



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial  
European Judicial Training Network  
Réseau européen de formation judiciaire

## Réseau Européen de Formation Judiciaire

---

# **Dommages-intérêts, droit européen de la concurrence et juges: la mise en oeuvre publique et privée des articles 101, 102 et 107 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européen par les juges nationaux (REFJ1224)**

Barcelona: 20, 21 y 22 de June 2012

**Salle 9-10**  
Escuela Judicial  
Carretera de Vallvidrera 43-45  
08017-Barcelona

*Directeur du course*  
**David Ordóñez Solís**  
**Docteur en Droit**  
*Juge. Tribunal du Contentieux-Administratif n° 4*  
*d'Oviedo*

---

### **Mercredi, 20 June 2012**

15 :00 H. **Table ronde** : Expériences nationales des juges sur l'application privée du droit de la concurrence après les arrêts *Courage* et *Manfredi*.

**M. Gerald Barling.**  
Juge et président du *Competition Appeal Tribunal* de Londres (Cour d'appel, section concurrence)

## EXPÉRIENCES JUDICIAIRES NATIONALES EN APPLICATION PRIVÉE DU DROIT À LA CONCURRENCE APRÈS LES JUGEMENTS *COURAGE* ET *MANFREDI*

M.Gerald Barling<sup>1</sup>

Les tribunaux britanniques ont établi que les dommages et intérêts sont maintenant applicables pour les infractions contre ce que sont maintenant les Articles 101 et 102 du TFUE depuis presque 30 ans,<sup>2</sup> bien avant les déclarations survenues dans l'affaire *Courage*.<sup>3</sup> En ce qui concerne la réglementation nationale sur la concurrence, le droit à demander des dommages et intérêts n'est pas clairement exprimé par la Loi 1998 sur la Concurrence, mais il ne fait aucun doute que cette juridiction existe.

La loi britannique reconnaît deux voies de procédure principales afin de percevoir des dommages et intérêts après une perte due à une violation de la loi sur la concurrence : (i) une action indépendante par-devant la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Cour de session en Écosse, Haute Cour en Irlande du Nord), ou (ii) une action dite « de suivi » par-devant le Tribunal d'Appel de la Concurrence (« CAT ») ou la Haute Cour.<sup>4</sup>

### Actions indépendantes

D'une certaine manière, une action indépendante pourrait être plus intéressante pour les demandeurs de dommages et intérêts que de porter plainte à l'autorité nationale d'application des lois, la Commission de la Concurrence (**OFT**) ou l'un des régulateurs régionaux. Non seulement cela permet au demandeur de faire entrer l'infraction dans le cadre le plus approprié à la perte alléguée, mais la Haute Cour a également montré sa volonté d'offrir des mesures provisoires et est capable de traiter les cas avec plus de rapidité que les enquêtes de l'OFT (seulement dix mois en tout dans un cas récent<sup>5</sup>).

La section 16 de la Loi 2002 sur les Entreprises prévoit que le Lord Chancelier émette des consignes pour le transfert d'actions indépendantes au CAT, bien que jusqu'à présent, aucune consigne n'ait été donnée.

### Actions de suivi

Les actions de suivi peuvent démarrer avec le CAT aux termes de la section 47A de la Loi 1998 sur la Concurrence (ou section 47B, voir ci-dessous), mais peuvent également être amenées à Division de Chancellerie de la Haute Cour. Celles-ci reposent sur une décision soit de la Commission Européenne, soit de l'une des autorités britanniques de la concurrence trouvant une infraction de

---

<sup>1</sup> M. le Juge Barling est le Président du Tribunal d'Appel de la Concurrence britannique, ainsi que Juge de la Division de Chancellerie de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles. Les opinions exprimées dans ce document sont strictement personnelles et ne représentent pas l'opinion du Tribunal d'Appel de la Concurrence ou de toute autre cour ou institution.

<sup>2</sup> Cf. *Garden Cottage Foods contre Milk Marketing Board* [1984] AC 130.

<sup>3</sup> Cas C-453/99 *Crehan contre Courage Ltd et autres* [2001] ECR I-6297, at [26].

<sup>4</sup> Aux termes des sections 47A ou 47B de la Loi 1998 sur la Concurrence.

<sup>5</sup> *Purple Parking Ltd & Anor contre Heathrow Airport Ltd* [2011] EWHC 987 (Ch). Cependant, les enquêtes de l'OFT dans *2 Travel Group PLC (en liquidation) contre Cardiff City Transport Services Limited*, Cas N° 1178/5/7/11, une demande de suivi de dommages et intérêts, en cours avant le CAT, a duré plus de quatre ans.

l'Article 101 ou 102 TFUE, ou les chapitres I ou II, interdictions aux termes de la Loi sur la Concurrence.

Cette procédure libère le demandeur de la responsabilité d'établir l'infraction, mais le CAT doit s'en tenir aux conclusions tirées de la décision d'infraction.<sup>6</sup> Ces questions se limitent donc au lien de causalité et au montant. Il se pourrait, cependant, que la décision du corps de régulation ne concerne pas certains aspects des actions de l'infracteur. Dans ce cas, le demandeur risque de ne pas pouvoir faire une demande pour la totalité de ses pertes aux CAT, même en cas d'établissement de l'infraction principale.<sup>7</sup>

La Cour d'Appel (Mme le Juge Lloyd) a observé qu'il est « *quelque peu incongru que la décision de considérer ou non une infraction soit confiée au tribunal spécialiste dans un appel émanant d'un régulateur, mais que celui-ci ne soit pas autorisé à aborder cette question dans une demande de dommages et intérêts* ». <sup>8</sup> Mme. le Juge Jacob est allée plus loin : « *la juridiction "brisée" de régulateur pour infraction, tribunal de causalité et d'évaluation des dommages ... a besoin ... d'être reconsidérée* ». <sup>9</sup>

### Actions collectives

La section 47B de la Loi 1998 sur la Concurrence établit que certains « organismes spécifiés » pourraient présenter des demandes de suivi pour dommages et intérêts avant le CAT de la part d'un certain nombre de consommateurs individuels désignés. À ce jour, un seul organisme, l'organisation généraliste des consommateurs le quel ? [sic], a été désigné aux termes de la section 47B, celui-ci le quel ? [sic] n'ayant présenté qu'une seule demande.<sup>10</sup> Ce cas de référence a cependant été établi en 2008, et a clairement montré les limites de la procédure.<sup>11</sup>

Malgré cela, la section 47B est limitée : (i) elle s'applique uniquement en cas de participation ; (ii) elle se limite aux personnes, excluant ainsi les petites et moyennes entreprises (**PME**) ; (iii) un seul

---

<sup>6</sup> Cf. 47A(9) de la Loi 1998 sur la Concurrence.

<sup>7</sup> Helen Davies QC, *Competition Litigation : Practical thoughts in developing times*, [2011] Comp Law 274, 279.

<sup>8</sup> *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2011] EWCA Civ 2, p. [143].

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. [149]. P. [150] Jacob LJ continue : « *Dans ce contexte, il doit être rappelé que la partie demandant des dommages n'est pas une partie dans la procédure précédant celle de régulation. Les faits au sujet de la causalité et des dommages, qui comprendront normalement une enquête visant à déterminer si, et le cas échéant, comment, l'infraction affecte cette partie, ne font pas nécessairement partie du travail de l'organisme de contrôle. En cas de manque d'attention, il pourrait se produire des injustices : des conclusions tirées par l'organisme de contrôle et basées sur des preuves concrètes, suivies par l'impossibilité d'attaquer par la suite* ».

<sup>10</sup> *The Consumers' Association contre JJB Sports PLC* (cas n° 1078/7/9/07).

<sup>11</sup> Il est estimé qu'environ deux millions de consommateurs ont été affectés par l'infraction du Chapitre I, interdiction de la Loi 1998 dans ce cas. Elle a récemment été établie par Lequel ? [sic] à la somme de 20 £ par chemise de football pour les consommateurs s'étant inscrit à l'action (à l'heure actuelle, environ 600 l'ont fait), qui pourrait fournir des preuves d'achat, et souhaitant signer une déclaration sur l'honneur. Cette affaire est caractéristique des limites d'un système de participation de réparation dans les demandes de cette nature : environ 600 personnes ont bénéficié de l'accord, mais cela représente moins de 0,1 pour cent des deux millions de consommateurs pouvant avoir été affectés, et ne peut pas être considéré comme un moyen de dissuasion.

organisme peut actuellement prendre des actions à ses termes, et (iv) elle s'applique uniquement en cas de suivi, comptant d'abord sur une autorité publique afin de conclure à une infraction.

La procédure civile anglaise reconnaît cinq mécanismes basiques de litiges multi-parties en plus de la section 47B : (i) affaires de référence ; (ii) consolidation d'actions multiples ; (iii) essai simple de plusieurs actions ; (iv) ordres de litiges groupés, et (v) actions représentatives.

Bien que dans le contexte d'une action représentative de loi sur la concurrence, il ait été suggéré qu'un ordre de litiges groupés aurait pu être la procédure la plus appropriée,<sup>12</sup> dans la pratique, aucune des procédures disponibles n'est adaptée aux litiges comprenant plusieurs consommateurs demandeurs ayant tous une demande de faible importance, comme le cas *Lequel ?* [sic]. Les cas d'ordre de litiges groupés sont gérés de manière centralisée, mais cette procédure est une procédure de participation par nature, de sorte que tous les demandeurs doivent être identifiés et être parties des procédures, ce qui n'est pas pratique lorsqu'il existe des centaines ou des milliers de victimes.

### La passing-on defense

L'un des problèmes auxquels doit faire face le demandeur dans un accord de filière à plusieurs niveaux est de montrer que la perte lui revient et n'a pas été transmise. Dans un cartel simple de fixation des prix, la perte présumée de l'acheteur ne devrait pas être difficile à évaluer, du moins en théorie : s'il a acheté un million d'articles, ses dommages et intérêts s'élèvent à un million de fois l'excédent, plus intérêts. La perte sera nécessairement calculée différemment quand une partie ou la totalité de l'excédent aura été transmis. Un acheteur indirect, cependant, a payé le prix demandé par son propre fournisseur, qui peut comprendre l'excédent ou non, ou une partie de celui-ci ; il doit donc surmonter cela afin d'établir sa perte.<sup>13</sup> Bien évidemment, le fait de transmettre une charge peut en lui-même constituer une perte récupérable pour le demandeur en termes de diminution des ventes et du profit.

Concernant la question de savoir si la *passing-on defense* est une défense aux termes de la loi anglaise, ou simplement un exemple d'échec par le demandeur à établir sa perte, voir le jugement de Mme. le Juge Arden dans *Devenish*.<sup>14</sup>

### Types de dommages et intérêts prévus par la loi anglaise

La loi anglaise contemple les infractions à la loi sur la concurrence comme des violations d'une obligation légale. La règle générale est que les dommages et intérêts dans des délits communs sont compensatoires en nature. Mme. le Juge Nourse affirmait dans *Wass* que « la règle générale est qu'un plaignant gagnant dans une action pour cause d'infraction obtient des dommages et intérêts

---

<sup>12</sup> *Emerald Supplies Ltd contre British Airways plc* [2009] EWHC 741 (Ch), [2009] 3 WLR 1200.

<sup>13</sup> Si le cartelliste se trouve face à un seul acheteur, il argumentera que la transmission a eu lieu, et qu'il n'y a pas eu de perte. Si le seul demandeur est un acheteur indirect, l'infacteur doit argumenter soit que l'excédent n'a pas été transmis au demandeur par un acheteur le précédant dans la chaîne, soit que le demandeur lui-même l'a transmis. D'autres questions pourraient surgir si les demandeurs dans le même cas comprennent des acheteurs directs et indirects.

<sup>14</sup> See *Devenish Nutrition Limited contre Sanofi-Aventis Sa (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086, p.[115].

équivalents à la perte qu'il a subie, ni plus, ni moins. S'il n'a pas subi de pertes, il peut obtenir au mieux des dommages et intérêts symboliques ». <sup>15</sup>

Dans *Devenish*, un cas se rapportant à la décision au sujet du cartel *Vitamins* de la Commission Européenne,<sup>16</sup> le demandeur a cherché à établir le principe selon lequel « *dans une violation d'une obligation légale, la cour peut, dans des circonstances appropriées, ordonner une restitution des gains, autrement dit, une somme d'argent évaluée par rapport aux gains que le contrevenant a obtenus suite à son infraction, au lieu des dommages et intérêts compensatoires, autrement dit, les dommages et intérêts indemnifiant le demandeur pour la perte subie des suites du méfait* »<sup>17</sup>. La Cour d'Appel, cependant, a maintenu qu'une restitution des gains ne constituerait qu'une affaire antitrust, alors qu'il est nécessaire de rendre justice dans ce cas. <sup>18</sup> Mme. le Juge Arden a affirmé que, tandis que la loi de l'UE n'exclut pas une peine de restitution des gains, elle ne la requiert pas non plus, le principe d'efficacité étant satisfait par l'application de dommages et intérêts compensatoires.<sup>19</sup> Mme. le Juge Tuckey a déclaré : "*Si Devenish a subi une perte, celle-ci peut être compensée par des dommages et intérêts, mais dans le cas contraire, je ne vois pas en quoi ceci constitue une raison pour dire que les dommages et intérêts sont une solution appropriée, cette solution étant appropriée pour quiconque a subi une perte. Un compte de profits tel que celui proposé serait une aubaine pour Windfall. Je ne vois rien qui puisse le justifier* ». <sup>20</sup>

Des dommages et intérêts exemplaires sont également applicables en principe, bien qu'ils n'aient jamais été appliqués dans un cas de concurrence au Royaume Uni. Le CAT a actuellement deux cas en cours dans lesquels les demandeurs attendent des peines exemplaires.

### Propositions de réforme

Il y a peu (avril 2012), le gouvernement britannique a publié son document de consultation « *Private actions in Competition Law: a consultation on options for reform* ». <sup>21</sup> Les propositions exposées dans la consultation sont potentiellement d'une extrême importance pour le régime de concurrence britannique. Le Gouvernement propose en particulier de faire du CAT un organisme majeur dans les affaires de concurrence au Royaume Uni en : <sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> *Stoke-on-Trent City Council contre Wass* [1988] 1 WLR 1406

<sup>16</sup> Décision de la Commission 2003/2/EC du 21 novembre 2001 concernant une procédure conformément à l'Article 81 du Traité CE et à l'Article 53 de l'Accord EEE (Cas COMP/E-1/37.512 – Vitamins) (2003) OJ L 6/1.

<sup>17</sup> *Devenish*, *supra*, par Mme. le Juge Arden, p. 1.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 104. En première instance, ([2007] EHC 2394 (Ch)) M. le Juge Lewison a déclaré en p. 108 : « ... même lorsqu'une peine de restitution des gains est applicable, elle est généralement appliquée quand une peine de dommages et intérêts traditionnelle ne suffirait pas pour indemniser le demandeur ... Cependant, dans le cas présent, [l'expert du demandeur] affirme que la mesure de restitution des gains est la même que celle des dommages et intérêts compensatoires. S'il en est ainsi, ... les dommages et intérêts compensatoires seraient une solution inappropriée ».

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 130 et 135.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>21</sup> Document de consultation accessible à : <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf> ; ouvert le 26 mai 2012.

<sup>22</sup> Cf. section 4 du document de consultation BIS.

- Permettant aux demandes indépendantes d’être transférées de la Haute Cour au CAT<sup>23</sup> ;
- Permettant aux demandes de concurrence indépendantes (y compris les demandes de mesures injonctives, tant au stade intermédiaire que final) d’être transmises directement au CAT<sup>24</sup> ;
- Fournir un régime d’actions collectives plus efficace, en introduisant une procédure de non-participation pour les actions collectives dans les cas de concurrence, applicable uniquement au CAT, tant dans les demandes indépendantes que de suivi ;
- Introduisant une voie plus rapide pour les demandes de concurrence par les PME ;<sup>25</sup>
- Considérant l’éventuelle introduction, dans les cas de cartels, d’une présomption réfutable selon laquelle un cartel a affecté les prix par un pourcentage fixé, rendant la charge de la preuve au défendeur<sup>26</sup> ;
- Maintenant la *passing-on defense* inchangée.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> § 4.16-4.18.

<sup>24</sup> § 4.19-4.21.

<sup>25</sup> § 4.24-4.35.

<sup>26</sup> § 4.40-4.43.

<sup>27</sup> § 4.44-4.49 – législation au niveau de l’UE considérée comme la plus appropriée.