

ACCIONES DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTITRUST: EL FORO
ESPECIAL DE LA OBLIGACIÓN EXTRA CONTRACTUAL
DESPUÉS DE LA SENTENCIA CDC HYDROGEN PEROXIDE
PRIVATE ANTITRUST ACTIONS: SPECIAL TORT JURISDICTION
AFTER THE DECISION CDC HYDROGEN PEROXIDE

JULIA SUDEROW
Doctora en Derecho
Rechtsanwältin y Abogada

Recibido: 26.05.2016 / Aceptado: 03.06.2016
DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3262>

Resumen: El presente estudio analiza las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust en el ámbito transnacional. En concreto se estudia la determinación de los tribunales competentes y las dificultades que se plantean en la práctica. Las acciones *follow on* derivadas de sanciones impuestas por la Comisión Europea entrañan diversas dificultades a la hora de fijar el foro de la obligación extracontractual según el artículo 7.2. R. 1215/2012. La sentencia del TJUE *CDC Hydrogen Peroxide* resuelve sólo parte de las dudas por lo que el presente trabajo concluye con una propuesta adicional basada en el criterio del mercado afectado directa y sustancialmente recogido en el artículo 6.3.b Reglamento Roma II.

Palabras clave: Art. 7. 2. R. 1215/2012, foro de la obligación extracontractual, hecho dañoso, daños plurilocalizados, cárteles, aplicación privada del Derecho Antitrust, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual, jurisdicción, defensa *passing on*, efecto paraguas, cesión de créditos.

Abstract: This work analyses private antitrust damage actions in a transnational context. The analysis focuses in the determination of the competent tribunals and the practical difficulties that can be faced by follow on claims derived from decisions of the European Commission. The jurisdiction rules set for tort claims in article 7.2. Regulation 1215/2012 present interpretation problems in this kind of actions. The Decision of the EUJ *CDC Hydrogen Peroxide* solves in our opinion only part of the existing doubts. This work concludes with an additional proposal based on the criteria established in article 6.3.b Regulation Rome II that allow to apply the law of the directly and substantially affected market.

Keywords: Art. 7. 2. R 1215/2012, international jurisdiction, non contractual obligations, Damage actions, place of action, multistate damages, torts, cartels, private enforcement of antitrust Law, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, competent courts in tort claims, jurisdiction, passing on defence, umbrella effects, transfer of claims.

Sumario: I. Introducción, 1. Definición de acciones derivadas de ilícitos antitrust; 2. El caso CDC Hydrogen Peroxide SA; II. El foro del artículo 7.2 R. 1215/2012 y las acciones derivadas de ilícitos antitrust; 1. Características comunes; 2. Definición de obligación extracontractual; 3. Deter-

* El presente estudio se basa en una parte de la tesis doctoral defendida por la autora en febrero de 2015 en la Universidad Carlos III de Madrid. Deseo expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. Alfonso Calvo Caravaca y a la Prof. Dra. Esperanza Castellanos Rodríguez y al Tribunal de la Defensa de la tesis compuesto por el Prof. Dr. Luis Velasco San Pedro, la Prof. Dra. Pilar Canedo Arrillaga y la Prof. Dra. Juliana Rodríguez Rodrigo por sus útiles comentarios a la tesis doctoral defendida aunque, por supuesto, la responsabilidad por todos los errores y omisiones sea sólo mía.

minación del lugar del hecho dañoso o lugar del daño; A) La Ubicuidad: *Mines de Potasse, Torline, Kronhofer, Zuid Chemie*; B) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, *Shevill y Kronhofer*; C) Daños plurilocalizados e Internet: *E-Date, Wintersteiger, Pinckney*; 4. El lugar del hecho dañoso o lugar del daño en los ilícitos antitrust; A) Lugar o lugares de adopción del acuerdo ilícito o decisión ilícita; B) Lugar de materialización del perjuicio; C) Lugar de implementación del acuerdo; D) Valoración; 5. Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados; A) Actos de otros miembros del cártel B) Atribución de otras empresas del grupo, concepto de *undertaking*; III. Conclusión: ¿La oportunidad perdida?

I. Introducción

1. La Libre Competencia es un proceso de interacción basado en la libertad de los distintos agentes económicos cuya efectividad depende de la posibilidad de que cada individuo pueda defenderse frente a una infracción de la competencia, además de la vigilancia y en su caso sanción por los poderes públicos. En efecto, los arts. 101 y 102 TFUE tienen eficacia jurídica directa frente a particulares generando derechos y obligaciones. Esto se conoce como la aplicación privada del Derecho antitrust o *Private Enforcement*¹. Surge de los propios agentes del mercado que pueden ser víctimas de una conducta anticoncurrencial o participar en la misma. Así, los operadores económicos pueden exigir el cumplimiento de las normas antitrust y la reparación de los daños generados por un incumplimiento. En este sentido, los Tribunales Europeos desde *BRT Sabam*, en el año 1974, pasando por las sentencias *Courage*, *Manfredi*, *Otis*, *Pfleiderer*, *Donau Chemie*, *EnBv*, *Kone*, *FyAl* y *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* han avanzado en la determinación del derecho de toda persona a solicitar resarcimiento por el perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia². A nivel nacional también contamos con una prolija experiencia en diversos Estados miembros e incluso en las jurisdicciones más reticentes se observa un notable avance en los últimos años³. En este sentido la Directiva 2014/104 de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la Competencia (en adelante la “Directiva de Daños”) armonizará una serie de aspectos que solucionarán parte de los desajustes detectados en la práctica⁴. Por otro lado, las acciones derivadas

¹ Véase al respecto entre otros: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137 y D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013.

² STJCE, 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, Rec. 1974; p. 51. STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, Rec. 1973 p. 77. STJCE, 28 febrero 1991, *Delimitis*, C 234/89, Rec. 1991, p. 935;

STJCE, 16 diciembre 1976, *Rewe*, C33/76, Rec. 1976, p. 1989; STJCE, 16 diciembre 1976, *Comet*, C 45/76, Rec. p. 2043; STJCE, 14 diciembre 1995, *Van Schijndel y Van Veen*, C 430/93 y C 431/93, Rec. 1995, p. 4705; STJCE, 10 abril 1984, *von Colson*, C 14/83, Rec. 1984, p. 1981; STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, Rec. 2006, p. 6619; STJUE, 14 junio 2010, *Pfleiderer*, C 360/09, Rec. 2010, p. 05161; STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11. STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11; STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW* C-365/12 P. STJUE, 5 de Junio 2014, *Kone*, C 557/12; STJUE, 23 Octubre 2014, *AS FlyLAL*, C302/13. CE, 3 mayo 2006, *Akzo Nobel NV, Degussa, Kemira*, COMP/F/C.38.620.- Peróxido de hidrógeno y perborato, DO L 353, p. 54. STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11; STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

³ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7035 y s. D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Munich, Nomos, 2011, p. 31. D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, en *ZWeR* 2006; A. KOMNINOS, *EC Private antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 1-2; Sobre la eficacia de la aplicación privada en Europa véase el estudio realizado por B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 19.5.2016). A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 603; Sobre la naturaleza del derecho de compensación véase: G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 4.

⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394. (en adelante Directiva

del incumplimiento de la normativa antitrust son necesarias para conseguir un sistema efectivo de libre competencia que permita la compensación del daño ilícito al perjudicado por la conducta ilegal⁵.

2. El presente estudio analiza la interacción entre el Derecho Internacional Privado Europeo y la aplicación privada del Derecho Europeo de la Competencia cuando distintos agentes económicos se han visto perjudicados por un cartel transnacional llevado a cabo por varias empresas. Tal y como se ha indicado, los perjudicados pueden exigir la responsabilidad civil extracontractual y la compensación de los daños causados por las empresas que hayan infringido el Derecho Europeo de la Competencia ante los tribunales civiles de los distintos Estados miembros. De esta forma, el Derecho Internacional Privado se convierte en un factor esencial para valorar la viabilidad de la acción a ejercer. Una de las cuestiones más polémicas hasta la fecha es la competencia judicial internacional y en concreto el foro especial en materia extracontractual recogido en el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2012, conocido como *Bruselas I bis* sobre la Competencia Judicial Internacional en cuestiones civiles y mercantiles⁶. Este estudio se limitará a definir las opciones que permite este artículo y la interpretación realizada por los Tribunales Europeos y Nacionales y por la doctrina. Se trata de un debate que culmina con la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Mayo de 2015 en el asunto *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA* en la que el Tribunal establece los criterios a seguir tratando de resolver las dudas existentes⁷. El análisis de la sentencia será el eje central del presente estudio por tratarse por un lado de la principal interpretación jurisprudencial europea en este ámbito y por el otro por las particularidades del caso planteado que recoge los elementos esenciales que se plantean en este tipo de acciones de forma recurrente. Por supuesto que en cada caso las partes disponen del resto de opciones recogidas por el R. 1215/2012 tales como el foro de la sumisión expresa cuando exista una relación contractual, el foro del domicilio del demandado, el foro de la conexidad y otras opciones que se analizarán en siguientes trabajos⁸. De hecho, en la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide*, el Tribunal de Justicia también analiza estas opciones. Sin perjuicio de lo anterior, el presente trabajo se centra en un análisis más exhaustivo del foro del hecho dañoso en materia extracontractual, presentando el extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los Tribunales Europeos y tribunales nacionales en cuestiones similares desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas hasta la fecha.

1. Definición de acciones derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust

3. La primera cuestión a responder es qué se entiende exactamente por acciones civiles derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust. Las acciones que se pueden plantear en este ámbito se inician

de Daños). Sobre la Directiva y su transposición al Derecho Nacional véase: A. CALVO CARAVACA, J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *CDT*, Vol. 7 Nº2, pp. 114-157. Sobre la Directiva en general véase: F. BÖNI, “Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: Maß aller Dinge für Privatgeschädigte?”, *EWS*, 25, 6, 2014, pp. 324-331; M.-M. BUES/A. FRITZSCHE, “EU erlässt Kartellschadensersatzrichtlinie: kommt jetzt die Klageflut?”, *DB*, 67, 50, 2014, pp. 2881-2882; S. CAMPBELL/T. FEUNTEUN, “Designing a balanced system: damages, deterrence, leniency and litigants’ rights: a claimant’s perspective”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 27-39; D. CALISTI/L. HAASBEEK/F. KUBIK, “The Directive on antitrust damages actions: towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules”, *NZKart*, 2, 12, 2014, pp. 466-473.

