



Strictement Confidentiel
28 septembre 2012

Observations sur les communiqués de presse de l'Autorité

Comme convenu lors de l'entretien accordé le 22 juin 2012 par Monsieur le Président de l'Autorité de la concurrence et Madame la Rapporteur général aux représentants de l'APDC, celle-ci expose ci-après quelques observations sur certaines difficultés soulevées par la pratique de communiqués de presse de l'Autorité.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

1. Bien que dénuée de base légale, la pratique des communiqués de presse s'est instaurée dans la vie du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence.

L'absence de toute base légale pourrait autoriser l'interrogation sur cette pratique, quels qu'en soient les objectifs légitimes, particulièrement dans le domaine des décisions contentieuses, alors que ces communiqués, rédigés par des services de l'Autorité de la concurrence hors de tout contrôle du Collège qui a prononcé la condamnation et la sanction, viennent aggraver incontestablement celles-ci.

La raison fondée sur l'objectif pédagogique ne semble pas suffisante dans la mesure où le Collège dispose de la faculté légale d'ordonner à cette fin la publication de sa décision dans les médias qu'il désigne, et que, en tout état de cause, toutes les décisions font l'objet d'une publicité immédiatement sur le site de l'Autorité, puis dans le Rapport annuel, également prévu par le législateur.

On observera que, même encore en 2008, le législateur n'a toujours prévu que la publication des avis et décisions dans le Rapport annuel, et, à titre de sanction, l'injonction de publication dans les cas individuels où le Collège estime nécessaire de l'ordonner. Dans ce dernier cas, l'exercice de ce pouvoir d'injonction et le contenu lui-même de la publication ordonnée sont strictement encadrés, sous le contrôle de la Cour d'appel (voir, comme exemple récent, CA Paris 29/03/2012).

2. Pour autant, dans le cadre de la présente concertation, il n'est pas dans l'intention de l'APDC de discuter du principe même des communiqués.

Toutefois, l'absence de tout encadrement spécifique légal ou réglementaire de la pratique des communiqués de presse impose à l'Autorité de la concurrence de se montrer particulièrement vigilante notamment pour éviter de porter une atteinte excessive et injustifiée aux intérêts légitimes des opérateurs économiques en cause, alors qu'ils font l'objet par hypothèse d'une sanction que le Collège a jugée juste et proportionnée.

3. La solution la plus sûre à cet égard eût été que les entreprises concernées se voient communiquer au préalable le projet de communiqué de presse, sur lequel elles pourraient formuler des observations éventuelles, libre à l'Autorité d'en tenir compte ou non.

L'APDC a compris, lors de la réunion du 22 juin 2012, que l'Autorité de la concurrence ne voulait pas s'engager dans cette voie au moins pour les décisions contentieuses.

Tout en le regrettant, elle ne peut qu'en prendre acte tout en insistant en revanche sur son souhait de communication préalable du projet de communiqué de presse dans les procédures non-contentieuses (décisions en matière de contrôle des concentrations, de procédure d'engagements..).

Pour ces dernières, en effet, dans la mesure où les entreprises sont par hypothèse nommément visées et parties à la procédure, l'esprit de coopération qui les gouverne devrait conduire l'Autorité à soumettre préalablement aux parties le projet de communiqué de presse, de telle sorte qu'elles puissent faire part de leurs éventuelles observations.

C'est d'ailleurs la pratique suivie couramment par la Commission européenne en particulier pour les concentrations.

Bien entendu, il appartiendrait à l'Autorité de la concurrence de fixer le délai raisonnable, même bref, imparti pour les observations des parties.

4. Les remarques qui suivent se focalisent donc sur les communiqués de presse dans les procédures contentieuses.

II. REMARQUES SUR LES COMMUNIQUÉS DE PRESSE DANS LES PROCÉDURES CONTENTIEUSES

1) Un impératif évident : la nécessaire objectivité du communiqué de presse

5. L'objet évident de ces communiqués de presse concomitants à la publication de la décision elle-même, est de porter à la connaissance de la presse et donc du public l'existence et l'essentiel de la décision (motifs et dispositifs).

Même si l'APDC comprend que l'exercice exige qu'un tel communiqué ne soit qu'un résumé de l'essentiel de la décision (dont le texte intégral est publié en même temps), celui-ci doit répondre à une exigence fondamentale et incontestable d'objectivité et de fidélité à la décision, que le souci de faire court ne doit donc en rien affecter. Cette exigence qui, selon la jurisprudence doit s'appliquer aux publications ordonnées par le Collège de l'Autorité de la concurrence (CA Paris, 29 mars 2012) doit *a fortiori* concerner tout autant les communiqués qui ne sont pas établis par le Collège mais seulement par les services de l'Autorité, de même d'ailleurs que toute déclaration publique de membres de l'Autorité relativement à des décisions de celle-ci.

