

# CUESTIONES DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN TORNO A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST: *FORUM SHOPPING* Y “DEMANDAS TORPEDO”

JULIA SUDEROW

*Rechtsanwältin & Abogada, llm*

Recibido: 24.08.2010 / Aceptado: 07.09.2010

**Resumen:** El fomento de la aplicación privada del Derecho de la Competencia conlleva un aumento de las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia. Debido al carácter transnacional de muchas infracciones, las demandas que se basen en las mismas también podrán desarrollarse en varias jurisdicciones. En este sentido las partes implicadas emplean las reglas de competencia internacional y litispendencia como estrategia de defensa frente a posibles demandas. El presente trabajo analiza las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a este tipo de litigios en relación a la competencia de los tribunales afectados y los problemas que están surgiendo actualmente así como las posibles soluciones propuestas por la doctrina o por los propios tribunales.

**Palabras clave:** Aplicación privada del Derecho de la Competencia, *forum shopping*, jurisdicción, litispendencia, acciones de daños y perjuicios.

**Abstract:** The support to the private enforcement of Competition Law entails an increase of the actions for damages based on infringements of Competition Law. Due to the transnational nature of many infringements, the actions based on such infringements can also be carried out in several jurisdictions. In this sense; the involved parties use the rules of international jurisdiction and *lis pendens* as a defence strategy against potential claims. This essay analyses the International Private Law rules applicable to these disputes about the jurisdiction of the affected courts and the problems that are currently arising and possible solutions proposed by the courts themselves or by the doctrine.

**Key words:** Private enforcement of Competition Law, forum shopping, jurisdiction, *lis pendens*, actions for damages.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. III. Forum Shopping. 1. Libertad de las partes para elección de la jurisdicción. 2. Jurisdicción general: artículo 2 del Reglamento 44/2001. 3. Jurisdicción especial: artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. 4. Jurisdicción especial según el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001. IV. Litispendencia. 1. Identidad de objeto y causa. 2. Identidad de partes 3. La larga duración del procedimiento ante el primer juzgado como excepción al artículo 27 del Reglamento 44/2001. A) Situación de abuso. B) Violación del artículo 6 CEDH. 4. Consecuencias de la situación de litispendencia. V. Conexidad. 1. Demandas conexas. 2. Inconciliabilidad a los efectos del artículo 28.3 del Reglamento 44/2001. 3. Consecuencias del artículo 28 del Reglamento 44/2001. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En ocasiones entre las distintas áreas de cooperación y regulación de la Unión Europea previstas en los Tratados pueden surgir roces o tensiones involuntarias que se van reflejando en la práctica diaria y en la aplicación del Derecho Comunitario por los distintos Estados miembros. Este análisis se

refiere a la interfaz entre dos pilares esenciales de la política de integración europea: la política de Competencia (artículos 101 y 102 TFUE) y la cooperación judicial en materia civil (artículo 81 TFUE).

2. La persecución de las conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia, tales como el abuso de la posición dominante o acuerdos prohibidos entre competidores, se puede ejercer de dos formas.<sup>1</sup> Por un lado a través de la aplicación pública, es decir por las autoridades encargadas de la defensa de competencia de cada Estado y por la Comisión Europea en Europa así como por la vía penal.<sup>2</sup> Por otro lado también se pueden emplear los instrumentos civiles correspondientes, es decir demandas de empresas y entidades privadas o personas particulares contra otros operadores económicos. Estas demandas pueden plantearse con el fin de conseguir la cesación de una conducta, la anulación de un contrato de carácter anticompetitivo, o el resarcimiento de daños perjuicios sufridos.<sup>3</sup> Estas últimas suelen ser las más comunes y son en cualquier caso las más temidas por los infractores ya sean los miembros de un cártel o una empresa que abusa de su posición dominante.

3. La aplicación privada tiene una larga tradición en los Estados Unidos de América, mientras que en Europa se encuentra *subdesarrollada*.<sup>4</sup> En el marco de la reforma del Derecho de la Competencia y de la mejora de su aplicación, Europa está tratando de fomentar su aplicación privada como complemento a la aplicación pública.<sup>5</sup> Dentro de esta política, el Reglamento 1/2003 establece un sistema de aplicación descentralizada impulsando la implicación de las autoridades nacionales y de los tribunales nacionales que son quienes deberán aplicar la normativa, para lo que el propio Reglamento 1/2003 les ha dado poderes de actuación.<sup>6</sup> Por otra parte el TJCE ha establecido en las sentencias *Courage* y *Manfredi* que la plena aplicación de los antiguos artículos 81 y 82 del Tratado CE (en la actualidad 101 y 102 TFUE) exige que cualquier persona que haya sufrido daños por una infracción del Derecho de la Competencia Comunitario pueda obtener el pleno resarcimiento de los daños sufridos del infractor.<sup>7</sup>

4. Este tipo de demandas se basan en hechos que en muchas ocasiones tendrán un carácter transnacional, si persiguen obtener el resarcimiento por daños y perjuicios provocados por un cártel internacional. Debido a la dificultad para acceder a la información y pruebas relativas a los hechos causantes de los daños, las víctimas inician los procedimientos una vez tienen conocimiento de la conducta ilícita.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Véase artículos 101 y 102 TFUE, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, *DOUE*, de 30 de marzo de 2010 p.47 y artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, *BOE* de 4 de julio de 2007, p.28848.

<sup>2</sup> Artículos 101 y 102 TFUE, Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas de Competencia. *DOUE* de 4 de marzo de 2003 L1/1, p.1. Véase también artículos 49 y siguientes de Ley de Defensa de la Competencia y entre otros el artículo 284 del Código Penal, si bien la persecución penal a día de hoy es muy reducida a diferencia de por ejemplo los Estados Unidos de América.

<sup>3</sup> Respecto a la aplicación privada véase por ejemplo: A. P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement ; Decentralised Application of EC- Competition Law by National Courts*, Portland, Hart Publishing, 2008; G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Folgen* en *EuR*, 2003, p. 825-846.

<sup>4</sup> Véase a este respecto los estudios y análisis de la Comisión Europea sobre este aspecto y en especial el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final

disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>.

<sup>5</sup> Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final

disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>.

<sup>6</sup> Considerando 8, Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas de Competencia establecidas en el artículo 81 y 82 del tratado, *DOUE* L 1/1, 4, 1.2003, p.1.

<sup>7</sup> STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan* y *Bernard Crehan contra Courage Ltd* y otros. - C-453/99. Rec 2001 p. 06297. STJCE de 13 de julio de 2006 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* and *Nicolò Tricarico (C-297/04)* and *Pasqualina Murgolo (C-298/04)* v *Assitalia SpA C-295/04 a C-298/04* Rec 2006 p. 06619.

<sup>8</sup> G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Fol-*

Esto suele tener lugar cuando las autoridades de competencia publican una resolución sancionadora contra los causantes del daño. Este tipo de demandas se conocen como *follow on* y en muchas ocasiones se basarán en las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea.<sup>9</sup> A primera vista el Derecho Internacional Privado parece estar del lado de las víctimas puesto que, de acuerdo con los artículos 2 y 5.3 de Reglamento 44/2001 tienen siempre la posibilidad de elegir entre tres posibles foros ante los que presentar sus demandas contra las empresas infractoras: domicilio del demandado, lugar de los hechos y lugar del efecto.<sup>10</sup>

5. Como veremos a continuación, la jurisprudencia del TJCE muestra claramente que las partes son cada vez más conscientes de sus posibilidades de influenciar y/o determinar el foro que les interese.<sup>11</sup> Las víctimas tratarán de escoger la jurisdicción que mejor se adapte a sus intereses, como por ejemplo tribunales con experiencia en este tipo de procedimientos o aquellos que cuenten con una legislación más favorable.