⁵ Considerando 3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

⁶ En adelante R. 1215/2012.

⁷ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁸ Véase al respecto: J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol. 1, Nº 1, pp.186-225. C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015. J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, en *CDT* 2010, Vol. 2, pp. 315-331 y “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?” en *CDT* 2013, Vol. 5, pp. 184-198.

por empresas o particulares que hayan sufrido o sufren las consecuencias de una infracción del Derecho antitrust, Europeo o nacional. Esto incluye no sólo a las acciones de reparación sino que también engloba acciones declarativas sobre la existencia de una conducta colusoria, o de un abuso de posición dominante, solicitudes de declaración de nulidad o acciones de cesación⁹. Este estudio se centra en el análisis las acciones de reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE que prohíben conductas como cárteles o el abuso de la posición dominante en el ámbito transnacional por ser las más comunes. Estas acciones se dividen en dos categorías en función de su origen:

- *Acciones Follow On*: Se basan en un procedimiento administrativo sancionador previo para justificar sus pretensiones en la jurisdicción civil. El demandante en este caso usa la decisión administrativa previa como prueba para acreditar los hechos y el origen del daño causado¹⁰.
- *Acciones Stand Alone*: La segunda categoría incluye las acciones que no se basen en una decisión administrativa previa. En este caso, el demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad¹¹.

4. En todos estos casos la víctima de la conducta, por ejemplo un comprador, ya sea empresa o consumidor sufre una pérdida o daño originado como efecto de la actuación contraria al Derecho antitrust. Los perjudicados pueden encontrarse en cualquier punto de la cadena de distribución. De esta forma, las acciones se pueden plantear por compradores directos que realizan la primera compra de la empresa infractora, o indirectos que hayan adquirido el producto de intermediarios. Los demandados serán aquellos, empresas o personas físicas que hayan infringido el Derecho antitrust. En un contexto transnacional las acciones *follow on* son las más frecuentes y se caracterizan por los siguientes elementos comunes:

- El Derecho infringido es el Comunitario, en concreto los arts. 101 y 102 TFUE¹².
- El Derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios está plenamente reconocido por los Tribunales de la UE y por la Directiva de Daños.
- Aunque la infracción se rija por el Derecho Comunitario, el resto de aspectos se regirán por el Derecho Nacional.
- El Derecho Nacional, procesal y material varía entre los distintos Estados miembros.
- La incorporación de la Directiva de Daños al Derecho Nacional de los Estados miembros armonizará una serie de aspectos.

5. Ahora bien, a pesar de los elementos comunes definidos y de que la Directiva de Daños que como su propio nombre indica se refiere a determinadas normas, quisiera resaltar una serie de factores que se diferencian entre los distintos Estados:

- Factores externos: Cultura, financiación externa, agilidad del sistema judicial, experiencia de jueces, abogados, economistas, prensa, etc.
- Derecho procesal: Acceso a las pruebas, costas judiciales, mecanismos transaccionales, protección del solicitante de clemencia, etc.
- Derecho Material: Responsabilidad de la matriz y sus filiales, intereses de demora, etc.

6. De acuerdo con la Comisión Europea en tan sólo el 25% de los cárteles internacionales que ha sancionado esta institución, se han planteado acciones de daños y perjuicios contra los miembros de dichos cárteles¹³.

⁹ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 21. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford 2012, p. 295.

¹⁰ Sirva como ejemplo los casos españoles: STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro* R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

¹¹ STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001 p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

¹² A. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I, Parte General, la Competencia*, Madrid Colex 2009, p. 344.

¹³ A. ITALIENER, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust*

Esto se debe a una serie de dificultades a las que se enfrentan este tipo de acciones. Asimismo, las diferencias antes descritas están generando un desequilibrio geográfico y *forum shopping* en Europa, ya que las partes emplearán el Derecho Internacional Privado para conseguir sus objetivos. En efecto, en la última década se ha podido constatar que la aplicación privada transnacional se está concentrando en aquellos Estados miembros que ofrecen el mejor marco, como son el Reino Unido, Países Bajos, Alemania, Austria y Finlandia¹⁴. También están proliferando demandas de grupos de perjudicados y gran cantidad de demandados incluyendo empresas pertenecientes a grupos empresariales para superar de forma conjunta las dificultades que puede plantear una acción individual¹⁵. Sirva como ejemplo la cruzada iniciada por la multinacional *Deutsche Bahn* que está reclamando daños y perjuicios en distintas jurisdicciones Europeas contra los miembros de diversos cárteles, fabricantes de raíles, ascensores, cántodos de grafitos, operadores de tarjetas de crédito y más recientemente traviesas de hormigón y acero¹⁶.

Los países más populares por las facilidades que presentan para este tipo de demandas son los siguientes: En el Reino Unido, el acceso a las pruebas es más sencillo que en otras jurisdicciones y aunque las costas sean muy elevadas, su derecho procesal fomenta la resolución transaccional¹⁷. Holanda resulta especialmente atractiva gracias a la celeridad de sus tribunales. Las costas son en comparación con otras jurisdicciones bastante modestas. En esta jurisdicción también se permite la cesión de los créditos a una sola entidad creada como vehículo para la acción contra el cártel, facilitando el reparto del riesgo y la economía de escala que permiten optimizar el coste del litigio además de disponer de un mecanismo de arbitraje voluntario colectivo para este tipo de daños.¹⁸ Los tribunales alemanes cuentan con una experiencia extensa en litigios derivados del incumplimiento de las normas antitrust aunque se muestren reacios a aceptar vehículos que agrupan demandas¹⁹. Otros países, los preferidos por el *Bad forum Shopping* que podrían ser Bélgica, Grecia o Italia pueden considerarse atractivos para aquellos que quieran bloquear posibles acciones de reparación con demandas declarativas negativas o torpedos. Los anteriores datos muestran que estas diferencias además de *forum Shopping* (bueno y malo) están fomentando el fenómeno conocido como *rush to the courts* ya que por un lado los miembros de un cártel pueden iniciar torpedos o acciones similares mientras que las víctimas acuden a los tribunales sin tratar de alcanzar acuerdos extrajudiciales, lo que por supuesto aumenta la carga de trabajo de los tribunales afectados.

damage actions consultado por última vez el 23.5.2016 en http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf. F. CANTOS, "La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita", en *GJUEC*, 36, La Ley, 871/81/2013, p. 2.

¹⁴ P.L. KRAUSKOPF, A. TKACIKOVA, "Competition Law Violations and Private Enforcement: Forum Shopping Strategies", en *GCLR* 2011, p. 26. H. MERCER, "Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy", en M. DANOV, F. BECKER Y P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329. T. SCHREIBER, "Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche" en *KSzW* 2011, pp. 37-46, p. 40.

¹⁵ UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; *Deutsche Bahn AG. & Ors. Vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

¹⁶ Véase al respecto las noticias en prensa sobre estos casos: <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/7f2df240-8fca-11e2-9239-00144feabdc0.html#axzz2kc7oCRtW> y <http://gulfnews.com/business/general/deutsche-bahn-suing-steel-firms-over-price-fixing-1.1324905>

¹⁷ Consultados por última vez el 19 de mayo 2016.

¹⁸ R. WHISH, "Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales", en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166, p. 162; C. COOK, "Developments in European and UK Cartel Damages Litigation", en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26; L. IDOT, "Access to evidences and Files of Competition Authorities", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 257-286; J. MARTIN, "Private antitrust Litigation in Europe: What Fence is high enough to keep out the litigation cowboy?" en *ECLR* 2007, pp. 2-7.

¹⁹ H. VAN LITH, *The Dutch collective settlements act and private international law*, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam 2010, p. 41.

²⁰ Véase al respecto la sentencia LG Düsseldorf, de 17 diciembre 2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. *Zementkartell II* y T. MAKATSCH Y V. ABELE, „Das Ende kollektiver Kartellschadensersatzklagen in Deutschland?“ en *WuW* 2014, p. 183.

1. El caso *CDC Hydrogen Peroxide*

7. La sentencia del TJUE *CDC Hydrogen Peroxide* responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Regional de Dortmund. El litigio en el procedimiento principal se centra en una reclamación *follow on* que siguió a una decisión del 3 de mayo de 2006, en la que la Comisión Europea consideró que algunas empresas que suministran peróxido de hidrógeno y perborato sódico habían participado en un cártel, infringiendo las normas comunitarias de competencia. En consecuencia, algunas de esas empresas fueron condenadas a pagar una multa²⁰. Las conductas sancionadas por la Comisión consistieron en el intercambio de información comercial, limitación o control de la producción, reparto del mercado y la fijación y vigilancia de precios. Estas conductas se acordaron en reuniones y conversaciones telefónicas mantenidas de forma regular en varios Estados miembros, Bélgica, Francia y Alemania. Así, y tal como resalta el TJUE el cártel tuvo un alcance claramente paneuropeo²¹. *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA* (en adelante, «CDC»), sociedad establecida en Bélgica a quien 71 empresas perjudicadas por dicha infracción le habían cedido sus derechos a una indemnización por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia del cártel, demanda el 16 de marzo de 2009 a seis de las sociedades sancionadas por la Comisión, domiciliadas en seis Estados miembros. En concreto plantea su reclamación contra *Evonik Degussa GmbH* (Alemania), *Akzo Nobel NV* (Países Bajos), *Solvay SA* (Bélgica), *Kemira Oyj* (Finlandia), *Arkema France SA* (Francia) y *FMC Foret SA* (España).

Aunque las empresas demandadas estaban domiciliadas en diferentes Estados miembros, *CDC* inicia un solo procedimiento ante el tribunal del domicilio social de *Evonik Degussa* en Alemania y afirma en su demanda que los tribunales alemanes tienen jurisdicción para fallar en contra de todos los demandados. Ahora bien, en septiembre de 2009, *CDC* desiste de su demanda contra dicha sociedad alemana por haber llegado a un acuerdo transaccional con ella. El resto de compañías plantean una excepción de incompetencia internacional basándose, entre otros, en que algunos de los contratos de suministro contenían cláusulas de arbitraje y cláusulas de elección de foro.

8. Ante las diferentes cuestiones que se suscitaban y dado que su competencia podría basarse únicamente en varias disposiciones del Reglamento Bruselas I, el Tribunal Regional de Dortmund suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales en relación al foro de la conexidad, foro de sumisión expresa y el foro en materia extracontractual, objeto del presente trabajo. En concreto y en relación al foro en materia extracontractual el Tribunal de Dortmund planteó la siguiente pregunta:

¿Debe interpretarse el artículo 5, punto 3 del Reglamento n° 44/2001 en el sentido de que- en un supuesto en el que se presente una demanda, para que se facilite información y se indemnicen daños y perjuicios, contra demandadas domiciliadas en diversos Estados miembros de la Unión Europea por haber participado en distintos Estados miembros y en diferentes lugares y momentos en una infracción única y continuada del artículo 81 CE/artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, constatada por la Comisión Europea- el hecho dañoso se produjo, en relación a cada demandado y con respecto al conjunto de perjuicios alegados o al perjuicio general, en aquellos Estados miembros en los que se celebraron y aplicaron los acuerdos colusorios?

²⁰ CE, 3 mayo 2006, *Akzo Nobel NV, Degussa, Kemira*. COMP/F/C.38.620.- Peróxido de hidrógeno y perborato, DO L 353, p. 54.

²¹ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

Así las cosas, esta pregunta lleva tiempo ocupando a la doctrina²². En la práctica y hasta la fecha, las dudas existentes en casos similares al que nos ocupa, los demandantes han optado, por lo general, por el foro del domicilio de uno de los demandados como en el presente asunto²³.

A) El foro del artículo 7.2 R. 1215/2012 y las acciones derivadas de ilícitos antitrust

1. Características comunes

9. En primer lugar conviene recordar las características principales de este foro antes de definir las obligaciones extracontractuales y perfilar el resto de requisitos exigidos por el art. 7.2. R. 1215/2012. Así, la norma de competencia establecida para las obligaciones extracontractuales del R. 1215/2012 proviene del art. 5.3 del Convenio de Bruselas I cuyo texto era prácticamente idéntico, si bien el Reglamento incluye dentro de esta norma las reclamaciones de cesación o declarativas negativas al referirse a los hechos dañosos que pudieren producirse²⁴. Por tanto, cualquier sentencia relativa al Convenio de Bruselas I será aplicable al R. 1215/2012. Esta norma ni se interpreta por la *lex fori* ni por la *lex causae* sino de forma autónoma²⁵. En concreto el TJUE aprovecha la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide* para recordar una vez más que la interpretación será autónoma y estricta²⁶. Tampoco importa si existe una obligación extracontractual, sino que esta sea posible puesto que la existencia de la misma se analizará en el fondo del asunto²⁷. El TJUE recuerda que la cesión de crédito del acreedor inicial a *CDC* no afecta a la determinación de la competencia judicial internacional conforme al artículo 7.2. del Reglamento 1215/2012²⁸. La interpretación debe ser completamente independiente de la cesión o agrupación vehiculada a través de *CDC*²⁹.

²² J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law in Private Enforcement of EC Competition Law” en J. BASEDOW, (Coord.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229-243, p. 240; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011; J. BASEDOW, “Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren“, en C. BAUDENBACHER, (Coord.), *Neuste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht-Zwölftes Internationales Kartellrechtforum 2005*, Basilea, German Law Publishers, 2006; J. BASEDOW, “International Cartels and the Place of Acting under Article 5.3 of the Brussels I Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT *International antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 31 39; J. BASEDOW, “Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht“, en FIW (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136; E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p.650; H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2011, p. 129. De otra opinión D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 110; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“, en *WuW* 2012, pp. 797-807, p.798; R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 159; J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, Nº 1, pp. 186-225.

²³ Véase por ejemplo los numerosos litigios planteados en el Reino Unido: UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; *Deutsche Bahn AG. & Ors. Vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

²⁴ STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11.

²⁵ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., art. 5 R. 44/2001, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, apdo. 72.

²⁶ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 37 y STJUE, 28 enero 2015, *Kolassa*, C. 375/13, apdo. 43 y STJUE, 5 junio 2014, *Coty Germany*, C 360/12, apdos. 43-45.

²⁷ R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten“, en *NJW* 2009, pp 3481-3485, p. 3482.

²⁸ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 35, STJUE, 18 julio 2013, *ÖFAB*, C 147/12, apdo. 58.

²⁹ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

De esta forma el TJUE sigue la línea establecida en las sentencias *Kolassa* y *Coty Germany* recordando que la interpretación del artículo 7.2. R. 1215/2012 será realizada de modo autónomo y estricto³⁰.

10. El art. 7.2 R. 1215/2012 es un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia territorial, por lo que determina la competencia de unos tribunales de un lugar concreto dentro de un Estado miembro. En aquellos casos en los que no esté claro el órgano competente habrá que acudir al Derecho Procesal Interno para concretar la competencia territorial³¹. Asimismo, el demandado debe de estar domiciliado en Europa para que el R. 1215/2012 pueda aplicarse en este caso.

Generalmente este foro es el más económico para ambas partes, por otorgar competencia a los tribunales más próximos al litigio y su competencia puede ser razonablemente prevista por ambas partes³². No obstante, en el caso de las acciones por ilícitos antitrust puede que nos topemos con serias dificultades derivadas del principio de ubicuidad tal y como veremos más adelante. Por último recordar que el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales es un foro de ataque al ser un foro alternativo al del domicilio del demandado³³.

2. Definición de obligaciones extracontractuales

11. Las demandas por daños y perjuicios provocadas infracciones del derecho antitrust que planteen compradores indirectos, consumidores finales o cualquier otro perjudicado que no sea parte de un contrato con la empresa infractora se consideran de carácter delictual a los efectos de determinar la competencia internacional del tribunal que conozca del asunto³⁴. Incluso en aquellas ocasiones, en las que existiese un contrato, la acción podrá ser extracontractual puesto que la infracción y el perjuicio que genera pueden no estar cubiertos por el contrato tal y como se plantea en el caso *CDC Hydrogen Peroxide*. Asimismo, en aquellos casos en los que dos o más empresas hubiesen participado en un cártel que ha provocado daños a los demandantes, todas las empresas participantes en el cártel podrían ser responsables de los daños y perjuicios supuestamente causados con independencia de posibles relaciones contractuales³⁵.

12. El TJUE define “extracontractual” por exclusión: Cuando no hay contrato, la reclamación se podrá considerar extracontractual³⁶. Las obligaciones derivadas del incumplimiento del Derecho antitrust al tener carácter obligatorio se consideran extracontractuales³⁷. Dentro de esta definición entrarían,

³⁰ STJUE, 28 enero 2015, *Kolassa*, C. 375/13, aptdo. 43 y STJUE, 5 junio 2014, *Coty Germany*, C 360/12, apdos. 43-45.

³¹ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1063.

³² STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998 p. 6511. A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 1064.

³³ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 247.

³⁴ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7035 y s.

³⁵ J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, N° 1, pp.186-225.

³⁶ C. ORÓ MARTINEZ, “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional” en *Diario La Ley*, 3.11.2015.

³⁷ Véase art. 11 de la Directiva de Daños. Sobre la Directiva y su transposición al Derecho Nacional véase, A. CALVO CARAVACA, J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *CDT*, Vol. 7 N°2, pp. 114-157.

³⁸ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064; J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en *CDT*, Vol /, N° 1, pp.186-225; R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten”, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

³⁹ BGH, 11 febrero 1988, I ZR 201/86, disponible en *RIW* 1988, pp. 397-398; STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539; STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988, p. 5565apdo 19; STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992 p. 825, STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511, STJCE, 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000, *Rec.* 2002, p. 07357; STJCE, 5 febrero 2004, *Frahul*, C 265/02, *Rec.* 2004, p. 01543.

por tanto, las acciones por daños y perjuicios causados por un ilícito antitrust por los miembros de un cártel a sus clientes o el abuso de posición dominante por una empresa y el daño que genere al resto de participantes en el mercado afectado por el abuso. Desde la sentencia *Mines de Potasse de Alsace*, en la que el Tribunal Europeo establecía que el hecho dañoso incluye tanto el lugar del hecho generador del daño como el lugar en el que el daño ocurre, el debate no ha cesado y los tribunales nacionales y europeos se han ido enfrentando a diversos supuestos tales como: daños a distancia, daños plurilocalizados, “deslocalizados” y los daños a la imagen o derechos de propiedad intelectual que puedan provocarse en el ámbito de internet o incluso los que pueda generar un cártel³⁸. En las sentencias *Shevill*, *Kronhofer*, *E-Date*, *Wintersteiger*, *Pinckney*, y también en las sentencias *Hejduk* y *CDC Hydrogen Peroxide* podemos encontrar los criterios que nos servirán para determinar el foro en nuestro caso³⁹. Aunque a primera vista parezca fácil determinar este lugar y por tanto fijar la competencia en base a este foro especial, nos encontramos ante una definición controvertida y en continua evolución por parte del TJUE. Así, desde la sentencia *Mines de Potasse*, la jurisprudencia y la doctrina discuten con cierta regularidad y frecuencia sobre la mejor forma de fijar el lugar del hecho dañoso, adaptando esta definición a múltiples supuestos con entre otros daños plurilocalizados, ilícitos a distancia, hechos y daños repartidos⁴⁰. Finalmente, por un lado las nuevas tecnologías y en particular Internet y por el otro negocios más clásicos como los cárteles transnacionales han reavivado el debate en torno a las definiciones del lugar del “hecho dañoso”⁴¹.

3. Determinación del lugar del hecho dañoso o lugar del daño

13. De la primera frase del art. 7.2 R. 1215/2012 se desprende que sólo se aplicará en aquellos casos en los que el hecho dañoso hubiese ocurrido en un lugar distinto de la residencia del demandado⁴². Esto sigue la lógica del propio Reglamento, puesto que el principio general de la competencia de los tribunales en el lugar de residencia del demandado ya está previsto en el art. 4 R. 1215/2012. De esta forma no es necesario que el demandante recurra al art. 7.2 R. 1215/2012. Es más, este foro es especial por lo que su aplicación debería ser excepcional frente a la norma general del domicilio del demandado. La jurisprudencia del TJUE ha sido especialmente prolífica aclarando la aplicación de esta norma a diversos supuestos con daños plurilocalizados, a distancia así como diversos tipos de conductas. Las bases para fijar el lugar del hecho dañoso, las sienta la sentencia *Mines de Potasse* en la que el TJUE evitó seguir los pasos de la sentencia *Tessili* al establecer que el lugar de los hechos debe interpretarse de forma autónoma y no según la *lex fori*⁴³. A continuación resumimos las principales teorías y el debate para luego analizar su aplicación a las acciones derivadas de ilícitos antitrust.