Même si l'APDC admet que ces services s'efforcent de répondre aux exigences sus rappelées, et que la plupart des communiqués ne soulèvent guère d'objection, elle a pu cependant observer certaines difficultés soulevées par certains communiqués de presse accompagnant des décisions contentieuses récentes.

Il est d'ailleurs à noter que la Cour de cassation a elle-même souligné la nécessité de préserver l'équilibre de la communication de l'Autorité autour de ses décisions et des arrêts subséquents¹.

On ajoutera qu'en matière contentieuse, il semble que les communiqués de presse n'interviennent que dans les cas de qualification et condamnation. Il serait sans doute utile aussi, puisque l'objectif est, semble-t-il pédagogique, d'en publier aussi dans certains cas importants de non-lieu mettant en cause des points de droit ou de fait intéressants.

2) La question du moment de la diffusion du communiqué de presse et de l'information des entreprises

6. Tout d'abord, il paraît inutile d'insister sur ce qui peut paraître une évidence : la sauvegarde des intérêts légitimes des entreprises visées par une décision conduit à ce que le communiqué de presse et la décision elle-même ne soient pas divulgués à la Presse avant qu'ils ne le soient auprès des entreprises elles-mêmes².

Mais pour l'APDC, cette garantie n'est pas suffisante. Au niveau de l'Union européenne, la Commission informe les entreprises au moins du dispositif de la décision avant de communiquer l'information à la Presse et au public.

Il semblerait que la pratique récente de l'Autorité soit d'en faire de même pour certaines décisions, notamment celles affectant des grandes entreprises cotées. Celles-ci seraient informées quelques heures avant la diffusion du communiqué de presse et la publication de la décision. L'APDC ne peut que s'en féliciter, mais estime que la pratique devrait être étendue à

¹ Cass. Com, 17 janvier 2012 rejetant le pourvoi contre l'arrêt CA Paris 27 janvier 2011 (sur recours contre la décision 04-D-48).

² Selon les informations de l'APDC, il semblerait que tel ne fut pas le cas dans une affaire (*endives*).

toutes les décisions de condamnation, toutes les entreprises parties à ces procédures ayant un intérêt légitime à être informées de leur condamnation avant la Presse et le public, sans discrimination entre elles.

3) Problèmes relatifs à la motivation de la décision en cause

7. Certains communiqués de presse posent problème au regard de l'exigence d'objectivité dans la mesure où ils passent sous silence tel ou tel élément favorable aux entreprises pourtant retenus formellement par le Collège dans sa décision, alors que le communiqué de presse reprend en revanche les éléments défavorables.

On en donne ci-après quelques exemples :

- ❖ **Communiqué de presse du 20 mars 2012, « vente d'aliments secs pour chiens et chats dans la distribution spécialisée »** (relatif à la décision 12-D-10 du même jour). Dans sa décision, le Collège avait apprécié de manière particulièrement équilibrée le dommage causé à l'économie par les pratiques verticales de deux entreprises en cause. D'un côté la décision avançait les éléments pouvant caractériser un dommage à l'économie « *potentiellement très important lorsqu'il existe une faible sensibilité de la demande aux prix* », ce qui, selon le Collège, était le cas en l'occurrence du fait d'« *un certain attachement affectif* » (§ 260). Toutefois, le Collège mettait en évidence aussitôt différents éléments venant atténuer très sensiblement le dommage à l'économie causé en l'espèce. D'une part, il rappelait la portée limitée des pratiques au seul niveau des grossistes, les pratiques n'ayant de ce fait « *pas empêché une concurrence inter marques par la variété et par les prix* ». D'autre part, il évoquait le fait que les magasins sous enseigne avaient « *pu exercer, en matière tarifaire, un véritable pouvoir de négociation...* ». La décision en déduisait que les pratiques n'avaient « *pas conduit à une uniformisation des prix pratiqués à l'égard des distributeurs de détail* » (§ 261). Surtout, elle concluait, sur le dommage à l'économie, que celui qui résulte des pratiques mises en œuvre par les deux entreprises en question « *... est certain mais modéré* » (§ 264).

Rien de tout cela, pas même la conclusion claire et nette elle-même, ne figure dans le communiqué qui se borne à ne reprendre que les seuls éléments défavorables aux entreprises³.

³ Le communiqué de presse se borne en effet à déclarer en tout et pour tout, sur le dommage à l'économie relatif aux pratiques des deux entreprises en cause : « *L'Autorité a apprécié la gravité des pratiques – qui se sont cumulées – et l'importance du dommage causé à l'économie. Les différentes ententes mises en œuvre ont porté sur des produits « suscitant un investissement affectif de la part des consommateurs finaux, auxquels la fidélité aux marques confère un caractère vulnérable ». De plus, la demande de ces produits est faiblement élastique aux prix, compte tenu de la fidélité des consommateurs aux marques. L'Autorité rappelle dans sa décision que le dommage à l'économie est potentiellement d'autant plus important que la demande est faiblement élastique aux prix. En effet, alors que la concurrence devrait théoriquement conduire à des prix proches des coûts – et ce d'autant plus qu'elle est forte -, une entente permet aux entreprises qui la mettent en*

On ne peut que s'étonner surtout de ce que le communiqué de presse n'ait même pas jugé utile de viser la conclusion pourtant formelle de la décision quant au caractère « modéré » du dommage à l'économie pour les deux entreprises⁴.

Ce communiqué ne paraît donc pas constituer un « *résumé objectif* » de la décision, pourtant sur un point essentiel, à savoir le dommage à l'économie.

D'autres exemples peuvent être donnés.

❖ **Communiqué de presse du 13 mars 2012** (farines alimentaires ; Déc. 12-D-09).

Ce communiqué de presse n'est pas lui non plus toujours fidèle à la décision dont il devait en principe constituer un « résumé objectif ».

- S'agissant de la gravité de l'infraction liée aux filiales communes en cause, la décision du Collège, après les éléments établissant la gravité de l'infraction (§§ 896, 897) relevait, en sens contraire, le fait que les pratiques en cause « *n'ont pas eu un caractère secret* », élément « *de nature à modérer la gravité de ces pratiques...* » (§ 898). Il est regrettable que le communiqué de presse n'en fasse nullement état, ne retenant ici encore que les éléments défavorables aux entreprises.
- De même, alors qu'il mentionne la question des « *efficacités* », le communiqué de presse omet de rappeler que la décision évoquait à leurs propos que la filiale commune avait développé une marque nationale garantissant un niveau de qualité uniforme des farines (§ 671).
- De même la mention de la puissance de la grande distribution est omise par le communiqué de presse, alors que la décision s'y référait expressément (§ 662) et que dans d'autres affaires, elle est expressément évoquée dans le communiqué de presse (ex. communiqué de presse du 6 mars 2012, secteur de la production et de la commercialisation des endives, p. 2/4).

❖ Ce même communiqué de presse suscite une autre remarque, d'autant plus importante qu'elle peut concerner d'autres affaires. Il s'agit de *l'absence de précision des durées variables de participation des différentes entreprises en cause.*

Le communiqué de presse vise en effet de manière générale la durée de l'entente. Cette indication laisse croire que toutes les entreprises condamnées et nommément visées

œuvre d'augmenter d'autant plus fortement leurs prix que la demande est inélastique » (souligné dans le texte).

⁴ Alors même qu'il retient l'appréciation par la décision du caractère « *extrêmement limité sinon inexistant* » du dommage à l'économie en ce qui concerne la pratique d'une troisième entreprise.

dans le texte ont toutes participé pendant toute la durée de la pratique. Or tel n'était pas le cas. Le communiqué de presse peut donc induire en erreur sur ce point important.

D'ailleurs, on observera que, s'agissant d'injonction de publication, la Cour d'appel, dans une autre affaire, a ordonné une modification de celle-ci pour faire apparaître la diversité des durées des participations (CA Paris, 29 mars 2012)⁵.

- Enfin, l'indication finale du même communiqué de presse, selon laquelle « *d'autres procédures sont en cours dans le secteur de la meunerie en Europe (Allemagne, Pays-Bas, Belgique)* » pose également problème. Outre qu'elle est étrangère à la décision qui constituait l'objet du communiqué, qui était muette sur ce point, elle est surtout source de confusion. En effet, le communiqué de presse se rapporte à deux ententes précises, examinées par le Collège après une procédure contradictoire, d'où ont résulté la mise en cause et la condamnation d'entreprises nommément visées. La référence vague à « *d'autres procédures* », dont la compétence semble échapper à l'Autorité de la concurrence apparaît ambiguë car elle pourrait laisser penser, à tort, que les mêmes entreprises seraient en cause dans ces autres « *procédures* ».

L'APDC estime de manière générale que toute déclaration extérieure à la décision faisant l'objet du communiqué de presse devrait figurer de manière distincte et séparée du communiqué de presse ayant pour objet d'informer sur le contenu d'une décision du Collège. C'est la raison pour laquelle l'on ne peut que se féliciter de ce que l'appel aux victimes qui figurait au pied des communiqués de presse relatifs à des décisions de condamnation, ne figure plus, semble-t-il, dans les derniers communiqués de presse (voir encore en ce sens CA Paris, 29 mars 2012 précité).

❖ **La question de l'identification et de la qualité précise des personnes morales condamnées** (la question des sociétés mères)

- Dans de nombreuses affaires, désormais, les sociétés mères se voient condamnées non pas pour leur comportement personnel mais pour celui de leur filiale. Les communiqués de presse jusqu'à une époque récente, visaient la société mère sans préciser que la condamnation n'intervenait qu'ès-qualités (ex. communiqué de presse relatifs à la décision 10-D-39 (*signalisation routière*) ou encore 11-D-17 (*lessives*)).

Laisser croire que la société mère est intervenue elle-même comme auteur de l'infraction, outre que cela lui est préjudiciable, n'est en tout cas pas exact ni

⁵ La même remarque peut être formulée pour le communiqué de presse dans l'affaire des endives (6 mars 2012) où le communiqué de presse vise une durée « *de 1998 à nos jours* », alors que la participation des organisations de producteurs n'eut lieu que de novembre à octobre 2007. De même, dans cette même affaire, le communiqué de presse titre sur le caractère « *ininterrompu* » d'une consigne de prix minimum, alors que selon la décision, ce prix était fixé pendant certaines semaines.

conforme à la décision. C'est d'ailleurs la raison, ici encore, pour laquelle la Cour d'appel a exigé, pour l'injonction de publication, que le *distinguo* entre la mère et la filiale apparaisse dans le résumé publié de la décision (CA Paris, 29 mars 2012, préc.).

Il semble cependant que les derniers communiqués de presse comportent la précision ici évoquée. L'APDC souhaite que cela soit systématisé.

❖ **Les modifications en ligne des communiqués de presse antérieurs**

L'expérience démontre encore qu'en pratique, il arrive que les communiqués de presse fassent l'objet de rectification sur le site de l'Autorité (ex. affaire des lessives, rectification du 21 décembre 2011 du communiqué de presse du 8 décembre 2011). Ou encore, du temps du Conseil de la concurrence, le communiqué daté du 4 décembre 2012 (Carburéacteur de la Réunion)⁶.

L'APDC considère que de telles rectifications devraient aussi intervenir notamment lorsque la Cour relève des imperfections dans le texte de la publication ordonnée par le Collège, alors que le communiqué de presse avait lui aussi reproduit les mêmes dispositions (ex. arrêt déjà citée du 29 mars 2012). Ce qui vaut pour la publication ordonnée devrait *a fortiori* valoir pour le communiqué de presse publié sur le site.

De manière générale, il serait souhaitable que l'Autorité accepte de corriger le communiqué de presse suite à des explications justifiées des parties, comme elle l'a fait lorsqu'elle-même a pu constater une erreur, comme dans l'affaire des lessives où elle mentionne clairement sur le site la rectification intervenue.

- ❖ Enfin, lorsque par une décision définitive, la décision en cause a fait l'objet d'une annulation ou réformation totale ou même partielle, le souci d'une information complète et objective du public devrait conduire à sa mention expresse systématique sur le site, alors que la pratique actuelle se limite à l'indication neutre de l'existence et de la date de l'arrêt⁷. Bien entendu, ceci vaut aussi pour les rejets de recours...

* *
*

⁶ Celui-ci, cependant, s'il a été corrigé après sa parution ne montre pas dans le texte corrigé en quoi consistait la correction, ce qui peut être regretté.

⁷ Cette pratique n'est cependant pas systématique comme le montre la publication sur le site de la décision 04-D-48, qui porte les mentions « *rejet* » ou « *réformation* ».

III. EN CONCLUSION

L'APDC souhaiterait donc, dans le cadre de la concertation avec l'Autorité de la concurrence, s'entretenir des points évoqués ci-dessus, et en particulier :

- 1) de la question du moment de la communication aux parties de la décision et communiqué de presse ;
- 2) du souci de conformité du communiqué de presse à l'essentiel de la décision, notamment sur les éléments évoqués ci-dessus (gravité, dommage à l'économie, durées variables des participations des différentes entreprises, rôle des sociétés mères ...) ;
- 3) de la question des corrections sur le site de l'Autorité.

Elle en remercie l'Autorité par avance.

* *
 *