Sin embargo, aunque las víctimas tengan varias opciones para escoger el foro, la realidad puede ser otra: los infractores, aprovechando su conocimiento sobre la amenaza de posibles reclamaciones por daños y perjuicios pueden tratar de emplear las normas de litispendencia internacional para obstaculizar posibles reclamaciones. Para ello, los infractores presentan demandas declarativas de “no infracción” o demandas del tipo que sea ante una jurisdicción especialmente lenta, como por ejemplo los tribunales italianos o belgas.<sup>12</sup> El objetivo de estas demandas consiste en *torpedear* las posibilidades procesales de posibles contrarios interesados en reclamar daños y perjuicios contra el demandante. Estas demandas son habituales en litigios sobre propiedad industrial y empiezan a proliferar en disputas relacionadas con el Derecho de la Competencia.<sup>13</sup> Si una víctima presenta una demanda con posterioridad ante el tribunal que ella considere competente, esta segunda demanda podrá verse paralizada según los artículos 27 y 28 del Reglamento 44/2001. En particular, estos artículos regulan la forma de proceder en caso de procedimientos paralelos o simultáneos relacionados entre sí en distintos Estados miembros<sup>14</sup> Como veremos, el Derecho procesal comunitario trabaja según el principio de prioridad que se basa en la igualdad de la justicia entre los distintos Estados miembros. Así, el tribunal ante el que se presentó una demanda con posterioridad a la presentada en otro tribunal de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el primer tribunal se pronuncie sobre su propia competencia. Cuando el primer tribunal se declare competente el segundo se inhibirá. Si bien el principio de equivalencia o *Gleichwertigkeitsprinzip* es un reflejo del en ocasiones *debido* respeto entre los distintos Estados miembros<sup>15</sup>, no refleja la realidad procesal.<sup>16</sup> Es más, las normas sobre litispendencia y conexidad del Reglamento 44/2001 contienen un gran potencial para abusos y *forum shopping* mientras el TJCE continúe manteniendo su interpretación actual.<sup>17</sup>

---

gen en EuR, 2003, p. 825-846.

<sup>9</sup>D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en ZWeR 1/2006, p.1-27, p.3.

<sup>10</sup>STJCE de 30 de noviembre de 1976, 21/76, *Bier/Mines de Potasse* Rec. 1976, 1735; STJCE de 27 de Octubre de 1998, *Réunion Européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor*, C-51/97 Rec. 1998 p. 6511; STJCE de 7 de marzo 1995; *Shevill/Presse Alliance*, C-68/93, Rec. 1995 p. 415.

<sup>11</sup>STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439; J. BASEDOW, *Perspektiven des Kartelldeliktsrechts* en ZWR 3/2006, pp. 294-305, p. 300.

<sup>12</sup>H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212, p. 205.

<sup>13</sup>H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

<sup>14</sup>J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, am Main, Peter Lang, 2005 p. 346, apartado 1.

<sup>15</sup>BGH, Sentencia de 6 Febrero 2002 - VIII ZR 106/01 - OLG Stuttgart - LG Stuttgart disponible en NJW 2002, 2795, 2796.

<sup>16</sup>H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

<sup>17</sup>H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessli-*

6. Como resalta H. GROTHE el núcleo del debate radica en las diferencias de eficacia entre las distintas jurisdicciones por lo que se trata de un problema de carácter estatal.<sup>18</sup> Una demanda declarativa negativa en un Estado cuya justicia sea lenta, incluso en aquellos casos en los que no sea competente podrá bloquear una demanda presentada en un Estado en el que los tribunales son más eficientes e incluso son competentes para conocer del asunto.<sup>19</sup>

7. A día de hoy, existe una cierta tensión entre, por una parte, la coherencia del Derecho antitrust Comunitario sustantivo establecido en los artículos 101 y 102 TFUE y el objetivo de que estas normas deberían ser ejecutadas de forma eficaz en procedimientos civiles y, por la otra parte, el hecho de que el orden legal comunitario carece de los requisitos institucionales, procedimentales y sustantivos que garanticen el resarcimiento de forma efectiva.<sup>20</sup> En muchas ocasiones los litigios basados en Derecho antitrust tienen su origen en una sola infracción que afecta al mercado de varios países. La naturaleza internacional de la infracción de derecho sustantivo no coincide con las normas procedimentales y sustantivas nacionales necesarias para ejecutar las obligaciones que surgen del derecho sustantivo comunitario. Por este motivo, las normas de Derecho Internacional Privado respecto a la jurisdicción y al derecho aplicable son especialmente relevantes en un litigio de estas características.

8. El presente trabajo tiene por objeto describir la situación actual mediante el análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre cuestiones similares mostrando también un reciente ejemplo de la problemática que se está debatiendo ante los tribunales ingleses.

9. La reciente sentencia de la Corte Superior de Inglaterra y Gales, *High Court* en el asunto *Cooper Tire & Rubber Company And Others* contiene todos los ingredientes que caracterizan a la problemática objeto de estudio.<sup>21</sup> Para poder entender mejor las conclusiones de la *High Court* debemos resumir los hechos y el transcurso del litigio:

Las acciones en el conjunto de demandas tienen su origen y se basan en la decisión de la Comisión Europea de 29 de Noviembre de 2006 en el Caso Caucho de Butadieno y Caucho Estireno-Butadieno en Emulsión. Ambos productos se emplean en la fabricación de neumáticos y otros productos por lo que su relevancia en el mercado es importante y la decisión ha afectado a un gran número de empresas del sector. En su decisión, la Comisión Europea concluyó que 13 empresas habían infringido el artículo 81 del Tratado EC (artículo 101 TFUE) en relación al mercado de suministro de los dos tipos de caucho sintético antes citado.<sup>22</sup> Las empresas infractoras se encuentran domiciliadas en Alemania, Países Bajos, Italia, República Checa, Suiza y Polonia, ninguna de ellas tenía domicilio en Inglaterra. La Comisión considera que las empresas infractoras habían cometido una infracción única y continuada y compleja mediante acuerdos sobre precios objetivos de sus productos, reparto de clientes, acuerdos de no agresión e intercambio de información comercial secreta sobre precios, competidores y clientes. La empresa con domicilio en Italia, *Enichem*, junto con otros sancionados presentaron en febrero de 2007 recursos de apelación en contra de la decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal de Primera instancia. Una

---

*che Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p.205.

<sup>18</sup> H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 205.

<sup>19</sup> H. GROTHE: *Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugU und Art. 27 EuGVO*, en Iprax 2004, p. 83, 87.

<sup>20</sup> Sobre esta problemática, véase el Libro Blanco de la Comisión Europea: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la Competencia, de 2.4.2008, COM(2008) 165 final, o G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot- "Courage" und die Folgen* en EuR, 2003, p. 825-846.

<sup>21</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper tire & rubber company and others- and - shell chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm).

<sup>22</sup> Asunto COMP/F/38.638 — BR/ESBR disponible en

[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_38638](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38638).

de las empresas, Bayer, no ha presentado recurso de ningún tipo, ya que su sanción fue reducida a cero Euros en virtud del programa de clemencia comunitario.<sup>23</sup> Respecto a los recursos de apelación presentados conviene resaltar que los infractores no cuestionan en sus recursos la existencia del cártel, sino más bien otros aspectos de la decisión de la Comisión Europea, tales como los importes de las sanciones.<sup>24</sup>

**10.** En Julio de 2007, poco después de recibir *letters before actions* de parte de un grupo de empresas perjudicadas por el cártel, *Enichem* decidió presentar una demanda ante los tribunales de Milán solicitando que se declarase la “inexistencia del cártel” y en su caso que se declarase que no se habían provocado daños de ningún tipo. Tal y como resalta el Juez *Teare* en su sentencia, *Enichem* no cuestionó la existencia del cártel ante el TPI por lo que nos encontramos ante una contradicción palmaria.<sup>25</sup> A mayor abundamiento las posibilidades de éxito de la demanda italiana respecto a la existencia del cártel son a todas luces cuestionables, ya que ante el TPI *Enichem* no ha negado su participación en el cártel. Ninguno de los demandados en el proceso italiano, es decir los fabricantes de neumáticos y perjudicados en este caso, ha presentado demandas reconventionales reclamando daños y perjuicios ante el Tribunal de Milán. Ahora bien, unos meses después, en Diciembre de 2007 un grupo de demandados, fabricantes de neumáticos presentaron sus demandas reclamando daños y perjuicios provocados por el cártel y la correspondiente infracción del antiguo artículo 81 del Tratado CE ante la *High Court* de Londres contra los participantes del cártel, entre los que se encuentra *Enichem*. De los demandantes ante el procedimiento inglés tan sólo cuatro tienen domicilio en Inglaterra. De los demandados tan sólo dos (de un total de 23) están domiciliados en Inglaterra pero ninguno de los dos ha sido sancionado por la Comisión Europea.

**11.** En el año 2008 parte de los demandados ante el tribunal inglés intervinieron en el procedimiento italiano y solicitaron ante el tribunal inglés que *Enichem* participase en el procedimiento inglés por haber participado en el cártel. *Enichem* solicitó a continuación la inhibición del tribunal inglés según lo establecido en los artículos 27 y 28 del Reglamento 44/2001. El juez aceptó la solicitud de *Enichem* y decidió inhibirse. Poco después buena parte de los demandados ante el tribunal inglés solicitaron la inhibición o en su caso suspensión del procedimiento inglés en favor del procedimiento italiano. En abril de 2009 el Tribunal de Milán se declaró competente para conocer del asunto pero rechazó la totalidad de las pretensiones de *Enichem*. Esta sentencia ha sido recurrida y la decisión sobre la apelación se encuentra a día de hoy pendiente.

**12.** El Juez *Teare* por los motivos que analizaremos a continuación se ha declarado competente rechazando en la totalidad de los casos una suspensión en virtud de las normas de litispendencia y de conexidad del Reglamento 44/2001 (A excepción de la suspensión frente a una demandada domiciliada en Suiza a la que hay que aplicar el Convenio de Lugano en lugar del Reglamento).<sup>26</sup> A continuación estudiaremos las distintas cuestiones de esta sentencia y de la jurisprudencia comunitaria sobre la jurisdicción, litispendencia y conexidad en este tipo de litigios.

## II. Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001

**13.** Del ejemplo anterior se desprende claramente que los litigios derivados de infracciones del Derecho antitrust tienen en muchos de los casos carácter internacional. Las acciones privadas derivadas de estas infracciones también pueden determinar la internacionalización del conflicto cuando las vícti-

<sup>23</sup> El programa de clemencia comunitario se encuentra regulado en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOUE C 298*, 8 de diciembre de 2006, p. 17 y siguientes.

<sup>24</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm), apartado 9.

<sup>25</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm).

<sup>26</sup> Respecto a esta excepción debo resaltar que la decisión ha sido recientemente anulada por la sentencia de la Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489.

mas se encuentran domiciliadas en distintos Estados miembros aun habiendo adquirido los productos en el Estado miembro en el que se originó el cártel.<sup>27</sup>

**14.** Las acciones por daños y perjuicios así como cualquier tipo de procedimiento relativo a las repercusiones en el mercado de una infracción del Derecho de la Competencia distinto de los procedimientos sancionadores administrativos, tiene carácter civil o mercantil por lo que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001.<sup>28</sup>

**15.** Según su primer artículo el Reglamento 44/2001 se aplicará con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. Las reclamaciones por daños y perjuicios por infracciones del Derecho antitrust no están incluidas en el catálogo de excepciones del artículo 1.2. La comunicación de la Comisión sobre la cooperación con los tribunales nacionales nos recuerda que el Reglamento 44/2001 se aplica a todos los casos de Derecho de la Competencia ya sean de carácter civil o mercantil.<sup>29</sup> Reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho antitrust se encuentran dentro de este tipo de casos. El Reglamento establece un estricto marco para determinar la jurisdicción, excluyendo normas como *forum non conveniens*, en virtud de la cual que fuese competente rechazase el asunto alegando que no es el tribunal adecuado para conocer del asunto.<sup>30</sup>

**16.** Precisamente las acciones por infracciones del Derecho antitrust no sólo tienen carácter internacional sino que puede que un mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa se halle pendiente ante los tribunales de más de un Estado miembro. Para determinar qué tribunal es el que finalmente conocerá del asunto habrá que dirigirse a las normas de litispendencia internacional del Reglamento 44/2001.

### III. *Forum shopping*

**17.** De acuerdo con el Reglamento 44/2001, la jurisdicción se puede determinar en base a distintas opciones. Las partes pueden haber acordado una jurisdicción concreta (artículo 23.1 del Reglamento 44/2001). El demandado puede ser demandado en los tribunales de su domicilio (artículo 2 44/2001). También existen una serie de foros especiales para ciertos tipos de demandas (artículos 5 y 6). En la mayoría de los casos por infracciones del Derecho de la Competencia las partes podrán optar entre varios foros por lo que habrá más de un tribunal disponible para conocer del asunto.<sup>31</sup> Esto se debe a que las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE tienen lugar cuando la conducta se refiere a o afecta al mercado de varios Estados miembros. La única excepción tiene lugar cuando las partes domiciliadas en un solo Estado miembro celebran un acuerdo que tiene efectos más allá de las fronteras de dicho Estado miembro,<sup>32</sup> y estos casos tan sólo habrá una sola jurisdicción cuando el demandante esté domiciliado en dicho Estado y haya sufrido los daños en el mismo Estado miembro.

#### 1. Libertad de las partes para elección de la jurisdicción

**18.** Cuando las partes, de las cuales una o más estén domiciliadas en un Estado miembro hayan

<sup>27</sup> Para mayor información sobre el ámbito de aplicación: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 68, apartado. 29.

<sup>28</sup> Este Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2002, sustituyendo y modificando el Convenio de Bruselas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias en procedimientos civiles y mercantiles de 1968. El Convenio de Bruselas era un Tratado Internacional celebrado sobre la base del artículo 220 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (Art. 293 CE).

<sup>29</sup> Commission Notice about the cooperation between the Commission and the courts of EU member states in the application of Art. 81 and 82 EC, *DOUE* C 101, 27.4.2004, p. 54-64.

<sup>30</sup> STJCE Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu contra Jackson et. Al.* C-281/02 Rec 2005 p. 1383.

<sup>31</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27, p.4.

<sup>32</sup> STJCE de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, Rec 2002 1577.

acordado la jurisdicción para cualquier disputa que surja entre las partes y relacionadas con un negocio jurídico concreto, bastará para determinar el foro en el Estado miembro escogido por las partes en virtud del artículo 23 del Reglamento Bruselas I.

Esta norma tan sólo permite acuerdo de jurisdicción en Estados miembros y no permite la determinación de un tercer Estado. Por tanto en este segundo caso será el Derecho Internacional Privado del tribunal que conozca del caso el que determinará si es competente o no y si la cuestión se encuentra relacionada con la relación jurídica entre las partes.<sup>33</sup>

**19.** Como el Derecho Internacional Privado de cada Estado y la interpretación de las cláusulas de jurisdicción puede ser diferente, las cláusulas de jurisdicción adolecen de cierta inseguridad respecto a su interpretación y determinación de la jurisdicción de la propia disputa. La sentencia *Provimi*, es un claro ejemplo de esta falta de seguridad.<sup>34</sup> La *High Court* inglesa tuvo que determinar si una reclamación por daños y perjuicios provocados por una infracción del Derecho antitrust Comunitario estaba cubierta por una cláusula de jurisdicción que establecía la jurisdicción de los Tribunales suizos o alemanes. Mientras que en caso de que se hubiese tratado de Derecho inglés para la demanda delictual que surgiese en relación a un contrato, se consideraría que hay suficiente conexión entre el acuerdo sobre la jurisdicción y la reclamación delictual, la *High Court* inglesa tuvo que aplicar Derecho suizo y alemán, por ser estos los Derechos aplicables a estos contratos para determinar si la demanda estaba suficientemente relacionada con el contrato. La *High Court* llegó a la conclusión que no existía tal conexión puesto que estas cláusulas no cubrían reclamaciones extracontractuales y delictuales por infracciones del Derecho de la Competencia ya que las partes no podían prever el comportamiento ilícito de la demandada en el momento de celebrar el contrato. El demandante podía entender que la demandada había celebrado el contrato de buena fe y no participando en un cártel.

Este mismo argumento ha servido para justificar las conclusiones de la corte inglesa sobre la nulidad de una cláusula que determinaba la jurisdicción francesa: la reclamación de daños y perjuicios no surge del contrato sino de la infracción del derecho antitrust ya existente.<sup>35</sup> De esta sentencia se desprende que las cláusulas de jurisdicción contractuales puede que no resulten aplicables a reclamaciones extracontractuales delictuales por infracciones del Derecho de la Competencia.<sup>36</sup>

## 2. Jurisdicción general: artículo 2 del Reglamento 44/2001

**20.** El principio general del artículo 2 del Reglamento 44/2001 establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en ese Estado con independencia de su nacionalidad. El domicilio se determina de acuerdo a las normas internas del Estado miembro en el que se presentó la demanda, según el artículo 59.1 del Reglamento 44/2001.<sup>37</sup>

A continuación conviene resaltar que el demandante no tiene porqué ser la persona que ha sufrido los daños. El término demandante tan sólo se refiere a la persona que presenta la demanda ante el tribunal correspondiente. En algunos casos el demandante podrá ser incluso una empresa que busque una sentencia declaratoria constatando que no es responsable de ningún tipo de daños y perjuicios, como *Enichem* en su demanda ante el tribunal de Milán en el asunto *Cooper Tire*.<sup>38</sup> De acuerdo con el artículo

<sup>33</sup> STJCE- de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn vs. Petereit*, C-214/89, Rec 1992 1745.

<sup>34</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>35</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961, apartado 126. Para más detalles véase Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>36</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en ZWeR 1/2006, pp.1-27, p.5.

<sup>37</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 100, apartado 75.

<sup>38</sup> Véase apartado 9 del presente artículo.

2 del Reglamento 44/2001 en estos casos, los tribunales del país donde la otra parte esté domiciliada serán competentes para conocer del asunto. Si se basa la determinación de la jurisdicción en el artículo 2 podría resultar que tan sólo existe un foro para conocer del asunto, ahora bien al demandante probablemente le interese encontrar un foro que se encuentre lejos del domicilio del demandado para dificultar su defensa tal y como nos muestra el ejemplo *Cooper Tire*.

### 3. Jurisdicción especial: artículo 5.3 del Reglamento 44/2001

21. El Reglamento 44/2001 establece una serie de normas de jurisdicción especial como alternativa a la regla general establecida en su artículo 2.

Según el artículo 5.3 en litigios de carácter delictual o cuasi delictual la persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada ante los tribunales de otro Estado miembro si el hecho dañoso tuvo lugar allí o pueda ocurrir. Litigios que surjan de la actividad de una agencia, filial o sucursal u otro establecimiento podrán plantearse ante los tribunales del Estado miembro en el que tenga lugar dicha actividad con independencia de otros domicilios que pudiese tener la demandada. De acuerdo con el TJCE, el artículo 5.3 se aplicará a aquellas demandas que no sean de naturaleza contractual. El TJCE define como contractual aquellas obligaciones que hayan sido asumidas por las partes voluntariamente frente a la otra parte.<sup>39</sup> Teniendo en cuenta que las obligaciones por Derecho de la Competencia provienen de normas que tienen carácter obligatorio se considera que no tienen carácter contractual por lo que se encuentran recogidas en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001.<sup>40</sup> El lugar donde ocurrió el hecho dañoso puede ser (a) el lugar donde tuvo lugar el hecho que provocó los daños o (b) el lugar donde los daños en sí ocurrieron (a elección del demandante).<sup>41</sup>

22. En la sentencia *Shevill*, el TJCE en relación a una demanda por difamación que el lugar en el que se dio el hecho que provocó el daño opción (a) fue el domicilio del editor (con el mismo resultado que el artículo 2, es decir el domicilio del demandado), y el lugar donde ocurrió el daño, opción (b) es decir el lugar de la distribución de la publicación ofensiva y donde la reputación del demandante fue perjudicada.<sup>42</sup> Siguiendo este principio en reclamaciones por infracciones del Derecho antitrust podría determinarse la jurisdicción tanto (a) en el lugar donde se tomó el acuerdo de por ejemplo aumento coordinado de precios o (b) el lugar donde la víctima adquirió los productos con los precios acordados entre los miembros del cártel.<sup>43</sup>

### 4. Jurisdicción especial según el artículo 6.1 del Reglamento 44/2001

23. Por último una persona domiciliada en un Estado miembro también puede ser demandada, si es una de varios codemandados, en los tribunales del lugar en el que cualquiera de ellos este domiciliado, siempre y cuando las demandas estén estrechamente relacionadas de tal forma que sea recomendable conocer y juzgar todas juntas para evitar el riesgo de sentencias irreconciliables entre sí en procedimientos distintos. Como alternativa, una reconvencción basada en el mismo contrato o hechos que la demanda original tendrá la misma jurisdicción que esta última.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*. C 334/00, Rec 2002p. 7357, apartado 23.

<sup>40</sup> BGH, sentencia de 11 de febrero de 1988- I ZR 201/86, disponible en RIW 1988, 397,398.

<sup>41</sup> STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, Rec 1976 p. 1735, apartado 20.

<sup>42</sup> STJCE (1995), STJCE de 7 de marzo de 1995, *Shevill*, C-68/93 Rec 1995 415 apartados 19-33.

<sup>43</sup> Quisiera resaltar que el borrador preliminar de la Convención sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en asuntos civil y mercantiles adoptado el 30 de Octubre de 1999 por la Comisión Especial en el contexto de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado excluye determinar la jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los daños provocados por la infracción del Derecho antitrust. La opción de determinar la jurisdicción en base al lugar en el que el comportamiento anticompetitivo fue implementado permanece abierta. Las negociaciones sobre el borrador de Octubre de 1999 nunca fueron concluidas.

<sup>44</sup> Los daños reclamados en el asunto *Crehan* se reclamaban como reconvencción por el impago de cantidades según el contrato de suministro de cerveza.

24. En el asunto *Provimi*, la *High Court* inglesa decidió que una serie de demandas distintas provocadas por el mismo cártel (el cártel de las vitaminas<sup>45</sup>) estaban lo suficientemente conectadas entre sí a los efectos del artículo 6.1. Asimismo este tribunal consideró que en ausencia de pruebas sobre casos relativos a las condiciones aplicables a las reclamaciones por daños y perjuicios en otros Estados miembros (Alemania y Francia) y debido a la necesidad de interpretar conceptos sustanciales tales como el nivel de conocimiento requerido por parte del infractor en la normativa de estos Estados miembros, existía suficientes riesgos de resoluciones divergentes según lo dispuesto por el artículo 6. Finalmente la corte consideró que el riesgo de sentencias diferentes en distintas jurisdicción era muy elevado por lo que en virtud del artículo 6 del Reglamento se declaró competente para los distintos litigios: distintas demandas realizadas por partes diferenciadas en varios Estados miembros relativas al mismo cártel supranacional pueden en virtud del artículo 6 del Reglamento ser tratadas ante la misma Corte.<sup>46</sup>

25. La Corte de Apelación inglesa, *Court of Appeal* en su reciente sentencia de 23 de julio de 2010 sobre el asunto *Cooper Tire* ha confirmado que la determinación de la jurisdicción en base al artículo 6.1 ha sido correcta aunque resalta que la extensión de la responsabilidad de las sociedades matrices a filiales que desconocen del asunto establecida en el asunto *Provimi* no es correcta.<sup>47</sup> Es más, en el asunto *Cooper Tire* los tres demandados clave o *Anchor Defendants*, es decir, los demandados con domicilio en Inglaterra que habían servido para determinar la jurisdicción inglesa, no habían participado en la conducta sancionada. El Juez *Teare* resalta que el test a realizar debe de ser flexible y tener en cuenta todas las circunstancias del caso, y deberá existir una controversia real entre los demandados clave y los demandantes.<sup>48</sup> En este caso, si bien los *Anchor Defendants* no participaron en el acuerdo, ambas partes coinciden en que sí vendieron los productos objeto del cártel aunque fuese en cantidades muy pequeñas siendo esta relación suficiente a los efectos del artículo 6 sin que se deba entrar a analizar si finalmente son responsables de la conducta y/o han provocado daño alguno. Esta conclusión ha sido confirmada por la sentencia de 23 de julio de 2010 de la Corte de Apelación inglesa, *Court of Appeal of England and Wales*.<sup>49</sup>

#### IV. Litispendencia

26. En procedimientos paralelos, el segundo tribunal después de determinar la jurisdicción tendrá que clarificar si tiene que inhibirse o suspender el procedimiento a favor del primer tribunal en virtud del artículo 27 del Reglamento 44/2001. Si se inicia un procedimiento sobre la misma causa y entre las mismas partes ante los tribunales de distintos Estados miembros, cualquier otro tribunal distinto del primer tribunal en conocer del asunto deberá suspender el procedimiento hasta que se determine la jurisdicción del primer procedimiento. Si el primer tribunal se considera competente, cualquier otro tribunal deberá rechazar su jurisdicción a favor del primer tribunal. La norma equivalente en el Convenio de Bruselas era el artículo 21. A día de hoy no existe jurisprudencia de los tribunales europeos sobre la interpretación del artículo 27 del Reglamento. Ahora bien, la jurisprudencia relativa a los artículos 21 y 22 puede ser empleada para interpretar el alcance de esta norma.<sup>50</sup> Para activar el mecanismo de la litispendencia se tienen que dar una serie de circunstancias tales como la identidad de causa y objeto y de partes tal y como analizaremos a continuación.

<sup>45</sup> Véase sobre este asunto entre otros: F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>46</sup> F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>47</sup> Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489.

<sup>48</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm), apartado 37.

<sup>49</sup> Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489, apartado 44.

<sup>50</sup> Véase motivo nº 19 del Reglamento 44/2001.

## 1. Identidad de objeto y causa

**27.** El artículo 27 exige que se formulen demandas con el mismo objeto y causa. Según el TJCE se trata de la misma causa de demanda cuando diferentes demandas tienen los mismos hechos y norma sobre la que se basan para la demanda. A efectos de la determinación de la litispendencia la «causa» incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda.<sup>51</sup> Estas expresiones tienen sentido autónomo.<sup>52</sup> Esta generosa interpretación del TJCE busca garantizar el buen funcionamiento de la justicia en la Unión Europea y abarcar cualquier supuesto en el que exista riesgo de resoluciones contradictorias.<sup>53</sup>

**28.** El TJCE considera en el asunto *Tatry* que una demanda declarativa sobre la responsabilidad de una parte y una demanda de daños y perjuicios por los mismos hechos tienen el mismo objeto. Su interpretación puede emplearse de forma análoga a demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho antitrust y posibles torpedos italianos de cualquiera de los infractores que busque entorpecer cualquier procedimiento en su contra. En *Cooper Tire*, las partes ni siquiera cuestionan que se encuentran ante procedimientos con un mismo objeto y causa: los acuerdos ilícitos y sus consecuencias civiles.<sup>54</sup> Tal y como determina el TJCE en el asunto *Tatry* ambas demandas coinciden en la parte relativa al reconocimiento de la responsabilidad, siendo este punto el centro de ambos procedimientos. Asimismo el hecho de que las pretensiones del demandante se formulen de forma negativa en la primera demanda, mientras que en la segunda demanda el demandado, convertido en demandante, las formula de forma positiva, no hace que el objeto del litigio sea distinto.<sup>55</sup>

La condena a pagar una indemnización por daños y perjuicios supone la consecuencia natural del reconocimiento de la responsabilidad por lo que el objeto principal no se modifica.

## 2. Identidad de partes

**29.** Respecto al requisito de identidad de partes en el artículo 27, éstas deberán ser idénticas en ambos procedimientos, no es suficiente que parte de los demandados o demandantes sean parte en otros procedimientos, no siendo relevante la posición de cada parte en cada procedimiento. En el asunto *Tatry* nos encontramos ante la típica constelación en un torpedo italiano: el demandante en el primer procedimiento declarativo es el demandado en el segundo procedimiento por daños y perjuicios. Es más cuando las partes del segundo procedimiento coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado contratante, sólo se exige que se inhiba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente iniciado. Dicho artículo no impide que continúe el procedimiento entre las demás partes.<sup>56</sup> Por ello las “demandas torpedos” para no perder su efectividad deberán tratar de identificar a la mayor cantidad de posibles perjudicados para evitar que éstos inicien procedimientos paralelos.

**30.** En el asunto *Cooper Tire, Enichem* había identificado a 28 demandadas, pertenecientes a los principales grupos de fabricantes de neumáticos, así 26 de ellos demandaron a *Enichem* y a otras 22 empresas ante la *High Court* reclamando daños y perjuicios. Debido a la identidad directa de ambas partes, la segunda demanda contra *Enichem* tuvo que ser rechazada. Ahora bien respecto al resto de demandados ante el procedimiento inglés que a su vez se habían unido al procedimiento italiano en cuanto fueron demandados en Inglaterra quisiera resaltar las conclusiones del Juez *Teare*:

<sup>51</sup> STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 39.

<sup>52</sup> STJCE de 12 de agosto de 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palombo*, C-144/86, Rec 1987, p.4861.

<sup>53</sup> STJCE de 6 de diciembre de 1994, *-Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439 apartado 53.

<sup>54</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 68.

<sup>55</sup> STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 53.

<sup>56</sup> STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartado 36.

En primer lugar, el término *identidad de partes* también tiene significado independiente y autónomo y a la hora de determinar si se trata de las mismas partes habrá que analizar el fondo y no la forma. La identidad no se anula por el mero hecho de que haya personas jurídicas distintas involucradas en el litigio. Debe de haber identidad entre los intereses de las distintas empresas y habrá que analizar si una sentencia contra una de ellas podría tener fuerza de cosa juzgada contra la otra.<sup>57</sup> Esta cuestión también dependerá si los intereses de las partes son idénticos e inseparables. Pues bien, en el asunto *Cooper Tire* los intereses de las distintas demandadas eran distintos a los intereses de *Enichem*, de una parte se trata de personas jurídicas completamente diferentes y sin relación entre sí y de otra *Enichem* había jugado un papel diferenciado en el cártel por lo que debe esperar más reclamaciones y de mayor alcance por lo que es lógico que esté interesada en defender sus intereses de forma diferenciada al resto de participantes en el cártel.<sup>58</sup>

**31.** De lo anterior se desprende que para que se cumpla con el requisito de identidad de partes, aquellos que reclamen daños y perjuicios deberán ser los mismos en ambos procedimientos. En los litigios basados en cárteles es muy difícil que los distintos compradores directos puedan ser considerados las mismas partes a no ser que se puedan identificar claramente como es el caso en el asunto *Cooper Tire*. Esto mismo también afectará a compradores indirectos sin hacer mención a consumidores finales o asociaciones de consumidores, siendo incalculable su número o predisposición a demandar. Debido, por tanto a la naturaleza de los litigios, la efectividad de los torpedos quedará parcialmente limitada a disputas entre las principales o entre los cartelistas y los compradores directos, ya que éstos sí son conocidos y se conoce el alcance de los posibles daños y perjuicios.

### **3. La larga duración del procedimiento ante el primer juzgado como excepción al artículo 27 del Reglamento 44/2001**

#### **A) Situación de abuso**

**32.** Es sobradamente conocido que el mecanismo de litispendencia puede emplearse de forma abusiva arrastrando procedimientos a jurisdicciones particularmente lentas o poco eficientes con el objetivo de debilitar la posición de la parte contraria en un litigio internacional. En este contexto se ha planteado en varias ocasiones si esta situación de abuso justifica una excepción del artículo 27 con el fin de combatir el desequilibrio provocado por la litispendencia.<sup>59</sup> Se pueden distinguir dos posibles tipos de casos. De una parte, en el momento de decidir sobre la competencia del segundo tribunal, el primer tribunal habrá esperado durante largo tiempo sin adoptar ninguna decisión. De otra, aquellas situaciones en las que un retraso en el procedimiento parece inminente o amenazante. Esta segunda constelación ha sido la que ha analizado el TJCE en su sentencia *Gasser*.<sup>60</sup> En este caso, el tribunal superior de Innsbruck planteó sus cuestiones prejudiciales sin realizar un pronóstico sobre la duración estimada del procedimiento ante el *Tribunale Civile et Penale* de Roma, sino que simplemente se refirió a la excesiva duración habitual de procedimientos ante los tribunales del Estado miembro en el que se había presentado la primera demanda. El TJCE ha sido muy claro a la hora de rechazar este motivo para justificar una excepción en aras de garantizar una buena administración de justicia a lo largo de la Unión Europea ya que la libre circulación de sentencias se basa en el respeto mutuo entre los órganos judiciales de los distintos Estados miembros. Una excepción debida a la habitual duración de un procedimiento en un Estado miembro supondría una violación del respeto entre los distintos tribunales.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> STJCE de 19 de mayo de 1998 *Drouot Assurances SA contra Consolidated metallurgical*, Caso C-351/96, Rec 1998 3075, apartado 19.

<sup>58</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 86.

<sup>59</sup> M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p 193, apartado 439.

<sup>60</sup> STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432

<sup>61</sup> H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT

## B) Violación del artículo 6 CEDH

**33.** Sin perjuicio de lo anterior y debido a la relevancia que esta cuestión puede alcanzar en reclamaciones surgidas por infracciones del Derecho antitrust quisiera analizar cuando nos encontraremos ante una duración excesiva del procedimiento. La situación de las víctimas en este tipo de casos puede resultar especialmente compleja y en parte desequilibrada. Probablemente, una víctima ha estado pagando sobrepuestos excesivos durante un largo período de tiempo sin tener conocimiento del acuerdo ilícito. Una vez tiene conocimiento deberá iniciar su reclamación a la mayor brevedad, puesto que las reclamaciones delictuales suelen prescribir después de un breve período de tiempo.<sup>62</sup> También deberá reaccionar a la mayor brevedad para evitar que los infractores presenten “demandas torpedos” ante tribunales cuya jurisdicción pueda perjudicar sus intereses. En el asunto *Cooper Tire* el Tribunal de Milán ha reaccionado en primera instancia relativamente rápido al dictar sentencia en menos de dos años. Ahora *Enichem* ha recurrido la sentencia y según la *Court of Appeal*, la Corte de Apelación de Milán ha fijado la próxima vista para Enero de 2014<sup>63</sup>, es decir más de seis años después de que se iniciara el litigio en primera instancia y siete años después de la resolución de la Comisión Europea. Por ello aquellas víctimas que tengan que esperar a esta resolución se encontraran en una situación realmente poco agraciada. Puede que muchos desistan o que simplemente no dispongan de los medios suficientes para “aguantar” tanto tiempo.

**34.** La duración excesiva de un procedimiento judicial ha sido tratada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procedimientos por violación del artículo 6 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Este artículo establece el derecho fundamental a un juicio justo.<sup>64</sup> El derecho a una sentencia dentro de un plazo razonable se considera parte de este derecho. Para poder determinar si una sentencia ha sido dictada dentro de un plazo apropiado el TEDH exige que se analicen todas las circunstancias de cada caso. En esta valoración habrá que tener en cuenta la importancia y complejidad del asunto y también la actitud del recurrente y de la administración de justicia.<sup>65</sup> La pasividad durante largos periodos de tiempo de los tribunales ha sido el motivo por el que Italia ha sido condenada en numerosas ocasiones, incluso en centenares por suponer esta pasividad una violación del artículo 6.1 CEDH. En algunos casos los procedimientos en primera instancia llegaban a durar unos 3 años. El TEDH ha considerado este plazo como excesivo, suponiendo una violación del derecho a obtener una sentencia en un plazo apropiado.<sup>66</sup>

**35.** A pesar de influencia de la CEDH sobre el Reglamento resulta problemático emplear el artículo 6 CEDH para anular las consecuencias de la litispendencia según el artículo 27 del Reglamento.<sup>67</sup> El TJCE ha sido muy claro en sus conclusiones. En el asunto *Gasser* ha establecido que la exclusión del artículo 27 del Reglamento 44/2001 cuando el tribunal ante el que se ha interpuesto la primera demanda pertenece a un Estado miembro en el que los órganos jurisdiccionales necesitan, por lo general, unos plazos excesivamente largos para resolver los asuntos, es manifiestamente contraria al tenor literal, al

---

*Srl.*), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 212.

<sup>62</sup> Véase por ejemplo la prescripción según el artículo 1968.2 CC que asciende a un año para este tipo de reclamaciones extracontractuales.

<sup>63</sup> Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489 apartado 25.

<sup>64</sup> H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 211.

<sup>65</sup> TEDH-P Pélissier and Sassi v. France [GC], n.º. 25444/94, § 67, ECHR 1999-II; VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2ª Ed., apartado 459 y siguientes.

<sup>66</sup> TEDH, (Sección 4ª) Sentencia de 16 noviembre 2000, *Ciccardi contra Italia*. TEDH 2000\611. TEDH (Sección 3ª), Sentencia de 14 noviembre 2000 *Delgado contra Francia*. TEDH 2000\575.

<sup>67</sup> M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p 193 apartado 439.

espíritu y a la finalidad del Reglamento. Esto sería contrario al espíritu del Reglamento al valor equiparable de la justicia de cualquier Estado miembro.<sup>68</sup>

**36.** Por el contrario, GROTHE considera que en aquellos casos en los que la demanda ante el primer tribunal tenga un objetivo meramente abusivo, es decir se trate de un torpedo italiano, tendrán que ser analizados con especial atención. En el año 2001 el *Tribunal de Grande Instance* de París, rechazó la aplicación del artículo 21 del Convenio de Bruselas (artículo 27 del Reglamento 44/2001) alegando que el derecho de las partes a un juicio en un plazo razonable y justo recogido en el artículo 6 1 CEDH conllevaba una excepción al artículo 21 del Convenio (artículo 27 del Reglamento 44/2001).<sup>69</sup> El Gobierno del Reino Unido, argumentó sin éxito en términos similares en el asunto *Gasser*.<sup>70</sup> Para que se puede considerar que nos encontramos ante un abuso evidente deberían de darse los siguientes requisitos: Primero, presentación de la demanda ante un tribunal que a todas luces no es competente para conocer del asunto, esto no debe de ser un punto de discusión en el segundo procedimiento. Segundo, tendrá que haber transcurrido un plazo de tiempo considerable sin que el primer tribunal se haya declarado no competente. Tal y como concluye *Grothe* este plazo podría fijarse en la mitad del plazo máximo para obtener una sentencia en primera instancia según el TEDH, es decir año y medio sin que el primer tribunal haya tomado ningún tipo de decisión.<sup>71</sup>

**37.** No podemos olvidar que el TJCE en *Gasser* ha rechazado esta argumentación puesto que sigue considerando que esta excepción supondría una violación del principio de equivalencia de la justicia en la Unión Europea e iría contra las bases del Reglamento 44/2001 que sólo puede funcionar si existe la suficiente confianza entre las distintas jurisdicciones. Por ello, a día de hoy el camino a seguir pasa por recurrir a los tribunales competentes para violaciones de derechos fundamentales y por último al TEDH.<sup>72</sup>

#### 4. Consecuencias de la situación de litispendencia

**38.** Si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 27 del Reglamento 44/2001 el tribunal ante el que se formuló la segunda demanda debe (a) suspender de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera; (b) inhibirse a favor de tal tribunal si éste se declare competente. Es decir el artículo 27 emplea la regla *prior tempore, potior iure*.<sup>73</sup> El tribunal ante el que se formuló la segunda demanda suspende el procedimiento mientras el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se declara competente o no. Si se declara incompetente el segundo tribunal podrá entrar a conocer del asunto, si es realmente competente de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 44/2001. Ahora bien, si el primer tribunal se considera competente, el segundo tribunal deberá inhibirse a favor del primero.

**39.** Gracias a esta solución se evitan procedimientos paralelos en un mismo asunto garantizando la libre circulación de la única sentencia dictada en el asunto puesto que no existirán sentencias y lo

<sup>68</sup> STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432 apartados 72 y 73.

<sup>69</sup> Tribunal de Grande Instance Paris, Sentencia de 9.3.2001-00/04083, traducido al inglés en *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2002, pp. 225,226.

<sup>70</sup> STJCE de 9 diciembre 2003 *Caso Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl*. C-116/02 Rec 2003 p. 432 apartados 61 a 64.

<sup>71</sup> H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en *IPRax* 2004, pp. 205 -212 p. 212.

<sup>72</sup> H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung* (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.), en *IPRax* 2004, pp. 205 -212 p. 212.

<sup>73</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008, p. 116, apartado 109.

que es peor aún, las partes son conscientes de que el que primero presente la demanda tiene muchas posibilidades de escoger el tribunal competente.<sup>74</sup> Precisamente en asuntos derivados de infracciones del Derecho antitrust, las víctimas desconocen realmente el alcance de los hechos y daños en detalle hasta que la resolución sancionadora en la que se sancionan y describen los hechos causantes de los daños así como los autores de los mismos. Estos procedimientos suelen tener una duración larga por lo que las empresas infractoras tendrán tiempo suficiente de preparar una buena estrategia defensiva, incluyendo la presentación en su caso de demandas en aquellas jurisdicciones que les interesen. Así, el desequilibrio procesal en este tipo de procedimientos vuelve a acentuarse.

**40.** La excepción en casos de abuso podría servir para evitar el *forum shopping* en aquellos asuntos en los que las demandas por ejemplo declarativas tengan un carácter claramente injustificado o se trate de demandas en las que resulte evidente que el primer tribunal se va a declarar incompetente. No olvidemos que en el asunto *Cooper Tire, Enichem* presentó la demanda en Italia solicitando que se declarase la no existencia del cártel, a pesar de que esta cuestión se tendría que haber dilucidado ante la Comisión Europea y ante los tribunales europeos si consideraba que efectivamente no había participado en el supuesto cártel.<sup>75</sup> Ahora bien, habrá que esperar a conocer la posición del TJCE respecto a litigios antitrust y litispendencia con abusos notorios para poder determinar si finalmente decide alejarse de los principios de *Gasser* anulando la táctica de los torpedos italianos.

## V. Conexidad

### 1. Demandas conexas

**41.** En asuntos relacionados con infracciones antitrust no sólo nos encontraremos ante situaciones de litispendencia pura según el artículo 27 sino más bien con demandas conexas reguladas por el artículo 28. Este artículo tiene por objeto evitar procedimientos paralelos en asuntos que estén conectados entre sí jugando un papel esencial en aquellos litigios en los que no haya identidad de partes.<sup>76</sup>

**42.** De acuerdo con el artículo 28.3 del Reglamento 44/2001 se consideran “conexas” aquellas demandas que estén “vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. La definición no tiene porqué coincidir con el Derecho Procesal interno, debe de ser amplia y abarcar aquellos casos en los que la litispendencia del artículo 27 del Reglamento 44/2001 no resulte aplicable. En consecuencia, siguiendo la literalidad las normas sobre la suspensión los requisitos exigidos por el artículo 28 del Reglamento 44/2001 son más fáciles que en el artículo 27 puesto que el segundo tribunal podrá decidir si suspende y/o rechaza su jurisdicción mientras que en virtud del artículo 27 está obligado a ello.

**43.** De lo anterior se desprende, que la aplicación del artículo 28 del Reglamento 44/2001 puede resultar indicada en aquellos casos en los que las partes no sean idénticas y el segundo tribunal suspende o se inhibe mientras que el primer tribunal acumula las demandas conexas en aras de garantizar un procedimiento efectivo y una correcta administración de justicia para que todas las partes estén sujetas a una sola resolución del asunto.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> J. BASEDOW: *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law*, en *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer law international, pp.230-252, p. 252

<sup>75</sup> Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y con el artículo 53 del Acuerdo EEE Asunto COMP/F/38.638 — BR/ESBR disponible en:

[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_38629](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38629)

<sup>76</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 361, Art. 28, apartado 2.

<sup>77</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 362, Art. 28, apartado 5.

## 2. Inconciliabilidad a los efectos del artículo 28.3 del Reglamento 44/2001

44. El TJCE ha establecido que el término *inconciliables* recogido en el artículo 28.3 exige que en dos procedimientos exista el riesgo de resoluciones contradictorias, siendo este término distinto del recogido en el artículo 34.3 (reconocimiento de resoluciones contradictorias en diferentes Estados miembros), ya que no se exige consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes.<sup>78</sup>

Demandas por daños y perjuicios juzgadas en distintos Estados miembros en relación a la misma infracción conllevan un elevado riesgo de inconciliabilidad, ya que mientras algunos Estados miembros incluso podrían imponer indemnizaciones muy elevadas en otros Estados miembros no existe apenas ejemplos y casuística que sirva para reconocer el criterio que podrían seguir los tribunales.<sup>79</sup> Por ello, estos litigios podrán considerarse como conexos de acuerdo con lo establecido en el artículo 28. En el asunto *Cooper Tire* el Juez *Teare* siguiendo las conclusiones del Abogado General *Lenz* ha determinado a este respecto que a la hora de determinar si suspende o no el procedimiento habrá que analizar los siguientes aspectos: (a) grado de relación y riesgo de resoluciones irreconciliables entre sí, (b) situación procesal de cada procedimiento y (c) relación del tribunal y el objeto del litigio.<sup>80</sup>

Así las cosas, el riesgo de resoluciones inconciliables en el asunto *Cooper Tire* resultaba muy elevado puesto que mientras que un tribunal podía concluir que el cártel no había provocado ningún daño, en el otro procedimiento se podría determinar que sí había causado daños de gran magnitud. Aunque la demanda en primera instancia ante el Tribunal de Milán haya sido rechazada íntegramente, se desconoce el resultado de la segunda instancia por lo que existe cierto riesgo de resoluciones divergentes e inconciliables. Por otro lado, dos de los demandados ante el tribunal inglés no habían solicitado la suspensión en virtud del artículo 28. Separar unas demandas de otras habría aumentado el riesgo de resoluciones inconciliables. Respecto a la proximidad de los tribunales, ambos tribunales se encuentran en una posición similar. De la decisión de la Comisión Europea se desprende que las distintas reuniones en las que se acordaron las medidas prohibidas tuvieron lugar en varios Estados miembros, entre los que se encontraban tanto Italia como Inglaterra. A mayor abundamiento, tanto los cartelistas como las víctimas tienen sus domicilios en distintos Estados miembros. Por lo tanto el cártel no tenía un *centro de gravedad* identificado claramente. El propio Juez *Teare* finaliza afirmando que en litigio delictual de alcance europeo habrá inevitablemente varias jurisdicciones alternativas.<sup>81</sup>

45. Es más, en el asunto *Provimi* la *High Court* ha hecho uso de la analogía para determinar que diferentes demandas por daños y perjuicios basadas en las mismas infracciones sustantivas, acuerdos horizontales de precios podrían llevar a resoluciones inconciliables o conflictivas alegando que la experiencia en países con Francia o Alemania en este tipo de asuntos era mínima por lo que el riesgo de resoluciones contradictorias era considerable.<sup>82</sup>

46. Finalmente, en este caso el segundo tribunal sí podrá tener en cuenta la celeridad del primer tribunal y una posible violación del artículo 6 CEDH para decidir si suspende o no.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> STJCE de 6 de diciembre de 1994, *-Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92 Rec. 1994, p. 5439, apartados 57 y 58.

<sup>79</sup> Véase por ejemplo el asunto *Provimi*: Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 en *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>80</sup> STJCE, 20 de enero de 1994 *Owens Bank Ltd contra F. Bracco y otros.*, Rec 1994 pp.117-157.

<sup>81</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales, de 27 de octubre de 2009 *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apartado 116.

<sup>82</sup> Sentencia de la High Court of England and Wales de 6 de mayo de 2003 en *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. Al.* 2003 EWHC 961. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, *The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe* en EBoR 4 (2003), pp. 623-650.

<sup>83</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008 p. 118, apartado 111. Véase punto IV 3, apartados 32 y siguientes del presente estudio; M. WELLER, *Lis Pendens and similar proceedings* en Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, p. 193 apartado 439.

### 3. Consecuencias del artículo 28 del Reglamento 44/2001

47. El artículo 28 ofrece tres soluciones alternativas:

A) El segundo tribunal podrá suspender el procedimiento, pudiendo valorar la competencia judicial internacional del primer tribunal para conocer de la demanda ante esta presentada, el tiempo que pueda tardar en dictar sentencia y la celeridad del proceso. Esta opción podrá ser solicitada por las partes o acordada de oficio. El segundo tribunal podrá incluso tener en cuenta las conclusiones del primer tribunal.<sup>84</sup>

B) A instancia de una de las partes el segundo tribunal podrá inhibirse, si la ley del primer tribunal permite la acumulación de asuntos conexos y si el primer tribunal fuese competente para conocer de ambas cuestiones. Según el artículo 28.2 del Reglamento 44/2001 las demandas deberán estar pendientes en primera instancia. La acumulación se llevará a cabo según la normativa procesal del primer tribunal.<sup>85</sup>

C) Por último el segundo tribunal podrá continuar con el procedimiento sin ni inhibirse ni suspender la causa si no concurren las circunstancias indicadas en los dos puntos anteriores. Aunque esta posibilidad no se encuentra en el Reglamento, el artículo 28 del Reglamento 44/2001 no impone al tribunal la obligación de elegir entre las dos posturas ofrecidas por esta norma.<sup>86</sup>

### VI. Conclusiones

48. Las dos opciones a día de hoy recogidas en el Reglamento 44/2001 para solucionar estos problemas consisten en la acumulación a través del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001 y el mecanismo de litispendencia establecido principalmente en el artículo 28. Ahora bien, estas dos opciones no son óptimas. El artículo 28 ofrece una solución temporal al demandado mientras se clarifica el procedimiento principal, para que luego el asunto vuelva al segundo tribunal, si éste ordenó la suspensión. Aunque el artículo 6.1 permita la acumulación de demandas relacionadas con la misma infracción, esta opción sólo es posible si el demandante así lo solicita.<sup>87</sup> Así, en aquellos casos en los que el procedimiento haya sido iniciado a instancias de una o varias víctimas de una infracción, la parte demandada no podrá solicitar la acumulación con otros posibles procedimientos que se hayan iniciado contra ella en otros Estados miembros y deberá esperar a que el tribunal haga uso de los artículos 28 y 27 si resulta posible. Mientras que si el procedimiento es iniciado por una infractora, por ejemplo una “demanda torpedo”, la infractora podrá solicitar la acumulación y arrastrar todas las reclamaciones por daños y perjuicios a este tribunal siguiendo las normas de litispendencia.

49. Aunque la acumulación sirva de ayuda, no debemos olvidar que si el ordenamiento procesal de un Estado miembro ofrece un sistema más ventajoso, la mayoría de las demandas acumuladas acabarán teniendo lugar en ese Estado miembro. Por tanto la situación procesal no es ningún caso equiparable a la material, puesto que en este segundo caso los derechos de las partes sí son prácticamente los mismos a lo largo de la Unión Europea, con independencia del ejercicio que se haga de estos derechos o no.<sup>88</sup>

50. Del artículo 6 del Reglamento 44/2001 no se desprende el porqué el derecho de acumulación sólo le corresponde al demandante y no a ambas partes.<sup>89</sup> Es más, los infractores tienen que poder ac-

<sup>84</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Granada, Comares, 2008 p. 118, apartado 111.

<sup>85</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, p. 365, Art. 28, apartado 8.

<sup>86</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2008 118, apartado 111.

<sup>87</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27 p. 26.

<sup>88</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27 p. 27.

<sup>89</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, *Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law*, en *ZWeR* 1/2006, p.1-27, p. 27.

ceder a la acumulación para tratar de centrar los procedimientos contra ellos ante el menor número de tribunales posibles, para así obtener la resolución de las disputas dentro de un marco temporal y legal estimable. Por otra parte a los demandantes también les puede interesar la acumulación con el fin de aumentar su capacidad negociadora durante el procedimiento o repartir los gastos del mismo. Incluso se podrían beneficiar de la información y pruebas que aporten otros demandantes y así mejorar su posición procesal.

**51.** La dependencia del Derecho Comunitario antitrust de mecanismos de aplicación existentes pone en peligro su aplicación uniforme. A día de hoy la situación parece favorecer más al que vigila siguiendo el principio de *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*. *Ahora bien, en estos casos los vigilantes, es decir los infractores que saben que podrán ser demandados, no merecen una protección especial sino más bien aquellos que desconocen la situación, es decir las víctimas.*<sup>90</sup> Tal y como resalta MÄSCH, para que la aplicación privada del Derecho de la Competencia sea efectiva es necesario que el derecho subjetivo tenga el necesario (*Durchsetzungsmacht*) poder de imposición: *Ubi ius ibi remedium.*<sup>91</sup> Esto incluye unas normas procesales que garanticen una aplicación correcta de la norma y un remedio justo o equitativo para las víctimas de infracciones del Derecho antitrust y procedimiento justo y razonable para los infractores que como todos los demás también tienen derecho a un procedimiento en el que se respeten sus derechos y que sea proporcional.

**52.** De lo anterior se desprende que este tipo de disputas debido a sus características merecen una regulación especial que tenga en cuenta todas sus particularidades. Si la opción de acumulación estuviese abierta a ambas partes del procedimiento podríamos dar un gran paso. También se deberían permitir las excepciones al artículo 27 en aquellos casos en los que el abuso sea palmario y especialmente perjudicial. Así, la demandada podrá, una vez ha sido demandada aceptar rápidamente el foro ante el que el demandante presentó la demanda y atraer a dicho foro el resto de demandas que pudiesen plantearse ante otros tribunales. Con esto se delimitarían posibles procedimientos excesivos o abusivos y se alcanzaría la paz jurídica o *Rechtsfrieden* respetando los intereses de ambas partes en un marco temporal estimable y procesalmente económico.

---

<sup>90</sup> J. BASEDOW concluye que quizás no habría que permitir la misma libertad de elección a las empresas infractoras que a las propias víctimas.: J. BASEDOW: *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law*, en *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, pp.230-252, p. 252.

<sup>91</sup> G. MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstossen gegen das europäische Kartellverbot*, en *EuR Heft 5*, 2003 pp 825-846, p. 845.