A) La ubicuidad: Mines de Potasse; Torline, Kronhofer, Zuid Chemie

14. Comencemos con el supuesto *Mines de Potasse*: El hecho generador tuvo lugar en un país y el daño en otro país. En estos casos, el TJUE considera que el lugar del hecho dañoso, incluye tanto

³⁸ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, Rec. 1976, p. 1735.

³⁹ STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C 68/93, Rec. 1995, p. 00415. STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004p. 6009, STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, Rec. 2009 p. 06917. STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, Rec. 2011, p. 10269. STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10. STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12. STJUE, 22 enero 2015, *Hejduc*, C441/13. STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁴⁰ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064.

⁴¹ STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004p. 6009, STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, Rec. 2009 p. 06917. STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13.

⁴² P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“, en *WuW* 2012, pp. 797-807, p.798. R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten“, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

⁴³ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, Rec. 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

el lugar en el que ocurre el hecho que provoca el daño como el lugar en el que el daño ocurre⁴⁴. Esta amplia interpretación se debe a dos motivos. En primer lugar, la opción del lugar del hecho dañoso fue incluida como alternativa ya que en muchos casos el lugar en el que sucede el hecho que provoca los daños coincide con el domicilio del demandado. En segundo lugar, la jurisdicción especial se justifica con la conexión entre el asunto y el tribunal que así puede conocer del asunto por ser más cercano a los hechos relevantes. Tanto el lugar en el que ocurren los hechos que provocan el daño como el lugar en el que el daño ocurre pueden estar estrechamente conectados con el litigio. El TJUE establece que en los casos de ilícitos a distancia como es el caso de *Mines de Potasse*, el “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal” como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el resultado lesivo o el daño⁴⁵. Esto se debe a que en ambos Estados miembros el del hecho causal y el del resultado lesivo presentan la misma proximidad con el litigio.

De la afirmación anterior se desprende que el demandante puede escoger entre los tribunales del Estado miembro donde se produjo el hecho generador del daño o como luego detallaremos, los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el daño o lesión. Para poder demandar en el lugar donde se han verificado el hecho causal, este hecho tendrá que haber causado el daño reclamado de forma directa⁴⁶.

El principio de ubicuidad no persigue favorecer a la víctima aunque acaba mejorando la posición del actor, porque en numerosas ocasiones el resultado lesivo se genera en el país en el que se encuentre su centro de intereses o su domicilio⁴⁷.

B) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, Shevill y Kronhofer

15. Los daños plurilocalizados se generan cuando un mismo ilícito por ejemplo un cártel de incremento de precios afecta a varios países y produce daños que se verifican en distintos países. En este tipo de supuestos y en relación a otro tipo de acciones, el TJUE aplica desde la sentencia *Shevill*, la tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*. Según esta tesis, el tribunal del Estado en cuyo territorio se hayan producido los daños dispone de competencia judicial internacional sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro⁴⁸. Los daños verificados en otros Estados tendrán que ser tratados ante los tribunales del Estado que corresponda.

16. Según la doctrina *Shevill* la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” utilizada en el art. 7.2 R. 1215/2012 debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, o bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en el que la publicación haya sido difundida y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido⁴⁹. En este caso, el lugar del hecho causal sólo puede ser el de

⁴⁴ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

⁴⁵ STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735; STJCE, 5 febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917.

⁴⁶ STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917, apdo. 26.

⁴⁷ Véase por ejemplo STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C 68/93, *Rec.* 1995, p. 00415.

⁴⁸ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1067. STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 19 septiembre 1995, *Marinari*, C 364/93, *Rec.* 1995, p. 415.

⁴⁹ 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

establecimiento del editor, por ser el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha publicado y difundido, y sus tribunales serán competente para la reparación de la totalidad los daños y perjuicios sufridos.

Así, este foro coincidiría normalmente con el lugar de domicilio del demandado aunque al demandante se le ofrece como alternativa reclamar ante los tribunales de aquellos lugares donde se hubiese materializado el daño con ciertas limitaciones como hemos visto. Estos tribunales estarían más cualificados desde la perspectiva geográfica para apreciar el alcance del perjuicio correspondiente en base a las reglas de buena administración de justicia aunque sólo en relación al daño sufrido en su territorio, lo que provoca el fraccionamiento de la acción.

17. En la sentencia *Kronhofer*, el TJUE nos recuerda que la aplicación de la doctrina *Shevill* debe ser restrictiva. En este asunto, el perjudicado que vivía en Austria sufrió un grave perjuicio ocasionado por una sociedad que administraba patrimonio sita en Alemania en negocios especulativos realizados en Londres. El Tribunal Supremo Austríaco OHG consideraba que los daños sufridos en Alemania formaban parte del patrimonio total del perjudicado que debido a su domicilio debía localizarse en Austria. El TJUE rechazó este argumento al considerar que el dinero había sido transferido a Alemania por lo que el lugar en el que se había generado el daño era Alemania y ni Austria ni Londres beneficiando así a las entidades financieras⁵⁰. Según el Tribunal de Justicia, la definición restrictiva se debe al carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012. Esta expresión no alcanza al lugar del domicilio del demandante en el que se encuentre el «centro de su patrimonio», *sólo por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado contratante*⁵¹.

18. En aquellos casos en los que se haya perjudicado directamente los intereses económicos de la víctima habrá que acudir al lugar en el que se encuentra el interés económico concreto perjudicado. En el asunto *Torline* un armador danés quiso reclamar en el foro de su domicilio el daño causado por un sindicato sueco por paralizar uno de sus barcos que realizaba la ruta Göteborg (Suecia)- Harwich (Gran Bretaña). El TJCE concluye en esta ocasión que el domicilio del armador no bastaba para justificar que el daño se había sufrido en Dinamarca puesto que se necesitaban conexiones adicionales tales como por ejemplo el registro del barco en Dinamarca⁵².

Por tanto, el foro del lugar en el que se ha materializado el daño, sólo se justifica por la cercanía de pruebas y la necesidad de tramitar el litigio de la forma más razonable posible por lo que no puede socavar el principio de *forum rei* en el domicilio del demandado⁵³. De esta premisa se desprende que el lugar en el que ocurre el daño directo al bien protegido es relevante mientras que el lugar de los daños secundarios carece de importancia a la hora de fijar la competencia judicial internacional⁵⁴.

C) Daños plurilocalizados e Internet: E-Date, Wintersteiger, Pinckney

19. El TJUE ha aprovechado los asuntos acumulados *eDate* para revisar la definición del lugar del hecho dañoso en el caso de la difamación en el contexto de Internet profundizando y matizando la

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.

⁵⁰ STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“ en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

⁵¹ STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20.

⁵² STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, Rec. 2004 p. 1417.

⁵³ STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, Rec. 2004 p. 1417, apdo. 14; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, Rec. 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

⁵⁴ G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515.

doctrina *Shevill*⁵⁵. Los dos casos acumulados se refieren a la vulneración de los derechos de la personalidad a través de la publicación de información supuestamente ofensiva publicada en medios digitales y de difusión en más de un Estado miembro. Las cuestiones planteadas por el *Bundesgerichtshof* alemán en un caso y por el *Tribunal de la Grande Instance* de París en el otro se refieren tanto a la acción de cesación como a la compensación por los daños generados por la vulneración. La primera de las cuestiones versa sobre la interpretación del “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” recogida en el art. 7.2 R. 1215/2012 “cuando se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de internet”⁵⁶. El TJUE insiste una vez más en la autonomía interpretativa del Reglamento remitiéndose a su sistema y objetivos⁵⁷.

Así, la excepción del art. 7.2 R. 1215/2012 a la regla del domicilio del demandado se justifica en la conexión particularmente estrecha entre la controversia y el tribunal del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso, que permite una buena administración de justicia y una sustentación adecuada del proceso⁵⁸. En este sentido, “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” se refiere tanto al del hecho causal como al lugar donde se ha producido el daño puesto que ambos lugares *pueden constituir una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial, dado que cada uno de ellos puede según estas circunstancias proporcionar una indicación particularmente útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustentación del proceso*⁵⁹.

Continúa el TJUE resaltando la diferencia entre una publicación impresa convencional de carácter territorial en la que el editor se dirige a aquellos territorios en los que quiere publicar y una publicación en internet que se caracteriza precisamente por la ubicuidad de los contenidos que pueden ser consultados por un número desconocido de internautas en cualquier lugar del mundo y con independencia del emisor y fuera de su control⁶⁰. Así el carácter universal de internet bloquea el criterio relativo a la difusión de la doctrina *Shevill*. Por otra parte, el TJCE también reconoce que es difícil cuantificar la difusión en relación a un Estado concreto y evaluar el daño sufrido en ese Estado miembro⁶¹.

20. El TJUE compara la dificultad de aplicación del criterio del lugar donde se ha producido el daño con la gravedad de la lesión del perjudicado cuya personalidad se puede ver dañada en cualquier lugar del mundo. Por ello concluye el tribunal que hay que adaptar la doctrina *Shevill*

*en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que se haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de justicia*⁶².

⁵⁵ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269.

⁵⁶ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 37.

⁵⁷ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 38 y STJCE, 16 Julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 17. I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet”, en *CDT*, 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301. Sobre la sentencia *Zuid Chemie* véase N. GONZÁLEZ URRIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el Art. 5.3. del R. 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009” en *CDT*, 2011 Vol. 3, Nº 1, pp. 290-295.

⁵⁸ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 40. STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 24.

⁵⁹ STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719, apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, apdo. 41.

⁶⁰ STJCE, 7 marzo 1995, C-68/93 *Shevill*, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 42.

⁶¹ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo 46. Véase al respecto: I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet” en *CDT* 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301 y E. TORRALBA MENDIOLA, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, en *InDret*, enero 2012, pp-1-37. Consultado por última vez el 13.04. 2012 en http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf

⁶² STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 48.

21. El centro de intereses del perjudicado puede ser tanto su lugar de residencia como otros lugares cuando existan vínculos particularmente estrechos como es el lugar de ejercicio de una actividad profesional⁶³. Por otra parte, el TJCE considera que este nuevo criterio es conforme con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia respecto al demandado dado que éste conoce los centros de intereses de los perjudicados a la hora de publicar el contenido lesivo. Así, este criterio mantiene el balance al permitir que el demandante pueda fijar con facilidad el tribunal al que dirigirse mientras que el demandado puede prever razonablemente el tribunal ante el que podrá ser demandando⁶⁴.

22. La sentencia *Wintersteiger* aunque también se refiera a Internet y daños plurilocalizados trata la vulneración de derechos de la propiedad industrial y no de la personalidad. Los derechos otorgados por una marca se refieren a un territorio concreto y no a todos por lo que el titular sólo puede invocar sus derechos en el lugar en el que se encuentre debidamente registrada la marca. El daño se produce en el Estado en el que se protege el derecho en cuestión⁶⁵. Los tribunales del Estado en el que se encuentra el registro de la marca se encuentran en la mejor posición para evaluar la posible lesión.

Ahora bien, la limitación territorial de la marca no limita la competencia judicial internacional en otros Estados cuando se derive del lugar del hecho causal. El hecho generador de la eventual vulneración del derecho de marca reside, pues, en la conducta del anunciante que recurre al servicio de referencias para su propia comunicación comercial. En este punto el TJUE vuelve al lugar de establecimiento del anunciante o leser por ser este el lugar en el que se desencadena el proceso de exhibición del anuncio y posible vulneración de derechos⁶⁶.

El TJUE concluye que

el art. 5, número 3, del R. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante⁶⁷.

23. Por último en la sentencia *Pinckney* el Tribunal de Justicia ha extrapolado la jurisprudencia *E-Date* y *Wintersteiger* a los derechos patrimoniales de autor⁶⁸. Los derechos patrimoniales están sujetos al principio de territorialidad por lo que pueden ser vulnerados en cada uno de los Estados en los que están protegidos.

4. El lugar del hecho dañoso en los ilícitos antitrust

24. En los apartados anteriores se ha resumido la definición del lugar del hecho dañoso en relación a la contaminación medioambiental, publicaciones internacionales, Internet, mercados financieros internacionales etc. Como se ha indicado al comienzo del presente estudio, el TJUE se ha pronunciado en Mayo de 2015 sobre acciones derivadas de ilícitos antitrust. Con anterioridad, en Diciembre de 2014 el Abogado General JÄÄSKINEN emitió su opinión respecto a las cuestiones planteadas por el Tribunal Regional de Dortmund. A continuación analizaremos las conclusiones del Tribunal del Abogado Gene-

⁶³ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 49.

⁶⁴ STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 50. STJCE, 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung*, C 533/07, *Rec.* 2009, p 3327, apdo. 22 y STJCE, 12 mayo 2011, *BVG*, C-144/10, *Rec.* 2011, p. 03961, apdo. 33.

⁶⁵ STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 27.

⁶⁶ STJCE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 37.

⁶⁷ STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 40.

⁶⁸ STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12.

ral y de la doctrina⁶⁹. Como veremos la localización del hecho dañoso en este supuesto también plantea una dificultad interpretativa de cierta complejidad. Además, la falta de claridad y de seguridad en la definición del hecho dañoso en ilícitos antitrust podría haber invitado a muchos demandantes a dirigirse al domicilio del demandado sin poder hacer uso de las opciones establecidas en este foro especial.

25. A primera vista, el lugar del hecho dañoso en ilícitos anticompetitivos se puede fijar a primera vista en dos lugares: Lugar donde se ha adoptado el acuerdo y lugar donde se ha implementado el acuerdo. Como lugar del hecho dañoso o *Tort* también se ha definido el lugar donde ocurre la colisión de intereses de los participantes en el mercado, que suele coincidir con el lugar del mercado afectado⁷⁰. En efecto, el objetivo de la libre Competencia es satisfacer la demanda por lo que el lugar donde se encuentran sitios los compradores o consumidores del producto en cuestión será determinante.

Ahora bien, la disociación geográfica de los elementos del ilícito, que suele darse con frecuencia en los ilícitos antitrust puede generar serias dificultades a la hora de determinar el lugar del hecho dañoso. Este tipo de ilícitos se conocen como *multistate torts* o delitos plurinacionales. Además, precisamente un cártel internacional se caracteriza por lo siguiente: Empresas que operan en varios estados ya sea directamente o a través de filiales, acuerdan con competidores de su jurisdicción o de otros estados fijar las subidas de precios, repartirse mercados o países o cualquiera de los supuestos recogidos por la normativa para la defensa de la competencia, nacional y europea. Cuando la conducta afecte al mercado de varios estados miembros y como consecuencia de la doctrina de los efectos, la Comisión Europea serán competentes para determinar posibles sanciones etc. tal y como establece el R. 1/2003⁷¹. No obstante, como hemos visto, las reclamaciones de empresas y particulares contra las conductas ilícitas por los daños y perjuicios sufridos derivadas de las sanciones de la Comisión Europea deberán ser presentadas ante los tribunales nacionales.

26. ¿Cuáles son los elementos delictuales del ilícito antitrust a tener en cuenta para determinar la competencia de los tribunales?: ¿El acuerdo en cada domicilio social, las reuniones mantenidas por los miembros del cártel en sus domicilios, restaurantes, congresos o cualquier otro lugar en el que se hayan reunido los miembros del cártel, su implementación desde el domicilio de la matriz o el de las diferentes filiales en los mercados afectados o el lugar de la venta al comprador directo o al final? Todos ellos han podido tener lugar en sitios geográficamente distintos y en diferentes Estados miembros. Lo único que parece claro a primera vista es que nos encontramos ante un caso de *multistate tort* que afecta a las jurisdicciones de varios Estados. Este ejemplo no es puntual ni de laboratorio sino más bien el día a día de los ilícitos antitrust sancionados por la Comisión Europea que luego pueden servir de base para las acciones por daños y perjuicios como hemos podido ver en los ejemplos citados en la Introducción y como se plantea en el caso que nos ocupa.

Lo anterior nos muestra que estas acciones presentan los problemas más relevantes suscitados en torno al art. 7.2. R. 1215/2012, ya que estos ilícitos provocan:

1. Daños directos plurilocalizados cuando las conductas ilícitas afectan a los mercados de más de un Estado,
2. afectan a víctimas indirectas,
3. provocan daños indirectos cuando los daños directos, por ejemplo un sobreprecio es repercutido parcialmente a los consumidores finales o provocan la subida de precios de empresas ajenas al cártel y por último
4. también pueden adoptarse “a distancia” generando daños en territorios distintos a los del lugar del acuerdo.

⁶⁹ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Hydrogen Peroxide SA*, C352/13, apdo. 104.

⁷⁰ Esto se desprende del reconocimiento de la competencia de los Estados para determinar su constitución económica y el ordenamiento aplicable a los mercados que se encuentran dentro de su territorio. W. VELKEEN, “Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht“, en J. BASEDOW (Coord.) *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316, p. 307.

⁷¹ A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo, Tomo I Parte General*, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p. 341.

Como hemos mencionado, existen diversas soluciones doctrinales y jurisprudenciales que desarrolladas a partir de *Mines de Potasse d'Alsace* solucionan tan sólo parte de los problemas planteados que la localización del hecho generador del daño y del lugar donde se produjo el perjuicio sigue siendo motivo de controversia. A continuación resumimos las principales opciones antes de analizar la sentencia CDC y sus conclusiones.

A) Lugar o lugares de adopción del acuerdo ilícito o decisión ilícita

27. Parte de la doctrina sostiene que el lugar del hecho dañoso puede ser aquel en el que el acuerdo prohibido o decisión ilícita han sido adoptados⁷². La decisión o acuerdo del cártel, por ejemplo la concertación de precios es una actividad ya que los miembros del cártel se coordinan entre ellos y definen su comportamiento en los distintos mercados. Por tanto, el lugar en el que se adopta el acuerdo puede ser considerado como lugar del hecho dañoso⁷³. Aunque puede que el lugar sea casual o que haya sido fijado conscientemente por los infractores, los hechos han sucedido en el lugar determinado por ellos.

Así, el Tribunal Regional de Dortmund en sus cuestiones prejudiciales ya apunta a este problema cuando resalta que en cárteles de larga duración con numerosas reuniones en distintos lugares, los posibles foros en cada lugar de adopción de acuerdos o reuniones podrían ser poco apropiados para conocer el caso por completo y el total del daño reclamado⁷⁴. Aunque se diese la causalidad necesaria para una única infracción continuada prohibida por el art. 101.1 TFUE, el Tribunal pregunta si existe la conexión mínima necesaria con cada uno de los foros posibles. Sin perjuicio de la cuestión planteada prejudicial por el Tribunal de Dortmund en cada uno de estos lugares se ha desarrollado una parte esencial del hecho generador del daño y estos lugares han sido fijados por los propios infractores por lo que no pueden considerarse completamente imprevisibles.

A este respecto y en otro contexto el TJCE ha definido una infracción del art. 101 TFUE como una conducta compuesta de dos elementos: La adopción del acuerdo o toma de decisión o práctica concertada y la implementación de éstos⁷⁵. Si el lugar del hecho dañoso se refiriese a ambos lugares es decir el de la adopción del acuerdo y el de su implementación, entonces el demandante podría demandar en ambos lugares al demandado. Los dos emplazamientos podrían considerarse como lugar del hecho dañoso a los efectos de fijar la jurisdicción de los tribunales. Así, la jurisdicción en el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo coincidiría con los principios fijados por el TJCE en la sentencia *Shevill*⁷⁶.

28. En contra de esta definición se ha argumentado que puede resultar extremadamente complejo fijar el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo y más aún probar los hechos en cuestión. Esto se debe a que el lugar de adopción de un acuerdo puede ser fortuito y no estar relacionado con la práctica en sí o con su implementación. Como hemos visto, en muchas ocasiones los miembros de un cártel se reúnen y adoptan acuerdos ilícitos en terceros países precisamente para evitar a las autoridades de defensa de la competencia de sus países de origen o de los mercados que vayan a resultar afectados por la conducta. Puede que los miembros de un cártel que afecta al mercado alemán decidan reunirse en el aeropuerto de

⁷² J. FAWCETT, P. TORREMANS, "Intellectual Property in Private International Law" Oxford, OUP 1998, p. 424; P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193.

⁷³ D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law", en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p.18; J. BASEDOW, "Jurisdiction and applicable Law" en J. BASEDOW, *Private enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229- 250; J. BASEDOW, "Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht", en *FIW* (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136; P. MANKOWSKI, "Art. 5 Brussels I Regulation", apdo. 228a, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier, 2007; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 94. H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, p. 129.

⁷⁴ LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O (Kart) 23/09, apdo. 31 y ss.

⁷⁵ STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 16-18.

⁷⁶ STJCE, 7 marzo de 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 24 y 33.

Zúrich, Suiza para evitar a las autoridades alemanas o austríacas⁷⁷. Es conocido que el secretismo que rodea a un cártel o a una conducta ilícita dificultan la determinación del lugar del hecho dañoso puesto que los autores de la conducta tratan de evitar dejar pruebas que sirvan a las autoridades para acreditar la existencia de los hechos punibles. Tampoco se puede ignorar que el carácter complejo de este tipo de acuerdos y conductas también aumenta las dificultades fijar el lugar de adopción del acuerdo de forma clara y evidente. Los cárteles de larga duración consisten en distintas reuniones que tienen lugar en diferentes territorios. En cada reunión puede haberse adoptado por ejemplo, una subida de precios para un período de tiempo concreto o no y esto puede haber perjudicado al demandante en años sucesivos.

29. Del debate descrito se desprende que por lo menos en los casos relativos a cárteles de larga duración y con varios lugares en los que se haya adoptado el acuerdo, la definición actual con más de un lugar del hecho dañoso llevará la multiplicación de los posibles foros. Existe además el riesgo de que estos foros no presenten la conexión suficiente para que resulte apropiado conocer el caso.

El Abogado General JÄÄSKINEN en el asunto *CDC* adelanta en sus conclusiones que evitar la multiplicación de criterios de competencia judicial internacional respecto a una misma relación jurídica y garantizar la seguridad jurídica tanto de los demandantes como de los demandados, mediante la posibilidad de prever con certeza el foro competente, forman parte de los objetivos del R. 1215/2012⁷⁸.

Continúa afirmando que los puntos de conexión deben de permitir determinar el tribunal que esté *objetivamente mejor situado para apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada*. Debido a la duración y complejidad del cártel, los posibles foros se multiplican y no se pueden fijar o localizar el hecho causante de los daños de forma previsible. Por ello, JÄÄSKINEN considera que, por analogía a la doctrina *Besix*, el art. 7.2 R. 1215/2012 no puede aplicarse a un cártel de larga duración que ha restringido la competencia en el conjunto del territorio de la Unión Europea y que ha provocado víctimas dispersas en un gran número de Estados Miembros⁷⁹. De esta forma concluye que *los criterios jurisprudenciales de definición del “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” son inoperantes debido a la dispersión geográfica de las causas y efectos de los daños alegados*⁸⁰.

30. El TJUE en la sentencia *CDC* analiza las conclusiones de JÄÄSKINEN y comienza aclarando que aunque los compradores se abastecieron a través de contratos el hecho generador tiene origen extracontractual ya que no se trata de un incumplimiento de obligaciones contractuales sino en la “imposibilidad para el comprador de abastecerse” a un precio fijado conforme a las leyes del mercado. El TJUE continúa identificando el hecho generador de forma abstracta en la constitución del cártel. Tras la constitución del cártel las empresas participantes consiguen con acciones y/u omisiones bloquear la libre competencia falseando precios⁸¹. Si este lugar se conoce, por ejemplo, el lugar de una reunión en la sede de una de las empresas fácilmente estaremos ante una conexión particularmente estrecha entre el litigio y los tribunales del lugar del acuerdo, probablemente incluso exista una decisión sancionadora previa que se refiera al mercado de este lugar. De esta forma se justifica una atribución por razones de buena administración de la justicia y sustantación adecuada del proceso⁸².

Ahora bien el propio Tribunal es consciente de las limitaciones de esta opción al reconocer que en los casos como el del litigio en los que nos encontremos ante un cártel de larga duración con distintos escenarios y lugares de adopción de acuerdos no será posible identificar un único lugar de adopción del acuerdo. Esto por supuesto no se aplica en aquellos casos en los que se pueda identificar el hecho generador

⁷⁷ BkrtA, 28 enero 2011, B12/11/09 *Feuerwehrfahrzeuge*.

⁷⁸ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

⁷⁹ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

⁸⁰ Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104. STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/00, *Rec.* 2002, p. 01699.

⁸¹ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 44.

⁸² STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 39; STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11, apdo. 26 y STJUE, 3 abril 2014, *Hi Hotel HCF*, C-387/12, apdo. 28.

concreto supuestamente causado a un comprador concreto. Así, si un acuerdo del cártel se refería a un único cliente o comprador éste podrá reclamar en el lugar de adopción de dicho acuerdo anticoncurrencial.

Por tanto, el TJUE en contra de lo argumentado por JÄÄSKINEN y aunque nos encontremos ante cárteles de larga duración y multitud de reuniones y lugares de adopción y adaptación de los acuerdos, recuerda también que estamos ante una única infracción. Así, el alto Tribunal concluye que basta con la identificación del “*hecho concreto con ocasión del cual fue definitivamente constituido el referido cártel, o bien fue concluido un arreglo que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador*”.

B) Lugar de materialización del perjuicio

31. Parte de la doctrina propone siguiendo la línea *Kronhofer* que la consecuencia de un acuerdo ilícito es la subida del precio y por tanto el lugar en el que se genera el daño es aquel en el que el perjudicado tiene su cuenta bancaria o paga el dinero. Esta opinión se considera ya obsoleta y la mayoría de la doctrina había optado por centrarse en los efectos y por tanto por el lugar del mercado afectado⁸³. No obstante, probablemente después de *E-Date* y *CDC* esta corriente saldrá más reforzada. Así, la persona que se encuentra en un lugar concreto debe ser protegida por el derecho de su domicilio, puesto que este derecho es el más próximo y más relacionado a la persona y su entorno. De esta forma, los Estados Miembros también consiguen garantizar la seguridad jurídica que les exigen sus constituciones. Asimismo, el TJCE en el asunto *Dumez* ha sostenido que el lugar en el que ha ocurrido el daño puede entenderse como “*el lugar en el que el hecho o evento causal que provoca la responsabilidad delictual o cuasidelictual produce directamente los efectos perjudiciales a la persona que es la víctima inmediata*”⁸⁴.

32. Otra parte de la doctrina considera que el daño provocado por una infracción de la normativa europea antitrust ocurre en el lugar de la pérdida económica directa del demandante, por ejemplo el lugar en el que pierde la oportunidad de negocio⁸⁵. Otros autores consideran que el lugar relevante es aquel en el que el demandante sufre la bajada de ventas⁸⁶.

En los casos en los que el demandante alegue haber sufrido pérdidas por haber adquirido productos por un precio excesivo el daño relevante y directo se produce en el lugar en el que los bienes o servicios son adquiridos. Este podrá fácilmente coincidir con el domicilio del demandante⁸⁷.

También se ha afirmado que limitar la jurisdicción a los tribunales del mercado afectado puede ser contrario al principio de equivalencia del Derecho de la Competencia Europeo⁸⁸. Si la rentabilidad de una filial se ve afectada por un cártel ilegal, entonces la matriz que creó esa filial para entrar en el mercado afectado también ha sufrido el perjuicio. En estos casos, el daño económico directo habría ocurrido en el mercado afectado, esto es el mercado en el que opera la filial que implementa una conducta ilícita subiendo sus precios o fijando condiciones. Asimismo, no parece que el principio de efectividad justifique una interpretación más amplia del concepto de daño directo en casos relacionados con el Derecho antitrust Europeo. Es más, una interpretación estricta y según los criterios establecidos por el TJUE a la hora de fijar la jurisdicción según el art. 7.2 1215/2012 no impide ni dificulta de forma excesiva el ejercicio del Derecho de la Competencia Europeo tal y como establece el principio de equivalencia⁸⁹.

⁸³ G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“ en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 516.

⁸⁴ STJCE, 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. 49 apdo. 79-80.

⁸⁵ J. FAWCETT, P. TORREMAN, “Intellectual Property in Private International Law” en *OUP*, Oxford, 1998, p. 424.

⁸⁶ J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, *Private International Law*, 14ª ed. OUP, Oxford, Hart Publishing 2008, p. 256.

⁸⁷ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 95. U.K. H.C., *Provimi* (2003) EWHC 961, Comm, 2003 2, All ER (Comm) 683, 30.

⁸⁸ J. FITCHEN, “Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU”, en *MJECL* 2006, p. 398.

⁸⁹ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 96. STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619. STJCE, 10 julio 1997, *Palmisani*, C 261/95, *Rec.* 1997, p. 4025.

En este sentido no podemos olvidar el carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012 frente al principio rector del Reglamento, esto es el foro del demandado. Por ello, las excepciones deben de ser interpretadas de forma estricta. Finalmente el principio de equivalencia debe aplicarse a los conflictos entre las normas nacionales y el Derecho Comunitario Europeo y no para corregir la interpretación del TJUE de un Reglamento Comunitario⁹⁰.

33. La experiencia de derecho comparado y de los tribunales nacionales merece una breve reseña antes de presentar la solución del Tribunal de Justicia. Por un lado el *Tribunale di Monza* en el asunto *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* ha tratado esta cuestión en una reclamación delictual basada en la supuesta conducta anticompetitiva del demandado⁹¹. El demandante, una empresa italiana acusaba a una empresa alemana de prácticas anticompetitivas en Alemania con el objeto de expulsar a la demandante del mercado alemán. Así, alegó que el “lugar en el que el daño ocurre” coincide con el sitio en el que surgen las circunstancias perjudiciales y se traducía en la pérdida de negocio del demandante como consecuencia de la conducta anticompetitiva del demandado. Puesto que el daño tuvo lugar en Alemania el tribunal italiano se declaró no competente rechazando así el criterio del daño indirecto propuesto por el demandante⁹².

34. Por otro lado, la sentencia *Saba Molklycke v Procter & Gamble* dictada por los tribunales noruegos contiene una definición del lugar en el que tuvo lugar el daño económico directo en relación a demandas por competencia desleal⁹³. La demanda fue iniciada con el objeto de obtener compensación por la disminución de las ventas de los productos del demandante en Noruega. La Corte de apelación de Tonsberg dictó que el hecho dañoso mencionado en el art. 7.2 R. 1215/2012 se puede referir al daño causado por prácticas desleales por lo que el daño, esto es la reducción de las ventas sucedió en Noruega tanto respecto a la causa como a los efectos de las prácticas. De este modo la reducción de las ventas en una demanda por competencia desleal se debe considerar como el efecto directo e inmediato. Aunque este asunto se refiera a competencia desleal sus conclusiones pueden aplicarse a acciones por daños y perjuicios provocados por un ilícito antitrust⁹⁴. Esta solución coincidiría a su vez con el criterio del mercado afectado establecido en el art. 6.3 Reglamento Roma II⁹⁵.

35. En el asunto *CDC* el TJUE se refiere a la sentencia *Zuid Chemie* para recordar que el lugar de materialización de daño es el lugar en donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta⁹⁶. En casos del perjuicio causado por un sobreprecio causado por un cártel ese lugar “sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella”. De esta forma el TJUE permite la jurisdicción en el foro del actor ya que este permite una sustantación eficaz del proceso al depender de aspectos propios de la situación de esta empresa. El Tribunal reconoce que serán los tribunales del foro los mejor situados para conocer del litigio⁹⁷. Ahora bien el TJUE se refiere sólo a la totalidad del perjuicio causado a la empresa perjudicada con domicilio en el foro y su acción frente a uno o varios miembros del cártel. Demandantes como *CDC* que agrupan bajo la figura de la cesión de créditos las indemnizaciones de varias empresas deberán presentar demandas individualizadas en el domicilio de cada perjudicada en virtud de la jurisprudencia *ÖFAB* ya que la cesión no tiene

⁹⁰ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 96.

⁹¹ U.K. H.C. *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* Foro pad 1979, I, 225, citado y resumido en J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, OUP 1998, pp. 424-425.

⁹² J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law en OUP*, Oxford, OUP 1998, p. 425.

⁹³ Agder Lagmannsrett, Tribunal de apelación de Tonsberg, Noruega, *Saba Molnlycke AS v Procter & Gamble Scandinavia Inc* (1997) *ILPr* 704, para 12.

⁹⁴ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 98. J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154.

⁹⁵ Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable en las obligaciones extracontractuales conocido como R. Roma II. En adelante R. Roma II.

⁹⁶ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 52; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/09, *Rec.* 2009, p. 06917, apdo. 27.

⁹⁷ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 53;

incidencia en la determinación del tribunal competente⁹⁸. De esta forma CDC se ve obligado a acudir al foro del domicilio de uno de los demandados para conseguir agrupar su reclamación en un solo procedimiento. Así, aunque el importe reclamado por CDC provenga de 71 cesiones de crédito y la Comisión Europea consideró en su decisión sancionadora que se trataba de una sola conducta continuada y de larga duración el lugar de materialización del daño se deberá determinar en relación a cada crédito indemnizatorio.

C) Lugar de implementación del acuerdo o decisión anticoncurrencial

36. El TJUE no valora en la sentencia CDC el lugar de implementación del cartel como otro posible punto de conexión aunque tampoco lo excluye por lo que puede que en el futuro nos topemos con litigios en los que los demandantes traten de justificar la competencia de los tribunales del lugar en el que se ha implementado el acuerdo y que sea distinto del lugar de constitución del cartel y del domicilio del perjudicado. El hecho delictual se completa cuando se implementa el acuerdo o abuso en un mercado concreto⁹⁹. Por tanto, la implementación también puede ser causal para el daño. La implementación no se compone tan sólo de la coordinación y control de las actividades relevantes como por ejemplo, reuniones o actividades en asociaciones sino que el mero intercambio de información sobre precios, cantidades, descuentos o similares pueden suponer actividades relevantes para la implementación del acuerdo¹⁰⁰. La implementación también se da en el lugar en el que se traslada el precio acordado a la cadena de suministro o a un mercado concreto o en el lugar en el que se fija un precio en base a un acuerdo adoptado en otro lugar. En el caso de un reparto de mercado la actividad consistiría en respetar un mercado concreto dejando que actúen otros¹⁰¹. En el caso de grandes multinacionales participantes en un cártel transnacional el lugar en el que se adopta la decisión podrá ser el domicilio de la matriz que puede ser la que haya autorizado la consulta y ordenado a sus filiales implementarla. Fijar el foro en este lugar no supone un perjuicio para los demandados ya que este coincidiría con el foro del domicilio del demandado en base a los arts. 4 y 63 R. 1215/2012. Ahora bien, considerar que el domicilio es el único lugar en el que se ha implementado la conducta prohibida puede generar dificultades al privilegiar a los demandados bloqueando otros posibles foros y menoscabando el carácter de delito de mercado de este tipo de ilícitos¹⁰².

Los tribunales británicos siguieron este criterio en la sentencia *Provimi* al afirmar que el acto de implementación es lo que podría provocar el daño a los demandantes¹⁰³. Sin embargo, en este asunto no se trata de forma particular el lugar en el que el hecho dañoso ha ocurrido. El Tribunal Regional *Dortmund* en su sentencia sobre el cártel de las vitaminas del año 2005 tampoco valora el lugar de los hechos como lugar determinante a efectos de fijar su competencia judicial siguiendo la doctrina *Shevill*¹⁰⁴. El lugar en el que se ha adoptado el acuerdo ilícito o el domicilio de otro cartelista son para el *Landgericht* irrelevantes ya que se basó en el *Erfolgsort* o el lugar del daño¹⁰⁵ como el TJUE en el caso CDC.

⁹⁸ STJUE, 21 mayo 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C 352/13, apdo. 55, STJUE, 18 julio 2013, *ÓFAB*, C 147/12, apdo. 58.

⁹⁹ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

¹⁰⁰ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰¹ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰² P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

¹⁰³ UK H.C., 6 mayo 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. al.* 2003 EWHC 961, apdo. 38. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, "The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private antitrust Litigation in Europe" en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

¹⁰⁴ G. MÄSCH, "Vitamine für Kartelloffer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

¹⁰⁵ El LG Dortmund no siguió los principios de *Kronhofer* y *Torline* en primer lugar porque su sentencia es anterior a las citadas. No obstante este tribunal ni siquiera entra a justificar su decisión al ignorar que el lugar en el que se daña el bien jurídico protegido y considera el lugar del patrimonio como el lugar relevante a efectos del art. 5.3. del R. 44/2001. G. MÄSCH, "Vitamine für Kartelloffer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

D) Valoración

37. Las demandas basadas en infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE merecen un trato particular y diferenciado¹⁰⁶. Esto se debe a que se trata de normas fundamentales que forman parte de la política de cada Estado miembro que provienen directamente del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que su aplicación no está limitada a un solo Estado miembro. Por tanto, las cuestiones respecto al hecho que constituye la infracción y el lugar en el que ocurre deben de ser respondidas de acuerdo al Derecho de la Unión Europea. Aunque cada lugar en el que se haya adoptado el acuerdo o parte del mismo pueda ser relevante, el foro debería limitarse a aquellos lugares que presenten más nexos con la acción y el delito en cuestión.

38. Aunque a primera vista pueda parecer imposible determinar todos aquellos lugares, las supuestas víctimas se basarán en el caso de demandas *follow on*, como es el caso *CDC*, en la decisión sancionadora de la Comisión Europea. Estas decisiones describen entre otros aspectos la conducta ilegal, los hechos y lugares de adopción de los acuerdos ilegales, la forma de implementarlos así como los mercados afectados. A mayor abundamiento, el criterio de previsibilidad se cumple con más facilidad respecto a los demandados ya que ellos mismo decidieron reunirse o adoptar las conductas ilícitas en los lugares que determinar según su propia voluntad. Los propios miembros del cártel determinaron en qué mercados actuar y cómo implementar sus acuerdos. Por lo tanto, estos lugares sí pueden ser previsibles para los demandados. Los demandantes por el contrario tienen que poder basarse en las decisiones sancionadoras que probablemente recogerán los lugares en los que se adoptaron los acuerdos para poder determinar el lugar del hecho dañoso. En efecto, este criterio sí parece cumplir con los requisitos del R. 1215/2012 por lo menos en relación a las acciones *follow on*. En las acciones *stand alone* la supuesta víctima evitará de forma automática este criterio para determinar el foro ya que seguramente no dispondrá de pruebas suficientes respecto a los hechos causantes del daño y tratará de optar por el lugar del daño o por el domicilio del demandado a falta de más información.

En conclusión, la Sentencia del TJUE en *CDC* establece que cada una de las víctimas “puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí sólo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social.

39. Sin embargo, del análisis realizado se desprende que dependiendo de la conducta ilícita, los demandantes que opten por el art. 7.2 R. 1215/2012 podrían escoger entre los siguientes foros:

- el domicilio de cualquiera de los infractores,
- cualquiera de los lugares en el que se haya acordado la conducta ilícita, distintos del domicilio del demandado y
- el lugar en el que la víctima sufre el daño directo que coincide con su domicilio.

Las dos primeras opciones se refieren al daño total, mientras que la tercera estaría limitada al daño sufrido localmente debido a la tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*, establecida por las sentencias *Shevill* y *Kronhofer*. Esto se debe a que no sabemos si la opción de acumulación de *E-Date* podrá también ser aplicada a este tipo de casos. Si la segunda se basa en el lugar en el que se ha adoptado un acuerdo o parte del mismo las posibilidades del foro podrán ser fortuitas. En muchos de estos casos el tribunal del foro puede no coincidir con el mercado afectado por la conducta. De lo anterior se desprende en principio que en muchos casos no se puede cumplir con los principios de previsibilidad y seguridad jurídica. Así las cosas, precisamente el abanico de opciones disponible para las víctimas de ilícitos anticoncurrenciales puede fomentar el *forum shopping* positivo complementando el efecto disuasorio vital para la eficacia del Derecho antitrust. A pesar de esta consecuencia positiva, a día de hoy, las dudas sobre su idoneidad o no para este tipo de acciones pueden llevar que las víctimas opten por el foro más

¹⁰⁶ M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

seguro, el del domicilio del demandado, en detrimento de foros más cercanos. Estas dudas en principio se resuelven con la sentencia *CDC*.

40. Ahora bien, el problema principal no sólo radica en la aplicación de numerosas normativas a los mismos hechos sino también en el desarrollo práctico y procesal de dicho litigio. Además, aunque se aplicase el derecho de un solo país el litigio seguirá siendo especialmente complejo. A mayor abundamiento la obtención de pruebas que acrediten los efectos en cada país puede ser especialmente compleja. Para poder calcular los daños sufridos en los distintos países habrá que llevar a cabo análisis de mercados en los mercados nacionales afectados que se basarán en documentos redactados en los idiomas de cada país. Asimismo los interrogatorios de testigos de distintos países también podrían resultar necesarios. Si bien el Derecho de la Unión Europea ha facilitado la obtención de pruebas de otros Estados miembros siguen existiendo dificultades sustanciales.

