentation déjà exposée devant l'instance précédente selon laquelle la date des contrats donne à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux des indications quant à la période de négociation et la durée de ceux-ci et, par comparaison avec leurs propres contrats et leurs connaissances du marché, leur permet de connaître la période à laquelle ils seront à renégocier ou renouveler.

6.2. L'instance précédente a jugé à bon droit que les dates exposées dans la décision du 27 mai 2013 déterminent uniquement le jour de la conclusion du contrat. Elles ne fournissent par contre aucune indication quant à son contenu ou sa durée. Le Tribunal fédéral, à l'instar de l'instance précédente, ne voit par conséquent pas quelles informations de nature économique les concurrents de la recourante pourraient retirer de ces dates. A cela s'ajoute que la recourante n'a pas non plus fait savoir durant l'audience devant la COMCO qu'elle entendait ne pas divulguer dites dates. En refusant de caviarder ces dernières, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral.

## 7.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, la recourante doit supporter les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

#### 1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

#### 2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

#### 3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, ainsi qu'au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

Lausanne, le 29 janvier 2018  
Au nom de la Ite Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey