

LE CONTENTIEUX DE LA CONCURRENCE, ARCHÉTYPE DU PROCESSUS D'HARMONISATION ?

L'application du droit communautaire de l'antitrust par le juge national

Structures et procédures : contrastes et convergences

Sir Christopher BELLAMY QC

Senior Consultant, Linklaters LLP, Londres, Ancien Président du Competition Appeal Tribunal du Royaume-Uni

Merci beaucoup Monsieur le président. Je suis très honoré par l'invitation à participer aujourd'hui à ce colloque très important. Je voudrais aborder deux aspects concernant les actions en réparation pour illustrer où nous nous situons sur le chemin. En premier lieu, la situation actuelle au Royaume-Uni. Et en second lieu, les développements à attendre soit sur le plan du Livre blanc concernant les actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence, maintenant attendu, de la Commission européenne, soit en ce qui concerne des propositions très récentes faites par l'Office of Fair Trading (OFT), en Angleterre, la semaine dernière, qui sont intitulées : *Private actions in competition law : effective redress for consumers and business* (1). Je crois que je vais parler plutôt des contrastes que des convergences, mais on verra.

D'abord donc, une mise à jour de la situation au Royaume-Uni. Là on constate une augmentation, lente mais sensible, des actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence. Comme vous le savez, il existe au Royaume-Uni deux possibilités. On peut introduire une action devant la juridiction civile, c'est-à-dire devant la *Chancery Division* de la *High Court*, ou comme alternative, dans certaines circonstances, on peut introduire une telle action devant la juridiction spécialisée de la *Competition Appeal Tribunal*, le CAT. Les actions introduites devant cette dernière sont des « follow-on actions », qui font suite à une décision administrative d'infraction aux règles de concurrence adoptée soit par les autorités britanniques, soit par la Commission européenne. L'action ne peut être examinée par le juge avant que tous les recours à l'encontre de la décision administrative sur laquelle la demande s'appuie aient été épuisés. À ce jour, il y a eu plusieurs affaires de ce type. Je vais en mentionner quatre ou cinq. Il y a eu, par exemple, deux actions en dommages et intérêts introduites à la suite de l'affaire des vitamines, à l'encontre de *Hoffman La Roche et autres*, par les acheteurs indirects, « indirect purchasers ». Ces actions ont été réglées à l'amiable avant d'avoir été jugées, malheureusement, ou heureusement pour les parties. Une autre action, introduite par les victimes d'un abus de position dominante, a fait suite à une décision administrative. Dans cette affaire, le CAT a ordonné un paiement à titre provisionnel des

(1) http://www.offt.gov.uk/advice_and_resources/publications/reports/competition-policy/oft916.

dommages et intérêts de deux millions de livres sterling, et l'affaire a été réglée. Cette procédure n'a duré que quelques mois, et les dépenses ont été minimales. On est parvenu effectivement à rendre justice à la victime rapidement et d'une façon efficace.

Nous avons aussi connu notre première « class action ». La législation prévoit la possibilité pour le ministre d'autoriser certaines associations ou organisations à introduire un recours en dommages et intérêts devant le CAT au nom de consommateurs affectés par une violation du droit de la concurrence. Cette action est de type « follow-on ». À ce jour, seule une association – *The Consumers Association* – a été autorisée à introduire un tel recours. Le recours prend la forme d'une « opt-in class action », c'est-à-dire qu'il est nécessaire que soient identifiés tous les consommateurs qui sont parties au recours. La *Consumers Association* a introduit une action en dommages et intérêts à la suite d'une décision d'infraction dans une affaire de cartel, celle des « *Football Shirts* », c'est-à-dire des maillots portés par les supporters de *Manchester United* et d'autres clubs. Il n'y a eu que cent vingt plaignants représentés par la *Consumers Association*, ce qui est peu. Finalement, que s'est-il passé ? La partie défenderesse, pour régler l'affaire, a préféré offrir un maillot gratuit d'une valeur d'environ quarante livres sterling à tous ceux qui, à l'époque, ont acheté un des maillots, objet du cartel. En fin de compte, quinze mille maillots gratuits ont été distribués aux victimes du cartel. Une certaine justice a ainsi été rendue aux victimes. D'autres affaires sont encore en cours, y compris une affaire qui fait suite à la décision de la Commission concernant le cartel global du *Carbon Graphite*. Et à présent, des requérants américains, français et allemands se joignent au recours devant le CAT afin d'obtenir des dommages et intérêts de la partie défenderesse anglaise, prétendue leader du cartel. Ce qui est intéressant est que les requérants cherchent à obtenir réparation pour les dommages subis partout dans le monde. Ainsi, peu à peu, les choses avancent.