Las dificultades de este tipo son por tanto abundantes y provocan que los demandantes dividan sus demandas y demanden en cada Estado por lo que la situación a día de hoy es insatisfactoria. Precisamente vehículos como la acumulación de créditos y cesión a entidades especializadas permiten plantear de forma viable acciones que de forma individualizada resultarían prácticamente imposibles. Por tanto, en nuestra opinión se debe de aplicar *E-Date* a estas acciones además de considerar que el lugar del daño coincide con uno de los mercados afectados y permitir la acumulación para racionalizar el proceso en la misma medida que se puede someter el cartel a un solo procedimiento sancionador y se puede determinar un solo derecho aplicable tal y como reconoce el art. 6.3.b Reglamento Roma II. Se trata de una vinculación próxima y razonable que se corresponde con la línea seguida en los R. Roma I y II relativos al Derecho aplicable.

41. Los posibles abusos que se pueden plantear al aplicar la doctrina *E-Date* se pueden corregir con la definición recogida en el art. 6.3.b y considerandos 21 y 23 del R. Roma II, según la que el país en el que ocurre el daño o puede ocurrir en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia Europeo es el país en el que el mercado está afectado o puede estarlo. Aunque esta definición sirva para determinar el derecho aplicable al asunto nada impide que también se siga el mismo criterio a efectos jurisdiccionales. Es más, el legislador comunitario nos ha indicado que las normas del R. Roma II deben de ser coherentes con el R. 1215/2012¹⁰⁷.

Partiendo de la base que el R. 1215/2012 también pivota sobre el daño directo se podría argumentar que a efectos de determinar la jurisdicción el daño directo se produce en el país del mercado afectado¹⁰⁸. El lugar en el que se encuentra el mercado afectado como lugar en el que ocurre el daño puede considerarse como un factor de conexión clave para determinar los tribunales competentes. Si se emplea este criterio como factor de conexión los tribunales que conozcan del asunto también estarán mejor posicionados para conocer de la demanda puesto que conocerán de primera mano el mercado afectado y el fondo de la demanda. Este factor obviamente se debe complementar permitiendo la acumulación sólo en aquellos casos en los que el mercado esté directa y sustancialmente afectado en línea con el artículo 6.3.b del Reglamento Roma II. En efecto, esta norma ofrece como opción la aplicación de un solo derecho a todos los daños, incluso en casos con pluralidad de demandados, si se cumplen una serie de requisitos¹⁰⁹. Así, cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado en un Estado miembro puede optar por basar su demanda en la legislación de dicho foro, siempre y cuando este mercado figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda¹¹⁰. Aunque la opción del artículo 6.3.b R. Roma II esté en principio prevista para elegir la *Lex Fori* en el domicilio del demandado, siguiendo los criterios de la sentencia *CDC* queda claro

¹⁰⁷ Considerando 7 del R. Roma II. P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 805.

¹⁰⁸ M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 97.

¹⁰⁹ M. ILLMER, en “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011. apdo. 104.

¹¹⁰ M. ILLMER, “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 107.

que el domicilio del perjudicado demandante no es un foro imprevisible para el demandado, por lo que la opción del mercado afectado de forma directa y sustancial debería permitir encontrar a los tribunales mejor situados para conocer del caso que además si se cumplen los criterios podrían conocer el caso conforme a su derecho material por ser el más cercano al litigio.

42. El objetivo final de Derecho Internacional Privado y en particular de los Reglamentos R. 1215/2012 y del R. Roma II es aumentar la previsibilidad, reducir los costes y duración de los litigios, así como el riesgo de decisiones erróneas al permitir al tribunal analizar todos los aspectos del caso según la Ley del Foro¹¹¹. Esta interpretación también permite limitar los efectos negativos de la doctrina de los efectos y del principio mosaico que podrían desincentivar a los perjudicados desde el comienzo. Recordemos que nos encontramos ante litigios de gran complejidad práctica y daños dispersos entre muchos perjudicados de forma que la viabilidad de las acciones puede fracasar en cuestiones prácticas iniciales entre las que el Derecho Internacional Privado juega un papel esencial. Por ello se debería permitir el foro en el lugar del daño en el domicilio del demandado por la totalidad de los daños cuando el mercado se vea afectado directa y sustancialmente. Esta interpretación presenta las siguientes ventajas:

- Se garantiza la mejor administración de justicia debido a la cercanía de las pruebas,
- se permite en lugar de dificultar la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia,
- se evitan trabas adicionales al derecho de resarcimiento de las víctimas,
- se acumulan las acciones en un solo tribunal permitiendo optimizar el uso de los recursos judiciales.

5. Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados

A) Actos de otros miembros del cártel

43. En principio los actos cometidos voluntariamente de forma conjunta podrán ser atribuidos al resto de los miembros del cártel. El art. 7.2 R. 1215/2012 no se limita a los actos del infractor sino que se refiere a todos los actos de los que pueda ser responsable¹¹². Esto no supone una colisión con el art. 8 R. 1215/2012 ni permite una concentración en el lugar en el que el infractor principal desarrolle su actividad. Tampoco existe riesgo de *forum shopping* excesivo ya que sólo se le podrán exigir responsabilidades en aquellos lugares en los que hayan desarrollado sus actividades de forma voluntaria y consciente¹¹³. No obstante, el TJUE ha aclarado en la sentencia *Melzer /MF Global* que el art. 7.2 R. 1215/2012 *no permite determinar, en virtud del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce*¹¹⁴.

Por tanto, para que el art. 7.2 R. 1215/2012 pueda servir para determinar la competencia del tribunal la empresa cuyo domicilio sirva de nexo deberá ser parte del litigio y deberá haber actuado en el ámbito competencial del tribunal al que se ha acudido.

44. En la sentencia *CDC*, se plantea una situación similar ya que la demandante *CDC* ha retirado la demanda contra la empresa cuyo domicilio había servido para fijar la competencia judicial internacio-

¹¹¹ E. RODRIGUEZ PINEAU, "Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation", en *JPRIL* 2007, pp. 311-323. P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193 p.188. R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Londres, Sweet Maxwell 2009, apdo. 20-70. M. ILLMER, "Art 6 Rome II" en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 108.

¹¹² P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

¹¹³ P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

¹¹⁴ STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11, apdo. 41.

nal de los tribunales de Dortmund. A diferencia de otros en este caso parte de los hechos generadores del daño han tenido lugar en Alemania y el resto de empresas demandadas habían actuado en Alemania por lo que se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia *Melzer*¹¹⁵.

B) Atribución de otras empresas del grupo, concepto de *undertaking*

45. También cabe la atribución de los actos de personas jurídicas dentro del mismo grupo empresarial en base al concepto comunitario *undertaking*. El Derecho de la Competencia Comunitario se basa en el concepto de *undertaking* para determinar el sujeto actor de una infracción¹¹⁶. Por *undertaking* se puede entender un grupo de empresas que actúa como una unidad económica pudiendo incluso romper con los principios de separación entre sociedades mercantiles establecidos por los distintos ordenamientos societarios y mercantiles de cada Estado miembro¹¹⁷. Esta opción fue seguida por la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales en el asunto *Provimi* pero en relación a los arts. 4 y 8 R. 1215/2012 para fijar su foro. No obstante, el Derecho Internacional Privado sí respeta la separación entre las distintas sociedades que pueda haber en un grupo por lo que la atribución debería ser posible desde la perspectiva delictual en aquellos casos en los que las distintas sociedades hayan actuado de forma conjunta y consciente tal y como se ha resaltado en la sentencia *Cooper Tire* ante los tribunales ingleses y coincidiendo con la interpretación de la Comisión Europea¹¹⁸.

III. Conclusión: ¿La oportunidad perdida?

46. La sentencia CDC supone un gran avance al aclarar buena parte de la incertidumbre. Reconoce que el lugar de materialización del daño coincide con el domicilio del perjudicado y demandante. Ahora bien el TJUE ha seguido la interpretación tradicional iniciada con *Shevill*. Cuando los daños se repartan en varios Estados se aplicaría la tesis del mosaico según la que el tribunal del Estado miembro tiene competencia según el art. 7.2 R. 1215/2012 para decidir sobre los daños que se hayan producido en su territorio sin poder disponer respecto a los daños producidos en otros Estados miembros. Así las cosas, el TJUE ha perdido la oportunidad en relación a demandas como las de *CDC*. Precisamente este tipo de estructuras en las que se agrupan los créditos de diversos perjudicados permitiendo la economía de escalas y optimizar el procedimiento al máximo no podrán ser agrupadas ante el tribunal del foro del domicilio de una de las empresas perjudicadas aunque el mercado esté afectado sustancialmente por la conducta. Por ello, para poder concentrar demandas habrá que seguir acudiendo al foro del demandado aunque en estos casos el mercado no esté sustancialmente afectado por la conducta por lo que los tribunales del foro del demandado no estarán especialmente bien posicionados para conocer el caso. Recordemos que en este tipo de casos los mayores problemas procesales se encuentran en la prueba del daño causado. La conducta y su ilicitud son fácilmente acreditables cuando se trata de una demanda *follow on*, la causalidad también se reconoce con sencillez. Ahora bien, la determinación del daño y su prueba son especialmente complejos por lo que la cercanía al mercado afectado facilitaría el trabajo de los tribunales. Aunque no haya empleado esta posibilidad, no se puede concluir que una interpretación que acerque el foro al mercado afectado directa y sustancialmente para la acumulación de los distintos créditos en un solo foro en línea con lo establecido por el artículo 6.3.b del R. Roma II deba ser rechazada. Es más, los considerandos nº 7 de los Reglamentos Roma I y II exigen una aplicación coordinada y consecuente de estos reglamentos y del R. 1215/2012. Además el foro del mercado afectado directa y sustancialmente es el mejor posicionado para conocer la demanda. Las posibilidades de abuso por parte

¹¹⁵ LG Dortmund, 29 april 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart en *WUW*, 09/2013, , pp. 872 y ss.

¹¹⁶ D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damage Actions in EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7033.

¹¹⁷ UK H.C., *Provimi*, EWHC 961, Comm, 2003 2 All ER (Comm) 683, 30.

¹¹⁸ C. A. UK, *Cooper Tire & Rubber*, EWCA Civ 864, 34 P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 804.

de posibles demandantes se limitan gracias al requisito “sustancialmente afectado” por ello el riesgo de *bad forum shopping* o de desequilibrios es reducido. Se trata por tanto, de una vinculación próxima y razonable que se corresponde con la línea seguida en el Reglamento Roma II.

Así, en nuestra opinión se debe estudiar la aplicación de la doctrina *E-Date* a estas acciones de agrupación de créditos corrigiendo posibles desajustes con el requisito del mercado afectado directa y sustancialmente permitiendo la acumulación para racionalizar el proceso.