Dans le même temps, la High Court a eu à connaître deux affaires récentes que je voudrais mentionner brièvement. L'affaire *Devonish* a posé la question de savoir si, en droit national interne, le requérant peut obtenir des « exemplary damages » à l'encontre des membres d'un cartel. Selon la *Common law*, ce genre de dommages et intérêts existe en certaines circonstances restreintes, notamment lorsque la partie défenderesse a violé la loi délibérément, en toute connaissance de cause, en faisant un calcul selon lequel son profit sera plus grand que les dommages et intérêts compensatoires éventuels qu'elle pourrait être obligée, le cas échéant, de payer par la suite. C'est une sorte de punition pour s'assurer que la partie défenderesse ne tirera aucun profit de l'infraction qu'elle a commise. Mais en l'espèce, la *High Court* a refusé la demande d'« exemplary damages ». C'était encore une fois la suite de l'affaire des *Vitamines*. Le juge a considéré qu'Hoffman Laroche avait déjà subi une punition, à savoir l'amende administrative, de sorte qu'il n'y aurait aucune justification à infliger une punition supplémentaire en guise d'« exemplary damages ». Sous réserve d'un recours, la porte semble fermée à la possibilité de l'« exemplary damages », au moins au Royaume-Uni.

Enfin, le Royaume-Uni vient de connaître une réforme de la procédure, en vertu de laquelle, dans certains cas, il est possible d'obtenir une « pre-action discovery », c'est-à-dire

une « discovery of documents » avant d'introduire un recours. Apparemment, cette procédure va être testée dans une affaire introduite dans le secteur des téléphones portables, par *Hutchinson 3G* qui fait valoir là que les grands fournisseurs de portables 2G ont érigé des barrières techniques à l'encontre du « nouvel entrant ». Il va donc y avoir une affaire majeure sur ce point. « So watch this space ».

J'en viens très rapidement à l'avenir. Que peut-on attendre du livre blanc de la Commission sur les actions en dommages-intérêts fondées sur une violation du droit de la concurrence ? La Commission, suite au livre vert, a annoncé un livre blanc, d'abord pour la fin de l'année 2007, puis pour le début de 2008 et désormais, pour le premier semestre 2008. Je ne dispose d'aucune « inside information », mais je constate qu'au niveau communautaire, l'harmonisation du droit substantiel est relativement facile. En revanche, le droit procédural résiste fortement à l'harmonisation, et cela pour de nombreuses raisons. Il est particulièrement difficile de justifier des réformes de procédure dans un domaine spécifique tel que le droit de la concurrence, qui ne concernent pas les autres domaines. Sans doute, ce qui n'empêchera pas la Commission de poursuivre sa réflexion sur ce point. Mais à court terme, il est plus probable qu'il y aura des initiatives prises au niveau national. Et on ne peut exclure qu'il y ait davantage de divergences que de convergences.

À cet égard, l'OFT a publié la semaine dernière des propositions relativement radicales. Elles font suite à une série de consultations qui ont eu lieu depuis avril 2007. Entre autres propositions, l'OFT suggère d'encourager la possibilité des « class actions ». L'idée est de permettre aux « representative bodies » d'introduire, non seulement les « follow-on actions », mais aussi les « stand-alone actions », indépendantes de l'action administrative, au nom des consommateurs mais aussi au nom des entreprises. La discussion publique a porté sur la forme de ces actions. Doivent-elles reposer sur l'« opt-in » ou sur l'« opt-out » ? Sous réserve de certaines protections, l'OFT a finalement recommandé des « class actions » du type « opt-out », c'est-à-dire un peu plus proche de l'exemple américain et des actions qui existent en Australie et au Canada. La différence est que, selon l'OFT, de tels actions doivent être introduites par des associations ou organismes agissant dans le seul intérêt des consommateurs ou des entreprises : « Only representative body genuinely acting in the interest of consumers or business would be given standing ». C'est au juge de décider si la partie requérante est représentative et peut introduire un tel recours. On cherche à éviter d'importer une culture du contentieux (« litigation culture »), mais on doit se demander si l'on peut nager sans être mouillé. On essaie au moins d'éviter les « phenomenon dissemblance traces » et d'autres aspects de la justice américaine tel que le jury, etc. Il regarde les règles sur les dépens, ainsi que d'autres aspects de la procédure. L'OFT n'envisage pas le doublement ou le triplement des dommages, mais propose quand même une amélioration sensible de la possibilité d'introduire des « class-actions » avec la permission du juge. Car c'est toujours le juge qui doit décider comment les choses vont se développer. C'est lui qui sert, en effet, de filtre pour de telles actions. On voit donc que sur le plan de la procédure, les choses sont en train de bouger. Merci.